



الجمهورية العربية السورية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المعهد العالي لإدارة الأعمال

التحكيم في العقود الإدارية الدولية

Arbitration in International Administrative Contracts

مشروع تخرج أعد لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال

إعداد الطالب:

محمد يوسف حسين

إشراف الدكتور:

راتب البلخي

العام الدراسي ٢٠٢٢ - ٢٠٢٣

شكرًا وإعترافًا

أشكر الله على ما أنعم علينا من نعمة العقل والذي زينته بالعلم.

وكل شكري وامتناني إلى الرائع أستاذي الذي تفضل عليّ بالإشراف على رسالتي هذه الدكتور (راتب البلخي) والذي أضاف إلى حروفي حرفاً من المعرفة والثقة والعطاء.

وفي قلبي من الحب والشكر ما يملئ هذا الكون إلى الإنسان الدكتور (هيثم الطحان الزعيم) والذي كان معنا جميعاً طلاب الدفعة الأولى من قانون الأعمال الأخ والصديق والقريب وأضحى أباً روحياً لكثير منا.

الدكتورة (ثناء أبا زيد) كان حضورك معنا بهياً.

الدكتور (عبد الحميد الخليل) ليته لم ينتهي وقت محاضرتك.

الدكتور (طلال عبود) علمتنا أن نكون طبيبين.

والشكر يمتد إلى جميع الدكاترة والمحاضرين حيث أعطونا ما كنا نحتاجه وصبروا علينا من أساتذة المعهد العالي لإدارة الأعمال والسادة الدكاترة المندوبين.

وللكبير الدكتور (حيان ديب) عميد المعهد العالي لإدارة الأعمال كل الشكر والعرفان لوقوفه معنا ملياً كافة طلباتنا بمحبة وود.

وأشكر الإداريين الذين ساعدونا وتحملونا: أ. علي عياشي - أ. علا دنند - أ. أمل علي وللغالي السيد أحمد بوطية كل الشكر والحب.

وأخيراً ... صديقي وحبيبي الدكتور شادي رستم من كان معي في كل خطوة وسبقني إلى آخر العمر.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

روح أبي...

قلب أمي وضحتها....

سلافتي ... في كل يوم جديد ... نبض يتجدد...

قصائد الخمس ... فرحي اللامتاهي في دنياي (يوسف، لجين، جنى، لمار،

أحمد)

من أختارهم الله لي أختي

إلى كل من كان معي، فساندني وشجعني

المخلص

يهدف البحث إلى بيان إمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وتحديد الطبيعة القانونية لتلك العقود، وشروط صحة التحكيم فيها، وكذلك القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

وقد اعتمد الباحث في دراسته على المنهج الوصفي التحليلي لاستقراء المواد القانونية وتحليلها بما يفيد البحث، والمنهج المقارن من خلال مقارنة التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وكذلك المنهج التاريخي من خلال استعراض التطور التاريخي الحاصل في النصوص والتشريعات بهدف الإلمام بالمشاكل القانونية، وتحديدتها وعرضها. وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، أهمها:

لا يعتبر اتفاق التحكيم من عقود الإذعان على اعتبار وجود الدولة كطرف سيادي في العقد، بل على العكس الطرف الأجنبي هو من يسعى للوصول للتحكيم، إنَّ أي عقد بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية لا بد لنجاحه من تحقق التوازن العقدي بين الطرفين، وهذا لا يحدث إلا بتنازل كل طرف عن بعض من حقوقه. أصبح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد من المبادئ القانونية المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، مما يوفر ضمانات للمستثمر الأجنبي من ناحية عدم تأثر بند التحكيم ببطلان العقد الأصلي.

كما أوصت الدراسة بمجموعة من التوصيات، أهمها:

ضرورة إعداد الكوادر الخاصة بالتحكيم من خلال العمل على اتباع الدورات الخاصة بالتحكيم وإنشاء ثقافة قانونية تحكيمية بوصف التحكيم الوسيلة الأفضل لتسوية منازعات الاستثمار، مما يساهم في خلق بيئة مناسبة للاستثمار. إيجاد البيئة التشريعية اللازمة للعقود الإدارية الدولية. العمل على وضع نماذج للعقود الإدارية الدولية، يمكن الاسترشاد بها من قبل إدارات الدولة.

Summary

The research aims to clarify the possibility of agreeing to arbitration in international administrative contracts, and to determine the legal nature of those contracts, and the conditions for the validity of arbitration in them, as well as the law applicable to arbitration in international administrative contracts. In his study, the researcher relied on the descriptive-analytical approach to extrapolate and analyze legal materials for the benefit of the research, and the comparative approach by comparing legislation and the International Convention in the field of arbitration in international administrative contracts, as well as the historical approach by reviewing the historical development in texts and legislation with the aim of becoming familiar with legal problems. Define and display.

The study concluded a set of results, the most important of which are:

The arbitration agreement is not considered a contract of compliance on the grounds that the state is a sovereign party to the contract. On the contrary, the foreign party is the one who seeks to reach arbitration. Any contract between the state and foreign private persons for its success must achieve the contractual balance between the two parties, and this only happens with a waiver. Each party is entitled to some of its rights the principle of the independence of the arbitration clause from the contract has become a stable legal principle in international commercial arbitration, which provides guarantees to the foreign investor in terms of not being affected by the arbitration clause by the invalidity of the original contract.

The necessity of preparing the cadres for arbitration by working to follow the courses related to arbitration and establishing an arbitration legal culture, describing arbitration as the best means for settling investment disputes, which contributes to creating a suitable environment for investment. Creating the necessary legislative environment for international administrative contracts. Work on the development of models for international administrative contracts, which can be guided by state administrations.

قائمة المحتويات

الصفحة	البيان
الفصل الأول: الإطار العام للبحث	
٢	مقدمة
٣	أولاً: الدراسات السابقة.
٥	ثانياً: مشكلة البحث.
٥	ثالثاً: أهداف البحث.
٦	رابعاً: أهمية البحث.
٦	خامساً: منهجية البحث.
٧	سادساً: مصطلحات الدراسة
٧	سابعاً: حدود البحث
٧	ثامناً: محددات البحث.
الفصل الثاني: التحكيم والعقود الإدارية الدولية	
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم	
١٠	أولاً: مفهوم التحكيم.
١١	ثانياً: طبيعة التحكيم وأنواعه.
١٦	ثالثاً: ضمانات فعالية التحكيم وآثاره.
المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للعقود الإدارية الدولية	
٢٨	أولاً: مفهوم العقود الإدارية الدولية وأنواعها.
٣٢	ثانياً: شروط اكتساب العقود الصفة الإدارية.
٣٤	ثالثاً: معايير اكتساب العقود الإدارية الطابع الدولي.
المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وخصائصها	
٣٧	أولاً: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية.
٣٧	ثانياً: خصائص العقود الإدارية الدولية.
٣٨	ثالثاً: الآثار المترتبة على العقود الإدارية الدولية.
الفصل الثالث: إمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية	
المبحث الأول: الاتجاهات المختلفة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية	
٤٦	أولاً: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.
٤٨	ثانياً: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية	
٦١	أولاً: الشروط الشكلية.
٦٦	ثانياً: الشروط الموضوعية.
٦٦	ثالثاً: الشروط المرتبطة بخصائص العقد الإداري.
المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات العقدية الإدارية حسب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار	
٧١	أولاً: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.
٧٦	ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح للأطراف.
المبحث الرابع: تنفيذ حكم التحكيم وبطلانه	
٨٨	أولاً: تنفيذ حكم التحكيم.
٩٠	ثانياً: بطلان حكم التحكيم.
٩٣	الخاتمة
٩٤	النتائج
٩٥	التوصيات
٩٦	المراجع

الفصل الأول:
الفصل التمهيدي

مقدمة

أولاً: الدراسات السابقة.

ثانياً: مشكلة البحث.

ثالثاً: أهداف البحث.

رابعاً: أهمية البحث.

خامساً: منهجية البحث.

سادساً: مصطلحات البحث.

سابعاً: حدود البحث.

ثامناً: محددات البحث.

مقدمة:

القضاء هو الأساس والمسلك الطبيعي لفض المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة أو الأشخاص الاعتبارية، إلا أنه ولا اعتبارات جد مهمة من حيث التطور التجاري واتساع نطاق التجارة المحلية والعالمية ومشاريع الاستثمار خلف البحار والتنقيب عن النفط وحدثت متغيرات اقتصادية غير مسبوقه على الصعيد الدولي أدى إلى الحاجة الملحة للبحث عن وسائل جديدة لفض المنازعات وتكون اختيارية يلجأ إليها الأطراف برغبتهم لحل خلافاتهم كبديل عن اللجوء إلى القضاء، ومن هذه الوسائل التحكيم والمصالحة والوساطة.

ويختص القضاء الإداري في الفصل بالمنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة أي بشكل مبسط فالقاضي الإداري هو من يفصل في القضايا التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

فالقضاء يعني البطء والروتين وطول الزمن والتشدد ومساوئ الإجراءات وخوف القاضي من سلطة الدولة التي قد يتهم من قبلها بإضاعة المال العام في حال حكم لغير صالحها ومن أخطر الآثار على كون القضاء الإداري هو المختص تكون الدولة هي الحكم وهي الخصم وبالتالي فقدان الحيادية وانتفاء الثقة وهذا ما دفع بالطرف المتنازع مع الإدارة إلى البحث عن وسائل بديلة تمكنهم من حل منازعاتهم فكان التحكيم وهو ينتشبه مع القضاء حيث غالباً ما يعتمد المحكم الأسلوب الذي يتبعه القاضي لفض المنازعات بخلاف إنه أسلوب ينبثق عن مبدأ سلطان الإرادة يؤدي التحكيم بكونه وسيلة بديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية وخاصة الدولية منها دوراً مهماً في حسم هذه المنازعات مبتعداً بذلك عن القضاء، ليحتل بذلك مكاناً بارزاً وبالأغلب له الصدارة بين بدائل تسوية المنازعات كونه يقدم آلية قضائية ترضي جميع أطراف النزاع بما لا يخرج عن إرادتهم لحل هذا النزاع الذي نشأ بينهم أو قد ينشأ مستقبلاً والتحكيم له خصائص تميزه عن سواه ومن أهمية التحكيم أنه من الصعب تصور قيام الحياة الاقتصادية دونه فالعمليات الاقتصادية ذات الطابع الدولي تشكل اليوم مادة التحكيم كما أن حاجات العلاقات الاقتصادية الدولية قد دفعت في كثير من الأحيان إلى هجر القضاء الوطني واللجوء إلى التحكيم^١، وقد حظي التحكيم بأهمية بارزة في العديد من الأنظمة القانونية للدول، فإنشء هيئات التحكيم ومراكز خاصة به خير دليل على ما وصل إليه التحكيم من أهمية لدى هذه الدول.^٢

وعلى الصعيد العملي فإن المتعاقدين مع الإدارة وبالأخص الأجانب منهم يرغبون في عقودهم مع أي دولة إلى الابتعاد عن قواعد القانون الداخلي واللجوء إلى التحكيم، والدولة من جانبها قد تجد نفسها ملزمة بقبول التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية.

^١ حداد، أحمد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن: ط١، د.ن، ٢٠١٥، ص ٧.

^٢ أبريش، محمد أبو القاسم علي، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقديّة: رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ٢٠١٦، ص ٢.

أولاً: الدراسات السابقة:

دراسة (إسكندر، ١٩٩٩):^١

بعنوان "التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية":

هدفت الدراسة إلى تبيان تطور ظهور التحكيم ومن ثم طبيعة حكم التحكيم ووسائل تنفيذه ومن أهم النتائج التي توصل إليها: هيمنة الدول الخمسة الأعضاء في الأمم المتحدة وتسييس حكم التحكيم وعدم تنفيذه إلا في الحالات التي توافق مصالحها في حين تمثلت أهم التوصيات في: ضرورة وجود نظام عالمي يكفل تنفيذ حكم التحكيم الدولي وإحقاق العدالة لتشعر كافة الدول بالأمان والمساواة.

دراسة (فاطمة الزهرة، ٢٠١٨):^٢

بعنوان "التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية-دراسة مقارنة":

هدفت الدراسة إلى تبيان مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية وتحديد موقف التشريعات والقضاء منه، وخلصت الباحثة إلى أن التحكيم أصبح من أهم الوسائل لفض المنازعات، نتيجة لظروف العولمة والاتجاهات العالمية الحديثة، في حين كانت أهم مبررات اللجوء إلى التحكيم: السرعة في الإجراءات وقلة التكاليف، انعدام الثقة في المحاكم الوطنية، حماية الاستثمارات وتشجيعها، أما أهم التوصيات فكانت: ضرورة وضع نصوص قانونية واضحة تسمح بإبرام اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

دراسة (الدليمي، فرج الله، ٢٠٢١):^٣

بعنوان "التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية":

هدفت الدراسة إلى بيان مشروعية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية، وبيان الاتجاه المؤيد والمعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وقد أوصت الدراسة بضرورة استثناء بعض العقود الإدارية من التحكيم لخطورة المعلومات التي تتضمنها هذه العقود كعقد نقل التكنولوجيا، أو عقد الامتياز التي تتعلق بالثروة الوطنية، أو التي تتعلق ببعض المرافق الحساسة كالأمن والدفاع.

^١ إسكندر، أحمد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج ٣٧، رقم ٤، الجزائر، ١٩٩٩، ص (١٦٠-١٧٧).

^٢ فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية - دراسة مقارنة: مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج ١١، ع ١، ٢٠١٨، ص (٤١٨-٤٣٤).

^٣ الدليمي، سعدي، فرج الله، وليد، التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية: مجلة العلوم الإنسانية، مج ٢٢، ع ٢، ٢٠٢١، ص (٦١-٧٥).

دراسة (برانكية، ٢٠٢٢):^١

بعنوان "إجراءات وضوابط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية":

هدفت الدراسة إلى معرفة كيفية اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، فهناك من التشريعات من تؤيد التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وهناك من يرفض اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، لكن اتضح أن التحكيم أصبح ضرورة يفرضها الواقع، لهذا لا بد للمشرع الجزائري أن يساير هذا الواقع، وذلك من خلال وضع نصوص قانونية واضحة تسمح بإبرام اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، وقد أوصت الدراسة بضرورة تنظيم أحكام التحكيم في تقنين خاص من قبل المشرع الجزائري ووضع قواعد تفصيلية تتعلق بشروط وإجراءات وضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وضرورة فتح مراكز تحكيم خاصة بمنازعات العقود الإدارية مع تشجيع الدولة لذلك.

التعقيب على الدراسات السابقة:

لاحظ الباحث من خلال مراجعة الدراسات السابقة إجماعها على أهمية التحكيم في حل المنازعات في العقود الإدارية الدولية، وكذلك مبررات اللجوء إلى هكذا نوع من التحكيم، حيث هدفت دراسة (إسكندر، ١٩٩٩) إلى تبيان تطور ظهور التحكيم ومن ثم طبيعة حكم التحكيم ووسائل تنفيذه، في حين تناولت دراسة (فاطمة الزهرة، ٢٠١٨) مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية وتحديد موقف التشريعات والقضاء منه، أما دراسة (الدليمي، فرج الله، ٢٠٢١) فقد هدفت إلى بيان مشروعية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية، وبيان الاتجاه المؤيد والمعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، أما دراسة (برانكية، ٢٠٢٢) فقد هدفت إلى معرفة كيفية اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية.

وعلى الرغم من الاستفادة من الدراسات السابقة في تكوين الإطار النظري للبحث، إلا أن ما يميز الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة هو سعي الباحث إلى بيان الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية ومدى إمكانية الاتفاق على التحكيم فيها وتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات العقدية الإدارية.

^١ برانكية، جليظة، إجراءات وضوابط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية: مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مج ٧، ع ٢، ٢٠٢٢، ص ص (٢٣٠-٢١١).

ثانياً: مشكلة الدراسة:

تعاني أغلب الشركات الأجنبية التي تقوم بالاستثمار في دول العالم الثالث والدول النامية من زيادة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي وسعيها لإبرام العديد من العقود مع تلك الشركات، بالإضافة إلى عدم تقبلها لفكرة خضوعها لقضاء دولة أخرى لحسم المنازعات الناشئة عن العقود التي تقوم بإبرامها، وبالتالي عدم قناعة المستثمر الأجنبي باستقلالية الأجهزة القضائية في الدولة عن سلطتها السياسية، وبهذا أصبح التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية.

ومن هنا يمكننا صياغة مشكلة البحث في التساؤل الرئيس الآتي:

ما مدى إمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟

وتتفرع عنه مجموعة من الأسئلة الآتية:

١. ما هو مفهوم التحكيم وماهي طبيعته وأنواعه؟
٢. ماهي ضمانات فعالية التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟
٣. متى نكون بصدد عقد إداري ذو طابع دولي؟
٤. ماهي شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟
٥. ما هو القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟
٦. كيف يتم تنفيذ حكم التحكيم وكيف يكون الطعن ببطلان حكم التحكيم؟

ثالثاً: أهداف البحث Research Objective:

في ضوء مشكلة البحث وتساؤلاتها فإن هذه الدراسة تسعى إلى تحقيق مجموعة من الأهداف الآتية:

١. توضيح مفهوم التحكيم وطبيعته وأنواعه.
٢. تحديد ضمانات فعالية التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
٣. توضيح مفهوم العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.
٤. تحديد شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
٥. تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
٦. بيان كيفية تنفيذ حكم التحكيم والطعن ببطلان حكم التحكيم.

رابعاً: أهمية الدراسة **Research Important**:

تتجلى أهمية البحث في جانبين، أحدهما علمي والآخر عملي:

أ. الأهمية النظرية (العلمية):

١. تزويد الباحثين والمهتمين وذوي الاختصاص بمزيد من المعلومات عن التحكيم في العقود الإدارية الدولية وبالتالي من الممكن أن يكون هذا البحث مرجعاً متواضعاً للباحثين.
٢. ندرة البحوث التي تناولت موضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية في المجتمع السوري على حد علم وإطلاع الباحث.

ب. الأهمية العملية (التطبيقية):

١. تتبع الأهمية العملية لهذه الدراسة من كونها تشكل نقطة انطلاق للباحثين والدارسين والطلبة في إمكانية اللجوء للتحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية.
٢. دراسة مدى فعالية التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الاعتبارية بصفاتها طرفاً في النزاع، وما يثار حول أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها على الاتفاق للجوء إليه، وأثر ذلك على حصانة الدولة القضائية، وكذلك مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، مما يؤدي لتدويله وخضوعه لأكثر من نظام قانوني الشيء الذي قد يترتب عليه غياب التحديد الدقيق للقانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على التحكيم أثر سلبي على طبيعة العقد الإداري عند إخضاعه لقانون أو قواعد لا تتناسب مع طبيعته.

خامساً: منهجية الدراسة **Research Methodology**:

١. **المنهج الوصفي التحليلي**: لاستقراء المواد القانونية وتحليلها بما يفيد البحث.
٢. **المنهج المقارن**: عند مقارنة ما أخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
٣. **المنهج التاريخي**: من خلال استعراض التطور التاريخي الحاصل في النصوص والتوجهات التشريعية والفقهية بهدف الإلمام بالمشاكل القانونية، وتحديدتها وعرضها من خلال الاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية والتحكيمية.

سادساً: مصطلحات البحث **Terms of Research**:

١. **التحكيم (Arbitration)**: "نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة، وسائر أشخاص القانون العام التابعة لها إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية، وطنية أو أجنبية من ولاية القضاء الإداري لكي تحل بطريقة التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك، وخروجاً على مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إلى التحكيم".^١

٢. **العقود الإدارية الدولية International Administrative Contracts**: "هي العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها سلطة عامة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من رعايا الدول الأخرى".^٢

سابعاً: حدود البحث **Research Limitation**

تحدد مجال البحث بالحدود الآتية:

✓ **الحدود الموضوعية**: اقتصر البحث في حده الموضوعي على التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

✓ **الحدود المكانية**: تم البحث والتحليل في القوانين والفقهاء الفرنسي والمصري والسوري.

✓ **الحدود الزمنية**: تمتد الفترة الزمنية منذ اللجوء للتحكيم كبديل عن القضاء في العقود الإدارية الدولية وحتى وقتنا الحالي.

ثامناً: صعوبات البحث **Research Difficulties**

تمثلت الصعوبات التي اعترضت الباحث أثناء الدراسة، في:

حدائثة التجربة في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية حيث لمسنا قلة الدراسات القانونية والفقهيّة في موضوع التحكيم عموماً، وخاصة في العقود الإدارية الدولية بالإضافة لارتباط موضوع البحث بفروع كثيرة ومتنوعة من القوانين كالقانون الدولي بقسميه الخاص والعام، والقانون الإداري والقانون المدني والقانون التجاري وغيره من الفروع، وكيفية إعمال نظرية العقد الإداري في المجال الدولي.

^١ خليل، نجلاء، التحكيم في المنازعات الإدارية: دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٩.

^٢ صالح، أحمد المصطفى، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار: رسالة دكتوراه، جامعة شندى، ٢٠١٢، ص ١٥٥.

الفصل الثاني:

التحكيم والعقود الإدارية الدولية

Arbitration and International Administrative Contracts

ويتضمن هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم.

المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للعقود الإدارية الدولية.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وخصائصها.

المبحث الأول:

الإطار المفاهيمي للتحكيم

يهدف هذا المبحث تسليط الضوء على التحكيم بمختلف جوانبه من خلال ثلاثة محاور، وفق الآتي:

أولاً: مفهوم التحكيم.

ثانياً: طبيعة التحكيم وأنواعه.

ثالثاً: ضمانات فعالية التحكيم وآثاره.

التحكيم هو نظام قضائي خاص، ويعد من أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين الأطراف. ويسمى الشخص الذي يتولى فض النزاع بين الأطراف المُحكَّم Arbitrator وقد يتفق على أكثر من شخص وتدعى "هيئة تحكيم".

ويتميز التحكيم عن باقي الطرق البديلة بسبب الصلاحية الممنوحة للمحكم، فسلطته تخوله البت في النزاع، وإصدار حكم قطعي، يفرض على الأطراف المتنازعة بشكل نهائي وملزم. وغالباً حكم المحكم يصدر وينفذ دون مساندة من المحكمة، وذلك بالتراضي بين الطرفين المتحاكمين. وأدى انتشار نظام التحكيم كأسلوب من أساليب فض المنازعات بالطرق الودية إلى وجود ضرورة إلى توحيد قواعده الإجرائية والموضوعية، حتى لا يكون هناك تضارب بين الأحكام، ومن هنا ظهرت محاولات الأمم المتحدة لتوحيد هذه القواعد فصدر منها ما يعرف بقواعد الأونيسترال "UNCITRAL LAW"، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي MODEL "LAW" فأقرت معظم الدول تلك القواعد، وعملت على تضمينها في قوانينها الوطنية، حتى أصبحت هذه القواعد جزءاً مهماً في تشريعاتها، إيماناً منها بدور التحكيم الفعال في تهيئة الجو المناسب لخلق مناخ جديد لتنمية العلاقات التجارية بين الدول.

أولاً: مفهوم التحكيم:

١. **التحكيم:** نظام قضائي خاص، يختاره أطراف النزاع لحل قضاياهم المدنية أو التجارية، بعيداً عن القضاء بوساطة محكم منفرد أو هيئة تحكيم مختارون من الإجراءات في الإدارة التجارية قبلهم.

٢. **التحكيم لغة:** التفويض في الحكم، وكلمة التحكيم هي مصدر حكم، ويقال حكمت فلاناً في مالي تحكيمياً، أي فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك^١.

٣. **المحكَّم:** بتشديد الكاف وفتحها هو الحكم بفتح الكاف ومنها حكم، حكم يحكم، تحكيمياً، فهو محكم، والمفعول محكم، ومعنى (محكم) اسم (محكم): فاعل من حكم، من هنا القول عنه محكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف وفتحها

٤. **التحكيم في القانون السوري:** عرفه القانون رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ في المادة الأولى منه بأنه: (أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم، أم لم تكن كذلك).

^١ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط١، الجزء الأول، مصر، ص ١٩٠.

وكان أول ظهور للتحكيم في القانون السوري بشكل مقنن ضمن مواد قانونية محكمة في سورية بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) تاريخ ١٩٥٣/٩/٢٨ المتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية، الذي نظم التحكيم في المواد ٥٠٦ ولغاية ٥٣٤ منه. بينما في القانون الجديد رقم (١) لعام ٢٠١٦ تم اعتماد تلك المواد في المادة ٥٠٣/الفقرة/أ/ التي نصت على ما يأتي: (تلغى أحكام المرسوم التشريعي رقم/٨٤/ تاريخ ١٩٥٣/٩/٢٨ تعديلاته ويستثنى من ذلك أحكام المواد من ٥٠٦/ إلى /٥٣٤/ الإجرائية منها والموضوعية المتعلقة بالتحكيم التي تبقى نافذة وسارية فقط بالنسبة لاتفاقيات التحكيم المبرمة قبل نفاذ قانون التحكيم رقم 4/ لعام /٢٠٠٨/ سواء أكانت إجراءات التحكيم قد بوشرت أم لم تباشروا).

ثانياً: طبيعة التحكيم وأنواعه:

أ. طبيعة التحكيم:

يختلف التحكيم كآلية خاصة لحسم النزاعات الناشئة بين الأفراد عن القضاء العام، فهذا الأخير يجد مصدره في سلطة الدولة التي تفرضه على الأشخاص إذا ما نشأت نزاعات بينهم، بخلاف التحكيم الذي يستمد وجوده من إرادة الأطراف، ومن هنا نشأت فكرة البحث عن طبيعة التحكيم، فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، فيعتمد أساساً على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم للنظر في النزاع القائم بينهم، بدلاً من الدخول إلى المحاكم، وبهذا يستغنون عن التنظيم القضائي ويشكلون هيئة من قبلهم وتسمى "هيئة التحكيم". لهذا اختلف الفقهاء حول طبيعة التحكيم، فأضفى عليه بعضهم الطبيعة القضائية، انطلاقاً من طبيعة عمل المحكم التي تتماثل مع عمل القاضي خلال فترة النظر بالقضية وحصانته بعد صدور القرار، بينما ذهب بعضهم الآخر إلى تبني الطبيعة العقدية للتحكيم استناداً إلى أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف، في حين يرى قسم ثالث، وهو الرأي الراجح، إن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.

