

الدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية أمام القضاء الإداري

د. حسن محمد عبد التواب مهدي

مدرس القانون العام

كلية الحقوق جامعة بني سويف

الدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية أمام القضاء الإداري

د. حسن محمد عبد التواب مهدي

ملخص البحث

تظهر في العقود الإدارية امتيازات وسلطات السلطة العامة متمثلة في الشروط الاستثنائية التي تخلو منها غيرها من العقود، ويقوم التنظيم القضائي المصري على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية.

ويعتبر التحكيم نظام قانوني لفض المنازعات التي تُثار بشأن العقود الإدارية بمقتضاه يتفق أطراف علاقة قانونية معينة- عقدية أو غير عقدية- على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يُحتمل أن تنثور عن طريق شخص أو أشخاص من اختيارهم يصدرون قرارهم الملزم للأطراف بعد سماع وجهة نظر كلاً منهم تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، واتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يمنع القاضي من نظر الدعوى إذا تمسك به أحد الطرفين، كما أن القرار الذي يصدر هنا تكون له حجية الشيء المقضي به بحيث يمنع الطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم من إقامة دعوى أخرى أمام القضاء لإعادة النظر في النزاع.

ولقد تعاضم دور التحكيم في الآونة الأخيرة وأصبح وسيلة- أكثر استخداماً- مفضلة يلجأ إليها المستثمرين لفض منازعاتهم نظراً لما يتمتع به من مزايا عديدة والتي لا تتوافر في القضاء الوطني كالسرية والسرعة.

وعلى الرغم من أهمية كبيرة، ثار خلاف كبير حول مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم- خاصة- مع الجهود المبذولة من قبل الدول لمواكبة تهيئة مناخ مناسب للاستثمار وتسهيل عمليات الحصول على حقوق الأطراف المتعاقدة من أجل جذب رؤوس الأموال.

ونظراً لما للتحكيم في العقود الإدارية من أهمية كبيرة انتهى المشرع إلى تقرير الحق في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بالضوابط والقيود التي حددها القانون، وهي ضرورة موافقة الوزير المختص على التحكيم في العقود الإدارية أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية.

فإذا كان هناك شرط للجوء إلى التحكيم بالنسبة لعقد إداري معين ولجأ أحد الأطراف إلى القضاء للفصل في المنازعات التي نشأت وكانت متعلقة بهذا العقد، يحق للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد الإداري.

ولقد أكد قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م من خلال نص المادة (١٣) منه على أن هذا الدفع يعتبر من الدفع التي تتعلق بعدم القبول، وأيدنا ذلك واعتبرنا أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من الدفع التي تتعلق بعدم القبول الإجرائي حتى يتمشى مع طبيعة هذا الدفع.

ويجدر بنا القول أن المحكمة عند الدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم، يحق لها التعرض لبحث صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم المدفوع بوجوده أمام المحكمة باعتبار أن هذه المسألة من البديهيات التي لا بد للمحكمة التمتع بها، لأنه يترتب على صحة اتفاق التحكيم وقبول الدفع سلب اختصاص المحكمة لنظر المنازعات التي تكون محلاً لاتفاق التحكيم.

Defense by arbitration agreement in Administrative contracts before the Administrative Judiciary

Dr. Hassan Mohamed Abdel Tawab Mahdi

Lecturer of Public Law Faculty of Law, Beni Suf University

Research Summary

In administrative contracts, the privileges and powers of the public authority are represented in the exceptional conditions that other contracts are devoid of, and the Egyptian judicial organization is based on the jurisdiction of the administrative judiciary to adjudicate administrative contract disputes.

Arbitration is a legal system for settling disputes arising in respect of administrative contracts whereby the parties to a particular legal relationship- contractual or non-contractual- agree that disputes that have already arisen between them or that are likely to arise shall be settled by a person or persons of their choice who issue their binding decision to the parties after hearing their respective views in detail through litigation guarantees. The agreement of the parties to resort to arbitration prevents the judge from hearing the case if one of the parties invokes it, and the decision issued here has the authority of res judicata so as to prevent the party against whom the arbitration

award was issued from filing another action before the court to reconsider the dispute.