ب. أنواع التحكيم:

نظراً للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على الصعيدين الدولي والداخلي، وتأكيدهم للأفراد في انتشار هذا النظام بوصفه الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية، وكذلك رغبة الدول في تشجيع الاستثمار، لذلك ظهرت الحاجة إلى وجود عدة أنواع للتحكيم لتغطي كافة المنازعات وخيارات الأفراد والشركات والمنظمات والدول، وهذه الأنواع نبيها في المطالب الآتية:

١. التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

✓ التحكيم الحر:

يقصد بمصطلح التحكيم الحر إجراء التحكيم بدون اللجوء إلى مركز أو غرفة تحكيم، أي أن التحكيم الحر Free Arbitration والمتعارف بتسميته (ad hoc) هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم، الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقاً لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أم موضوعية، وفي المكان الذي يحددهونه بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة التي تحمي النظام العام. وقد ظهر التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي، وقد تكون القواعد والإجراءات المتبعة لحل النزاع أكثر مرونة وواقعية عنها في قواعد التحكيم المؤسسي، كما أن عامل السرية والسرعة في حل النزاع، قد يكون أكثر ما يميز هذا النظام. ومن أبرز قواعد التحكيم الحر في الوقت الحاضر في المجال الدولي القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة، فبدلاً من قيام الأطراف أو هيئة التحكيم بإعداد قواعد إجرائية لإتباعها في التحكيم الحر، سهلت اللجنة المهمة عليهم بأن وضعت تلك القواعد لإتباعها إذا رغب الأطراف بذلك. وقد انتشرت هذه القواعد انتشاراً واسعاً في إطار التحكيم الدولي.^١

قال الأستاذ Berlingieri: إن الواقع يقرر أن تعبير (تحكيم حر) تعبير خادع لأنه وإن كان يعني من الناحية النظرية أن الطرفين قد ذكرا في اتفاق التحكيم كل القواعد الأساسية اللازمة لتسيير التحكيم، فإنهما عملياً لا يفعلان ذلك، وإنما يستكمل اتفاقهما بالقواعد القانونية المعمول بها في البلد محل التحكيم، وعلى ذلك فأحياناً يكون الاختلاف الوحيد بين نوعي التحكيم هو أنه بينما تكون القواعد المكتملة لاتفاق التحكيم في التحكيم الحر هي القواعد القانونية لبلد محل التحكيم، فإنها في التحكيم المؤسسي تندمج صراحة في اتفاق التحكيم بإحالة الطرفين إليها، ودائماً تكون ذات طبيعة خاصة تضعها مؤسسة التحكيم التي أحال إليها الطرفان.^٢

✓ التحكيم المؤسسي:

نظراً لأهمية التحكيم وتزايد انتشاره خاصة في مجال التجارة الدولية، فقد قامت مؤسسات، غالباً ما تكون من القطاع الخاص، بوضع قواعد خاصة للتحكيم، تتعلق بإجراءات التحكيم بما

^١ حمدان، زهير، التحكيم: ورقة عمل مقدمة إلى رابطة المحققين في حلب، ٢٠١١.

^٢ الفقي، عاطف، التحكيم في المنازعات البحرية: دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021، ص ١٦١.

فيها تعيين هيئات التحكيم، وفق شروط وأحكام معينة. والهدف من ذلك هو تسهيل العملية التحكيمية، وضبطها بطريقة أصولية، إضافة إلى مراقبة وإدارة العملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها، من قبل مؤسسة التحكيم المعنية. فإذا تمت إحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى هذه المؤسسات، فإن هذه القواعد تطبق على العملية التحكيمية، ويلتزم بها الطرفان حتى لو لم يطلعوا عليها مسبقاً.¹

ومثال التحكيم المؤسسي تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس، وهيئة التحكيم الأمريكية (AAA)، ومحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي (LCIA)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في واشنطن، ومحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي، ومنظمة الملكية الفكرية العالمية (WIPO) في جنيف، وعربياً مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز العدالة للتحكيم والدراسات القانونية في سورية.

وللعلم أقر القانون السوري لعام 2008 التحكيم المؤسسي في المادة الأولى منه، وعرفه بأنه: أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم، أم لم تكن كذلك، ولهذا سمح هذا القانون في المادة (57) منه بتأسيس مراكز تحكيم دائمة.

كل هذه المؤسسات السالفة الذكر توصف بالتخصص والدوام لأن التحكيم هو وظيفتها الوحيدة، وهي أيضاً دائمة لأنها لا تقف عند عملية تحكيم بعينها بل هي مستمرة لتلقي ما يعهد إليها من عمليات تحكيمية.

ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو الأساس في مجال التجارة الدولية، فالأطراف يفضلون الاستعانة بأنظمة التحكيم المؤسسي، لما تكفله من تنظيم مسبق ومفصل لمعظم مسائل التحكيم، مما يمكنهم من تفادي مسألة عدم الخبرة في وضع قواعد وإجراءات التحكيم واستهلاك مزيداً من الوقت في الاتفاق على هذه القواعد كما هو الحال في نظام التحكيم الحر، هذا فضلاً عن الإمكانيات الإدارية والمالية والتنفيذية التي تتمتع بها تلك الهيئات وتضعها بين أيدي الأفراد، وكذلك الخبرة التي تتمتع بها تلك الهيئات نظراً لوجود قواعد عملية وواقعية ثم تجربتها وثبت

¹ الأحدث، عبد الحميد، مسؤولية المحكم: مجلة التحكيم العربي، ع ٢، ٢٠٠٠، ص ٣٢.

نجاحها في العديد من المنازعات التي فصلت فيها. ناهيك عن وجود محكمين متخصصين، لهم باع طويل في القضايا التحكيمية، معتمدين وموثوقين من قبل تلك المؤسسات.¹

٢. التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

ويختلف هذان النوعان من التحكيم من حيث طريقة اللجوء إليهما.

✓ التحكيم الاختياري:

يكون التحكيم اختيارياً متى كان للأفراد حرية كاملة في طرح نزاعاتهم في مسألة معينة أمام القضاء، أو الاتفاق على عرضها أمام هيئة التحكيم، موضحين في اتفاقهم كيفية قيام التحكيم وإجراءاته وكيفية تعيين المحكمين. ففي سورية مثلاً صدر القانون رقم 4/ لعام ٢٠٠٨ ونصت المادة الأولى منه على أنه: (التحكيم أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم، أم لم تكن كذلك)، ومؤدى هذه المادة أن التحكيم الذي تسري عليه أحكام هذا القانون هو التحكيم الاختياري، أي يتم اللجوء إليه بإرادة الطرفين.

أما على صعيد التجارة الدولية فالتحكيم الاختياري هو الغالب إذ تتعالى الأصوات بتحقيق مبدأ سلطان الإرادة على وجه يشمل كافة التعاملات بما فيها الاتفاق على التحكيم، وقد سعت الدول إلى توحيد قواعد التحكيم فيما بينها حتى ظهر ما يسمى بالقانون النموذجي (Mode law) والقواعد الموحدة للجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة (Uncitral law) وقد لاقت قواعد هذا القانون قبولاً ملحوظاً من المجتمع الدولي، إذ إن القانون قد قدم للتجارة الدولية نظاماً قانونياً موحداً، يتلافى عدم ملائمة القوانين المحلية لنظم وإجراءات التحكيم في التجارة الدولية.

✓ التحكيم الإجباري:

وإن كان التحكيم الاختياري هو الأصل، فإن هذا لا يمنع المشرع من أن يجعل من التحكيم في بعض المنازعات التي يحددها على سبيل الحصر أمراً واجباً، تقديراً منه لبعض الاعتبارات أو المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، والتي يكون فيها التحكيم الأقدر على حلها على أساس أن تلك المنازعات لا تعد منازعات حقيقية بين مصالح متعارضة، أيّاً كان من يكسب القضية أو يخسرها، إذ يعود الأمر في النهاية إلى الدولة مالكة جميع شركات القطاع العام وكذلك توفير

¹ شتا، أحمد، شرح قانون التحكيم (دراسة مقارنة) وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية: ط٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٥٥.

الجهد والنفقات والبعد عن بطء الإجراءات. لهذا يكون إجبارياً لأنه يفرض على الأطراف اللجوء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة، كما جاء في المادة الثانية من قانون التحكيم السوري والتي نصت على أنه: (يبقى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة 66/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم 51/ لعام ٢٠٠٤) أي أحال كافة النزاعات الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها إلى التحكيم الإداري وفق الإجراءات المتبعة في مجلس الدولة. ومن الأمثلة على التحكيم الإجباري الإجراءات التي كانت سارية المفعول في النزاعات الناشئة عن العلاقات الزراعية، ومنها أيضاً النزاعات حول بدل الاستملاكات وغيرها من اللجان والقوانين التي تجاوزها المشرع.

والتحكيم الإجباري يأخذ صورتين، فهو إما أن يكفي المشرع بفرض التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وإما أن يتدخل المشرع فيضع تنظيمًا إلزامياً لإجراءات التحكيم ككل، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم.

٣. التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

✓ التحكيم الداخلي:

ويمكن أن نطلق عليه التحكيم الوطني، وهو ذلك النوع من التحكيم الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها، وذلك من حيث موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق، المكان الذي يجري فيه التحكيم، وهنا يطبق القانون الوطني ولا تثار أي مشكلة بالنسبة إلى قواعد تنازع القوانين أو كيفية تنفيذ الأحكام، كما هو الحال بالنسبة إلى التحكيم الأجنبي.

✓ التحكيم الدولي:

يكون التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج، وهذا ما أكدته المشرع السوري في المادة الأولى التي نصت على أن التحكيم التجاري الدولي هو (التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه يتعلق بالتجارة الدولية - ولو جرى داخل سورية - وذلك في الأحوال الآتية:

١. إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن له مركز أعمال، فالعبرة لمحل إقامته المعتاد.

٢. إذا كان مركز الأعمال الرئيس لطرفي اتفاق التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

أ. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب. مكان تنفيذ جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية.

ج. المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

ثالثاً: ضمانات فعالية التحكيم وآثاره:

١. ضمانات فعالية التحكيم: ومن هذه الضمانات:

أ. القانون واجب التطبيق على التحكيم: يجب أن يراعي القانون الواجب التطبيق حقيقة أن

التحكيم هو عقد قد تترتب عليه الخصومة.

✓ القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم: في حال كان العقد المبرم يحتوي على

شرط التحكيم، أو جرى إيراده بموجب اتفاق أو عقد مستقل، ففي كلا الحالتين نحن

بصدد اتفاق تحكيم، ومن اللازم تحديد القانون الذي يحكمه.^١

وهنا يثار السؤال الآتي: هل يعد اتفاق التحكيم جزءاً من العقد الأصلي أم أنه يشكل

بذاته عقداً مستقلاً؟ وما هو أثر ذلك في القانون واجب التطبيق؟

ثمة توجه بشأن الإفلات كلية من القواعد التقليدية القائمة على استخدام الأسلوب

التنازعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.^٢

ووفقاً للاتجاه التقليدي الذي استمر لفترة زمنية طويلة في فرنسا، فإن شرط التحكيم

يعتبر وعداً بإبرام مشاركة التحكيم، وما لم تتم المشاركة فليس لهذا الشرط أي قيمة

قانونية. وفي ظل هذا الاتجاه لم يعد ممكناً الحديث عن استقلالية شرط التحكيم

وانفصاله عن العقد الأصلي الذي ورد ضمن نصوصه، سواء من حيث تحديد القانون

الواجب التطبيق، أو بالنسبة إلى مدى صحته وبطلانه.^٣

وبعد أن انضمت فرنسا إلى بروتوكول جنيف عام ١٩٢٣ أصبح شرط التحكيم صحيحاً

في المسائل التجارية.

^١ راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم: الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤٤٠.

^٢ ديب، فؤاد، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية: مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٤، ع ٢٠٠٨، ص ٣٤.

^٣ راشد، سامية، نفس المرجع السابق: ص ٨٤.

وفي عام ١٩٨٠ أصبح هذا الشرط صحيح - كقاعدة عامة - ما لم يكن ثمة نص يحظره. ويكون شرط التحكيم صحيحاً رغم بطلان العقد الذي ورد فيه.^١

✓ نطاق تطبيق القانون المختص:

١. المسائل التي تخرج عن نطاقه:

أ. القانون الذي يحكم أهلية الاتفاق على التحكيم: أهلية التعاقد من الصفات اللصيقة

بالشخص المعني، وتحدد بمراعاة حالته، فهي ليست من مسائل التصرف الإرادي.

وبناء على ذلك فقد اختلفت في مختلف الدول بقاعدة إسناد خاصة مؤداها إخضاعها

للقانون الشخصي للمتعاقد المعني.^٢

ولكن ما هو هذا القانون؟ هل هو قانون الجنسية أم قانون الموطن؟

جميع التشريعات العربية تخضع أهلية التصرف لقانون الجنسية بوصفه القانون

الشخصي.^٣

ب. القانون الذي يحكم شكل الاتفاق على التحكيم: القاعدة هنا هي خضوع شكل

التصرف لقانون بلد الإبرام وهي اختيارية إذ يجوز للمتعاقدين الخروج عنها.

٢. المسائل التي تدخل في نطاقه:

يسري القانون المختص على تكوين الاتفاق على التحكيم، فهو الذي يحك التراضي،

وعيوب الإرادة، والمحل، والسبب، كما يخضع لهذا القانون التزام الأطراف بموضوع

النزاع، كما يحكم هذا القانون مشروعية محل الاتفاق على التحكيم.

فتمت أثيرت القابلية للتحكيم بهذا الوصف لدى المحكم تعين تطبيق قانون الإرادة أو

بديلها، ونصت اتفاقية نيويورك على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً

للقانون الذي أخضعه الأطراف له المادة (١/٥).

وتجدر الإشارة إلى أن قابلية النزاع للتحكيم هو شرط من شروط الصحة.

^١ خالد، هشام، عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٧١.

^٢ الجمال، مصطفى، مناهج الإلزام بالأحكام المدنية: مجلة جامعة كلية الحقوق، الإسكندرية، ع ٢، ١٩٧١، ص ٢٣٦.

^٣ المادة (١٢) من القانون المدني السوري، المادة (١٢) المصري، المادة (١١) الليبي، المادة (١٨) العراقي، المادة (٣٣) الكويتي.

وتوجد اتجاهات أخرى هنا نذكر منها:

١. يرى البعض إخضاع مسألة مشروعية الاتفاق على التحكيم للقانون الذي يحكم مشروعية العقد الأصلي.^١

٢. وهناك اتجاه يخضع مشروعية الاتفاق على التحكيم إلى قانون الدولة التي أدى هذا الاتفاق إلى سلب الاختصاص من محاكمه.

٣. ونجد لدى اتجاه ثالث إخضاع مشروعية الاتفاق على التحكيم لقانون الدولة التي تتعقد فيها جلسات الاستماع.

إن أفضل الاتجاهات والأقرب للصواب هو إخضاع تفسير اتفاق التحكيم للقانون ذاته الذي يحكم الاتفاق وصولاً إلى وحدة نظامه القانوني، فقانون الإرادة هو الذي يحكم الاتفاق وتفسيره في الوقت ذاته.^٢

وهناك اتجاه قوي يعطي القضاء الوطني الحق في التصدي لفصل الأمور المستعجلة والوقئية والتحفزية رغم وجود شرط التحكيم.^٣

✓ **القانون واجب التطبيق على خصومة التحكيم:** إن التمييز بين المسائل الموضوعية والإجرائية هي مسألة تكليف تخضع للقانون المختص وبذلك إذا عرضت مسألة معينة أمام هيئة التحكيم فإنها تقوم بتكييفها تمهيداً لإسناد القانون المختص، فإن خلصت إلى أن الأمر يتعلق بمسألة موضوع فإنها تخضعها للقانون واجب التطبيق على الموضوع، أما إذا انتهت إلى عدها مسألة إجرائية فيتعين إخضاعها للقانون واجب التطبيق على الإجراءات.^٤

ب. **مبدأ الاختصاص بالاختصاص:** يحق للخصوم إبداء دفعهم في معرض النظر في النزاع موضوع التحكيم، ومن هذه الدفع الدفع بعد صحة اتفاق التحكيم، وهنا يكون لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في صحة اختصاصها وهذا ما يطلق عليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص.^٥

^١ المقدم، صلاح، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفن: الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دت، ٤٣٢.

^٢ راشد، سامية، مرجع سابق: ص ٤٢٧.

^٣ قرار محكمة النقض السورية بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٦، مجلة القانون، ع ٤، ١٩٧٤، ص ١٩٧.

^٤ عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص: ط ٩، ج ٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦.

^٥ صوب، عبد جميل، وسائل المماثلة في التحكيم الدولي-دراسة مقارنة: مجلد الدراسات القانونية جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، ع ٧، ٢٠٠١، ص ١٦٠.

ويهدف مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى تحاشي أن يكون التمسك بعبء يتعلق بطريق مباشر باتفاق التحكيم من قبل أحد أطراف التحكيم سبباً في إعاقة إجراءات التحكيم، ويتم ذلك من خلال منح هيئة التحكيم الصلاحية في فصل مسألة الاختصاص، وفي الوقت ذاته الرقابة من جانب القضاء الوطني المختص لتفادي إعاقة إجراءات التحكيم^١، ولهذا المبدأ أثرين، هما:

١. الأثر الإيجابي: وهو الذي يفسح المجال للمحكمن لتجاوز الحجة القائلة إنه لا يحق لمحكم النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص^٢.
٢. الأثر السلبي: يسمح هذا الأثر للمحكم في البت في مسألة اختصاصه قبل أي جهة أخرى، بحيث يتمتع على قضاء الدولة التي يعرض عليها موضوع الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له فرصة البت فيها^٣.
- ج. عدم جواز الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة: قد يحاول أحد طرفي النزاع الرجوع عن اتفاق التحكيم بغية إفشال العملية، وقد تدفع الدولة بعدم أهليتها بإبرام اتفاق التحكيم بموجب قانونها الوطني، لذلك اقتضت ضرورة ضمان فعالية التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف التحكيم فيما يتعلق بالانسحاب من هذا الاتفاق.

١. عدم جواز الدفع بعدم أهلية شخص القانون العام: قد أصبح مبدأ عدم أحقية شخص القانون العام بالدفع بعدم أهليته على إبرام اتفاق التحكيم بغية التخلص منه من المبادئ المستقرة^٤.

٢. عدم جواز الدفع بسيادة الدولة: يؤدي هذا المبدأ إلى رفض الادعاء بالحصانة القضائية من قبل الدولة بهدف استبعاد اللجوء إلى التحكيم، حيث أن الفقه بات مدركاً لخطورة تمسك الدولة بهذه الحصانة لأن هذا التمسك بالسيادة يتناقض وخضوعها لمبدأ المشروعية القانونية ورقابة القضاء وبالتالي فإن مثلها أمام هيئة التحكيم لا يمس بسيادتها لأن ذلك يتم براضاها^٥.

^١ الأُسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة: رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٠٠.

^٢ غصوب، عبدو جميل، نفس المرجع السابق: ص ١٦٠.

^٣ الحداد، خديجة السيد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٣٣.

^٤ إبراهيم، نادر محمد، تسوية منازعات المنطقة الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة -دراسة تحليلية ونقدية في إطار القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢: مجلد التحكيم العربي، ع ٢٠٠٣، ص ٢٩٤.

^٥ الأُسعد، بشار، مرجع سابق: ص ٤٠٨.

وقد استقرت أحكام هيئات التحكيم على أنه بمجرد قبول الدولة الدخول في اتفاق التحكيم يؤدي إلى عدم تمكنها من الادعاء بالحصانة القضائية.

د. **عدم تأثر التحكيم بالإجراءات المعرّقة من جانب أحد الأطراف:** يحدث ذلك عندما يتخذ أحد طرفي النزاع موقفاً سلبياً بهدف عرقلة إجراءات التحكيم والمثال على ذلك امتناعه عن اختيار محكمه، أو عدم حضور الجلسات.

١. **الالتزام بتسمية المحكمين:** في حال عدم تسمية أحد طرفي النزاع لمحكمه فإن هذا السلوك لن يؤثر في إجراءات التحكيم وذلك عبر إسناد هذه المهمة إلى جهة قضائية أو إدارية تتولى تسميته بدلاً من الجانب الممتنع عن تسمية المحكم.

ونصت المادة (١٤٩٣) من أصول المحاكمات الفرنسية على أن: امتناع أحد الأطراف عن تسمية محكمه لا يؤدي إلى عرقلة الشروع في إجراءات التحكيم حيث يتولى رئيس المحكمة الجزائية في باريس بتسمية هذا المحكم بدلاً من الطرف الممتنع. كما نصت اتفاقية واشنطن المادة (٣٨) منها: يتولى رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير تسمية المحكمين بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة.

٢. **عدم تأثر التحكيم في حال غياب أحد طرفي النزاع:** هنا تستمر الإجراءات دون أن يكون لغياب أحد الطرفين عن الحضور أي تأثير.

ونصت المادة (٣٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ على أنه: "إذا تخلف أحد 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".

أما المادة (٥/٢٩) من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ فقد جاءت بمايلي: "تستمر هيئة التحكيم في إجراءاتها المعتادة ولو تخلف أحد الطرفين عن حضور بعض الجلسات أو تقديم ما طلب إليه تقديمه من مستندات.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدئ قضية LETCO في مواجهة ليبيريا حيث تبين لمركز التحكيم أن الحكومة الليبيرية ورغم قيامها بتسمية محكمه إلا أنها تخلفت عن حضور إجراءات التحكيم مع أنه تم إقرارها بذلك، ما دفع بهيئة التحكيم إلى الاستمرار في الإجراءات وفصل النزاع.

هـ. حصر سلطة فصل النزاع في هيئة التحكيم: يؤدي اتفاق طرفي الرابطة العقدية على اللجوء إلى التحكيم إلى منح هيئة التحكيم صلاحية فصل النزاع، ما يعني أن محاكم الدولة لن تكون مختصة بنظر النزاع، وبالتالي لا يجوز لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفصل النزاع وفي ذلك تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين كونه من المبادئ المستقرة في الاتفاقيات ذات الصلة في التحكيم.

ونصت المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ على أنه:

يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

و. امتداد شرط التحكيم إلى الشركة الفرعية: الأصل إن آثار العقد لا تتصرف إلى الغير إعمالاً بمبدأ "نسبية آثار العقد" واتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن سائر العقود يخضع لهذا المبدأ وبالتالي لا يجوز الاحتجاج به على من هو ليس طرفاً فيه، كما لا يجوز للغير التمسك به في مواجهة أي من الطرفين، فالتحكيم إذا كان في منزلة التصرف القانوني بالنسبة إلى أطرافه فإنه واقعة قانونية بالنسبة للغير.^١

وقد يحدث أن تتفاوض الشركة الرئيسة على التحكيم، فيما تتعاقد عليه إحدى الشركات الفرعية المستقلة وهنا اتجهت العديد من أحكام التحكيم وبهدف تحقيق فاعليته، إلى امتداد شرط التحكيم إلى الشركة الرئيسة وفروعها.

فمن المبادئ المستقرة مسؤولية الشركة الرئيسة عن أعمال الشركة الفرعية والتزامها بشرط التحكيم الذي يتضمنه العقد المبرم مع الشركة الفرعية الذي لم توقعه الشركة الرئيسة استناداً إلى فكرة الوحدة الاقتصادية.

ز. عدم المسؤولية المباشرة للدولة في حال لجوء مشروعاتها العامة إلى التحكيم: عندما يتم التعاقد من قبل إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة للدولة، فإن المتعاقد يميل إلى إقامة مسؤولية الدولة كونها الأكثر ملائمة، وغالباً ما يتذرّع بأن شرط التحكيم الوارد بمقتضى اتفاق مع المؤسسة أو الهيئة أو الشركة العامة تمتد الأثر إلى الدولة.

^١ الجمال، مصطفى، مرجع سابق: ص ٤٨١.

وقد ذهب غالبية الفقهاء إلى أن شرط التحكيم على نحو ما سلف لا يمتد إلى الدولة وهي غير ملزمة به ولا يجوز إلزامها به طالما أنها لم تعبر عن إرادتها الواضحة والصريحة في قبول هذا التحكيم.^١

ح. **فعالية قرار التحكيم:** تعتبر المرحلة اللاحقة لصدور القرار التحكيمي من أهم المراحل على الإطلاق فتنفيذ قرار هيئة التحكيم هو الهدف من مجمل العملية فلن يكون لقرار هيئة التحكيم أي قيمة ما لم يتم تنفيذه.

وقد حرصت معظم الاتفاقيات الدولية على وضع القواعد التي تكفل أبسط الطرق لتنفيذ قرار التحكيم، مع الإقرار للقضاء الوطني بالحق في أعمال رقابته على قرار التحكيم من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن في قرار التحكيم بالبطلان أمام دولة مقر التحكيم، أو أمام محاكم الدولة التي صدر الحكم بموجب قانونها:

الاعتراف بقرار التحكيم والعمل على تنفيذه: نصت اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨ على جعل المبدأ هو نفاذ الحكم التحكيمي، والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه للأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر.

وبموجب المادة (٣) من الاتفاقية يجب على الدول المتعاقدة الاعتراف بحجية حكم التحكيم، والأمر بتنفيذه وفقاً للشروط الواردة فيها، وألا تفرض للاعتراف بأحكام المحكمين أو تنفيذها شروطاً أكثر شدة، ولا رسوماً قضائية أكثر ارتفاعاً من تلك التي تفرض بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الوطنيين وتنفيذها.