The role of arbitration has recently increased and has become a preferred means for investors to settle their disputes due to its advantages that are not available in the national judiciary, such as confidentiality and speed.

Despite the great importance of arbitration, there has been considerable disagreement over the extent to which administrative contracts are subject to arbitration, especially with the efforts made by States to accompany the creation of a suitable investment climate and facilitate the acquisition of the rights of contracting parties in order to attract capital.

In view of the great importance of arbitration in administrative contracts, the legislator concluded that the right to resort to arbitration in administrative contracts was determined by the controls and restrictions specified by law, namely the need for the approval of the competent minister to arbitrate administrative contracts or whoever assumes his competence in respect of legal persons.

If there is a condition for resorting to arbitration for a specific administrative contract and one of the parties resorts to the judiciary to settle disputes that have arisen and were related to this contract, the other party has the right to plead the existence of the arbitration agreement contained in the administrative contract.

The Egyptian Arbitration Law No. 27 of 1994 confirmed through the text of Article (13) thereof that this defense is considered one of the defenses related to non-acceptance, and we supported this and considered that the defense of the existence of the arbitration agreement is considered one of the defenses related to procedural inadmissibility in order to be consistent with the nature of this defense.

It should be said that when the court pleaded before it the existence of the arbitration agreement, it has the right to examine the validity or invalidity of the arbitration agreement invoked before the court, considering that this issue is one of the axioms that the court must enjoy, because the validity of the arbitration agreement and the acceptance of the defense entail the deprivation of the court's jurisdiction to hear disputes that are the subject of the arbitration agreement.

الدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية أمام القضاء الإداري

مقدمة عامة عن التحكيم في العقود الإدارية:-

تعتبر فرنسا هي مهد القانون الإداري، وتعد نظريات العقود الإدارية من أهم نظريات هذا القانون، والتي تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء الفرنسي مع بعض التدخلات والتنظيمات التشريعية لتنظيم الجوانب التي تتعلق بهذه العقود مثل عقود الأشغال العامة وعقود الالتزام وعقود التوريد فضلاً عن طرق التعاقد في مثل هذه العقود وإجراءاته.

فالعقود الإدارية تتجلى فيها امتيازات وسلطات السلطة العامة متمثلة في الشروط الاستثنائية التي تخلو منها غيرها من العقود، ويقوم التنظيم القضائي المصري بناءً على المفهوم القانوني المشار إليه للعقد الإداري على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية.

ويعتبر التحكيم نظام قانوني لفض المنازعات التي تُثار بشأن العقود الإدارية بمقتضاه يتفق أطراف علاقة قانونية معينة- عقدية أو غير عقدية- على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يُحتمل أن تثور عن طريق شخص أو أشخاص من اختيارهم يصدرن قرارهم الملزم للأطراف بعد سماع وجهة نظر كل منهم تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، واتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يمنع القاضي من نظر الدعوى إذا تمسك به أحد الطرفين، كما أن القرار الذي يصدر هنا تكون له حجية الشيء المقضي به بحيث يمنع الطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم من إقامة دعوى أخرى أمام القضاء لإعادة النظر في النزاع.

ويمكن القول بأنه في بداية الأمر تم ترسيخ مبدأ عام وهو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي تتعلق بها وهي المنازعات التي تنشأ وتتعلم بالعقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية، ولقد وجد هذا المبدأ أساساً له فيما يلي:-

أولاً:- اعتبار الحظر مبدأً من المبادئ العامة للقانون.

فلقد ذهب البعض إلى القول بأن مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية ومنها منازعات العقود الإدارية يعتبر من المبادئ العامة للقانون، والتي يطبقها القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها مصدرًا من المصادر الأساسية للمشروعية والتي يتعين على جهة الإدارة الالتزام بها.

ثانياً:- مبدأ الفصل بين السلطات.

أما هناك من رأى أن القول بحظر التحكيم في المنازعات الإدارية والتي تتعلق بالأشخاص المعنوية العامة إنما يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات، خاصة بين السلطتين القضائية والتنفيذية، والذي يعد من أهم المبادئ القانونية، والذي بمقتضاه يتعين أن يكون صاحب الاختصاص في الفصل في المنازعات الإدارية قاضي القانون العام، وبناءً على ذلك يحظر التحكيم في مجال المنازعات الإدارية خاصة العقود الإدارية، لأن ذلك يمثل اعتداءً على اختصاص مجلس الدولة واعتداءً وانتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

ثالثاً:- فكرة النظام العام كأساس لحظر التحكيم في مجال المنازعات

الإدارية.