الطعن في حكم التحكيم: تركت الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع التحكيم أمر الطعن بالبطلان في حكم التحكيم إلى القوانين الوطنية تاركة لقضاء الدولة المختص الرقابة على قرار التحكيم.

ويترتب على إبطال التحكيم في الدولة التي صدر فيها أنه يصبح غير قابل للتنفيذ في هذه الدولة، ولكن على الرغم من ذلك فقد اتجه القضاء في بعض الدول ومنها الولايات المتحدة وفرنسا إلى الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها رغم إبطالها في الدولة التي صدر فيها.

٢. آثار التحكيم:

^١ إبراهيم، نادر محمد، مرجع سابق: ص ٢٩٤.

أ. أثر التحكيم على المعيار المميز للعقد الإداري: يكون للتحكيم قراراً ملزماً، من خلال قيام طرفي النزاع باختيار أشخاص عاديين للقيام بهذه المهمة، مما يعني أن التحكيم أساسه إرادة الأطراف، فهم يفضلونه على قضاء الدولة، وعليه يقتضي التحكيم ولاسيما في العقود الإدارية الدولية أمرين، هما:

✓ استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم تختار من قبل أطراف النزاع، وهي من يفصل في هذا النزاع.

✓ استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع واختيار قانون أجنبي يحكمه.

فالتحكيم قد لا يتفق في معطياته مع خصائص العقد الإداري والنظام القضائي والقانوني الذي يحكمه، فتضمن العقد الإداري شرط التحكيم يؤثر في خصائص هذا العقد وعلى النظام القانوني الذي يحكمه، كما يؤثر التحكيم على معيار تمييز العقد الإداري، وهذا يعود إلى أهمية هذا المعيار في تحديد ماهية العقد الإداري، وتحديد الاختصاص القضائي، وتطبيق نظرية العقود الإدارية التي تختلف عن عقود القانون الخاص.

ويكون للإدارة في الحالة الطبيعية الحق في تضمين العقود التي تبرمها شروطاً استثنائية وغير مألوفة، وبها تكون في مركز متميز عن مركز الأفراد، وهذا مرده إلى اتصال العقد بمرفق عام وهو ما يعني حتمية دوام سير المرفق العام بانتظام، ولكي يحدث ذلك يجب أن يكون للإدارة حق الرقابة على المتعاقد خلال تنفيذه لالتزامه، وحققها في تعديل التزامات المتعاقد معها، وكذلك حق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته.

وفي حال اللجوء إلى التحكيم يصعب التسليم بحقوق الإدارة السالفة الذكر إلا إذا أخضع العقد لنظام قضائي وقانوني يميز العقد الإداري عن المدني، وفقاً للنظرية المعروفة في فرنسا ومصر وسورية.

وفيما يتعلق بالعقود الإدارية الدولية فإنه يتم الخضوع لنظام قضائي وقانوني لا يعرف التمايز بين العقود الإدارية والمدنية، ما يعني تجرد الإدارة من سلطاتها التي تكون لها بمقتضى العقد الإداري، ويفقد العقد الإداري شرطاً مهماً من الشروط التي تميزه، ومن ثم يتحول العقد إلى الطبيعة المدنية، وذلك ما لم تشترط الإدارة بشكل صريح في العقد لجوئها إلى الشروط الاستثنائية أياً كان النظام القانوني الذي يخضع له العقد، وهو أمر لا يقبل به المتعاقد الأجنبي، وعليه فخضوع العقد الإداري للتحكيم على هذا النحو إنما يؤدي إلى فقدانه

لأهم عنصر من عناصر نظرية العقد الإداري المتعارف عليها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري.

ب. امتناع القضاء عن نظر النزاع موضوع التحكيم: ويعود ذلك إلى انصراف إرادة الخصوم

إلى خصم النزاع بوساطة التحكيم واستبعاد إمكانية اللجوء إلى القضاء، فاتفاق التحكيم يلزم أطرافه بأن يحيلوا أمر حسم النزاعات إلى المحكمين التي اتفقوا على عرضها على التحكيم.

وإذا ثار نزاع بصدد عقد اشتمل على شرط التحكيم، وقام أحد طرفيه برفع دعوى أمام محكمة عادية جاز للطرف الآخر التمسك بالشرط من خلال الدفع أمام المحكمة بعدم القبول، فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وإنما يمنعها منها، ما دام شرط التحكيم قائماً، والدفع بعدم القبول يمكن إبدائه في أي حالة تكون عليها الإجراءات، كما أن الدفع بعدم القبول لا يعد قاطعاً لمدة سقوط الحق الموضوعي بالتقادم.

وإذا كان يترتب على اتفاق التحكيم حرمان الأطراف من اللجوء إلى القضاء بصدد الموضوع المتفق عليه على التحكيم، فإن هذا لا ينفي على الإطلاق اختصاص القضاء المستعجل بنظر الطلبات المتعلقة باتخاذ الإجراءات المؤقتة المتصلة بالموضوع.¹

ونصت المادة (١٤٥٨) من قانون الأصول الفرنسي على أنه: "إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم يجب على قضاء الدولة أن يقرر عدم اختصاصه، وإذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع، فيجب على القضاء أن يقرر عدم اختصاصه".

كما نصت المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى".

في حين نصت المادة (١٠) من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ على أنه: "يجب على المحكمة التي رفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، ما لم يتبين لها أن الاتفاق باطل أو ملغى أو عديم الأثر ولا يمكن تنفيذه".

فظهور أثر التحكيم هذا مؤسس على عدم أحقية أي من المتعاقدين لمراجعة القضاء نتيجة لالتزامهما العقدي.

¹ أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري: منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٣٤.

ج. **فض الخصومة من خلال التحكيم:** يعني الاتفاق على التحكيم أن فض النزاع سيتم بالاستناد عليه، ومن ثم الاعتماد بالحكم الصادر، وكأنه قد صدر عن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وهكذا فإن الحكم يخضع لسائر القواعد والإجراءات المقررة بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المختص، سواء لناحية جواز الطعن به، أو عدم جواز ذلك، أو لجهة إجراءات الطعن، أو تنفيذ الحكم.¹

وبالعودة إلى قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ وخاصة المادة (٣٧) نستنتج منها أنه قد حدد المشرع السوري آجالاً قصيرة لفصل الدعاوى المعروضة على التحكيم، ومع ذلك نقترح تخفيضها بنسبة الثلث وهذا ما يتمشى وطبيعة التحكيم لجهة السرعة في فصل المنازعات.

وأعطى المشرع السوري هيئة التحكيم سلطة تقديرية في مد أجل التحكيم لمدة لا تزيد عن تسعين يوماً ولمرة واحدة. ثم أعطى طرفي النزاع الحق في طلب تمديد المدة تسعين يوم أخرى ومن ثم أعطى الحق لأي من طرفي النزاع في حال لم يحسم النزاع في نهاية جميع المدد العودة إلى القضاء لفصله.

وهكذا فإن الاتفاق على التحكيم ينتج آثاره القانونية كافة، وبعد الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية كأنه صادر عن المحكمة المختصة، مع الأخذ بالحسبان ضرورة إكسائه صيغة التنفيذ.

¹ أبو الوفاء، أحمد، مرجع سابق؛ ص ١٢٨.

المبحث الثاني:

الإطار المفاهيمي للعقود الإدارية الدولية

يتناول هذا المبحث العقود الإدارية الدولية، وفق الآتي:

أولاً: مفهوم العقود الإدارية الدولية وأنواعها.

ثانياً: شروط اكتساب العقود الصفة الإدارية.

ثالثاً: معايير اكتساب العقود الإدارية الطابع الدولي.

تثير العقود الإدارية ذات الطابع الدولي العديد من الصعوبات بالنظر إلى التفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، كونها مبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين شخص أجنبي، فالأولى هي شخص من أشخاص القانون العام ومن ثم فهي تتمتع بامتيازات استثنائية وسيادية لا يتمتع بها المتعاقد معها والذي يعد أشخاص القانون الخاص.

إن التفاوت الموجود في المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية الدولية يضيف عليها نوعية خاصة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى التي تبرم في إطار العلاقات التجارية الدولية الأمر الذي جعل الفقه يذهب إلى القول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي إخضاعها إلى نظام مختلف، وأيضاً لعلاقة هذا النوع من العقود بالقانون الدولي الخاص، وكذلك القانون الدولي العام.

إن الأمر في مثل هذه العقود لا يقف عند مسألة التفاوت في المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية، بل يتعداه للتفاوت في المراكز بالنسبة لهذه الأطراف من الناحية الاقتصادية، وهو ما لا يجعلها تقف على قدم المساواة، فالدولة بالرغم مما تتمتع به من سيادة غير أنها في أغلب الأحيان توجد في مركز اقتصادي أضعف من المركز الذي تتمتع به الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، الشيء الذي يدفع بهذه الدول للتشبث بإخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين هذه الأخيرة لقضائها وقانونها الداخلي خشية منها لأن تكون لقمة سائغة أمام التفوق الاقتصادي لهذه الأخيرة، بينما يعمل الطرف الأجنبي على إبعاد هذا العقد من القانون العام، ليتمكن من الوقوف على قدم المساواة مع جهة الإدارة.

وبالرغم من الاعتراضات التي واجهت التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن التغيرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية جعلت اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي حتمية لفض المنازعات في العقود الإدارية، لأجل ما تستلزمه خططها التنموية كسياسة من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، بإتاحة وتهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية.

ويحتل التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية أهمية بالغة نظراً لما تتضمنه هذه الأخيرة من شروط غير مألوفة في القانون الخاص وبالنظر لهذه الخصوصية فإن إدراج شرط التحكيم سيكسبها طابعاً خاصاً، وهو ما أدى لاختلاف الفقه في إجازة إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود بالنظر لما سيزترتب عليه من آثار.

أولاً: مفهوم العقود الإدارية الدولية وأنواعها:

١. مفهوم العقود الإدارية الدولية:

تعد العقود الإدارية الدولية من الظواهر القانونية المستحدثة نسبياً في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، وبالرغم من حداثة مشكلة العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجانب تاريخياً إلا أن الفقه قد اهتم بها اهتماماً كبيراً، وخاصة الفقه الغربي، على عكس دول العالم الثالث بصفة عامة. وبما أن هذا النوع من العقود له خصوصية تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى فإن الأمر يتطلب الإلمام بماهيته وطرق إبرامه.

عرفها الأستاذ McNair بأنه: "عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب آخر، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتضمن شروطاً غير مألوفة في العقود الداخلية مثل شرط الإعفاء الضريبي، شرط الإعفاء الجمركي، ويخضع هذا في بعض جوانبه للقانون العام، وفي بعض جوانبه للقانون الخاص".^١

في حين تناولها الباحث (PiéreRégli) على أنها: عقود طويلة المدة طرفها الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة، وتتضمن شروطاً ومزايا غير مألوفة".^٢

كما عرفها الدكتور عبد الحكيم مصطفى بأنها: "عقود تبرم بين دولة من ناحية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص أجنبي، يكون موضوعها إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل".^٣

٢. أنواع العقود الإدارية الدولية:

تتميز عقود الدولة عن بقية العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية، من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم، إلا أنه يكاد يكون سبب التعاقد من طرف الدولة هو تحقيق التنمية الاقتصادية، والاجتماعية للدولة أما سبب تعاقد الطرف الأجنبي هو تحقيق الهيمنة وأكبر قدر ممكن من الربح وقد يكون الهدف هو المشاركة والمساهمة في

^١ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة): دار الجامعة الجديدة، الأزليطة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٦٤.

^٢ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص ٦٥.

^٣ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص ٦٥.

تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة، والحصول على الأرباح من خلال من خلال تلك المساهمة أو المشاركة.^١

ويمكن تقسيم أنواع عقود الدولة وفقاً لبعض وجهات نظر الفقهاء من حيث موضوعها كمايلي:

العقود البترولية:

يتطلب استغلال طاقة البترول والغاز الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية، وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى، وفي غالب الأحيان يكون الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة، التي تمتلك الخبرة والتكنولوجية، مايمكنها من دخول هذا الميدان المعروف بمخاطره العالية. وتتنوع عقود البترول، فقد كانت في شكل عقود امتياز في بادئ الأمر، ثم ظهرت أشكال أخرى هي:

✓ **عقود الامتياز:** تعرف عقود الامتياز بأنها: "ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه، واستغلال هذه الموارد والتصرف فيها، خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة".^٢

✓ **عقد المشاركة البترولي:** تتخذ عقود المشاركة عدداً من الخصائص الرئيسية تتمثل في تعاقد الدولة أو إحدى شركاتها مع الشركة الأجنبية، وذلك من خلال تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو إحدى شركاتها بحصة من رأس مالها، الشيء الذي يخول الدولة الحق في الدخول العمليات النفطية من اكتشاف وإنتاج، وتكرير وتسويق وحصول كل من الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد.

✓ **عقود المقاوله البترولية:** تعتبر هذه العقود من أحدث الأشكال التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، وتعرف بأنها: "عقود يتم بمقتضاها الاتفاق بين شركة وطنية وأخرى أجنبية للقيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول واستخراجه لحساب الشركة الوطنية،

^١ الحداد، حفظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها): دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٧٣.

^٢ قمر، عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري: دار المعرفة، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٢٠٤.

إما بمقابل مادي أو بمقابل حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه، وليس له في الملكية ولا يتحمل أي مخاطر^١.

✓ **عقود اقتسام الأرباح:** في هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي كافة مصاريف البحث والتنقيب عن البترول وتطويره، وإنتاجه مع النص في العقد على حد أدنى لقيمة المصروفات التي يتعهد بإنفاقها الطرف الأجنبي، مع توزيع إنفاقها في فترات متعاقبة، وفي حالة عدم اكتشاف البترول بكميات تجارية.

ويتحمل الطرف الأجنبي وحده كافة مصاريف النفقات دون أن يكون له الحق في الحصول على أي تعويض، أما في حالة اكتشاف البترول، بكميات تصلح للاستغلال التجاري يكون من حق الطرف الأجنبي استرداد هذه المصروفات، وذلك في شكل نسبة معينة من البترول المنتج، يتم الاتفاق عليها في العقد^٢.

أ. عقود التعاون الصناعي:

تضم عقود التعاون الصناعي مجموعة من العقود المتجانسة من أجل تحقيق التقدم التكنولوجي والصناعي منها:

✓ **عقد الهندسة:** يعد عقد الهندسة أحد العقود الهامة في طائفة عقود التعاون الصناعي، إذ أنه يمثل تنفيذ المرحلة الأولى من مراحل أي مشروع صناعي أو غيره مع ملاحظة تطور هذا النوع من العقود على ما كان عليه في الماضي حيث كان يقتصر موضوعه غالباً على تنفيذ الأعمال التي يغلب عليها الطابع العقلي لينتظر دوره في الوقت الراهن ويشمل أعمال التصميم، إعداد الدراسات، القيام بتوريد المتطلبات الصناعية، عمليات التشييد عمليات الرقابة على كافة مراحل التشييد^٣.

✓ **عقد نقل التكنولوجيا:** يعرف هذا النوع من العقود "أنه التطبيق العملي للأبحاث العلمية والوسيلة للحصول على أفضل التطبيقات لهذه الأبحاث"، ويعرفه بعض القانونيون، على أنه مال منقول معنوي له قيمة اقتصادية وغير مشمول بحماية قانونية خاصة، والتكنولوجيا يتم نقلها في الغالب عن طريق العقود التي تبرم من أجل هذا الغرض، ويكون ذلك إما عن

^١ الحداد، حفظة السيد، مرجع سابق، ص ١٨٨.

^٢ عبد الله الشيخ، عصمت، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص ١٢٣.

^٣ نوفل، حسان، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار: دار هومة، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٤٨.

طريق إبرام عقد مستقل، موضوعه نقل التكنولوجيا أو عن طريق إحدى الخدمات التي تلتزم الشركة الأجنبية بتقديمها إلى جانب الخدمات الأخرى.

✓ **عقد المساعدة الفنية:** هو اتفاق بمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي بتزويد الدولة بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد المعنية على تشغيل الأجهزة والمعدات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها، أو تدريبهم على إدارة المشروع بأساليب فنية، فهو تقديم للخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ^١.

ب. عقود الاستثمار:

يعرفه الفقه بأنه: "العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم اقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف ووفقاً لعقود الاستثمار، يلتزم المستثمر الأجنبي بتقديم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدماتية، أو بتقديم الخبرات الفنية اللازمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة، ويقتصر الاستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات.

ج. عقود الأشغال العامة الدولية:

ويعرف هذا النوع من العقود بأنها: "العقود التي تبرم بين طرف وطني، الممثلة في الدولة أو أحد أجهزتها، وطرف خاص أجنبي، يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشديد مشروع ما، كأعمال البناء أو الأشغال الهندسية المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني، وقد يتمثل في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه وخسائره^٢، وتبرم الدولة هذا النوع من العقود لإنشاء المشاريع الكبيرة على أراضيها في كافة المجالات، والتي تحتاج إلى رأسمال أجنبي، والتي لا تستطيع الدولة تنفيذها بشركاتها الوطنية نتيجة نقص الإمكانيات المادية والخبراء.

^١ الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ١٩١.

^٢ الغندور، أحمد، التحكيم في العقود الدولية للإتشاءات: دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨، ص ٧٠.

ثانياً: شروط اكتساب العقود الصفة الإدارية:

يمكننا تقسيم هذه الشروط إلى شروط شكلية وشروط موضوعية، على النحو الآتي:

١. الشروط الشكلية:

والمقصود بها أن تكون الدولة أحد أطراف العقد، ولقد أثار مفهوم الدولة جدلاً فقهيًا كبيراً وانقسم الفقه حول مفهوم الدولة في العقد الإداري، فمنهم من رأى أنها تقتصر على العقود المبرمة من طرف الدولة عن طريق ممثليه فقط، في حين ذهب اتجاه آخر أنها تشمل العقود المبرمة من طرف الأجهزة التابعة لها.

✓ الدولة كطرف في العقود الإدارية الدولية:

لا يثير تحديد الدولة كطرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية أية صعوبة إذا أبرمت العقد بواسطة من يمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء) لكن الصعوبة تظهر إذا كان الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ليس هو الدولة وإنما جهاز تابع لها، وهنا يثار التساؤل هل اصطلاح عقود الدولة يتسع ليشمل هذا النوع من العقود أم لا؟ ولإجابة على هذا التساؤل ظهر اتجاهين هما:

الاتجاه المضيّق لعقود الدولة:

وفق هذا الاتجاه فإن مصطلح عقود الدولة، يقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها، ووفق هذا الاتجاه عقود الدولة هي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف أجنبي، أما العقود التي يتم إبرامها من قبل الأجهزة التابعة لها فهي من قبيل عقود التجارة الدولية ومن ثم فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.^١

الاتجاه الموسع لعقود الدولة:

وفق هذا الاتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها^٢، من أجل تأييد وجهة النظر الموسعة لعقود الدولة، استند جانب من الفقه إلى نص المادة /٣٥/ من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار والتي تنص على "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة بتحديدده أمام المركز، فالمركز لا

^١ الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ٣٧.

^٢ الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص ٣٨.

يختص فقط بنظر المنازعات التي تكون الدولة أحد أطرافها فقط، بل يتعداها للنظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز.

ويرى الغالب من الفقه أن الاتجاه الموسع لفكرة عقود الدولة هو الاتجاه الراجح لأن قصر عقود الدولة على تلك العقود التي تبرمها هذه الأخيرة بنفسها يؤدي لإغفال العديد من العقود وإن كانت هذه الأخيرة غير مبرمة من قبل الدولة إلا أنها مبرمة بعد أن عهدت لها الدولة القيام بهذه الوظيفة نيابة عنها ولتحقيق أهدافها، وهذه الأخيرة محددة في أحكام تنظيم الصفقات العمومية المتمثلة في الإدارات، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية^١.

٢. الشروط الموضوعية:

تتمثل الشروط الموضوعية الواجبة التوافر لاكتساب العقد الصفة الإدارية في تعلق العقد بتسيير مرفق عام، وتضمن العقد شروطاً غير مألوفة، والقضاء الإداري الفرنسي يتجه لعدم اعتبار احتواء العقد الإشارة لدفتر الشروط كافياً للقول بالصفة الإدارية للعقد، كما لا يعتبر خضوع عقد لقانون الصفقات العمومية بمثابة عقد إداري، وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٩٩/٧/٥^٢.

أ. تعلق العقد بتسيير مرفق عام:

لا يكفي وجود الإدارة طرفاً في العقد للقول بالطبيعة الإدارية للعقد، بل يتعين أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام، والمتمثل وفقاً للتعريف العضوي في: "منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لها وتتولى جزءاً من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات أو إشباع حاجات عامة. حيث عرف المرفق العام على أنه: كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام"^٣.

^١ سناء، بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١١، ص ٤٩.

^٢ لباد، ناصر، الوجيز في القانون الإداري: ط٢، مطابع حسناوي، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٢٧٢.

^٣ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص(٦٦-٦٧).

ب. تضمين العقد شروطاً غير مألوفة:

وهو الشرط الواجب توافره لتكون أمام عقد إداري، وليس ضرورياً احتواء العقد على أكثر من شرط استثنائي بل يكفي توافر شرط استثنائي واحد لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، كما يرى بعض الفقهاء أن الشروط الاستثنائية ليست بالضرورة منح امتيازات للإدارة، فقد تنطوي على وضع قيود على عاقبتها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.^١

ويقصد بالشروط غير المألوفة في القانون الخاص تلك الشروط التي تمنح المتعاقد حقوقاً أو تفرض عليه التزامات تخرج بطبيعتها عن نطاق الشروط التعاقدية في عقود القانون الخاص سواء أكانت مدنية أم تجارية، كما قد تكون هذه الشروط متضمنة في العقد أو مقررة بموجب القانون أو اللوائح.

ثالثاً: معايير اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي:

اختلف الفقه والقضاء في المعايير التي يكتسب به العقد الصفة الدولية، فمنهم من نظر إليه من وجهة نظر قانونية، وآخرون من وجهة نظر اقتصادية:

١. المعيار القانوني لدولية العقد:

يعتبر العقد دولياً إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، أي إذا تضمن عنصراً أجنبياً واحداً على الأقل، سواء كان هذا العنصر شخصياً كجنسية الأطراف المتعاقدة أو كان موضوعياً كمحل الإقامة، أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه^٢، غير أن أنصار هذا المعيار اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على اتسام هذه الأخيرة بالطابع الدولي.

في حين انحاز الفقه التقليدي للتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية حيث أن تطرق الصفة الأجنبية لأي منها يؤدي لاكتساب العقد الطابع الدولي، ومن ثم فهذا يخول المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يخضع له العقد.^٣

وعلى الرغم من وضوح هذا المعيار وسهولته العملية، إلا أنه تعرض للانتقاد من حيث أنه يتسم بالجمود، ويؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص بمجرد توافر الرابطة العقدية على عنصر أجنبي بغض النظر عن أهميته، وكذلك لكونه غير كاف لوحده لإقرار السمة الدولية للعقد لأن

^١ خليفة، عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية: منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص ١١.

^٢ مسعود، محمودي، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٢٢.

^٣ صادق، هشام، عقود التجارة الدولية: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٧٢.

وجود العنصر الأجنبي قد يكون مجرد أمر عرضي، ولتفادي الانتقادات السالفة الذكر يشير الفقه الحديث إلى أن الصفة الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقد بصفة عامة، ويرون أن محل إبرام العقد ليس بالمعيار الكافي لإضفاء الطابع الدولي للعقد، وإن كان معياراً مؤثراً عند إسناد العقود من حيث الشكل، لأنه في الغالب ما يكون معياراً محايداً. ويرى الفقه بأن محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا في الجنسية بعد من العناصر الحاسمة في العقد، والمكسبة للطابع الدولي لأي عقد.^١

٢. المعيار الاقتصادي لدولية العقد:

يعد العقد دولياً طبقاً لهذا المعيار في الحالات الآتية:

أ. إذا استتبع عملية دخول وخروج لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول، ينتج عنها روابط تبادل بينهم.

ب. عند الاتصال بمصالح التجارة الدولية اتصالاً وثيقاً.

ج. إذا تعدى بآثاره وتبعاته خارج حدود الدولة، فخرج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد دولية العقد.^٢

^١ خالد، هشام، ماهية العقد الدولي: منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩٩.

^٢ إبراهيم، خالد، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية: ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٨٥.

المبحث الثالث:

الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وخصائصها

يتناول هذا المبحث الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية، وفق الآتي:

أولاً: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية.

ثانياً: خصائص العقود الإدارية الدولية.

ثالثاً: الآثار المترتبة على العقود الإدارية الدولية.

أولاً: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية:

اختلف الرأي حول الطبيعة القانونية لعقود الدولة ذات الطابع الدولي فهناك اتجاه يرى بأن هذا العقد هو عقد إداري، فيما ذهب اتجاه آخر إلى القول إنه ذو طبيعة خاصة.

١. **الاتجاه الأول:** يرى بأن العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة هو عقداً إدارياً وذلك بسبب توافر العناصر المميزة للعقد الإداري فيه، حيث أن أحد أطراف العقد الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، ويتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.^١

٢. **الاتجاه الثاني:** يرى بأن هذا العقد ليس بعقد إداري، وإنما هو عقد دولي ذو طبيعة خاصة جديدة، حيث أنه وإن كان أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه، واتصاله بنشاط مرفق عام إلا أنه يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية، مثل شرط الثبات التشريعي، شرط ثبات العقد، وشرط التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام العقد وكذلك القانون الواجب التطبيق، كما أنه يكون للأطراف عند إبرام هذا النوع من العقود حرية أكبر في التعاقد، حيث يتجلى مبدأ سلطان الإرادة على العكس تماماً من العقود الإدارية الداخلية.^٢

ثانياً: خصائص العقود الإدارية الدولية:

حدد بعض الفقهاء مجموعة من الخصائص التي تميز هذه العقود من أجل التأكيد على ذاتيتها واعتبارها من عقود الدولة التي تخرج من زمرة عقود التجارة الدولية المألوفة، وذلك على النحو الآتي:

١. تبرم هذه العقود باسم الدولة، إما عن طريق رئيس الدولة، أو رئيس الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناءً على قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص.
٢. أن هناك طرفاً من أشخاص القانون الخاص الأجنبية، يساهم في خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المضيفة.
٣. أن تتعلق هذه العقود باستغلال الثروات الطبيعية للدولة، أو تتعلق بالملكية العامة، أو بإدارة المرافق العامة، أو إنشاء المرافق العامة للدولة ومشروعات البنية الأساسية.