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إنما يجد أساسه في فكرة النظام العام باعتبار أن المنازعات الإدارية - عامة - ومن بينها منازعات العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام وتعمل على تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فلا يجوز التحكيم فيها.

ولقد تعاضم دور التحكيم في الآونة الأخيرة وأصبح وسيلة - أكثر استخداماً - مفضلة يلجأ إليها المستثمرون لفض منازعاتهم نظراً لما يتمتع به من مزايا عديدة والتي لا تتوافر في القضاء الوطني كالسرية والسرعة.

ولقد أصبح التحكيم الوسيلة العادية لحسم المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، ذلك أنه يسمح لأطراف العلاقة القانونية باختيار المحكم الذي يطمئنون إليه، وكذلك مكان التحكيم وإجراءاته والقانون الواجب التطبيق وغير ذلك من الأمور التي تتعلق بالتحكيم

في مثل هذه المنازعات، فالتحكيم فرض نفسه في معظم التشريعات الوطنية كنظام قانوني خاص يمارس المحكم اختصاصه خارج ولاية قضاء الدولة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يطلق على التحكيم تسميات فرعية حسب طبيعة المنازعات التي يُراد فضها عن طريقه، فإذا كانت المنازعة تجارية سُمي التحكيم تجارياً وإذا كانت مدنية سُمي التحكيم مدنياً، أما إذا كانت المادة إدارية سُمي التحكيم إدارياً.

وفي العقد الإداري يصعب على الطرف المميز في العقد- الدولة أو أحد أشخاص القانون العام- قبول خضوع المنازعات التي تتعلق بهم لقضاء أو قانون دولة أجنبية، وفي المقابل يصعب على الطرف المتعاقد معهم- الشركات الأجنبية إذا كان الطرف الأخر أجنبي- قبول الخضوع لأحكام قانون معين غير مُلمة بأحكامه، كما أنهم لا يطمنون الخضوع لقضاء الدولة الوطني ظناً منهم أنه قد ينحاز هذا القضاء لمواطنيه، فقد يعزف الطرف المتعاقد عن إبرام التعاقد لوجود الخلاف حول مدى خضوع أو عدم خضوع العقود الإدارية للتحكيم، خوفاً منه من إبطال شرط التحكيم فيما بعد من قبل القضاء الوطني في حالة قيام نزاع مع الطرف المصري، كما يطرح التحكيم في العقود الإدارية إشكالات عديدة خاصة في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الإداري، حيث ظلت في بداية الأمر ترفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية وكانت تستند في ذلك على تعلق العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة.

فلم يكن من المتصور عند وضع القوانين في بداية القرن التاسع عشر أن تدخل الدولة والهيئات العامة التابعة لها في تحكيم بينها وبين غيرها من أشخاص القانون الخاص التابعين لها أو لغيرها، وذلك بسبب هيمنة الدولة على السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية الوطنية، فالدولة وهيئاتها توجد في مركز السيادة وأشخاص القانون الخاص كانت توجد في مركز الخضوع، ودخول الدولة في التحكيم يعني تخلي الدولة عن مركزها السيادي والوقوف أمام المحكمين على قدم المساواة مع غيرها من الأشخاص، ولكن مع تطور دور الدولة وتدخلها في المجالات الاقتصادية، بدأ الفقه يدرك خطورة التمسك بفكرة سيادة الدولة وعدم دخولها في التحكيم لما يترتب عليه من نمو وازدهار للاقتصاد القومي.