^١ الحداد، حفظة السيد، مرجع سابق: ص ٤٥.

^٢ حلمي، عمر، معيار تميز العقد الإداري: دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٣، ص ٦٤.

٤. تتميز هذه العقود عادة بطول مدتها وذلك بحكم طبيعتها، لأنها تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية في خلال فترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشأة وتجهيزات دائمة، تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد.

٥. تخضع هذه العقود لبعض قواعد القانون الخاص، وقواعد غير مألوفة في القانون الخاص كمفهوم السلطة التنفيذية، مراعاة التوازن المالي للعقد، القوة القاهرة، مراجعة الأسعار وغيرها.

٦. يتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بمزايا مختلفة مثل الإعفاء الضريبي تخفيض الجمارك أو تثبيت الضرائب الداخلية والجمركية، وبالمقابل فإن هناك مخاطر يتعرض لها الطرف الأجنبي في علاقته بالدولة المتعاقدة معه، نتيجة ما تتمتع به هذه الأخيرة من سيادة وسلطات واسعة اتجاهاً^١.

٧. تثير هذه العقود سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة.

ثالثاً: الآثار المترتبة على العقود الإدارية الدولية:

تتميز العقود الإدارية الدولية عن غيرها من العقود الأخرى كونها مرتبطة بالمرافق العامة وتسمو فيها المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، لذا فمن حق جهة الإدارة أن تقوم بالإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وتقوم بالتعديل بما يتفق مع مصالح المرفق العام والذي أبرم من أجله العقد الإداري، وتتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن تلك التي يتم إبرامها مع متعاقد وطني في كون المتعاقد الدولي له الحق في اشتراط الثبات التشريعي للعقد، وفي مقابل ذلك يقع على عاتقه جملة من الالتزامات منها تنفيذ العقد وفقاً للمعايير الدولية، وتدريب العمالة المحلية وآثار العقد ما هو إلا جملة من الحقوق والالتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين، نتعرض لها على النحو التالي:

١. حقوق والتزامات جهة الإدارة:

يترتب على إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مجموعة من الحقوق والالتزامات تقع على جهة الإدارة، ومن هذه الحقوق حق الإشراف والتوجيه وحق التعديل بالإرادة المنفردة، وحق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ويقع على عاتقها جملة من الالتزامات ومنها إزالة المعوقات التي تعترض المشروع الأجنبي، وسنقوم ببيان هذه الحقوق والالتزامات على النحو الآتي:

^١ عبد الوهاب، قمر، مرجع سابق: ص ١٩٧.

أ. حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها:

✓ **حق الرقابة:** يقتصر مفهوم الرقابة في المفهوم الضيق على صلاحية الإشراف في حين أنه في المفهوم الواسع يشمل أيضاً صلاحية التوجيه، وتعد هذه الصلاحية حقاً ثابتاً لجهة الإدارة ولو لم يتضمنه العقد الإداري بنص صريح لكونها صلاحية متعلقة بالنظام العام لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عنها ومن ثم تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية كاشفة عن هذه الصلاحية وليست بالمنشئة لها^١، وهناك قيود ترد على هذا الحق تتمثل فيما يلي:

أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية ومن ثم فإن القرار الذي لا يستهدف تسيير المرفق العام بانتظام وإطراد يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة ويتمثل في أنه يتعين ألا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة التزامات المستثمر الأجنبي.^٢

✓ **حق التعديل:** تنسم العقود الإدارية المبرمة مع المستثمرين الأجانب بطول المدة نسبياً، والتي يمكن أن تطرأ خلالها تغييرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وحتى يتسنى لجهة الإدارة مواكبة هذه التطورات والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فإنها تشترط ضرورة التفاوض والمراجعة كل فترة زمنية أو تتص صراحة على حقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وفي هذا الصدد أثير تساؤل في حالة ما إذا لم يوجد هذا الشرط فهل لجهة الإدارة الحق في التعديل؟

وإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه الفرنسي لاتجاهين:

الاتجاه الأول: عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة:

وفق هذا الاتجاه فإن فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفردة من جانب الإدارة فكرة زائفة من ابتداع الفقهاء، ولم تدعم بقضاء من مجلس الدولة الفرنسي^٣، وإن جهة الإدارة لا تستطيع تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلا إذا كان هناك نص في العقد يتيح ذلك وانتقد هذا الاتجاه، على أنه اتجاهاً ينكر طبيعة العقد الإداري، ويقع في تناقض مع نفسه حيث يقر لجهة الإدارة

^١ خطار، شطناوي علي، الوجيز في القانون الإداري: ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٧١٤.

^٢ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص ١٤٢.

^٣ خطار، شطناوي علي، مرجع سابق، ص ٧١٦.

بسلطة التعديل متى نص عليها العقد، ومن المسلم به بأن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية هي التي تعطي للإدارة سلطة الرقابة.^١

الاتجاه الثاني: جواز التعديل بالإرادة المنفردة:

وهو الاتجاه الراجح فقها وقضاء لأن الإدارة تملك صلاحية التعديل بالإرادة المنفردة، ويرون أن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية بمعنى يمكن تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وقد أكد هذه السلطة مجلس الدولة الفرنسي دون أن يشترط النص صراحة في العقد.^٢

✓ **سلطة إنهاء العقد:** قد يتضمن العقد أو يتم النص في القوانين أو اللوائح على حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وقد أوجب المشرع الجزائري توجيه إعدار للمتعاقد معها بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة، وفي حالة عدم تدارك المتعاقد لتقصيره، خلال الأجل المحدد في الإعدار يمكن لجهة الإدارة أن تفسخ العقد من جانب واحد، ولا يمكن الاعتراض على هذا القرار عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية لإصلاح الضرر التي لحقها بسبب سوء التصرف من المتعاقد معها^٣، ولكي يكون الإنهاء مشروعاً لا بد أن تتوافر جملة من الشروط، وهي على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون الإنهاء بغية تحقيق مصلحة المرفق العام أو المصلحة العامة.

الشرط الثاني: عدم انحراف جهة الإدارة بالسلطة التقديرية، لأنه يتعين أن تراعي الإجراءات المنصوص عليها، وألا تتحرف في استعمال تلك السلطة، ومن أمثلة الانحراف استهداف جهة الإدارة تحقيق مصلحة مالية فقط.

ب. التزامات جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها:

يقع على عاتق الإدارة العديد من الالتزامات نوردتها على النحو التالي:

✓ **الالتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه:**

ينبغي على جهة الإدارة المتعاقدة تقديم كافة التسهيلات للمتعاقد الأجنبي والتي من شأنها مساعدته في إتمام عمله.

^١ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص ١٤٤.

^٢ خطار، شطناوي علي، مرجع سابق، ص ٧٦.

^٣ أبو احمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص ١٥٣.

✓ التزام جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي:

تلتزم جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، ومصدر هذا الالتزام هو اتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهما، أو قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الاستثمار.

✓ التزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية:

على جهة الإدارة أن تلتزم بمبدأ حسن النية، وإلا تعرضت لفقدان حقوقها إذا ما لجأ الطرف الآخر للتحكيم

٢. حقوق والتزامات المتعاقد الأجنبي:

ينشأ عن العقود الإدارية الدولية مجموعة من الحقوق والالتزامات للمتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة، ومنها على الخصوص الحق في الحصول على المقابل المالي، والحق في التوازن المالي للعقد، ويقع على عاتقه جملة من الالتزامات تتمثل أساساً في قيامه بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد شخصياً وفي المواعيد المحددة وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، وأن يقوم بالتنفيذ وفقاً لأفضل المعايير السائدة، وسنتناولها على النحو الآتي:

أ. حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة:

باعتبار العقد الإداري الدولي له ارتباط أو اتصال بالمرفق العام، فكان لذلك الأثر البالغ في تمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، في مقابل هذه السلطات يتمتع المستثمر الأجنبي في مواجهة الإدارة بجملة من الحقوق وهي:

✓ الحق في الحصول على المقابل المالي: إن الهدف الذي يتوخاه المستثمر الأجنبي في

العقود الإدارية الدولية هو تحقيق الربح نظير الأعمال التي يقوم بها لجهة الإدارة، ويأخذ المقابل المادي صوراً متعددة منها:

الثمن: الأصل في العقود الإدارية الدولية أن يتم تحديد الثمن بشكل واضح ودقيق، بعيداً عن أي غموض أو لبس والقاعدة أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما التزم به، غير أن الإدارة قد تقوم بدفع جزء من هذا المقابل مقدماً وأثناء التنفيذ لاسيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيراً من النفقات ومنتسحاً من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته.¹

¹ الحلو، ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم: دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٣٣.

الرسم: وهو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الامتياز ويقوم بتحصيله من المنتفعين، وهو من الشروط اللائحية التي تستطيع الإدارة أن تعدلها بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام.¹

✓ **الحق في التوازن المالي:** وهو من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، تقيم ارتباطاً وتناسباً بين المتعاقد والتزاماته، وترد في العقود الإدارية لاعتبارين أساسيين هما، العدالة وكفالة سير المرافق العامة بانتظام، وقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها أن تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها ومن ثم التأثير على مركزه المالي، وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في فرنسا في عام 1910 في قضية العربات الكهربائية.²

ب. التزامات المتعاقد في مواجهة الإدارة:

يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ جميع التزاماته التعاقدية وفقاً للشروط التي تم إيرادها في العقد، وأن يقوم بتنفيذها شخصياً فلا يتنازل عن العقد للغير إلا وفقاً لشروط محددة، وأن يتم التنفيذ في المواعيد المتفق عليها، وأن يلتزم أثناء التنفيذ بمبدأ حسن النية، وستقوم ببيان الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد وذلك على النحو الآتي:

١. **التزام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتنفيذ الشخصي:** لما كان العقد الإداري ذا صلة بالمرفق العام، فإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة مع المتعاقد معها، من حيث الكفاءة والقدرة على التنفيذ، لذلك يتعين على هذا الأخير أن يقوم بالتنفيذ الشخصي للعقد كقاعدة عامة، لكن يجوز التنازل عن العقد للغير وذلك بشروط معينة، ويجوز له التعاقد من الباطن.

٢. **الالتزام بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها:** يقع على عاتق المتعاقد الأجنبي التزام بتنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه من شروط، وفي الآجال المحددة وذلك لكون الصفة العمومية لها صلة بالخدمة العامة وكذلك بحسن سير المرفق العام.³

ففي حالة ما إذا كان تأخر المتعاقد الأجنبي بسبب فعله فإنه يترتب على ذلك حق جهة الإدارة في التعويض، كما يعطي للإدارة الحق في الفسخ وقد يكون تأخر المتعاقد الأجنبي

¹ جاد نصار، جابر، الوجيز في العقود الإدارية: دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. ت، ص ٢٣٤.

² بوضياف، عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر: جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١١، ص ١٦٦.

³ بوضياف، عمار، نفس المرجع السابق، ص ١٧٦.

في التنفيذ بسبب فعل الإدارة فإن هذا التأخر يكون مبرراً، كعدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل، وهو ما أكدته قضاء التحكيم.^١

٣. الالتزام بتنفيذ العقد وفقاً للشروط المتفق عليها: يتعين على المتعاقد الأجنبي تنفيذ العقد

وفقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد والتي تتمثل في إحدى الصورتين الآتيتين:
✓ تحدد فيها طريقة التنفيذ بدقة، هنا يجب على المتعاقد الالتزام بالشروط والمواصفات المتفق عليها، وإلا ترتبت مسؤوليته.

✓ الاتفاق على تنفيذ العقد وفقاً لأفضل المعايير الدولية، وهو ما يثير العديد من المشاكل لعدم إمكانية تحديد هذه الأخيرة بدقة.

٤. التزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للاستثمار: تفرض الإدارة المتعاقدة على المتعاقد الأجنبي ضرورة قيامه باستثمارات محددة خلال فترة معينة لتحقيقه، وفي حالة عدم التزامه بذلك فإنه يحق لجهة الإدارة سحب الترخيص الذي منحتة للمتعاقد الأجنبي لمزاولة نشاطه دون أن يرتب ذلك مسؤولية عليها.

٥. التزام المتعاقد الأجنبي باطلاع جهة الإدارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد: قد ينص العقد صراحة على حق الإدارة في فسخ العقد، في حالة عدم قيام المتعاقد معها بالتزام الإعلام والإخبار، ويتجه بعض الفقه إلى أنه لجهة الإدارة التمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصاً صريحاً فيه، وذلك تطبيقاً لمبدأ حسن النية.

٦. التزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية: وهو شرط تتضمنه غالبية العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب تمهيداً لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية، وذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة حتى لا يستطيع المتعاقد الأجنبي التنصل من مسؤوليته بإثبات بذل العناية المطلوبة وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أنه يتعين التمييز بين التزام المتعاقد الأجنبي بإدماج العمالة المحلية، والذي يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وبين تدريب وتكوين العمالة المحلية والذي يعد التزاماً ببذل عناية.^٢

^١ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص ١٨٢، ١٨٥.

^٢ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص ١٩٨.

الفصل الثالث:

إمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية

The Possibility of Agreeing to Arbitration in International Administrative Contracts

تضمن هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: الاتجاهات المختلفة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات العقدية الإدارية حسب

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الأول:

الاتجاهات المختلفة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية:

تناول هذا المبحث الاتجاهات المختلفة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية، وفق الآتي:

أولاً: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

ثانياً: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لقد ثار اختلاف حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة الدولية فظهر اتجاهان أحدهما اعترض على ذلك وقد كان مستنداً على جملة من الأسانيد، كما أن موقفه كان محل أخذ ورد لدى بعض التشريعات، وجسده بعض الأحكام القضائية، أما الاتجاه الثاني فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، واستند أنصار هذا الاتجاه من أجل تبرير موقفهم لجملة من الأسانيد، كما أن عدداً من التشريعات نصت صراحة على إمكانية اللجوء في التحكيم في هذا النوع من العقود كما أن هناك جملة من الأحكام القضائية التي جسد منطوقها إمكانية التحكيم في هذه العقود.

أولاً: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية الدولية:

سنقوم بدراسة الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية، من خلال تناول بعض التشريعات المؤيدة لهذا الاتجاه:

١. التشريع الفرنسي:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التشريع الفرنسي خلا من أي نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وأن النصوص التشريعية وضعت قاعدة عامة تتلخص في عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام الاتفاق على اللجوء للتحكيم لحل منازعاتهم.^١ وتتمثل هذه النصوص التشريعية في المواد/١٠٠٤، ٨٣/ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، والمادة /٢٠٦٠/ من القانون المدني الجديد، فالمادة /١٠٠٤/ تنص على عدم جواز إبرام اتفاقيات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة، وحضورها في الدعوى والمادة /٨٣/ تحدد القضايا التي يشترط فيها إخطار النيابة العامة، وهي المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة.

ثم حدث تعديل للقانون الفرنسي في عام 1972، وأصبحت المادة /1004/ هي المادة /2060/ والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه: "لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن الحالة أو الأهلية أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق، والانفصال الجسدي أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات والمؤسسات العامة، وعموماً في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام". وفي تعليقه على النص الجديد يرى الأستاذ "level"، أن النص الجديد هو: تكرار للنص القديم، وأن المشرع الفرنسي لم يأت بجديد على الرغم من مرور فترة زمنية طويلة بين النصين بينما ذهب الأستاذ "Rivero" إلى

^١ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

عكس ذلك حيث يرى أن النص الجديد أحدث تطوراً ملموساً وذلك لأنه أعطى للحظر أساساً أكثر عمقاً وحدد الأشخاص التي تخضع للحظر بصورة أكثر دقة.^١

مما سبق يتبين لنا أن النصوص التي تحظر الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية هي نصوص القانون المدني، ومن المعروف أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن القاضي الإداري غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الخاص، فله أن يطرحها جانباً إذا كانت غير متلائمة مع طبيعة العقود الإدارية ولذلك فقد ثار تساؤل هل يلتزم القاضي الإداري بالنصوص المدنية التي تحظر اتفاق التحكيم في العقود الإدارية؟

يرى البعض أن على القاضي الإداري تطبيق نصوص القانون المدني والتي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم في منازعاتها.^٢

بينما يذهب الغالبية من الفقه، إلى عدم الاعتراف لنصوص القانون المدني في المجال الإداري إلا بقيمة ثانوية، وأن المادة /١٠٠٤/ من قانون الإجراءات المدنية القديم والمادة /٢٠٦٠/ من القانون المدني الحديث لم تنظم إلا مسألة إجرائية، ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعات الإدارية التابعة للقضاء الإداري.

٢. التشريع المصري:

صدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 ونصت مادته الأولى على ما يلي "مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً أو دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".^٣

وقد اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن هذا النص دليل على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية واستندوا في ذلك على الحجج التالية:

^١ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص ٢٠٩.
^٢ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص ٢١٠.
^٣ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص ٢١١.

أ. عدم ذكر مصطلح العقود الإدارية صراحة في نص المادة السابقة، كما أنه بالرجوع لأحكام المادة الثانية نجدها قامت بتعداد أمثلة للعقود الخاضعة للتحكيم. وأن الهدف من هذا التعداد هو تجنب النص صراحة على التحكيم في العقود الإدارية.¹

ب. عنوان القانون ذاته، حيث أنه يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهذا، ما يعني استبعاد العقود الإدارية، كما استندوا أيضاً إلى نص المادة /١٧٢/ من الدستور، والتي تقضي بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى، وعليه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية، بالإضافة إلى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري التي نصت صراحة على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات خاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة، أو التوريد أو أي عقد آخر.

وقد كان تفسير الفقه لعبارة "دون غيرها" التي وردت في النص هو أن يتمتع كل قضاء بخلاف القضاء الإداري على نظر تلك العقود سواء كان قضاء عادياً أو قضاء التحكيم.

ثانياً: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية:

يقر هذا الاتجاه بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية الدولية، باعتبار أنه ليس هناك مانع من إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود لاسيما أن الاتفاقيات الدولية تجيز ذلك واستند أنصاره للعديد من الأسانيد لتبرير موقفهم، وقد تم تأييد هذا الاتجاه في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كما صدرت الكثير من الأحكام القضائية المؤيدة لإمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية منها:

١. التشريعات الوطنية المؤيدة لهذا الاتجاه:

سنحاول أن نسلط الضوء على بعض التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية في كل من فرنسا، مصر وسوريا، وطريقة معالجة كلاً منهم لهذا الموضوع:

¹ عباس، وابد محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية: دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠، ص ١٩٦.

أ. التشريع الفرنسي:

وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة مفادها عدم جواز التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام وقد أورد استثناء من هذه القاعدة وهو حالة وجود نص صريح يبيح لها ذلك^١، وسوف نعرض بعض النصوص التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم:

١. القانون رقم 17 نيسان 1906:

نص هذا القانون على جواز اللجوء للتحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ولكنه وضع النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية مجموعة من القيود، حيث اشترط:

✓ أن يتعلق النزاع بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة، والتوريدات، مع عدم إمكانية امتداد هذا القانون إلى أي عقد إداري آخر.

✓ أن يتم اللجوء للتحكيم بعد نشوء النزاع (مشاركة التحكيم).

✓ موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة، أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص.

ثم توالى بعد ذلك القوانين التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم^٢، ففي سنة 1946 صدر قانون أجاز لأشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم في حالة تأمين الدولة لشركات الغاز والكهرباء، ثم صدر قانون 15 فبراير 1986 حيث نص على السماح للمؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم في حالة النزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الأبحاث مع الهيئات الأجنبية، وفي 30 ديسمبر 1986 صدر قانون بشأن إجازة شرط التحكيم في هيئة السكك الحديدية الوطنية الفرنسية.

٢. القانون رقم 19 آب 1986:

بمناسبة قضية Euro Disney - Land والتي انتهت فيها مجلس الدولة إلى أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلا إذا كان هناك نص في القانون الداخلي أو معاهدة دولية انضمت إليها فرنسا تسمح بذلك، وحيث أنه لا يوجد لمثل هذا القانون وجود، فبالنتيجة شرط التحكيم يعتبر باطلاً، وعلى إثر ذلك اضطرت الحكومة الفرنسية لإصدار قانون 19 آب 1986

^١ عكاشة، حمدي، موسوعة العقود الإدارية والدولية: منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٨، ص ١٧٤.

^٢ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٣١.

والذي قررت المادة /٩/ منه السماح للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية، والمؤسسات العامة في عقودها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية اللجوء للتحكيم في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها وأن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية أي أن يكون العقد دولياً، ومنه لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود الإدارية الوطنية.

ب. التشريع المصري:

١. القانون رقم 27 لسنة 1994:

بعد صدور قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 حدث خلاف فقهي واسع النطاق في تفسير نص المادة الأولى، فقد ذهب البعض إلى أن نص المادة الأولى من هذا القانون تدل بوضوح على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وعلى العكس من ذلك فقد ذهب البعض الآخر بأن هذا النص يدل على جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية واستندوا في ذلك إلى الحجج الآتية:

✓ **الحجة الأولى:** بما أن العام يظل على إطلاقه ما لم يخصص، وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص وبما أن المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد الخاص بتحديد نطاق تطبيق قانون التحكيم تنص على سريان القانون على التحكيم بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع فإن هذا النص يجيز التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

✓ **الحجة الثانية:** لا مناص من قبول التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وإلا فإن مجهودات الدولة فيما يخص سياسة الإصلاح الاقتصادي وجذب أموال المستثمرين تكون بلا طائل فلا يكفي تهيئة مناخ الاستثمار أو التشريعات الاقتصادية المشجعة وحدهما.

٢. القانون رقم 9 لسنة 1997:

سارعت الحكومة المصرية بتقديم مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة 1994 المتعلقة بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، وذلك نتيجة الخلاف الفقهي الواسع النطاق الذي أثارته المادة السابقة الذكر، ونتيجة لذلك صدر القانون رقم (9) لسنة 1997 وجاءت المادة الأولى منه كالآتي:

تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون 27 لسنة 1994 فقرة ثانية يكون نصها كالآتي:

وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك. وبذلك يكون القانون المصري قد أجاز صراحة التحكيم في العقود الإدارية بتوافر الشروط التالية:

- ✓ أن ينص العقد صراحة على حل المنازعات التي تنشأ بين الطرفين عن طريق التحكيم.
- ✓ موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم.
- ✓ لا يجوز للوزير المختص بتفويض اختصاصه بالموافقة على اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

ج. التشريع السوري:

نص المرسوم التشريعي رقم /٢٢٨/ لسنة ١٩٦٩ المتعلق بنظام العقود المتعلقة بالهيئات العامة ذات الطابع الإداري صراحة على التحكيم وعدلت المراسيم /٢٢٨/١٨/١٩٥ في عام ٢٠٠٤ بقانون العقود رقم /٥١/ وخاصة في المادة /٢/ منه حيث نصت على أن: يطبق هذا النظام على جميع الجهات العامة في الدولة سواء كانت من القطاع الإداري أو الاقتصادي أو الإنشائي باستثناء وزارة الدفاع.

كما أنه تم النص على التحكيم في دفاتر الشروط لعقود وزارة الدفاع والمرسوم رقم /٤٠/ لعام ٢٠٠٣ الخاص بنظام استثمار المناطق الحرة.

ويتمتع أشخاص القانون العام الاعتبارية بشخصية اعتبارية مستقلة كالشخص الطبيعي ولها سلطة إبرام التصرفات القانونية وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائها أو التي يقرها القانون وللشخص الاعتباري نائب يعبر عن إرادته.

إضافة لذلك كله، فقد نص قانون التحكيم رقم 4 لعام ٢٠٠٨ في المادة رقم /٢/ على الآتي: مع عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجمهورية العربية السورية تسري أحكام هذا القانون على أي تحكيم يجري في سورية كما تسري على أي تحكيم تجاري يجري في الخارج إذا اتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. ويبقى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة /٦٦/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم 51 تاريخ ٢٠٠٤.

وقد جاء في نص المادة /٦٦/ من قانون العقود للجهات العامة رقم 51 لعام ٢٠٠٤ على الآتي:

١. القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد.

٢. يجوز أن ينص في دفا تر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار في مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة ويختار المتعهد العضو الآخر.

٣. يمكن أن ينص في العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة خلافاً لأحكام البندين السابقين.

ويستفاد من تلك النصوص القانونية إضافة إلى معاهدة نيويورك أن المشرع السوري قد نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات، وبالنسبة للنزاعات ذات الصلة بالعقود الإدارية، فبالرجوع إلى قانون التحكيم رقم 4 لعام ٢٠٠٨ فإنه من الملاحظ أن هذا القانون قد أحال في المادة الثانية سلطة تحكيم المنازعات ذات الصلة بالعقود الإدارية إلى المادة رقم 66 من قانون أو نظام العقود في الجهات العامة رقم 51 لعام ٢٠٠٤.

وذلك من خلال انعقاد الاختصاص لمجلس الدولة السوري وتشكيل لجنة ثلاثية يرأسها مستشار في مجلس الدولة، وعضوين يتم اختيار أحدهما من المتعهد، والآخر تختاره الجهة العامة.

والجدير بالذكر أنه وبعد صدور نظام العقود الموحد فإن هذا النظام أصبح مطبقاً على كل الجهات العامة الموجودة في سورية كما أصبح نظام التحكيم بالنسبة إلى العقود الإدارية وأحداً. ولكن كان حري بالمشرع القانوني في الجمهورية العربية السورية أن يعد قانوناً خاصاً ينص في مواده على إمكانية اللجوء إلى فض المنازعات الإدارية عن طريق التحكيم مبيناً فيه وبالتفصيل صلاحية المحكمين وحقوقهم والمسؤوليات ذات الصلة بذلك.

وقد سمح قانون مجلس الدولة السوري رقم ٣٢ لعام ٢٠١٩ لمحكمة القضاء الإداري بفصل عدة مسائل من بينها القضايا المتعلقة ببطلان حكم التحكيم حيث جاء النص وفقاً للآتي:

المادة 14: تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل الآتية:

دعوى بطلان حكم التحكيم وبعد قرار المحكمة برد دعوى البطلان أكساء لقرار التحكيم صيغة النفاذ.

المادة 15: لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم لدى محاكم مجلس الدولة إلا في الأحوال الآتية:

- أ. إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته.
- ب. إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
- ج. إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- د. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
- هـ. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لاتفاق الطرفين.
- و. إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
- ز. إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.
- ح. تقضي المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في الجمهورية العربية السورية.

٢. الأحكام القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه:

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، والتي سنوضحها كمايلي:

أ. القضاء الفرنسي:

لم يسلم القضاء العادي في فرنسا بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه، لأن المؤسسات العامة تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية، وسوف نوضح ذلك من خلال الأحكام التالية:

✓ قضية شركة **Société des frères** ضد وزارة المرافق التونسية: تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة التونسية أبرمت عقد مع شركة **Société des frères** من أجل نقل التكنولوجيا، وضمنوا العقد على شرط التحكيم في حالة النزاع، ولما ثار النزاع بين الطرفين، دفعت الحكومة التونسية ببطلان شرط التحكيم لأنه غير في العقود الإدارية وأن هذا المبدأ استقرت عليه أحكام مجلس الدولة التونسي والفرنسي على حد سواء. أصدرت محكمة التحكيم

حكمها، وقضت بجواز التحكيم في العقود الإدارية، الشيء الذي دفع بوزير المرافق التونسي بالطعن بالاستئناف أمام محكمة استئناف باريس، والتي قضت بصحة الاستئناف، وأوضحت أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي يتعلق بالنظام العام الداخلي الذي يقتصر إعماله على العقود الداخلية فقط، دون أن يمتد إلى العقود الدولية، وأن التحكيم في هذه الأخيرة صحيح ومنتج لآثاره¹.

✓ **قضية مالك السفينة Galakis ضد وزارة النقل البحري الفرنسي:** تتلخص وقائع هذه القضية أنه تم إبرام عقد سفينة بين وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك السفينة Galakis في سنة 1940، وقد تضمن العقد نص على أن يتم تسوية أي نزاع ينشأ عن هذا العقد في محكمة التحكيم بلندن، وقد حدث خلاف بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد، مما جعل مالك السفينة يلجأ إلى محكمة التحكيم في لندن، والتي أصدرت حكمها لصالح مالك السفينة، و في بالحصول على أمر التنفيذ من محكمة السين، دفعت وزارة النقل محاولة مالك السفينة بتنفيذ البحري ببطان شرط التحكيم، وذلك لأن التحكيم غير جائز في العقود الإدارية وفقاً للقانون الفرنسي وقد استجابت المحكمة لهذا الدفع، مما جعل صاحب السفينة يطعن أمام محكمة النقض التي انتهت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وأوضحت أن الحظر المنصوص عليه في العقود الداخلية لا ينطبق على العقود الإدارية الدولية.

ب. القضاء المصري:

سنوضح الأحكام المؤيدة لهذا الاتجاه من خلال الأحكام القضائية التالية:

✓ **قضية الشركة الإنجليزية ضد المجلس الأعلى للآثار:** تتلخص وقائع هذه القضية أن المجلس الأعلى للآثار أبرم عقداً مع شركة مقاولات إنجليزية للقيام ببعض الأعمال و الإنشاءات وقد اتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لتسوية ما ينشأ بينهما من منازعات، وقد ثار خلاف بين الطرفين فقررت الشركة الإنجليزية اللجوء للتحكيم، فقضت محكمة التحكيم لصالح الشركة الإنجليزية، على إثر ذلك قام المجلس الأعلى للآثار بالطعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة مستنداً إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية

¹ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص 239.

الدولية في القانون المصري، إلا أن المحكمة انتهت إلى صحة اتفاق التحكيم مؤسسة حكمها كآلاتي¹:

١. إن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 تقضي صراحة بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع.

٢. إن 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 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.

٣. إن المادة 85 من قانون مجلس الدولة تعترف ضمناً بشرط التحكيم والصلح في العقود الإدارية وأنه لا يجوز الاستناد لنص المادة العاشرة من قانون 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 الإداري.

٤. بالإضافة إلى أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في أحد العقود الإدارية يتنافى وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود إدارية أو مدنية، 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 استناداً إلى قيود تشريعية.

٥. إن 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 أضراراً بالغة الخطورة بفرص الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية الاقتصادية.

¹ أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق: ص 240-241.

ج. القضاء السوري:

يتبين من استقراء قرارات مجلس الدولة السوري أنه عد قضاء التحكيم قضاء حقيقياً ناجماً عن إرادة الأطراف الذين ارتأوا اللجوء إليه لفض نزاع بينهم^١.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة السوري على أن شرط التحكيم الذي يرد في العقد الإداري يعد ملزماً لطرفيه، ولا يمكنهما التحلل منه، أو تعديله، إلا بالاتفاق المتبادل بينهما، والزامية هذا الشرط تؤدي إلى حجب الاختصاص عن المحكمة المختصة أصلاً بنظره^٢. ويمتنع على الجهة الإدارية التي قبلت اللجوء إلى التحكيم أن تتحلل من تنفيذ هذا الشرط بعد إبرام العقد^٣.

وقد عمل مجلس الدولة السوري على حماية شرط التحكيم الذي يرد في العقد الإداري، ذلك إن إجراء التحكيم في نزاع يتعلق بالعقد لا يمنع من اللجوء ثانية إلى التحكيم إذا نشأ نزاع آخر يتعلق بالعقد ذاته طالما لم يعرض سابقاً على التحكيم، فتبقى الإدارة العامة بعد أن قبلت بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري ملزمة بقبول التحكيم إلى أن تتم تسوية جميع المنازعات بينها وبين المتعاقد^٤.

وقرر مجلس الدولة السوري أيضاً أن شرط التحكيم الذي يرد في العقد الإداري يعد ملزماً للطرفين، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء ذاتها، ما يجعل من الحكم الذي انتهى إلى إعلان عدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر النزاع محل الدعوى على فرض أن الاختصاص الذي يتم بموجب التحكيم قائم على أساس سليم من القانون^٥.

وهذا التوجه لمجلس الدولة السوري يأتي بخلاف ما ذهب إليه محكمة النقض السورية التي قررت أنه لا يجوز للمحكمة أن تثير شرط التحكيم من تلقاء ذاتها بحسبان أن ذلك لا يعد من النظام العام^٦.

ومن أحكام مجلس الدولة السوري التي تجيز اللجوء إلى التحكيم ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا عام 1975 في حكم جاء فيه: "ومن حيث إن وقائع القضية تشير إلى أن

^١ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٦٤) الطعن رقم (٢٩٠)، ١٩٩٨.

^٢ المهايبي، مصباح، مبادئ القضاء الإداري: ج ٣، ٢٠٠٥، ص ٢٩٣.

^٣ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٥٣). الطعن رقم (٤٣٠)، ١٩٧٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ١٩٧٣، ص ٢١٤.

^٤ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٩) الطعن رقم (٢٠٨)، ١٩٧٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ١٩٧٢، ص ١٧٤.

^٥ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٢٢٧) الطعن رقم (٢١٢)، ٢٠٠٠، مبادئ القضاء الإداري. المحامي مصباح المهايبي، ج ٣، ٢٠٠٥، ص ٢٩٣.

^٦ قرار محكمة النقض السورية. الغرفة المدنية الثالثة. رقم القرار (١٤٢٣)، أساس (٢١٥٩). تاريخ ٥ / ٢١ / ٢٠٠٠، موسوعة القضاء المدني، المحامي محمد أديب الحسيني، ج (١)، ٢٠٠٢، ص ٥٢٩.

المطعون ضده قد رفع الدعوى طالباً الحكم بتكليف الإدارة تسمية حكمها لحل نزاعه معها حول تنفيذ العقدين المبرمين من قبل الطرفين (بشأن تنفيذ حفريات ترابية) مستنداً في طلبه هذا إلى صك التحكيم الذي تضمنه كل من هذين العقدين، والذي يلزم كلا الطرفين باللجوء إلى التحكيم في حل النزعات على تنفيذهما".

ومن حيث إن الإدارة الطاعنة دفعت دعوى المدعي بسبب توقيعه الكشف النهائي دون تحفظ، لهذا فإن طلبه باللجوء إلى التحكيم لا يعد مقبولاً، وذلك عملاً بالمادة (٤٢) من دفتر الشروط العامة.

ومن حيث إنه بتدقيق الملف، ومضمونه، ومذكرات الطرفين، قد استبان لهذه المحكمة أنه كان صحيحاً قول الإدارة من أن المدعي المطعون ضده قد وقع الكشف النهائي دون تحفظ، إلا أن الكشف المذكور لم يلحظ أي حسم من استحقاقاته، فإذا لم يكن التحفظ وارداً البتة، وإن رجوع الإدارة على المتعهد بالمبلغ المختلف عليه إنما كان بعد قبضه استحقاقاته كافة، مما يسمح بإعمال اجتهاد هذه المحكمة القائل: "إن صك التحكيم ملزم للطرفين اللذين ارتبطا به، سواء في عقود الأفراد فيما بينهم، أو في العقود المبرمة منهم مع الإدارات العامة".

وهكذا يكون مجلس الدولة السوري قد كرس مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأضفى على ذلك الحماية اللازمة، على فرض أن التحكيم قضاء حقيقي يسعى إليه كل من طرفي العقد بملء إرادتهما، وليس لأي منهما أن يتحلل من هذا الالتزام.¹

وقد أبدى مجلس الوزراء السوري رأيه في الموضوع من خلال العديد من البلاغات بشأن فض المنازعات التي تنشأ بين الإدارات المختلفة والمتعاقدين معها، ومنها ما يتعلق بإمكانية اللجوء إلى التحكيم. ففي بلاغ مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ١٩٧٣/٤/١ تمت الإشارة إلى أن التحكيم هو طريق استثنائي للتقاضي، تجب ممارسته بكل حيطة وحذر في قضايا الدولة ومنازعاتها، لأنه شاذ عن النظام القضائي المقرر، ولما كان التحكيم قد شرع أصلاً كمرجع قضائي اختياري يلجأ إليه الأفراد لا الدولة في فض المنازعات، فإنه يتعين عدم تضمين عقود الدولة الداخلية نصاً مسبقاً بالتحكيم في حال نشوب خلاف، وترك هذا الأمر _ عند الحاجة _ إلى اختيار المرفق، وتقديره في اتباع هذا الطريق، أو سلوك طريق القضاء، حسبما تقتضيه المصلحة، ونوعية النزاع، ووفقاً للأصول المتبعة في هذا الخصوص.

¹ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (115) الطعن رقم (75)، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٨٩، ص ٣٤١.

كما تضمن بلاغ مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ١٨/٣/١٩٨٢ الإيعاز إلى مختلف الوزارات والإدارات والمؤسسات العامة والشركات وجميع جهات القطاع العام والمشارك، عدم الموافقة على قبول التحكيم إلا بعد أخذ رأي إدارة قضايا الدولة، وعدم مباشرة أي إجراءات للتحكيم إلا عن طريقها، فضلاً عن وجوب عدم إرسال أي ردود أو أجوبة أو مستندات إلى لجان التحكيم إلا عن طريق إدارة قضايا الدولة.

ويبدو أن هذه البلاغات قد ذهبت إلى خلاف ما ذهب إليه مجلس الدولة السوري في أكثر من مناسبة لجهة إمكانية فض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية عن طريق التحكيم. وهكذا ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول: إن شرط التحكيم هو كغيره من الشروط العقدية الأخرى يعد ملزماً للطرفين المتعاقدين، ولا يملكان التحلل منه إلا بإرادتهما المشتركة، أما إذا رفض أحدهما تسمية محكم كان مرد الأمر إلى القضاء المختص.

وقد ذهبت الجمعية العمومية في رأي لها إلى القول: إن الجهة الإدارية المتعاقدة تتمتع في أثناء مرحلة التعاقد بسلطة تقديرية تامة من أجل الموافقة على إدراج شرط التحكيم ضمن الشروط التعاقدية، ولكن عندما يوضع شرط التحكيم في بنود العقد المبرم يصبح ملزماً للإدارة، ولا يسوغ لها إنكاره، أو الانكفاء عنه بسلطتها المنفردة، فضلاً عن أنه ينزع يد القضاء عن النزاع الذي يستهدفه.^١

والذي نراه أنه ليس ما يمنع من اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية على أن يكون اللجوء إلى هذا الأسلوب بشكل استثنائي وليس كقاعدة عامة، وخصوصاً في المنازعات التي يكون فيها المتعاقد أجنبياً، ويتمسك بشرط التحكيم لإتمام متطلبات إبرام العقد، ولكن من الأهمية بمكان توفير المناخ التشريعي المناسب لذلك، وتوحيد القواعد المتعلقة بالتحكيم، عبر إعادة النظر في مجمل أحكام القانون رقم (4) لعام ٢٠٠٨. وللجوء إلى التحكيم يعكس في الواقع إلحاح الشركات الأجنبية باللجوء إليه، خصوصاً إذا أخذنا في الحسبان عدم التوازن بين الذي يميز علاقات الدول النامية بالدول الكبرى والشركات الضخمة التي تحرص على تضمين العقود التي تبرمها شرط التحكيم، وذلك كي تستبعد من خلاله إمكانية المثول أمام القضاء الوطني.

^١ الأحمد، نجم، التحكيم في العقود الإدارية المولية: منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، ٢٠٢٠، ص ١٥٩.

لقد أصبحت الدول النامية غير قادرة على رفض اللجوء إلى التحكيم بشكل مطلق كونه بات مطلباً أساسياً للشركات الكبيرة عند إبرامها للعقود الدولية مع الدول النامية. وقد أيدت غرفة التجارة الدولية في باريس CCI الاتجاه الذي يذهب إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثاني:

شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

تناول هذا المبحث شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وفق الآتي:

أولاً: الشروط الشكلية.

ثانياً: الشروط الموضوعية.

ثالثاً: الشروط المرتبطة بخصائص العقد الإداري.

ينفرد اتفاق التحكيم بمجموعة من الشروط مردها طبيعته الخاصة، منها ما هو متعلق باتفاق التحكيم، وهي إما إلزامية بحكم القانون، أو بحكم الواقع، وبعضها اختياري لأطراف النزاع الحق في إدراجها في اتفاق التحكيم، أو ترك أمرها إلى ما ينص عليه القانون، أو لما تراه هيئة التحكيم مناسباً من إجراءات التقاضي ويشترط كذلك أن تتوافر في اتفاق التحكيم الشروط العامة اللازمة لصحة الالتزام.

يضاف إلى ما سبق ما يثار في نطاق العقود الإدارية لجهة شرط الموافقة الأولية على اللجوء إلى التحكيم، والقانون واجب التطبيق عليه، وكذلك آلية الحفاظ على خصائص العقد الإداري. أما ضمانات فعالية التحكيم فإنها تتمثل في عدد من النقاط أهمها: القانون واجب التطبيق على التحكيم، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، وعدم جواز الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة، وعدم تأثر التحكيم بالإجراءات المعرّقة من جانب أحد الأطراف، وحصر سلطة فصل النزاع في هيئة التحكيم، وامتداد شرط التحكيم إلى الشركة الفرعية، وعدم المسؤولية المباشرة للدولة في حال لجوء مشروعاتها العامة إلى التحكيم، بالإضافة إلى فعالية قرار التحكيم. هذا ويترتب على اللجوء على التحكيم بحسبانه وسيلة لفض المنازعات عدد من الآثار، ومنها أثره في المعيار المميز للعقد الإداري، وفض الخصومة، وامتناع القضاء عن نظر النزاع موضوع التحكيم.

أولاً: الشروط الشكلية:

ليست هناك صيغة موحدة لاتفاق التحكيم، مع فرض اختلاف ظروف كل علاقة عقدية عن الأخرى، واختلاف مواقف الدول من التحكيم، ومقتضيات النظام العام في كل دولة، إلا أنه من الجائز تضمين الاتفاق مجموعة القواعد التي تحدد نطاق النزاع، وتشكيل هيئة التحكيم، والقواعد الإجرائية والموضوعية لصدور الحكم وتنفيذه. وتتمثل الشروط الشكلية في كتابة اتفاق التحكيم، والعدد الوثري للمحكّمين، والإجراءات أمام هيئة التحكيم، والقواعد الشكلية التي يخضع لها إصدار حكم المحكم:

١. كتابة اتفاق التحكيم:

العقد الرضائي هو ما يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، وبمعنى آخر تطابق الإيجاب والقبول، فالاتفاق وحده هو الذي يكون الاتفاق. أما العقد الشكلي فهو الذي يشترط القانون لانعقاده شكلاً معيناً، فإن لم يتحقق الشكل القانوني للعقد كان العقد باطلاً، كما لو اشترط القانون في اتفاق

التحكيم أن يكون مكتوباً، ففي هذه الحالة إن لم تتم كتابة اتفاق التحكيم كان الاتفاق باطلاً، ولا يكون اتفاق التحكيم قائماً، ولا يجوز إثباته بأي طريقة من طرق الإثبات. ولا يحول دون رضائية العقد اشتراط القانون بأن يكون إثباته بالكتابة، فالفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إن كانت لازمة للإثبات فإن العقد غير المكتوب لا يعد موجوداً حتى مع الإقرار أو اليمين. أما إن كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد فإن العقد غير المكتوب لا يعد موجوداً حتى مع الإقرار أو اليمين.

وشرط إثبات اتفاق التحكيم بالكتابة هو شرط لإثبات جميع شروط اتفاق التحكيم، فلا يجوز إثبات اتفاق التحكيم، أو أي من شروطه، من خلال الشهادة. ولكن هذا الشرط لا يحول دون الاعتداد في تنفيذ تحكيم غير ثابت بالكتابة إذا قام أحد أطراف النزاع بتنفيذه طواعية دون وجود اتفاق كتابي بان يختار كل طرف بينهما محكمه، وتحديد ميعاد بداية التحكيم، أو الطلب من خصمه تنفيذ الاتفاق الشفهي فمثل هذه الأمور أو التصرفات تعد رضاء بالتحكيم.

ولا يتطلب القانون في كتابة اتفاق التحكيم شكلاً خاصاً، أو ألفاظاً معينة، وللمحكمة تكليف العقد بحقيقة المقصود منه، ومراعاة للتفريق بين كونه تحكيمياً، أو خبرة، أو صلحاً. كما لا يشترط أن يتم اتفاق التحكيم بشكل رسمي أمام الكاتب بالعدل، وإنما يكفي أن يكتب بورقة عادية، كما أن الإشهاد عليه ليس شرطاً لصحته، وإنما هو وسيلة لإثبات صحة توقيع المتعاقدين عليه في حال إنكاره توقيعه، شأنه في ذلك شأن أي مستند كتابي من حيث الطعن بعدم صحته، أو الادعاء بتزويره.

ويعد شرط إثبات اتفاق التحكيم وشروطه بالكتابة من مقتضيات النظام العام، وبالتالي يجوز للقاضي إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسه، إلا في حال قبول كل من الطرفين به، وبالتالي ليس لهما إثباته بالشهادة. ويعود أمر التشدد في هذا الشرط إلى أن الخروج من القضاء النظامي إلى التحكيم هو تخل عن ضمانات القضاء النظامي إلى حد كبير، ما يوجب التدقيق في رغبة الأطراف بذلك، وهذا الأمر لا يمكن تحقيقه إلا عبر اشتراط كتابة اتفاق التحكيم.

وقد أيدت محكمة النقض السورية في العديد من قراراتها شرط كتابة التحكيم، ومن ذلك على سبيل المثال قرارها رقم (١٤٢٣) الصادر بتاريخ ١١/٦/١٩٦٩ والذي جاء فيه:

"كما وأنه لمن المتفق عليه أن اليمين الحاسمة ملاذ أخير لكل من يعوزه الدليل. وتبعاً لهذا جاز توجيه اليمين في جميع المواد، سواء مما يقبل الإثبات بالبينة الشخصية، أو مما يجب إثباته

بالكتابة، أو ما ثبت بهما، أو مما يخالفها، وعلى هذا فلا يجوز سد هذا الباب الرحب في ميدان العدالة في وجه المتقاضي. "وكانت محكمة النقض قد ذهبت في اتجاه معاكس في قرارها رقم (٤٦) الصادر بتاريخ ١/٢١/١٩٥٩ إلى القول: "لما كانت المادة (٥٠٩) من قانون أصول المحاكمات قيدت طريقة إثبات عقد التحكيم بالكتابة، وكان تقييد الشارع بطريقة الإثبات على وجه الحصر يحول دون قبول طريقة آخر كالإقرار أو اليمين.

واتفاق التحكيم كأى اتفاق آخر يقوم على الرضا الذي يعد ركناً أساسياً في اتفاق التحكيم.

والسؤال الذي يطرح هنا حول وجوب إفراغ هذا الرضاء في شكل معين؟ وبمعنى آخر هل

يشترط كتابة اتفاق التحكيم؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد التحكيم لا يعدو كونه عقداً رضائياً ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول بين طرفيه، ومن ثم لا حاجة إلى شرط كتابة الاتفاق، فاتفاق التحكيم ليس من العقود الشكلية، لأن الكتابة في هذه الحالة ليست ركناً في العقد، كما أنها ليست شرطاً من شروط صحته، وإنما مجرد وسيلة من وسائل الإثبات.

وتذهب غالبية الفقه إلى ضرورة كتابة اتفاق التحكيم لكونها ركناً فيه، وبالتالي يقع باطلاً كل اتفاق تحكيم لا يكون مكتوباً.

وفي فرنسا يجيز قانون الأصول في المادة (١٠٠٥) منه تحرير اتفاق التحكيم سواء أمام المحكمين، أو بموجب عقد موثق، أو عرفي.

وإذا وقع الاتفاق مكتوباً، فلا يلزم أن يكون ذلك خاضعاً للقواعد العامة، والحجة الأساسية التي يستند إليها القضاء هي أن كل ما جاء في المادة (١٠٠٥) المشار إليها إنما جاء بصيغة الجواز، لا الأمر والوجوب، أي أنها وردت على سبيل المثال لا الحصر.

وقد عمل المشرع المصري على وضع مجموعة من الشروط الشكلية لصحة العقد التحكيمي مبتعداً عن الاتجاه الجديد في قوانين التحكيم الدولية، معترفاً بالعقد التحكيمي في حال وروده في برقية، أو تلكس، أو فاكس، أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال تمكن من إثباته وهكذا نصت المادة (٢٧) من قانون التحكيم المصري على أنه: ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

وبموجب المادة (8) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لعام ٢٠٠٨ "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً" ويكون الاتفاق مكتوباً إذا ورد في عقد، أو في وثيقة، أو في محضر محرر لدى هيئة التحكيم التي تم اختيارها، أو في أية رسائل متبادلة عادية كانت أو مرسلة بوسائل الاتصال المكتوب (البريد الإلكتروني- الفاكس-التلكس) إذا كانت تثبت تلاقي إرادة مرسلها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع.

وبناء عليه نستنتج الآتي:

١. لا يجوز إثبات صك التحكيم إلا بالكتابة أيأ كانت صفة النزاع (إداري، مدني، تجاري).
 ٢. لا يجوز إثبات صك التحكيم إلا بالكتابة مهما بلغت قيمة النزاع، أو موضوعه.
 ٣. لا يجوز الاستناد إلى وسائل أخرى لإثباته، كالإقرار، والشهود، واليمين. ..ولم يتطلب المشرع شكلاً خاصاً لصك التحكيم، فمن الممكن أن يكون الصك رسمياً، أو عادياً. ويمكن أن يثبت في محضر الجلسة عندما يتفق الطرفان على التحكيم أمام المحكمة التي تنتظر في النزاع. والكتابة ليست لازمة لإثبات صك التحكيم فحسب، وإنما لازمة لإثبات كل شرط من شروط التحكيم، كشرط تفويض المحكمين بالصلح، أو تعيين محكمين بأسمائهم، أو التنازل عن استئناف قرار التحكيم، أو شرط المهلة الممنوحة للمحكمين...
- ويمكن الإشارة إلى التطور الذي لحق بمفهوم الكتابة على صعيد الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية بما يؤدي إلى توسعة نطاقها التقليدي، حيث ذهبت بعض الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية "جنيف"، إلى استلزام شرط الكتابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وهناك بعض القوانين، ومنها القانون الألماني، لا تتطلب شكلاً معيناً لاتفاق التحكيم متى أبرم بين التجار. ويطبق قانون التحكيم الوطني على اتفاقيات التحكيم المكتوبة.

٢. تحديد موضوع النزاع:

يتعين على طرفي النزاع تحديد موضوعه كي لا يخرج المحكمون عنه، فقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع لا مجال لتطبيقها في نطاق التحكيم.

وقد ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها رقم /٤٦/ تاريخ ١٩٥٩/١/٢١ إلى القول: "إن غاية المشرع قد تجلت بصورة أوضح في المادة (٥١٠) من قانون أصول المحاكمات والتي أوجبت تحديد موضوع النزاع في صك التحكيم أو استناد المرافعة تحت طائلة اعتبار هذا التحكيم باطلاً".

٣. أن يكون عدد المحكمين وترأ:

أي فردياً لتفادي المساواة في الآراء وبالتالي إمكانية الوصول إلى حل للخصومة. ففي القانون رقم /٢٧/ لعام ١٩٩٤ في مصر نصت المادتين /٢،١٥/ منه على وجوب أن يكون عدد المحكمين وترأ في حال تعددهم، وذلك تحت طائلة البطلان، تاركاً الحرية للأطراف في الاتفاق على عدد المحكمين، وإن لم يتفقوا كان العدد ثلاثة.