لذا كان هناك اختلاف كبير حول مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم- خاصة- مع الجهود المبذولة من قبل الدول لمواكبة تهيئة مناخ مناسب للاستثمار وتسهيل عمليات الحصول على حقوق الأطراف المتعاقدة من أجل جذب رؤوس الأموال. وعند قيام التحكيم في العقود الإدارية بين طرفي العقد فهل يمكن للطرف اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات التي تم الاتفاق على الفصل فيها عن طريق التحكيم، وإذا ما تم ذلك هل يمكن للطرف الآخر الدفع أمام القضاء بوجود اتفاق التحكيم من أجل الرجوع إلى الطريقة التي تم اللجوء إليها للفصل في منازعاتهم وهي طريقة التحكيم. ولكن مع التطورات التي أملتتها ظروف التجارة والاستثمار- سواء الدولي أو الداخلي- وحاجة الدول- خاصةً الدول النامية- لرؤوس الأموال، وببطء إجراءات التقاضي أمام المحاكم، وعزوف الأفراد في المعاملات التجارية عن اللجوء إلى القضاء- الطريق الطبيعي للفصل في المنازعات- للوصول إلى حلول في منازعاتهم وذلك لأنه يكبدهم الكثير من الوقت والجهد والمال، لذا من هنا ظهرت الحاجة إلى طريق للفصل في المنازعات بطريقة سريعة وأمنة ويتضمن الكثير من الضمانات الضرورية لتحفيز وجلب الاستثمارات.

فأمام قلق المتعاملين- المتعاقدين مع الإدارة في العقود الإدارية- مع الإدارة من طرح نزاعاتهم على قضاء الدولة، كان لابد من إيجاد الحل والطريق السريع الذي من خلاله إزالة هذا القلق من صدور المتعاقدين مع الإدارة، فكانت فكرة خضوع العقود الإدارية للتحكيم باعتباره الوسيلة البديلة في حسم المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين في العقود الإدارية، وكذلك الوسيلة الأكثر ملائمة لحل مثل هذه المنازعات.

ومن هنا أصبح التحكيم من أهم الموضوعات التي تحتل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني- سواء على المستوى الوطني وكذلك العالمي- في الوقت الحاضر، كما أنه أصبح العالم يواكب في التطورات الحديثة في هذا الموضوع.

وفي الآونة الأخيرة يعتبر التحكيم من أهم الوسائل التي يتم اللجوء إليها لحل المنازعات نظراً لما يتم تحقيقه من مزايا كالسرعة والسرية، فهذا الاهتمام المتزايد بالتحكيم دفع المشرع- في مختلف الدول- إلى تنظيمه عن طريق العديد من القوانين

التي توفق اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات والتنازل عن الوسيلة القضائية، كما انضمت العديد من الدول إلى الاتفاقيات التي تنظم التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات، وخاصةً في ظل الانفتاح التي سلكته الدول من الناحية الاقتصادية ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

لذا ففي هذا البحث سنحاول الإجابة على العديد من الاسئلة التي تدور حول

موضوع هذا البحث، ومن هذه الاسئلة:-

- هل يمكن تحديد مفهوم محدد للعقد الإداري؟
- ما هي معايير تمييز العقود الإدارية؟
- ما هو مفهوم التحكيم في العقود الإدارية؟
- ما هي صور اتفاق التحكيم في العقود الإدارية؟
- ما هو مفهوم الدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية؟
- ما هي الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية؟
- ما هي سلطات المحكمة عند قيام الدفع باتفاق التحكيم أمامها؟

منهج البحث:-

اعتمدنا في معالجة المسائل التي يتناولها هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بإعطاء وصف قانوني للحقائق التي يتناولها هذا البحث، ثم بعد ذلك اتبعنا الوصف التحليلي وذلك بتحليل وتأصيل النصوص القانونية التي تعتبر الأساس في هذا البحث، مع الاستعانة بالمنهج المقارن لإثراء موضوع البحث وتوضيحه.

تقسيم الدراسة:-

تقسم هذه الدراسة إلى فصلين، وذلك على النحو التالي:-

الفصل الأول:- التحكيم في العقود الإدارية.

الفصل الثاني:- الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية أمام القضاء

الإداري.