وقد نصت المادة /١٢/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ على:

١ . تشكل هيئة التحكيم باتفاق طرفي التحكيم من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا كان عدد المحكمين ثلاثة.

٢ . إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترأ، وإلا كان التحكيم باطلاً.

٤. الإجراءات المقررة أمام هيئة التحكيم:

يحدد أطراف النزاع إجراءات التحكيم، أو إسناد هذه المهمة إلى المحكم ذاته، أو إحالتها إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية، أو قانون دولة معينة.^١

ولكن هل يجوز مباشرة إجراءات التحكيم في حال غياب أحد أطراف النزاع؟

ذهبت معظم الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية تسوية المنازعات لعام ١٩٦٥ إلى جواز ذلك وتبني قواعد التجارة الدولية فيما يتعلق بإجراءات التحكيم قواعد لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (الانسترا) كما تدعو إلى تطبيق قانون التحكيم النموذجي الذي وضعته اللجنة وبات ذا صفة عالمية تجعل من قواعده عند التطبيق قواعد آمرة تلتزم الأطراف بتنفيذها وعدم مخالفتها القواعد الشكلية التي يخضع لها إصدار حكم المحكم.^٢

المادة ٢٤ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ نصت على:

أ. يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، أو تقرر هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة الوثائق والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وغيرها.

ب. لهيئة التحكيم أن تطلب إرفاق ترجمة محلفة لبعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى بوساطة ترجمان محلف إلى اللغة أو اللغات المستخدمة في التحكيم.

^١ دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان النامية: منشورات WAOPO رقم (٢٦٠)، جنيف، ١٩٧٨.

^٢ شعوش، أحمد عبد الحميد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار -دراسة مقارنة: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٨٨.

ثانياً: الشروط الموضوعية:

١. الرضا: يتحقق الرضا بوجود إرادتين متوافقتين ويجب أن يكون صحيح بصدوره عن ذي أهلية ويجب أن يقع التعبير عن الإرادة بشكل صريح.

٢. المحل: محل اتفاق التحكيم هو موضوع نزاع ويجب ألا يكون التحكيم مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العام، وإلا كان باطلاً، وكذلك قرار التحكيم الصادر بناء عليه.

٣. الأهلية: من المنفق أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وهذا يعني أنه يشترط تمتع طرفي النزاع بأهلية التصرف في الحق موضوع التحكيم.

ونظراً لأن أحد أطراف العقد الإداري هو الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام فيها، فإنه من المفيد التعرض إلى أهلية الدولة وأجهزتها فيما يتعلق بإبرام اتفاق التحكيم.^١

ثالثاً: الشروط المرتبطة بخصائص العقد الإداري:

يقوم التحكيم بدرجة أساسية على إرادة أطراف النزاع، وعلى ذلك فإنه يقتضي في منازعات العقود الإدارية الدولية على فكرة استبعاد القضاء الوطني والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها الأطراف.

وبناء عليه فإن خضوع العقد الإداري إلى نظام قانوني لا يعتد بنظرية العقد الإداري سيؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه.^٢

والتحكيم في حد ذاته لا يؤثر سلباً في الطبيعة الإدارية للعقد، إذ يمكن للأطراف تضمين العقد شروطاً تتفق وطبيعة العقد الإداري، إلا أن التحكيم الدولي غالباً ما يكون بين يدي محكمين أجانب يطبقون قانوناً أجنبياً، لهذا فإن معطيات التحكيم لا تتفق مع خصائص العقد الإداري، والنظام القضائي والقانون الذي يحكمه.^٣

ولكن رغم الأثر السلبي فإن للتحكيم أهميته في تشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية ولا تستطيع الدول النامية رفضه لأنه أحد مطالب الشركات الأجنبية ونصت عليه المعاهدات والاتفاقيات

^١ محمد عبد اللطيف، محمد، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية: دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٧.

^٢ عبد الرحمان، عبد الحكيم مصطفى، عقود التنمية الاقتصادية في قانون الدولي الخاص: مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١، ص ١١٥.

^٣ الشيخ، عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢١٠.

الدولية، فالاستثمار يبحث دائماً عن الضمانات، والتحكيم هو أحد الضمانات الجوهرية الإجرائية للاستثمار.^١

ولهذا أصبح التحكيم وسيلة مميزة لفض منازعات الاستثمار في التجارة الدولية وخاصة في دول العالم الثالث التي تتسم بعدم مرونة النظام القضائي فيها، وحاجتها إلى الاستثمارات الأجنبية بهدف تحقيق مشروعاتها التنموية.^٢

١. الموافقة الأولية على اللجوء إلى التحكيم:

إن الهدف من هذه الموافقة هو عدم الإفراط في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وذلك لتلافي الأثر السلبي للتحكيم في الطبيعة الإدارية للعقد، ومن ثم على مركز الإدارة إزاء المتعاقد معها.

أ. السلطة المختصة بمنح الموافقة الأولية:

بمعنى حصول الإدارة مسبقاً على إذن باللجوء للتحكيم من جهة إدارية أخرى أعلى من الجهة المتعاقدة.^٣

ففي مصر اشترط قانون التحكيم رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ المادة ٢/١ موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة.

أما المشرع الفرنسي فقد اشترط موافقة مجلس الوزراء، حيث يشترط صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقع عليه كل من وزير المالية والوزير المختص هذا المرسوم يقر التحكيم في عقود الدولة والعقود الدولية ذات النفع العام.

أما في سوريا فقد نصت المادة ٢/٤٤ من قانون مجلس الدولة السوري رقم ٥٥ لعام ١٩٥٩ على أنه: "لا يجوز لأي وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على ٥٠٠٠ آلاف جنية بغير استفتاء الإدارة المختصة".

ب. ضوابط منح الموافقة الأولية:

✓ عدم التفويض في منح الموافقة الأولية.

^١ محمد، عاطف إبراهيم، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٨.

^٢ الأحنب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية: ج٢، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١١.

^٣ الشيخ، عصمت عبد الله، نفس المرجع السابق: ص ٢١٧.

✓ اللجوء إلى التحكيم من خلال مشاركة التحكيم.

✓ طلب الموافقة على اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لكل حالة حدة.

✓ وضع قائمة بالمشروعات التي يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها.

ج. الأثر المترتب على عدم الحصول على الموافقة الأولية:

تكمن الأهمية هنا في الحالة التي يكون فيها المتعاقد مع الإدارة أجنبياً، وهنا يجوز للإدارة أن تحصل على هذه الموافقة ولو خلال سير إجراءات التحكيم، أما إذا لم تحصل على هذه الموافقة فإن هناك من يرى أن الإدارة قد ارتكبت خطأ مرفقياً من جانبها يترتب مسؤوليتها عن الخطأ الذي ارتكبه ممثل الإدارة في حمل الطرف المتعاقد معها على الاعتقاد بحسن نية أنه تم اللجوء إلى التحكيم بعد استيفاء الشروط التي تطلبها المشرع ومنها الموافقة الأولية بجواز اللجوء إلى التحكيم.^١

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن قبول الإدارة لشرط التحكيم رغم عدم قدرتها على ذلك يترتب مسؤوليتها ويلزمها بالتعويض عن الضرر الذي أصاب متعاقد معها لا يقدم حلاً كافياً إذ لا يجوز للإدارة أن تتصل من اتفاق التحكيم بحجة عدم حصولها على هذه الموافقة بما في ذلك من مخالفة للنظام العام الدولي.

٢. الحفاظ على خصائص العقد الإداري:

لا يؤثر التحكيم في الطبيعة الإدارية للعقد، ولكن الذي يؤثر هو أن يطبق على النزاع موضوع التحكيم قواعد غير تلك التي تقرها نظرية العقد الإداري ويكون ذلك من خلال:

أ. تضمين العقد المبادئ القانونية للعقد الإداري:

ذهب المشرع المصري في قانون التحكيم رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ إلى فتح الباب أمام العقد الإداري لفض المنازعات الناجمة عنه من خلال التحكيم، وفي حال تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية التي تحكم النزاع، فلا يتصور أن يتنازل الشخص المعنوي العام عن سمو مركزه القانوني الذي تقرره له مبادئ القانون العام والذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.^٢

إن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين هي التي لها الأولوية في التطبيق.

ب. اللجوء إلى التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية المتعلقة بالثروات الطبيعية:

^١ عمر، حمدي، التحكيم في عقود الإدارة: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص 139.

^٢ الشريف، عزيزة، التحكيم الإداري في القانون المصري -دراسة مقارنة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٠٨.

ينقسم التحكيم إلى داخلي يجري داخل الدولة ودولي يجري خارجها وإذا خص المشرع المحاكم المدنية وحدها بنظر بعض أنواع الدعاوى دون أن يكون للمحاكم الأجنبية اختصاص بصدها، فلا يجوز في هذه الحالة الاتفاق على التحكيم بشأنها، وإذا حدث مثل هذا الاتفاق ورفعت به دعوى أمام المحاكم الوطنية، وتمسك المدعى عليه بوجود احترام شرط التحكيم وإجراؤه في الخارج، فإن المحكمة لا تبطل شرط التحكيم في هذه الحالة كلية، وإنما تبطله فيما يتعلق بإجرائه في الخارج فقط لتعلقه بالنظام العام، ومن ثم لا تملك المحكمة تناول الموضوع للفصل فيه، وإنما يتعين على الخصوم طرحه على التحكيم.¹

ج. تطبيق القانون الإداري الوطني في حال عدم الاختيار الصريح لقانون آخر:

إذا لم يقرم الخصوم باختيار صريح لقانون وطني معين كي يحكم موضوع النزاع المطروح على التحكيم يجب العمل على استظهار نيتهم المفترضة، وهنا توجد مؤشرات عدة مقبولة يمكن الاستعانة بها ومنها: قانون محل إبرام العقد، أو تنفيذه، أو محل إقامة المتعاقدين، أو موضوع العقد، أو مكان التحكيم.

ففي حال لم يبين الخصوم القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المتعاقدة.

¹ أبو الوفاء، أحمد، مرجع سابق: ص ٨٩.

**المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات العقدية الإدارية
حسب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**

تناول المبحث القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات العقدية الإدارية، وفق الآتي:

أولاً: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح للأطراف.

أحد أهم المسائل التي تثيرها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وهي تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، ولا تتمثل هذه الأهمية في مجرد تفضيل لأحد الأنظمة القانونية التي تحكم التي تحكم الرابطة العقدية دون باقي الأنظمة، لكن الأهمية تكمن فيما سيرتبه هذا الاختيار من نتائج بالغة الأهمية تتعلق بالآثار القانونية المترتبة على العقد من تنفيذ هذا الأخير من عدم تنفيذه، وأيضاً فيما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر في فسخ العقد، وكذلك في مدى إمكانية تعديل العقد بالإرادة المنفردة من عدمه.

أولاً: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:

لما كان لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة دوره البالغ الأهمية في تحديد شروط التعاقد، كان بديهياً أن يكون له دوره البارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية وما انعكس على نصوص اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. والحقيقة أنه، وإن كان لمبدأ سلطان الإرادة دوره البارز في الاتفاق على شروط التعاقد في العقود التي تبرمها الدولة مع المشروعات الخاصة الأجنبية، في ظل عدم توازن القوى بين الطرفين، بما في ذلك شرط تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا الدور ليس له صفة الإطلاق، إذ أن هناك من المسائل ما لا يقبل الخضوع لقانون سوى قانون الدولة الطرف في العقد، بما مفاده أن هناك اختيار مسبق يسبق التعاقد، ويصدر عن المشرع في هذه الدولة، اختيار لا يقبل التعديل، لصدوره في صورة القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها، وإلا طبقت فكرة النظام العام وقد يضع المتعاقدون القواعد المذكورة في مشارطتهم العقدية بغرض تحويلها إلى نصوص تعاقدية.^١

١. دور مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

إذا لم يكن هناك مثل هذه القواعد الآمرة، فقد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سواء كان هو قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر، مستخدمين في ذلك ما أقره لهم النظام القانوني الأساس من حرية الاختيار^٢، تلك الحرية التي أصبحت مبدأ مستقراً في الفقه وقضاء القانون الدولي، ويطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة.

ويعزي التسليم بهذا المبدأ إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم، للتعدد الكبير وللاختلافات في التعاملات العقدية

^١ رياض، فؤاد عبد المنعم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية: ط ١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٢٣.

^٢ جمال الدين، صلاح الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا: رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٣، ص ص (٤١٩-٤٢٠).

الدولية، ذلك أنها تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التي يرغبوا في تحقيقها، كأن يختاروا قانون دولة أخرى أجنبية عنهم، نظراً لما يتضمن من أحكام تنظم عقودهم بصورة معينة أو بصورة تفصيلية، وأفضل من تلك التي كانت ستحققه الأحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية، كأن يختاروا القانون السويسري مثلاً ليسري على عقودهم لما يحققه ذلك من قيود أقل.^١

إذن، فدور المبدأ لا يستهدف إلا تأكيد وضمأن احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، معطياً للأطراف فرصة التحكم في هذا القانون ومن ناحية أخرى، تفصيل ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين، أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، بإدراجه في المشاركة العقدية ليصير في حكم الشروط العقدية، أو بتجزئة وتقييد أحكامه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل مشكلة تنازع القوانين، إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في مجال التجاري والاقتصادي الدولي.

ولذلك، فقد حرص واضعوا اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على إعطاء أطراف النزاع قدراً واسعاً من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، لاسيما إذا ما أثير نزاع بشأنها وعرض الأمر على محكمة تحكيم المركز، ولم يقتصر ذلك على حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فحسب، بل على إجراءات تسوية النزاع أيضاً، وذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحرية لأطراف العلاقة، وتحديد الإطار المناسب الذي سيتم في نطاقه تسوية نزاعهم.^٢

فقد نصت المادة (٤٢) في فقرتها الأولى على أن: "تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وإن لم يوجد اتفاق، فللمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع شاملاً قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي."

ومؤدى ذلك أن للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق في التحكيم بينهم، أو أن يتشروطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة، وعلاوة على ذلك يمكنهم

^١ عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص: ط٩، ج ٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٤١٩.

^٢ جمال الدين، صلاح الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين: دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص

الاتفاق على فض منازعاتهم طبقاً للمبادئ العامة للقانون، أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين.^١

ويستخلص من ذلك، أن الفقرة الأولى من المادة (٤٢) قدمت مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون الذي تطبقه محكمة التحكيم، ومعنى ذلك، أنه قد تنشأ صعوبة عندما يقوم الأطراف باختيار قانون دولة بعينها، حيث يثار التساؤل عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه وقت انعقاد هيئة التحكيم؟

وتتوقف الإجابة على هذا التساؤل، على ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم شرطاً يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فيما يسمى بشرط التثبيت التشريعي^٢، أم خلا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فلو أن الأطراف لم يضمنوا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فإن على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني المختار بالحالة التي هو عليها وقت أن دعيت المحكمة لإصدار هذا التحكيم، أما إذا تضمن الاتفاق هذا الشرط فإن القانون الواجب التطبيق، يكون هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار.

ويفهم من ذلك النص أيضاً، أن واضعوه قد استبعدوا إحدى الأفكار الحديثة التي يطلق عليها نظرية العقد بلا قانون^٣، التي مؤداها أن للدولة والمتعاقد الخاص الأجنبي أن يدرجوا بعقدهم تنظيمياً كاملاً مفصلاً لكافة جوانب علاقاتهم، بحيث يلجأ إلى هذا النظام تماماً عند حدوث أي نزاع، ودون الرجوع إلى أي نظام قانوني آخر، وبحيث يعتبر عقدهم اتفاق إطار بين أطرافه، وبحيث يفلت حتى في تفسيره من تطبيق أي نظام للقواعد الوطنية أو الدولية^٤، ومن ثم إذا عرض الأمر على هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن على المحكمة أن تبحث عن الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار قانوننا ما، فإن لم تجد فعلية أن تبحث في إرادتهم الضمنية دون أن تكفي بما ورد في المشاركة العقدية، ذلك أن "العقد لا يمكن أن يوجد

^١ وفاء محمدين، جلال، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID: بحث مقدم إلى ندوة أهمية الانتجاء إلى التحكيم التجاري بالمنطقة بدلاً من التحكيم في دول الغرب، المركز

الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٨٦.

^٢ عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية: المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٤٣، ١٩٨٧، ص ٨٧.

^٣ صلاح الدين، جمال الدين، مرجع سابق: ص ص (٦١-٦٢).

^٤ سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي المطبق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية -دراسة تأصيلية انتقادية: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٦٨.

في فراغ على حد تعبير المحكم في تحكيم أرامكو، بل يجب أن يعتمد على قواعد نظام قانوني معين لتمنح الأطراف الحرية في التعاقد، واختيار القانون الواجب التطبيق.

فإن لم يختار الأطراف أحد النظم القانونية الوطنية لتكون هي القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فقد يختاروا قواعد القانون الدولي لحكم العلاقة¹، فهل هناك مجال لتطبيق القانون الدولي في ظل تطبيق الفقرة الأولى من المادة (٤٢)؟

بداية، يرى البعض أنه يقصد بالقانون الدولي: مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، لاسيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية والملاحة واتفاقيات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية.

وقد ذهب إلى أن لمحكمة تحكيم المركز أن تطبق القانون الدولي، وإن لم تشر إليه المادة (٤٢) في فقرتها الأولى، باعتبار أن ذلك من مستلزمات وجودها كهيئة إنشاءات للفصل في نزاع متعلق بعقود الاستثمار الدولي، وإن في ذلك وسيلة للحماية الدولية للاستثمار.

ويلقى هذا الاتجاه تأييداً من جانب الفقه، وإن اختلفوا في تبرير ذلك، فقد ذهب آخر إلى أنه يمكن أن تؤخذ قواعد القانون الدولي في الاعتبار لدى المحكمة لتوضيح أو تكملة القانون الوطني الواجب التطبيق، وإن كان هذا الأخير مختاراً من أطراف النزاع.

ويرى ثالث، أن تطبيق القانون الدولي رغم عدم النص عليه في الفقرة الأولى من المادة (٤٢) يظل ممكن في حالة كون القانون الذي اختاره الأطراف هو قانون الدولة المضيفة، أما إذا غيرت هذه الأخيرة قانونها لإنكار أو للإلتفاف من حقوق المستثمر، وبعبارة أخرى، فإن قواعد القانون الدولي قد تطبق باعتبارها جزء من قانون الدولة المضيفة، وتلك هي وجهة النظر التي نجدها واضحة في تحكيم شركة امينثويل سنة ١٩٨٢، وتحكيم ليكتو، الصادر عن إحدى هيئات المركز الدولي.

ولا يعني تطبيق قانون ما في النزاع، أن تستبعد الأحكام التي تضمنتها بنود المشاركة العقدية، بل على العكس، فإن تطبيق هذه الأخيرة يعد أمراً جوهرياً، تنص عليه كل النظم القانونية ويمثل مبدأ عاماً، فيما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله. ووفقاً لهذه الظروف، فإن سلطة المحكمة في التصرف ستتخلص في مرحلتين:

- ففي المرحلة المبدئية، يجب أن تتحقق المحكمة صراحة مما إذا كان الأطراف قد عبروا عن إرادتهم صراحة، وانفقوا على قواعد القانون الواجب التطبيق في النزاع، فإن ثبت لها وجود تلك

¹ جمال الدين، صلاح الدين، مرجع سابق: ص ٦٢.

الإرادة الصريحة، وجب عليها أن تلتزم بما اختاره الأطراف، ذلك أن مخالفة هذه الإرادة سيعد تجاوزاً وتعسفاً من المحكمة في استخدام سلطتها Manifest excess of power بالمعنى الذي قرره المادة (١) الفقرة (٢) من الاتفاقية، الأمر الذي يعرض حكمها للإلغاء.

- ولا تقوم المحكمة - في المرحلة الثانية - بتحديد القانون الواجب التطبيق، إلا إذا توصلت بعد بحثها إلى أن الأطراف لم يستخدموا إرادتهم للتوصل إلى اتفاق صريح حول هذا القانون، وقد بينت معظم الأحكام المنشورة عن المركز الدولي، أن هناك أغلبية في حالات تحديد القانون الواجب التطبيق، وتشير هذه النصوص عادة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، الذي يغلب أن يصطبح بالنص على تجميده أو تثبيته لأسباب مختلفة، وإن اختلفت ذلك في الأحكام التي نشرت في السنوات الأخيرة.

١. الاتفاق إلى قضاء التحكيم أمام هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لوجدنا نموذجاً واضحاً للاتفاق الصريح لأطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق، وهو ذلك الخاص بالتحكيم بين شركة أجيب Agip ضد الكونغو، حيث اتفق الطرفين في عقدهما على أن: "تسوى الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف بشأن تطبيق أو تفسير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، من خلال هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين يعينوا وفقاً لأحكام الاتفاقية، على أن تطبق الهيئة القانون الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بأي من مبادئ القانون الدولي العام".

٢. الاتفاق على تفويض المحكمة في تطبيق قواعد العدل والإنصاف:

قد لا يتفق أطراف التعاقد على تحديد قانون معين للتطبيق على العلاقة، إلا أنهم يفوضوا الأمر إلى المحكمة التي يعرض عليها النزاع، في أن تصدر حكمها وفقاً لقواعد العدل والإنصاف^١، وذلك بشرط الاتفاق الصريح على ذلك بين الأطراف، ويرى البعض أن النص على ذلك يجب أن يحسب ضمن مزايا نظام تحديد القانون الواجب التطبيق الذي تضمنته الاتفاقية، حيث قننت أسلوباً مرناً لتسوية المنازعات، وإن شابته في ذلك بعض نظم الهيئات الأخرى للتحكيم، كغرفة التجارة الدولية التي ضمنت لائحتهما للتوفيق والتحكيم نصاً مماثلاً في المادة (١٩) منها، تحت مسمى التسوية الودية Amiable Composition، ولكن لنا أن نتساءل هل معنى ذلك أن الاتفاقية تسمح للمحكمين بأن يحكموا وفق هواهم الخاص؟

^١ المادة (٤٢) الفقرة الثالثة من اتفاقية واشنطن.

يغلب أن تطبق هيئة التحكيم نظام قانوني معين، ويغلب أن يكون هو قانون الدولة المتعاقدة ذاتها، فإن وجد المحكمون أن بهذا النظام نقص أو ثغرات، فإنهم يبذلون جهدهم للتوصل إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع المعروض، مستخدمين العدالة الطبيعية Justice Naturelle لتكملة العدالة القانونية، دافعهم في ذلك أن مثل هذا الحكم لا بد وأن يتم تنفيذه، الأمر الذي يقتضي أن يكون مسبباً ومستنداً إلى قانون ما، وإن لم يكن نظاماً قانونياً لدولة محددة.

ومع أن تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدرها هيئة تحكيم المركز، تحاط بهيئة خاصة، إلا أن التسبب والاستناد إلى فكر قانوني ما، يظل أمراً ضرورياً للحفاظ على توازن المصالح بين الأطراف، وتشجيع الاستثمار في الدول النامية.

إذن فالفائدة التي تعود على المحكمة من هذا النص، أنه يوسع من سلطات المحكمة ويعطيها حرية أكبر في تسوية النزاع، فيستطيع المحكم عند اتفاق الأطراف على تفويضه في ذلك، أن يختار أي نظام قانوني يراه ملائماً للتطبيق، ويستطيع أن يستخدم أساساً للتسوية يستمد من المبادئ العامة للقانون، كما أن بإمكانه أن يوسع من نطاق تطبيق مبدأ قانوني معين أو تعديله ليناسب النزاع المعروض، الأمر الذي يساهم بدوره في تطوير القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الدولة للتنمية الاقتصادية.

ولا شك أن كل ما عرضناه بشأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، سيسري هنا، فإن لم يوجد اتفاق، أو وجد ولكنه لم يكن كافياً لتغطية إحدى المسائل الإجرائية التي طرأت، فإن للمحكمة أن تفصل فيها.¹

ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح للأطراف:

قد يعبر أطراف عقد التنمية الاقتصادية عن إرادتهم المتجهة صراحة نحو تحديد قواعد قانون معين بذاته لينظم علاقاتهم التعاقدية وما ينتج عنها من آثار، ويحدث في بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدون التعبير عن هذه الإرادة في صورة واضحة، فيبرم عقدهم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة، أو النزاع الذي قد ينشأ بينهم وقد يرجع ذلك إلى سهو المتفاوضين، أو إلى رغبة المتعاقدين تجنب إعاقة تنفيذ الاتفاق بالاختلاف على مسألة قد تبدو لهم آنذاك نظرية أو احتمالية، لاسيما إذا كان بينهم تعاملات سابقة.

¹ جمال الدين، صلاح الدين، مرجع سابق، ص ٦٤-٧٣.

وسواء كان هذا الإغفال مقصوداً أو سهواً من أطراف الاتفاق، فإن على محكمة تحكيم المركز أن تفصل في النزاع، فإن لم تكن بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق تحديداً صريحاً بموجب شرط بالمشاركة العقدية، ولا نص في قانون الدولة المتعاقدة، فلا مناص من أن يحدد المحكم أو المحكمون هذا القانون، باستخدام القواعد الملائمة لذلك، وأول ما يبدأ به هو البحث في نصوص اتفاقية إنشاء المركز، وهنا يثار التساؤل هل راعى واضعوا الاتفاقية مثل هذا الاحتمال؟

إن أبرز الحلول التي تقترح في هذه الحالات، هي ترك الحرية التامة للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث يفوضه الأطراف في تسوية النزاع بما في ذلك تحديد القواعد القانونية التي تسري عليه، وذلك هو الأسلوب الأكثر إتباعاً في حالات إنشاء هيئات تحكيم المرة الواحدة، فضلاً عن الأخذ به في لوائح بعض هيئات التحكيم المؤسسي، لاسيما في لائحة محكمة التحكيم الأوروبية.

ولا شك في إتباع ذلك الأسلوب مرونة تسمح للمحكمين بأن يأخذوا في اعتبارهم الظروف المحيطة بالنزاع وفقاً لكل حالة على حدة، كأن يؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف، وصفتهم "من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص"، وذلك هو الأسلوب الذي اتبع في تحكيم "أرامكو".

وبديهي أن محكمة التحكيم، لا بد وأن تعتمد على معايير موضوعية في بحثها عن ذلك القانون، إلا أن تلك الحرية في الاختيار قد تؤدي إلى حالة من عدم اليقين ومخالفة التوقعات المشروعة للأطراف وقد يسيء المحكم استخدامها.

لذلك فقد اهتم واضعوا اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بأن يقيّدوا من هذا الإطلاق بوضع قاعدة موضوعية واضحة تضمنتها عبارات الفقرة الثانية من المادة (٤٢)، التي قدمت قاعدة احتياطية لتواجه بها المحكمة الحالة التي يفشل فيها الأطراف في وصف وتحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث يلتزم المحكم في حالة غياب الاتفاق الصريح من الأطراف بتطبيق:

✓ إما قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين.

✓ وإما قواعد ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمسألة محل النزاع.^١

^١ جمال الدين، صلاح الدين، مرجع سابق، ص ٧٨-٨٢.

معنى ذلك أن الاتفاقية، قد افترضت أن سكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق، يجب أن يفسر باعتبار أن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ثم إلى تطبيق القانون الدولي، إذن فقد أزلت هذه الاتفاقية، غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف. وإذ أن معظم النظم القانونية الوطنية قصور في القواعد اللازمة لتنظيم موضوعات عقود الدولة للتنمية الاقتصادية، وكانت الاتفاقية قد حظرت على المحكمين إنكار العدالة، فقد أضافت الاتفاقية قواعد ومبادئ القانون الدولي المناسبة للتطبيق لترجع المحكمة إليها بعد البحث في قانون الدولة الطرف في النزاع لتكمل منها ما قد يوجد في الأخير من أوجه نقص أو قصور.

أ. تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين:

١. تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع:

✓ إلزام هيئة تحكيم المركز بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة:

عند غياب الاتفاق بين الأطراف على اختيار القانون الذي يجب إعماله من قبل المحكمين على النزاع المعروض على المحكمة، فإن أحكام الاتفاقية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملاً القواعد الخاصة بتنازع القوانين.^١

ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، إلى رؤية البعض أن القيام باستثمار في دولة معينة يشتمل ضمناً على الرضا بتطبيق قانون هذه الدولة، حيث أنه القانون الأوثق علاقة بالعقد، وذلك إعمالاً بنظرية التركيز، والتي مؤداها أن القانون واجب التطبيق على العقد، هو القانون الذي يتركز فيه العقد، حيث أن نظرية التركيز تقوم على مكان تنفيذ العقد، وهو إقليم الدولة المتعاقدة، وعلى ارتباط هذا العقد بالمصالح الأساسية للدولة المتعاقدة.^٢

يرى البعض، أنه في حالة غياب اتفاق صريح بين الأطراف على اختيار قانون معين، وإن كان على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المضيفة أو الطرف في النزاع، وقواعد القانون الدولي بحسب الأحوال، فإن لها أن ترفض تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، إذا كان هذا الأخير يخالف قواعد القانون الدولي.^٣

^١ صادق، هشام، تنازع القوانين: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥.

^٢ قاسم، طه أحمد علي، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية-دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار: دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٨٤.

^٣ وفاء محمددين، جلال، مرجع سابق: ص ٨٧.

ذلك أن الإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والطرف في النزاع، لم يأتي من فراغ ولم يكن مطلقاً من كل قيد، إذ أن الخضوع له إنما نشأ نتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في عقد التنمية الاقتصادية لذلك القانون الذي يحدد شروط تحديد من هو الأجنبي وما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد، في ظل القواعد العرفية للقانون الدولي المعمول بها في هذا الشأن، فضلاً عن القواعد الاتفاقية في المعاهدات الدولية واتفاقيات تشجيع الاستثمار.

والحقيقة أن تفسير مفهوم قواعد القانون الوطني الواجبة التطبيق في مختلف نظم تنازع القوانين بشأن العقود يؤدي إلى واحد من اثنين:

١. إما أن يكون قانون محل إبرام العقد.

٢. وإما أن يكون قانون محل التنفيذ.

وبدیهي أنه في حالة إبرام عقود التنمية الاقتصادية، التي ينتج عنها نشاط للمستثمر في الدولة المضيفة، سيندمج كلا التفسيرين لصالح قانون الدولة المضيفة، حيث يغلب أن يبرم العقد فضلاً عن تنفيذ ما يرتبه من التزامات في إقليم تلك الأخيرة، ومن ثم ندرك أن الاتفاقية لم تفعل سوى تقنين للواقع العملي.

✓ استبعاد تطبيق القانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع:

قد يثار التساؤل عن السبب الذي دعا واضعوا هذا النص لاستبعاد النظام القانوني الوطني للمستثمر الطرف في النزاع؟

الحقيقة أن إجابة هذا التساؤل، تكمن في تطبيق هذا القانون يعترضه عائقين، هما:

١. يرجع إلى أن طبيعة ما يقدمه المستثمر نفسه من مال أو تكنولوجيا، يتميز بكونه منقول غير ثابت فضلاً عن احتمال تعدد مقدمي هذه العناصر ممن يتقدمون للتعاقد في ذات المشروع (سواء كانوا أفراد طبيعيين أو معنويين أو مختلطين).

ولا شك أن وحدة الأداة العقدية يقتضي وحدة القانون الذي يحكمها، الأمر الذي يخلق مشكلة في الاختيار والتفضيل بين عدة نظم قانونية وطنية.

٢. ويرجع إلى طبيعة الدولة أو الشخص المعنوي المتعاقد، حيث يصعب تصور إخضاعه لقانون دولة أخرى دون وجود اتفاق صريح على ذلك، إذ أن النشاط ينفذ على إقليمه الوطني وفي إطار قانونه لاسيما ما يتعلق منها بالنظام العام، والقواعد ذات التطبيق الفوري، التي يلزم تطبيقها إعمالاً للقواعد العامة، ذلك أنه لا يمكن أن نتصور استبعاد تطبيق مثل هذه القواعد

من النطاق الأصيل لتطبيقها، لاسيما وإنما تتصل بسياساتها الاقتصادية والاجتماعية، دون أن يتعرض تنفيذ العقد لعوائق جسيمة تفقده قيمته.

✓ تقييم تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع:

في غياب أي قرينة أخرى، فإن قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، يصبح هو القانون الواجب تطبيقه تلقائياً، بما في ذلك ما يشتمل عليه من قواعد لتنازع القوانين حتى ينتقي عن هذا القانون شبهة الجمود. وإذا ما وجد أن قانوناً آخر هو القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد، فإن هذا القانون يصير هو القانون الواجب التطبيق، وإن كان ذلك أمر نادر الحدوث.

ومن ثم فإن القواعد الموضوعية في القانون الوطني للدولة المتعاقدة ستكون هي القانون الواجب التطبيق في معظم الأحوال، وهو ما يواجه بالانتقادات التالية:

١. لا تخفى مدى الصعوبة التي تواجه تطبيق قانون وطني أمام القضاء الدولي، إذ لا يستطيع أحد أن يقول بأن على المحكمة الدولية أن تعرف كل القوانين الوطنية أو أن تستطيع تطبيقها، هذا فضلاً عن أن محكمة التحكيم ستطبق هذا القانون أياً كانت طبيعة قواعده، أو ما تتسم به من العدالة وأياً كانت ظروف القضية المعروفة والتي قد تشير إلى صلة العلاقة بقانون آخر. علاوة على أن تطبيق قانون الدولة المتنازعة يعطيها ميزة معرفتها الأوسع والأعمق بقانونها بالنسبة للطرف الثاني في النزاع، مما يجعلها أقدر على تفسيره وبسط حجتها أمام هيئة التحكيم.

ومن ناحية أخرى، فإن النزاع إذا كان قد سبق عرضه على إحدى المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة، سيجعل من رفع النزاع إلى محكمة تحكيم المركز نوعاً من الاستئناف، حيث ستطبق نفس القانون بنفس الأسلوب، مما يجعل تحكيم المركز مضيعة للوقت ووسيلة للتسويف وإطالة أمد النزاع، وتظهر المشكلة أكثر إذا ما أصدرت محكمة التحكيم حكماً يخالف الحكم الذي أصدرته المحاكم الوطنية استناداً على نفس القواعد القانونية، مما يؤثر بالتالي على إمكانية تنفيذ حكم التحكيم.

٢. إن الدولة هي متحكم في التشريع الوطني، وثم بإمكانها أن تعدل فيه، بحيث تبطل بل تعدم التزاماتها التعاقدية، إضافة إلى أن الدولة المتعاقدة قد ترهق الطرف الثاني بل تعجزه بالتغيير المستمر - وأحياناً المتعارض - في تشريعاتها وإن لم تكن تريد إلا المصلحة العامة، ومن ثم يصير القانون الواجب التطبيق معلقاً على إرادة أحد أطراف النزاع، وهو الأمر الذي دفع

المحكمن في الكثير من الأحيان لأن يتهربوا من تطبيق القوانين الوطنية، والسعي نحو تسبب أحكامهم استناداً إلى قواعد القانون الدولي، أو المبادئ العامة للقانون. ٣. أنه من المتوقع ألا يمكن تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، لما يشوبه من أوجه قصور في التشريع، أو نظراً لطبيعته الدينية، لاسيما - على حد زعمهم - قوانين الدول الإسلامية التي وضعت في القرن الثامن والتاسع، والتي لا تتضمن القواعد الملائمة لتفسير عقد كعقود الامتياز البترولية، وكذلك قوانين الدول النامية التي لم تتضمن بعد التنظيم المناسب لعمليات نقل التكنولوجيا الحديثة، هذا فضلاً عن أن مثل هذه القوانين، قد لا تكون ملائمة للحكم على مدى صحة الشروط العقدية وأثرها التي تتخطى حدود عدة دول وتحتاج إلى تطبيق العديد من النظم القانونية.

ومع تلك الانتقادات، ذهب دعاة تدويل عقود الدولة للتنمية إلى أن تطبيق أحد القوانين الوطنية، ما يزال لا يستبعد في كل الأحوال لصالح تطبيق القواعد العامة أو غيرها، إلا أن هذا التطبيق يغلب أن يقتصر على أن يكون تطبيقاً جزئياً، ذلك أن افتراض تطبيقه يسقط - في رأيهم - إذا ما واجه مبادئ أسمى وأهم مثل مبدأ العدالة، أو احترام الحقوق المكتسبة أو وجوب توازن العلاقات التعاقدية.

ومن ثم فلم يعد مناسباً الزعم بأن القانون الوطني يجب أن يطبق تلقائياً، لاسيما وأن العلاقة بين الأطراف المتعاقدة لا بد وأن تقوم على التعاون لا التعارض، ولذلك يجري قضاء محاكم التحكيم على مراعاة طبيعة التعاقد واحتمالات المخاطر وشروط العقد قبل تطبيق قانون الدولة المضيفة، باعتبار أن محرري مثل هذه الاتفاقيات الهامة كان بإمكانهم - إن كانت هناك رغبة أكيدة في تطبيق قانون الدولة المضيفة - أن يدرجوا ذلك صراحة ضمن شروط العقد.

وينبغي ألا يفسر السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق لصالح تطبيق القانون الوطني وحده، بل يدعي المحكم لأن يبحث في ضوء روح الاتفاق عن التفسير المناسب لنصوص الاتفاق محل النزاع، الذي ربما يرى أنها قد تفسر بتطبيق قانون وطني محدد أو تفسر بالرغبة في إخضاع العقد لقواعد أوسع وأشمل كالقواعد العامة للقانون.

وبديهي أن في ذلك الاتجاه ما يخالف الاتجاه الذي اعتمدته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضايا القروض الصربية والبرازيلية، والذي كان الأساس الذي يستند عليه لتعليل قاعدة افتراض تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع بصورة تلقائية، تأسيساً على أن أحد الأطراف دولة ذات

سيادة، ولا يمكن أن نتصور افتراض خضوعها لقانون دولة أخرى ليحدد صحة شروط تعاقدها والتزاماتها اتجاه غيرها.¹

٢. تطبيق قواعد تنازع القوانين للدولة المتعاقدة:

تلجأ المحكمة إلى تطبيق قواعد نظام قانوني آخر تشير إليه قاعدة من قواعد الإسناد التي تضمنها القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، سواء كان هذا النظام نظاماً قانونياً وطنياً، أم كان هو القانون الدولي ذاته.

بل أن البعض ذهب إلى أن طبيعة التحكيم ذاته باعتباره قضاء يخرج عن إطار القضاء الوطني، تحتاج إلى أن يطبق في أحكامه قواعد عامة تتخطى حدود تطبيق قانون محدد بذاته، وأنه إذا كان هناك من الأحكام ما طبق القاعدة التي جاءت في قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي منذ عام ١٩٢٩ فيجب ألا يعتبر ذلك عرفاً واجب الإلتباع.

من ذلك أن المحكم في تحكيم /أرامكو/ رأى أن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) الموجودة في قانون المملكة العربية السعودية، يجب أن يسبق بتفسير هذه القواعد أو تكملتها عند الحاجة بالمبادئ العامة للقانون والعادات المتعارف عليها في صناعة البترول، باعتبار أن مثل هذه المفاهيم تعد نوعاً من النظام العام الأسمى، وقد طبقت هذه القواعد في العديد من أحكام التحكيم التي صدرت عن المركز.

ففي قضية بونفينيوتي وبون فانت Benvenue et Bon Fant ضد الكونغو عام ١٩٧٩ استظهرت هيئة التحكيم عدم تعبير الأطراف المتعاقدين عن رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين.

ومن ثم لجأت المحكمة إلى تطبيق الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من اتفاقية إنشاء المركز، وانتهت إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الكونغو، فضلاً عن قواعد العدل والإنصاف التي يحق للمحكمة تطبيقها وفقاً لاتفاق أطراف النزاع، وهو نفس ما اتبعته محكمة التحكيم التي شكلها المركز للفصل في نزاع شركة أمكو آسيا ضد إندونيسيا عام ١٩٨١، حيث وجدت المحكمة أن الأطراف لم يتفقوا صراحة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، كما لم يفوضوا المحكمة سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف.

¹ جمال الدين، صلاح الدين، مرجع سابق، ص ص (٨٥-٩٥).

ومن ثم طبقت نص الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من الاتفاقية، وانتهت إلى تطبيق القانون الإندونيسي باعتباره قانون الدولة المتعاقدة، فضلاً عن إشارة الأطراف إليه في مناقشاتهم أثناء التحكيم باعتباره القانون الواجب التطبيق.

إضافة إلى تعلق النزاع باستثماراتهم في إندونيسيا، وهو ذاته ما أيدته محكمة التحكيم الخاصة التي تشكلت للنظر في طلب إندونيسيا بإبطال الحكم.

كذلك اتجهت المحكمة في تحكيم كلوكونر Klockener ضد الكاميرون سنة ١٩٨١، إذ بينما تضمن العقد محل النزاع شرطاً للتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، خلا من وجود شرط صريح لتحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي فسرتة المحكمة بأن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة الكاميرون، باعتباره قانون الدولة المتعاقدة، مدعماً بقواعد القانون الدولي الملائمة للتطبيق.

وبجوار هذه الأحكام نجد نموذجاً آخر لم يسبق في قضاء هيئة تحكيم المركز، نقصد ذلك الخاص بالحكم في تحكيم شركة آسيا الزراعية المحدودة ضد سيريلانكا سنة ١٩٨٧.

ذلك أن الاتفاق المبرم بين الطرفين لم يكن يشير إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فضلاً عن أنه لم يتضمن إشارة صريحة إلى القانون الواجب التطبيق.

وبعد أن فصلت المحكمة في اختصاصها بنظر النزاع، اتجهت إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوعه، وإذ رأت أن الاختيار السابق والصريح للقانون الواجب التطبيق مسألة يصعب تصورها في تحكيم نشأ مباشرة عن اتفاق بين دولتين لحماية رعاياهما وتشجيع تبادل الاستثمارات بينهما.

واستخلصت المحكمة من ظروف إبرام العقد ولجوء الأطراف إلى التحكيم في إطار المركز الدولي، أن إرادة الطرفين كانت تتجه إلى تطبيق نصوص الاتفاقية الثنائية المعقودة بين سيريلانكا وبريطانيا في المقام الأول، على أن تستكمل بتطبيق قواعد القانون الدولي العام العرفي في المقام الثاني، مع مراعاة أن أحكام الاتفاقية المشار إليها قد صارت جزءاً من النظام القانوني لسيريلانكا، ومن ثم يكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق.^١

^١ جمال الدين، صلاح الدين، مرجع سابق، ص ص (٩٥-١٠٤).

ب. نطاق تطبيق القانون الدولي:

اتجه الفقهاء في ضوء الأحكام التي أصدرتها محاكم التحكيم التابعة للمركز الدولي، إلى البحث في نطاق تطبيق القانون الدولي في المنازعات التي قد تثار بين أفراد عقود الدولة، وهو ما نعرض له في النقاط التالية:

١. مفهوم القانون الدولي في ظل المادة (٤٢) الفقرة ١/:

حدد تقرير مجلس المحافظين بشأن اتفاقية إنشاء المركز، أن مفهوم القانون الدولي يجب أن يفسر بالمعنى الوارد في نص المادة (٣٨) الفقرة ١/ من ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية، وهو ما يقتضي أن يؤخذ في الاعتبار أن هذه المادة قد وضعت لتطبق بشأن العلاقات بين الدول باعتبارها أشخاص القانون الدولي.

حيث تنص هذه المادة على أن: للمحكمة تطبيق القانون الدولي لتسوية النزاع، ويتضمن ذلك تطبيق:

- ✓ المعاهدات الدولية.
- ✓ العرف الدولي.
- ✓ المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتحدة.
- ✓ القواعد التي تضمنتها أحكام المحاكم وأراء الفقهاء باعتبارها مصادر احتياطية لتحديد قواعد هذا القانون.

٢. مدى إمكانية خضوع أحد أشخاص القانون الخاص للقانون الدولي:

من المسلم به أن القانون الدولي يطبق أساساً في العلاقات بين الدول، والحقيقة أن المستثمر الخاص الأجنبي - في ظل اتفاقية البنك الدولي - يصبح طرفاً مباشراً في نزاع يواجه فيه الدولة، أمام هيئة تحكيم دولية المنشأ، تجري أمامها إجراءات تسوية النزاع وفق قواعد القانون الدولي، وتصدر حكماً دولياً يرتب عدم تطبيقه آثار هي أيضاً آثار دولية.

ومؤكد أن المستثمر الخاص لم يتنازع في ظل هذا القانون إلا من خلال إرادة الدولة الطرف في الاتفاقية وبشرط أن تظل طرفاً فيها.

٣. نطاق تطبيق القانون الدولي في التحكيم أمام مركز تسوية منازعات الاستثمار:

إن مراجعة الأعمال التمهيدية للاتفاقية المنشئة للمركز، جعلت البعض يحدد نطاق تطبيق هذا القانون في غياب الإرادة الصريحة للأطراف محصوراً في الحالات التالية:

- ✓ إذا ما أشار القانون الوطني ذاته إلى تطبيق القانون الدولي.
- ✓ إذا ما كانت المسألة المعروضة مما ينظم بطبيعته مباشرة بقواعد القانون الدولي.
- ✓ في حالة ما إذا كان القانون الوطني أو الحل الذي يؤدي إليه يمثل مخالفة وخرقاً للقانون الدولي.

ج. حدود تطبيق القانون الوطني والقانون الدولي على موضوع النزاع:

يلاحظ البعض، أن آلية وفلسفة تنازع القوانين التي قدمتها المادة (٤٢) في فقرتها الثانية تدعوا إلى تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع، وتلك القواعد التي يمكن تطبيقها من القانون الدولي، إلا أن هذا النص لم يبين بصورة واضحة الحدود التي تطبق فيها المحكمة قواعد كل من القانون الوطني والدولي. فإذا افترضنا أن المعروض على المحكمة نزاع يتصل بخلاف حول مسألة قانونية تتعلق بمصادرة الاستثمار الخاص بأجنبي، وأن تشريع الدولة المضيفة يعفيها من أن تؤدي أي نوع من التعويض إلى المستثمر الأجنبي، فمن المؤكد أن قاعدة القانون الدولي المتعلقة بمثل هذه الحالة لن تتفق مع تشريع هذه الدولة، وهنا يختلط الأمر على المحكمة، أياً من القوانين تطبق في غياب اتجاه معين من الأطراف؟

وقد اتجه البعض إلى أولوية قواعد القانون الدولي بالتطبيق، ويبرر ذلك بأن الترتيب الوارد بالمادة (٤٢) والذي جعل قواعد القانون الدولي تأتي في المقام الثاني بعد قواعد القانون الوطني ترتيب غير متبع فيما يجري عليه العمل في محاكم التحكيم، فضلاً عن أن النية التي عبرت عنها المفاوضات بين الدول المختلفة التي شاركت في المؤتمرات الإقليمية المبدئية، وفي لقاءات اللجنة القانونية علاوة على وجهات النظر التي عبر عنها ممثلي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعطي مبرراً كافياً لتأييد هذا الاتجاه.

وهو ما أيده جانب من الفقه بحجة أخرى، مؤداها أنه: "إذا كانت محاكم التحكيم التي تنشأ بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تنتسب للمحاكم الدولية، فإن عليها أن تطبق قانون القاضي وهو القانون الدولي.

ولا شك أنه يمكن بسهولة استظهار صفة الدولية في تلك المحاكم التي تنشأ في إطار المركز الدولي، ذلك أن وثائق إنشائها تؤكد أن تلك الاتفاقية قد وضعت أساساً لإيجاد هيكل للتحكيم الدولي يستطيع فيه الأشخاص والشركات الخاصة أن تحصل على نفس الوضع الذي تحصل

عليه الدولة في ادعاءاتها أمام محكمة العدل الدولية، ومن ثم يكون حق محكمة تحكيم المركز في تطبيق قانون القاضي، أي القانون الدولي غير قابل لإثارة التساؤل أو الاختلاف^١.

^١ جمال الدين، صلاح الدين، مرجع سابق، ص ١١٣، ١٠٧.

المبحث الرابع: تنفيذ حكم التحكيم وبطلانه

تناول هذا المبحث تنفيذ حكم التحكيم وبطلانه، وفق الآتي:

أولاً: تنفيذ حكم التحكيم.

ثانياً: بطلان حكم التحكيم.

أولاً: تنفيذ حكم التحكيم:

أ. **حجية أحكام المحكمين:** ينتهي التحكيم إلى نتيجة قضائية، وفي سوريا ومصر اكتسب صفة الحكم القضائي، كما يتمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي، ويكون واجب النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون.^١

وحكم التحكيم يتمتع بالحجية من وقت صدوره، ويعدّ صادراً من يوم كتابته، والتوقيع عليه.^٢ والحجة قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن الحكم صدر صحيحاً، من الناحيتين الشكلية والموضوعية.

ويترتب على حجية الأمر المفضي منع الخصوم من العودة إلى إثارة النزاع في المسألة التي فصل فيها الحكم.

ب. **تنفيذ أحكام المحكمين:** إن حكم التحكيم لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بصدور أمر قضائي بمنحه الصبغة التنفيذية.^٣

وبموجب المادة (٥٤) من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ فإنه:

١. يعطى حكم التحكيم صيغة التنفيذ بقرار تتخذه المحكمة المعرفة في المادة (٣) من هذا القانون وذلك في غرفة المذاكرة وبعد تمكين الطرف الآخر من الرد على الطلب خلال مدة ١٠ أيام من تاريخ تبليغه صورة عنه.

٢. يجب أن يرفق طلب إكساء صيغة التنفيذ بمايلي:

أ. أصل الحكم أو صورة مصدقة عنه.

ب. صورة عن اتفاق التحكيم أو صورة عن العقد المتضمن شرط التحكيم.

ج. ترجمة مطقة للحكم إلى اللغة العربية في حال صدوره بلغة أخرى.

د. صورة عن المحضر الدال عن إيداع الحكم وفقاً للمادة (٤٣) من هذا القانون.

وكذلك نصت المادة ٥٦/ من قانون التحكيم السوري:

١. لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم قبل انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان.

٢. لا يجوز إكساء حكم التحكيم صيغة التنفيذ وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق ممايلي:

^١ المادة (٥٥) من ق. ت. المصري، والمادة (٥٣) من ق. ت. السوري.

^٢ رياض، رقية، التحكيم وسيادة الدولة: ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

^٣ المادة (٥٦) من ق. ت. المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤.

أ. أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم السورية في موضوع النزاع.

ب. أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في الجمهورية العربية السورية.

ج. أنه قد تم تبليغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً.

ولما كان من المفروض أن يصدر الأمر بتنفيذ حكم المحكّمين بعد التثبت أنه لا يوجد مانع من تنفيذه، فقد نص قانون التحكيم المصري في المادة (٣/٥٨) على عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم. أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة ٩/٩٠ خلال ٣٠ يوم من تاريخ صدوره.^١ ونصت المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري على أنه:

١. لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

٢. لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي:

أ. أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

ب. أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ج. أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

٣. لا يجوز التظلم في الأمر الصادر بتنفيذ التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

ج. تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية: يكون حكم التحكيم أجنبياً إذا تم نتيجة لتحكيم يجري خارج

الدولة المعنية، ويخضع إلى قانون غير قانونها.