الفصل الأول

التحكيم في العقود الإدارية

يعتبر التحكيم الاستثناء على الأصل العام وهو الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد عن طريق القضاء، هذا يتعلق بكافة المنازعات الناتجة عن كافة العلاقات القانونية- سواء كانت عقدية أو غير عقدية- فالتحكيم تم تقريره للفصل في المنازعات بطريقة أسرع وأيسر لتحقيق مصالح الأفراد، ولكن هل يطبق هذا النظام القانوني على العقود الإدارية وما ينشأ عنها من منازعات؟

لذا فنعرض في هذا الفصل ماهية العقود الإدارية، وما يميزها عن غيرها من العقود، ومتى يعتبر العقد عقداً إدارياً ومتى لا يعتبر كذلك؟ وما مفهوم التحكيم في العقود الإدارية؟

لذا ينقسم هذا الفصل كالتالي:-

المبحث الأول:- مفهوم العقد الإداري ومعايير تمييزه.

المبحث الثاني:- الاختلاف حول تطبيق التحكيم على العقود الإدارية.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري ومعايير تمييزه

تبرم الإدارة العامة نوعين من العقود، عقود مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص، وعقود إدارية تخضع لأحكام القانون الإداري، لذا كان من الضروري توضيح مفهوم العقود الإدارية ومتى يعتبر العقد المبرم من قبل الإدارة عقداً إدارياً؟ ومتى يعتبر مدنياً لا يخضع لأحكام القانون الإداري وإنما يخضع لأحكام القانون الخاص ويعامل معاملة العقود المدنية؟

لذا سنبين في هذا المبحث مفهوم العقد الإداري وعناصر تمييزه عن غيره من العقود الأخرى، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:-

المطلب الأول:- مفهوم العقد الإداري.

المطلب الثاني:- عناصر تمييز العقد الإداري.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري

يمكن القول أن الوضع في مصر بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية أنها كانت خاضعة للقضاء العادي، فقد كان القاضي يطبق نصوص القانون المدني على المنازعات الإدارية واستثناءً من ذلك إذا كان هناك نص خاص يطبق على العقد الإداري، واستمر هذا الوضع قائماً حتى صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م الذي ألغى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م حيث نص على اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تتعلق بعقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد وكافة العقود الإدارية الأخرى^(١).

وبقي هذا النص في القانون الحالي الخاص بتنظيم مجلس الدولة المصري، وأصبح مجلس الدولة مختص بنظر المنازعات المتعلقة بأي عقد من العقود الإدارية، حيث نصت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م على أنه "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:- حادي عشر- المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر". وفي فرنسا نشأت نظرية العقود الإدارية في مطلع القرن العشرين، حيث كانت المنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة هي التي يختص بها القضاء الإداري أما دون ذلك من التصرفات العادية من بيع أو شراء أو غير ذلك فإنها كانت تُترك لاختصاص المحاكم العادية، ثم بعد ذلك عمد المشرع الفرنسي إلى جعل الاختصاص بنظر المنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي.

ومن هنا ظهرت الصعوبة في تحديد مفهوم محدد للعقد الإداري، وترجع هذه الصعوبة إلى أن الإدارة لا تبرم عقوداً إدارية فقط وإنما تبرم كذلك عقوداً مدنية تخضع

(١) يمكن القول أنه قبل صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م، صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٢ بتاريخ ١٩/١/١٩٥٢م وأضفى بعض التعديلات على القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م بشأن اختصاص مجلس الدولة.

لأحكام القانون الخاص، فالإدارة العامة في الدولة ممثلة في أجهزتها الإدارية قد تقوم بالتعاقد مع أطراف أخرى باعتبارها شخصاً عادياً وليست لها سلطة رسمية كأن تبرم عقد إيجار منزل مع أحد المواطنين فهذا العقد يعتبر عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون الخاص.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن فكرة العقود الإدارية لم تظهر إلى حيز الوجود إلا عندما ظهر القضاء الإداري كقضاء مختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وبدأ ذلك في فرنسا عندما بدأ مجلس الدولة الفرنسي بالتعرض لمنازعات عقود الإدارة، أما في مصر لم يكتب لنظرية العقود الإدارية الوضوح إلا بعد فترة ليست بقليلة بعد إنشاء القضاء الإداري بمقتضى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م^(٢)، ومن هنا تولد الصعوبة في تحديد مفهوم واضح ومحدد للعقد الإداري، ولكن على الرغم من كل هذه الصعوبات في