ويراعى أنه حيث يكون حكم التحكيم أجنبياً ويطلب من المحكمة الوطنية الأمر بتنفيذه طبقاً لاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام المحكّمين الأجنبية، وتنفيذها، فإن هذه المحكمة لا تملك التطرق إلى مدى سلامة حكم التحكيم، أو صحته، وإلا فإنها تكون قد خرجت عن حدود ولايتها، وقد سوّغت محكمة النقض المصرية ذلك بأن المحكمة المصرية لا تعدّ هيئة استئنافية، وإنما تقتصر سلطتها على أن تأمر بالتنفيذ، أو ترفضه.^٢

^١ شرف الدين، أحمد، سلطة القاضي المصري لإزاء أحكام التحكيم - دعوى بطلان التحكيم: ط ٢، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٣.

^٢ قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٦، الطعن رقم (٥١٨)، مجلة القضاء، ع ١، ١٩٩٢، ص ٣٢٧.

وفي مصر يلزم لإصدار أمر قضائي بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التقيد بالشروط ذاتها المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام المصرية فيه وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل. وفي حال وجدت معاهدة بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية فهي التي يجب إعمالها.^١

وإذا كان حكم التحكيم قد صدر من دولة تعترف وتجزئ تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية فإن هذا الحكم تطبق عليه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية.^٢

ثانياً: بطلان حكم التحكيم:

كيف يكون الطعن ببطلان حكم التحكيم؟

لا تقبل أحكام المحكمين الصادرة وفقاً للقانونين المصري والسوري الطعن بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم من خلال دعوى مبتدأة.

وقد نظم القانون على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وورود هذه الحالات على سبيل الحصر يراد منه حماية أحكام التحكيم، بحيث لا يجوز إبطالها إلا بحالات محددة.

وأسباب البطلان تتعلق أما باتفاق التحكيم، والقانون المطبق على موضوع النزاع، وتشكيل هيئة التحكيم، وإجراءات التحكيم، وحكم التحكيم:

أ. عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه:

✓ **عدم وجود اتفاق التحكيم:** هذه الحالة نادرة جداً على الرغم من النص عليها، حيث أن نظام التحكيم يفترض حتماً وجود اتفاق بين طرفيه على اللجوء إليه، وذلك باختياره كأسلوب لتسوية النزاع بينهما، وبالتالي إخراج النزاع من اختصاص القضاء.^٣

وقد خصص قانون التحكيم المصري فقرة خاصة في النص المتضمن أحوال البطلان حيث نص على قبول دعوى إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم،

^١ رياض، رقية، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٢.

^٢ محمد خير، عادل، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً وولياً: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٤٩.

^٣ المادة (١/٤) من قانون التحكيم المصري والمادتين (٤) و (١/٥٠) من قانون التحكيم السوري.

أو جاوز حدود هذا الاتفاق^١، ففي هذه الحالة يكون حكم التحكيم بالنسبة إلى المسائل غير الواردة في اتفاق التحكيم وكأنه صدر بدون اتفاق تحكيم بشأنها، وهذا ما شملته المادة (١/٥٠/و) من قانون التحكيم السوري.

ويكون بطلان حكم التحكيم بطلاناً جزئياً، في حال فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فالبطلان لا يقع إلا على الأجزاء التي لم تدخل ضمن اتفاق التحكيم، أما إذا تعذر الفصل يقع الحكم كله باطلاً^٢.

✓ **بطلان اتفاق التحكيم:** قد يتعلق البطلان بالأركان الموضوعية للاتفاق، أو بالشكلية. فمثلاً إذا لم يكن مكتوباً وإذا كان يتعلق بأهلية أطرافه، أو كان يتصل بالمسألة محل الاتفاق، حيث يجب أن تكون مما يجوز فيها الصلح، فهنا يكون اتفاق التحكيم باطلاً.

✓ **سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته:** إن صدور حكم التحكيم بعد انقضاء الأجل أو الميعاد الذي حدده اتفاق التحكيم، أو الذي حدده القانون، يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم^٣.

✓ **انقضاء أجل الاتفاق لا يعني بطلانه، وإنما يجعله غير صالح لإصدار حكم التحكيم بناء عليه بعد زوال فاعليته.**

✓ **التمسك بسبب البطلان كدفع أمام هيئة التحكيم:** إن الحالات السالفة ذكر من الممكن أن يتمسك بها صاحب المصلحة من طرفي التحكيم كدفع أمام هيئة التحكيم وذلك قبل صدور الحكم^٤.

ب. عدم تحديد موضوع النزاع:

إذا كان اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى، فهذا سبب من أسباب البطلان، أما إذا جرى اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع فيجب أن يحدد هذا الاتفاق المسائل التي تخضع للتحكيم، وإلا كان باطلاً^٥.

^١ المادة (١/٥٣) من ق. ت. المصري.

^٢ شرف الدين، أحمد، مرجع سابق، ص ٥١.

^٣ المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤.

^٤ المادة (٣/٢٢) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٢١) من قانون التحكيم السوري.

^٥ المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري.

ويعود السبب في اشتراط تعيين موضوع النزاع المعروض على التحكيم إلى كون التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، وبالتالي فإنه يقتصر حتماً على ما تنصرف إليه إرادة الأطراف، وعلى هذا الأساس يمكن رقابة مدى التزام هيئة التحكيم بحدود ولايتها.

ج. عدم قابلية النزاع للفصل من خلال التحكيم:

يجب أن تكون المسألة التي يحيلها الاتفاق على التحكيم من المسائل التي تجوز تسويتها عبر التحكيم، ويعود السبب في عدم قابلية مسألة معينة للتسوية من خلال التحكيم أما إلى سبب موضوعي يتعلق بطبيعتها، أو سبب شخصي يتعلق بمدى صلاحية أحد أطراف النزاع للاتفاق على إحالته إلى التحكيم، وهذا السبب له علاقة بمبدأ "الاختصاص المانع" لمحاكم الدولة في نطاق ولايتها دون أي جهاز آخر من أجهزة تسوية المنازعات، فإن وقع التحكيم على مثل هذه المسألة كان حكمه باطلاً.

د. عدم تطبيق القانون المتفق عليه على موضوع النزاع:

استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف ليحكم موضوع النزاع هو أحد أسباب بطلان التحكيم¹، والملاحظ أن هذا السبب يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ومن ثم فإن عدم تطبيق قواعد الإجراءات التي اتفق الأطراف على إخضاع التحكيم لها لا يندرج تحت هذا السبب، ويمكن السؤال هنا فيما إذا كانت مخالفة هيئة التحكيم لقواعد الإجراءات واجبة التطبيق اتفاقاً أو قانوناً لا تشكل في أي حالة سبباً لبطلان حكم التحكيم؟

يبدو أن استبعاد هيئة التحكيم للقواعد المتفق عليها، سواء على موضوع النزاع، أو على إجراءات التحكيم، ليس سبباً من أسباب بطلان الحكم الذي أصدرته إلا في الحالات التي حددتها. وفيما يتعلق باستبعاد القواعد المتفق على تطبيقها بشأن إجراءات التحكيم، أو مخالفتها، فلم يرد في النص المخصص لحالات البطلان في قانون التحكيم المصري ما يجعل هذا الاستبعاد سبباً للبطلان عدا حالة تشكيل هيئة التحكيم، أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون، أو

¹ المادة (٥٣/١) من قانون التحكيم المصري.

لاتفاق الطرفين^١، وإذا لم يتفق أطراف التحكيم على القواعد التي ستطبق على إجراءاته فإن لهيئة التحكيم في هذه الحالة أن تطبق الإجراءات التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام قانون التحكيم.^٢ ويثار تساؤل آخر عما إذا كانت مخالفة هيئة التحكيم لقواعد الإجراءات المحددة قانوناً تعد سبباً لبطلان حكمها؟

لم يرد في قانون التحكيم المصري أو السوري ما يشير إلى هذه الحالة، باستثناء حالة وقوع بطلان في إجراءات التحكيم مما يؤثر في الحكم، مع مراعاة أن هذا الإجراء يكون باطلاً إذا خالف القواعد المنصوص عليها في القانون، أي مخالفة القواعد الإلزامية المنصوص عليها في قانون التحكيم، والتي تتعلق بالنظام العام.

ومن المفترض أن يضع صدور قانون التحكيم بصفة خاصة النص فيه على بطلان حكم التحكيم في حال استبعاد القانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع حداً لبعض أحكام التحكيم التي كانت تلجأ إلى تقييد نطاق تطبيق القانون الذي اتفق أطراف التحكيم على تطبيقه على موضوع النزاع بعدم مخالفته لقواعد القانون الدولي.

هـ. تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين خلافاً للقانون أو اتفاق الطرفين:

ويعتبر هذا من أسباب بطلان حكم التحكيم كما يجب أن يكون عدد المحكمين وتراً ويجب في المحكم ألا يكون قاصراً، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية، ويشترط أيضاً في المحكم أن يقبل القيام بمهمته كتابة.

و. وقوع بطلان في حكم التحكيم أو في الإجراءات مما يؤثر في الحكم:

✓ وقوع بطلان في حكم التحكيم: والمقصود هنا هو تخلف ركن جوهري من أركان الحكم كما حددها قانون التحكيم، ومثال ذلك أن القانون يشترط صدور حكم التحكيم كتابة بأغلبية الآراء بعد المداولة، ويتم توقيعه من قبل المحكمين، ويكتفى بتوقيع أغلبيتهم شريطة أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.^٣

وقد حدد قانون التحكيم المصري مشتملات حكم التحكيم في المادة (٣/٤٣) بحيث يجب أن يحتوي على: أسماء الخصوم، عناوينهم، أسماء المحكمين، عناوينهم، جنسياتهم.

^١ شرف الدين، أحمد، مرجع سابق، ص ٧٦.

^٢ المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري.

^٣ شرف الدين، أحمد، مرجع سابق، ص ٩٣.

- أما المادة (٤٢) من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ فقد نصت على الآتي:
١. يجب أن يتضمن حكم التحكيم أسماء أعضاء هيئة التحكيم وأسماء الخصوم وعناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره.
 ٢. يجب أن يتضمن حكم التحكيم أيضاً أتعاب ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الطرفين وإذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين والمحكمين على تحديد أتعاب المحكمين فيتم تحديدها بقرار من هيئة التحكيم ويكون قرارها بهذا الشأن قابلاً للطعن أمام المحكمة المعرفة في المادة (٣) من هذا القانون ويكون قرار المحكمة في هذه الحالة مبرماً.
 ٣. يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفاً التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يشترط ذكر أسباب الحكم.
 ٤. يصدر حكم التحكيم بلغة التحكيم.
 ٥. تسلم هيئة التحكيم إلى كل من طرفي التحكيم صورة عن حكم التحكيم موقعة من جميع أعضائها وذلك خلال مدة ١٥ يوماً من تاريخ صدوره.
- وإذا تخلف ركن من حكم أركان التحكيم، أو أحد بياناته، كان ذلك سبباً لقبول طلب بطلانه.
- ✓ **بطلان إجراءات التحكيم مما يؤثر في الحكم:** في حال عدم مراعاة بعض قواعد الإجراءات التي حددها القانون قد يقع بطلان حكم التحكيم وكذلك يقع على مجرد وقوع بطلان في أي إجراء من إجراءات التحكيم متى بلغ هذا البطلان درجة أثرت في الحكم.
- كذلك إن عدم تقديم أحد طرفي التحكيم لدفاعه يشكل سبباً لبطلان حكم التحكيم.
- وقد بين قانون التحكيم أن حكم التحكيم يعد باطلاً كنتيجة لوقوع بطلان في أي إجراء من إجراءات التحكيم إذا أثر هذا البطلان في الحكم، حيث ألزم هذا القانون هيئة التحكيم باتباع القواعد التي أوردها بشأن إجراءات التحكيم وذلك في حال عدم اتفاق طرفي التحكيم على قواعد أخرى، كما يشمل القواعد التي تنفرع عن المبادئ الأساسية للنقاضي، ومنها احترام حقوق الدفاع لكل خصم ووفقاً للمبادئ العامة يجب نظر الخصومة بحضور جميع المحكمين، وأن يصدر الحكم منهم وإلا كانت الإجراءات باطلة.

ز. مخالفة حكم التحكيم للنظام العام:

يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تقضي ببطلان حكم التحكيم، ولو من تلقاء ذاتها، ويشمل مفهوم النظام العام مختلف الأبعاد الموضوعية والإجرائية الواجب مراعاتها، والتي يكون إهدارها موجباً لبطلان الحكم، فالأصل أن تقتصر سلطة المحكمة في أن تقضي من تلقاء ذاتها ببطلان حكم التحكيم في حدود ما يخالف النظام العام ما لم تكن الخصومة غير قابلة للتجزئة.¹

الخاتمة:

مما سبق يمكن القول بأن التحكيم أصبح وسيلة أساسية لحل منازعات العقود الإدارية الدولية، وعلى الرغم من الاعتراضات التي واجهته، إلا أن التغيرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية جعل اللجوء إليه حتمية لفض مثل هذه المنازعات، وأصبحت تلك العقود تحتوي على شرط التحكيم، حيث تحرص الدول على تضمين تشريعاتها الوطنية نصوصاً على اللجوء للتحكيم في النزاعات التي تثار بينها وبين الأشخاص الأجنبية (المستثمرين) وتتص فيها أيضاً التسهيلات التي تشكل ضمانات إجرائية للمستثمر الذي يخشى على مصالحه، لعلّ كل هذا له ما يبرره من رغبة الدول في إطلاق العملية التنموية في البلاد بجذب الاستثمار الأجنبي الذي يعد العامل الأهم في التنمية الاقتصادية وخاصة للدول النامية منها.

¹ شرف الدين، أحمد، مرجع سابق، ص ٩٩.

النتائج:

توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج هي:

١. إن شرط التحكيم قد يرد في العقد، وقد يرد في وثيقة مستقلة عبر ما يسمى مشاركة التحكيم، وهي اتفاق لاحق على قيام النزاع، أي أنها تتعلق بنزاع قائم فعلاً.
٢. إن نجاح التحكيم في نطاق القانون الخاص، لا يعني خلوه من الإشكاليات فيما يخص العقود الإدارية الدولية.
٣. يظهر لدينا أن التحكيم من طبيعة قضائية، فأغلب مراحلها يغلب عليها الطابع القضائي، ودور المتعاقد ينحصر فقط في إدراج شرط التحكيم.
٤. إن أي عقد بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية لا بد لنجاحه من تحقق التوازن العقدي بين الطرفين، وهذا لا يحدث إلا بتنازل كل طرف عن بعض من حقوقه.
٥. لا يعتبر اتفاق التحكيم من عقود الإذعان على اعتبار وجود الدولة كطرف سيادي في العقد، بل على العكس الطرف الأجنبي هو من يسعى للوصول للتحكيم، فقبول الطرفان كان بناء على إرادة صحيحة لا لبث فيها، وإن رضا الدولة أيضاً متحقق فعلياً وذلك بتحقيق التنمية الاقتصادية، مما يصل بنا إلى قناعة كاملة بأن الدولة قد وافقت على شرط التحكيم برضا منها وليس رغماً عنها.
٦. أصبح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد من المبادئ القانونية المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، مما يوفر ضمانات للمستثمر الأجنبي من ناحية عدم تأثر بند التحكيم ببطلان العقد الأصلي.
٧. عدم جواز دفع الدولة بسيادتها للتدخل من شرط التحكيم، وإلا لكان أمام إضعاف كبير للضمانة الإجرائية للمستثمر.
٨. تعتبر عقود الدولة من العقود الضخمة والطويلة الأجل، لذلك من المحتمل أن يصيب الدولة ضرر بيئي نتيجة للعمليات التي تقوم بها الشركات المستثمرة، ووجود شرط التحكيم يحد من قدرة الدولة على التدخل من أجل اتخاذ الإجراءات الضرورية لحماية البيئة في أراضيها.
٩. لا يمكن التسليم بمعارضة التحكيم لسيادة الدولة، لأن هذه السيادة ليست مطلقة، ويمكن للدولة تقييد هذه السيادة، وهو أمر نجده على سبيل المثال في قبول لجوء الدولة إلى القضاء والتحكيم الدوليين.

١٠. ساهم انتشار مؤسسات ومراكز التحكيم العالمية والإقليمية في انتشار التحكيم.

التوصيات:

وأما التوصيات التي يمكن اقتراحها فهي:

١. إعداد الكوادر الخاصة بالتحكيم من خلال العمل على اتباع الدورات الخاصة بالتحكيم وإنشاء ثقافة قانونية تحكيمية بوصف التحكيم الوسيلة الأفضل لتسوية منازعات الاستثمار، مما يساهم في خلق بيئة مناسبة للاستثمار.
٢. لفت نظر المفاوض السوري إلى توخي الحذر عند إبرام عقد استثمار مع شخص أجنبي إذا كان من المتوقع حدوث نتائج مضرّة بالبيئة من خلاله، وذلك بالموازنة بين الضرر المتوقع للبيئة ومقدار الفائدة المتوقعة للمشروع الأجنبي.
٣. إذا كان من حق المستثمر أن يضع بعض الشروط في العقد التي تحقق له مصالحه، فإنه لا يوجد ما يمنع من اشتراط الدولة المضيفة في العقد أية شروط تحفظ لها حقوقها، كأن تشترط تطبيق القانون الوطني للدولة، أو أن يكون رئيس هيئة التحكيم من جنسية معينة.
٤. إيجاد البيئة التشريعية اللازمة للعقود الإدارية الدولية.
٥. العمل على وضع نماذج للعقود الإدارية الدولية، يمكن الاسترشاد بها من قبل إدارات الدولة.
٦. إنشاء المعاهد المتخصصة في التدريب على التحكيم، لأجل تأهيل الكوادر الكفوة، بما يواكب التطورات الدولية.

المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

١. الكتب:

١. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط ١، الجزء الأول، مصر.
٢. إبراهيم، خالد، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية: ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
٣. أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة): دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، ٢٠٠٨.
٤. أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري: منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.
٥. الأحذب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية: ج ٢، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٦. الأحمد، نجم، التحكيم في العقود الإدارية الدولية: منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، ٢٠٢٠.
٧. بوضياف، عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر: جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١١.
٨. جاد نصار، جابر، الوجيز في العقود الإدارية: دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. ت.
٩. جمال الدين، صلاح الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين: دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٠. حداد، أحمد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن: ط ١، دن، ٢٠١٥.
١١. الحداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها): دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
١٢. الحداد، حفيظة السيد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.
١٣. حلمي، عمر، معيار تميز العقد الإداري: دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٣.
١٤. الحلو، ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم: دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، مصر، ٢٠٠٤.

١٥. خالد، هشام، عقد ضمان الاستثمار القانون واجب التطبيق عليه: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٦. خالد، هشام، ماهية العقد الدولي: منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٧. خطار، شطناوي على، الوجيز في القانون الإداري: ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٣.
١٨. خليفة، عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية: منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.
١٩. خليل، نجلاء، التحكيم في المنازعات الإدارية: دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٢٠. راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة-اتفاق التحكيم: الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
٢١. رياض، رقية، التحكيم وسيادة الدولة: ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٢٢. رياض، فؤاد عبد المنعم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية: ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٤.
٢٣. سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية -دراسة تأصيلية انتقادية: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
٢٤. شتا، أحمد، شرح قانون التحكيم (دراسة مقارنة) وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء وهيئات التحكيم العربية والدولية: ط٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
٢٥. شرف الدين، أحمد، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم - دعوى بطلان التحكيم: ط٢، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧.
٢٦. الشريف، عزيزة، التحكيم الإداري في القانون المصري -دراسة مقارنة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
٢٧. الشيخ، عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٢٨. صادق، هشام، تنازع القوانين: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
٢٩. صادق، هشام، عقود التجارة الدولية: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

٣٠. عباس، وليد محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية: دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠.
٣١. عبد الرحمان، عبد الحكيم مصطفى، عقود التنمية الاقتصادية في قانون الدولي الخاص: مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١.
٣٢. عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص: ط٩، ج ٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦.
٣٣. عبد الله الشيخ، عصمت، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.
٣٤. عبد الوهاب، قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري: دار المعرفة، الجزائر، ٢٠٠٩.
٣٥. عشعوش، أحمد عبد الحميد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار-دراسة مقارنة: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.
٣٦. عكاشة، حمدي، موسوعة العقود الإدارية والدولية: منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٨.
٣٧. عمر، حمدي، التحكيم في عقود الإدارة: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٣٨. الغندور، أحمد، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات: دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٨.
٣٩. الفقي، عاطف، التحكيم في المنازعات البحرية: دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢١.
٤٠. قاسم، طه أحمد علي، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية-دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
٤١. لباد، ناصر، الوجيز في القانون الإداري: ط٢، مطابع حسناوي، الجزائر، ٢٠٠٧.
٤٢. محمد خير، عادل، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً ودولياً: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٤٣. محمد عبد اللطيف، محمد، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية: دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٤٤. مسعود، محمودي، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٦.

٤٥. المقدم، صلاح، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفن: الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.

٤٦. المهاني، مصباح، مبادئ القضاء الإداري: ج ٣، ٢٠٠٥.

٤٧. نوفل، حسان، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار: دار هومة، الجزائر، ٢٠١٠.

٤٨. صادق، هشام، عقود التجارة الدولية: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

٢. المقالات والدراسات:

١. إبراهيم، نادر محمد، تسوية منازعات المنطقة الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة -دراسة تحليلية ونقدية في إطار القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٢: مجلد التحكيم العربي، ع ٦، ٢٠٠٣.

٢. الأحديب، عبد الحميد، مسؤولية المحكم: مجلة التحكيم العربي، ع ٢، ٢٠٠٠.

٣. إسكندر، أحمد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج ٣٧، رقم ٤، الجزائر، ١٩٩٩.

٤. برانكية، جلييلة، إجراءات وضوابط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية: مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مج ٧، ع ٢، ٢٠٢٢.

٥. الجمال، مصطفى، مناط الإلزام بالأحكام المدنية: مجلة جامعة كلية الحقوق، الإسكندرية، ع ٢، ١٩٧١.

٦. الدليمي، سعدي؛ فرج الله، وليد، التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية: مجلة العلوم الإنسانية، مج ٢٢، ع ٢، ٢٠٢١.

٧. ديب، فؤاد، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية: مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٤، ع ٢، ٢٠٠٨.

٨. عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية: المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٤٣، ١٩٨٧.

٩. عبد الله، عز الدين، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مسائل القانون الخاص: مجلة مصر المعاصرة، ع ٣٧١، ١٩٧٨.

١٠. غصوب، عبدو جميل، وسائل المماثلة في التحكيم الدولي-دراسة مقارنة: مجلد الدراسات القانونية جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، ع ٧، ٢٠٠١.

١١. فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية - دراسة مقارنة: مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج ١١، ع ١، ٢٠١٨.

١٢. وفاء محمدين، جلال، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID : بحث مقدم إلى ندوة أهمية اللجوء إلى التحكيم التجاري بالمنطقة بدلا من التحكيم في دول الغرب، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية، ١٩٩٣.

٣. الرسائل العلمية:

١. أبريش، محمد أبو القاسم علي، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية: رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ٢٠١٦.

٢. الأسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة: رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٤.

٣. جمال الدين، صلاح الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا: رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٣.

٤. سناء، بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي: مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١١.

٥. صالح، أحمد المصطفى، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار: رسالة دكتوراه، جامعة شندي، ٢٠١٢.

٦. محمد، عاطف إبراهيم، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٨.

٤. أوراق العمل والتقارير:

١. حمدان، زهير، التحكيم: ورقة عمل مقدمة إلى رابطة الحقوقيين في حلب، ٢٠١١.

٥. التشريعات والقوانين:

١. قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٦، الطعن رقم (٥١٨)، مجلة القضاة، ع ١، ١٩٩٢.

٢. قرار محكمة النقض السورية بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٦، مجلة القانون، ع ٤، ١٩٧٤.

٣. قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٦٤) الطعن رقم (٢٩٠)، ١٩٩٨.

٤. قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٥٣)، الطعن رقم (٤٣٠)، ١٩٧٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ١٩٧٣.
٥. قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٩) الطعن رقم (٢٠٨)، ١٩٧٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ١٩٧٢.
٦. قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٢٢٧) الطعن رقم (٢١٢)، ٢٠٠٠، مبادئ القضاء الإداري. المحامي مصباح المهاني، ج ٣، ٢٠٠٥.
٧. قرار محكمة النقض السورية، الغرفة المدنية الثالثة، رقم القرار (١٤٢٣)، أساس (٢١٥٩)، تاريخ ٥ / ٢١ / ٢٠٠٠، موسوعة القضاء المدني، المحامي محمد أديب الحسيني، ج (١)، ٢٠٠٢.
٨. قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١١٥) الطعن رقم (٧٥)، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٨٩.
٩. دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان النامية: منشورات WAO رقم (٢٦٠)، جنيف، ١٩٧٨.
١٠. قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٦، الطعن رقم (٥١٨)، مجلة القضاء، ع ١، ١٩٩٢.
١١. قرار محكمة النقض السورية بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٦، مجلة القانون، ع ٤، ١٩٧٤.
١٢. المادة (١٢) من القانون المدني السوري.
١٣. المادة (١٢) من القانون المدني المصري.
١٤. المادة (١٢) من القانون المدني الليبي.
١٥. المادة (١٢) من القانون المدني الكويتي.
١٦. المادة (٥٥) من ق. ت المصري.
١٧. المادة (٥٣) من ق. ت السوري.
١٨. المادة (٥٦) من ق. ت. المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤.
١٩. المادة (١/٥٣) من ق. ت المصري.
٢٠. المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤.
٢١. المادة (٣/٢٢) من قانون التحكيم المصري.

٢٢. المادة (٢١) من قانون التحكيم السوري.
٢٣. المادة (١/٤) من قانون التحكيم المصري.
٢٤. المادتين (٤) و (١/٥٠) من قانون التحكيم السوري.
٢٥. المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري.
٢٦. المادة (د/١/٥٣) من قانون التحكيم المصري.
٢٧. المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري.
٢٨. المادة (٤٢) الفقرة الثالثة من اتفاقية واشنطن.