(٢) ولم يكن أمام مجلس الدولة قواعد إدارية تكفي أو تغطي مشكلات ومنازعات العقود الإدارية، ذلك أن القانون الإداري كان قانوناً وليداً لم تتسع دائرة أحكامه، ولم تستقر بعد مبادئه وأفكاره، ولهذا لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يلجأ للقانون المدني، فيأخذ من مبادئه ونصوصه ما يساعده على الفصل فيما هو معروض عليه. وجرى قضاء مجلس الدولة على أن يصرح أحياناً بالنص المدني الذي اعتمد عليه، ويكتفي أحياناً باستلهاً المبادئ العامة في القانون المدني، كل ذلك إلى جانب ما قد يجده من قواعد ونصوص في القانون الإداري، وهكذا تحمل مجلس الدولة الفرنسي بأعباء بناء نظرية عامة للعقود الإدارية، في تطور مستمر، ونمو مطرد، وكانت هذه النشأة القضائية الدائمة التطور، وراء صعوبة التوصل إلى تعريف للعقد الإداري، أما في مصر قام القضاء الإداري عام ١٩٤٦م وجاء القانون رقم ١١٢ خالياً من اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية ولكن تم تعديل قانون مجلس الدولة عام ١٩٤٩م وأضاف المشرع اختصاصات القضاء الإداري باختصاص بنظر المنازعات في عقود إدارية ثلاثة فقط وجعل هذا الاختصاص مشاركة بين القضاء الإداري والقضاء العادي، إلى أيهما يلجأ المدعي حسب إرادته ورغبته، ولم يُمنح المشرع القضاء الإداري سلطة الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية عامة، وعلى وجه الاستقلال إلا بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م ومن هنا يتبين أنه لم تتح الفرصة أمام العقود الإدارية لتكون لها نظرية ذات مبادئ وأحكام وقواعد، إلا اعتباراً من عام ١٩٥٥م، وهذه فترة لا تكفي لبناء نظرية قانونية هي بلا خلاف قضية هامة وشائكة كذلك. أ.د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص ١٦، ١٧.

وضع مفهوم محدد للعقد الإداري إلا أن هناك محاولات عديدة ظهرت من العديد من الفقهاء لبيان مفهوم العقد الإداري وتحديد عناصره.

فقد عرف أستاذنا الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي العقد الإداري بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"^(٣).

كما يمكن تعريف العقد الإداري بأنه كل اتفاق يُبرم بين طرفين أحدهما شخصاً معنوياً عاماً، وذلك بهدف إدارة أو تنظيم أو استغلال مرفق عام، وتظهر في العقد نية تطبيق أحكام القانون العام وهذا يظهر بجلاء في تضمين مثل هذا الاتفاق شروطاً غير مألوفة في التعاقد الخاص، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كجعله صاحب احتكار فعلي أو منحه حق نزع الملكية للمنفعة العامة إلى غير ذلك من سلطات^(٤).

فقد استقر الفقه في تعريفه للعقد الإداري بأنه اتفاق يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد.

ولقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري والفرنسي على أن العقد الإداري هو كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة من أجل تسيير مرفق عام، على أن تظهر في هذا الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، أو بتضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد

(٣) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة- الطبعة الثالثة ١٩٧٥، دار الفكر العربي القاهرة ص ٥٠.

(٤) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، دار النهضة العربية ٢٠١٧م، ص ١٨٠.

معها بالاشتراك مباشرةً في تسيير المرفق العام، ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في تعريفها للعقد الإداري على أنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص"^(٥).

ومن خلال التعريفات المتعددة للعقد الإداري نجد أن العقد لا يتم إلا نتيجة التقاء إرادتين فلا يوجد العقد الإداري بالإرادة المنفردة، فهو نتيجة التقاء إرادة الإدارة مع إرادة المتعاقد معها- سواء كان شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص- وهذا ما يختلف به العقد الإداري عن القرار الإداري، فالقرار الإداري نتيجة إرادة منفردة من قبل الإدارة لإحداث أثر قانوني معين، أما العقد الإداري فهو نتيجة اتفاق إرادتين وليست إرادة واحدة.

ونحن نرى أنه يمكن تعريف العقود الإدارية بأنها تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد اشخاصها المعنوية العامة في سبيل تسيير أحد المرفق العامة بقصد تحقيق المنفعة العامة، وتظهر فيها نية في الأخذ بأحد أساليب القانون العام، ويظهر ذلك في ظهور الشروط غير المألوفة الاستثنائية في تلك العقود أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك في تسيير المرفق العام.

فالإدارة العامة تبرم نوعين من العقود، عقود تخضع لأحكام القانون الخاص، وعقود تخضع لأحكام القانون العام (القانون الإداري)، لذلك ظهرت المشكلة في التفرقة بين العقود المدنية للإدارة من جهة (عقود القانون الخاص) وعقودها الإدارية من جهة أخرى، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور بعض المعايير التي من شأنها توضيح بعض الفروق بين عقود الإدارة الخاصة والعقود الإدارية، فإذا أبرمت الإدارة عقداً باعتبارها شخصاً عادياً- كما سبق وأن ذكرنا- كان هذا العقد عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون الخاص ولا يعتبر عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون الإداري، أما إذا أبرمت الإدارة- ممثلة في

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٢٨ لسنة ٣٥ ق بجلسته ١/٢٤/١٩٩٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية في العقود الإدارية في أربعين عاماً- ١٩٩٧- ص ٩٣.

أجهزتها الإدارية المختلفة- عقداً مع أطراف أخرى باعتبارها سلطة عامة من أجل تحقيق منفعة عامة فإن هذا العقد يعتبر عقداً إدارياً يخضع لقواعد القانون الإداري. وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، قد نص في المادة ٨٤ منه على أنه "يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون اتخاذ إجراءات التعاقد إلكترونياً وفقاً لما يتم ميكنته من إجراءات من خلال منظومة موحدة ومنظمة ومؤمنة إلكترونياً على أن تتبع الإجراءات المميكنة حال اكتمالها وانتظامها، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون محتوى المنظومة الإلكترونية وكيفية تشغيلها والضوابط والإجراءات المتبعة ذات الصلة"، وهذا تأكيداً بنص القانون على ضرورة اتباع الإجراءات الإلكترونية- حال تواجدها واكمالها- في التعاقد لإبرام العقد الإداري.

والعقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى، لا بد من توافر الأركان العامة للعقود التي يقوم عليها حتى يقوم صحيحاً، والتي تتمثل في:-

الرضا:- فلا يمكن أن يقوم العقد إلا برضا طرفيه، وتلاقي الإيجاب مع القبول.

المحل:- هو العملية القانونية التي يُراد تحقيقها من وراء العقد، ويشترط أن يكون المحل موجوداً وقابلًا للتعامل فيه.

السبب:- وهو الهدف الذي من أجله تم التعاقد وترتب عليه الالتزام.

وهناك العديد من أنواع العقود الإدارية التي لا يمكن حصرها، خاصةً مع تطور القضاء والنظام الإداري، ومن أهم العقود الإدارية عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد.

هل الكتابة ركن من أركان العقد الإداري؟

تطبيقاً للمبادئ العامة في نظرية العقود الإدارية يمكن القول بأن الكتابة ليست شرطاً لانعقاد العقد الإداري ولا تعتبر ركناً من أركانه- إلا إذا اشترط القانون ذلك، فالكتابة مجرد وسيلة لإثبات انعقاد العقد، وهذا ما أكده مجلس الدولة في الفتوى الصادرة من

قسمي الفتوى والتشريع والتي جاء محتواها أن "العقد الإداري يقوم بتوافر الإيجاب والقبول حتى ولو كان غير مكتوب"^(٦).

كما أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت إلى أن "عدم تحرير عقد إداري لا يعني عدم وجود علاقة تعاقدية، لأن الوثائق المتبادلة بين الطرفين تدل على قيام هذه الرابطة التعاقدية، حيث أن العقد المُقدم من الشركة والشروط الواردة في الاعتماد المستندي المفتوح لصالحها تعتبر بمثابة عقد إداري ملزم للطرفين"^(٧).

لذا فإن الأصل أنه لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوباً إلا إذا نص القانون علي خلاف ذلك، فلإدارة أن تتحلل من الشكل الكتابي للعقد، غير أنه غالباً ما تتضمن خطوات التعاقد ووثائق مكتوبة، حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة.

المطلب الثاني

عناصر تمييز العقد الإداري

تعتبر نظرية أو فكرة العقود الإدارية فكرة حديثة النشأة، نشأت وتطورت في رحاب القضاء الإداري، وفي ظل هذه النظرية حديثة النشأة، والنشأة القضائية ذات الطابع العملي، والذي يتعرض لكل منازعة بما يلائمها من حلول دون الاهتمام بإنشاء نظرية عامة، لم يكن من السهل التوصل إلى معيار محدد يمكن من خلاله التمييز بين العقد الإداري وغيره من العقود الأخرى.

ويمكن القول أن العقد الإداري له مجموعة من العناصر الأساسية، وهذه العناصر الأساسية للعقد الإداري هي عناصر تكاملية فيما بينها، بحيث لو تخلف أحدها امتنعت عنه الصفة الإدارية، كما أنها هي أساس تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود وخاصةً العقود المدنية، والهدف من معرفة أو تمييز العقد الإداري هو تحديد القانون المطبق على العلاقات والروابط الناتجة عنه والقضاء المختص بالمنازعات الناشئة عنه. ولقد استقرت أحكام القضاء الإداري منذ بدايتها على أن العقد الإداري هو "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة

(٦) الفتوى الصادرة من قسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ٢٤/١٢/١٩٧٨م.

(٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ق.

تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(٨).

وهذا ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا- أيضاً- في أحكامها حيث ذهبت إلى أن "العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقداً هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري بحسب ولايته المحددة"^(٩).

لذا يمكن القول بضرورة توافر ثلاثة شروط مجتمعة حتى يمكن القول أن العقد عقداً

إدارياً:-

هذه الشروط الثلاثة هي:

- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.
 - أن يتصل العقد بأحد المرافق العامة.
 - أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.
- وذلك طبقاً للتفصيل التالي:-

الفرع الأول

أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

يعتبر هذا العنصر من العناصر البديهية في العقد الإداري، ذلك أنه لا يجوز أن يوصف عقد بأنه عقداً إدارياً إلا إذا كانت الإدارة طرفاً فيه، فإذا كان عكس ذلك فإنه من غير المقبول أن يكون هناك عقداً إدارياً تكون جميع أطرافه من أشخاص القانون الخاص، فلا بد أن يكون أحد أطرافه- على الأقل- جهة إدارية.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها "أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً متصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فالعقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من

(٨) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ المجموعة ال ١١ ص ٤٩٣.

(٩) حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم ٣٠٤٨ لسنة ٣٤ ق بجلسته ١٩٩٠/٢/٢٠، والطعن رقم ٢٢٨٢ لسنة ٣٤ ق بجلسته ١٩٩٠/٣/٣٠.

الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة^(١٠).

إلى جانب أنه يشترط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد حتى يكون العقد ادرياً يشترط أيضاً أن تكون الإدارة طرفاً في العقد باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، فلا يكفي مجرد وجود الإدارة طرفاً في العقد وإنما لابد من تعاقدها باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها وذلك لتحقيق مصلحة المرفق العام، أما إذا أبرمت الإدارة عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإن عقودها تعتبر عقوداً مدنية تخضع لأحكام القانون المدني ويختص بنظر منازعتها القضاء العادي، لذا يمكن القول أنه لا يعتبر عقداً ادرياً كل عقد تبرمه الإدارة، فهي قد تبرم عقداً ادرياً وقد تبرم عقداً خاصاً حسب قواعد ونصوص القانون الخاص.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً لا يعتبر عقداً ادرياً، وفي المقابل لا يعتبر عقداً ادرياً إذا كانت الإدارة طرفاً في العقد إلا إذا توافرت في العقد باقي الشروط الأخرى.

وهنا يثار تساؤل هام وهو هل يمكن اعتبار العقود التي تبرمها المرافق العامة الفعلية أو الواقعية عقوداً ادرية أم تعتبر عقوداً خاصة؟

بدايةً يمكن القول بأن المرافق العامة الفعلية هي المرافق الخاصة ذات النفع العام، فما هي إلا مرافق بحكم الواقع ولكنها في حقيقة الأمر فهي تمارس نشاط فردي حر يهدف إلى تقديم الخدمات والحاجات العامة بعد الحصول على إذن مسبق من جانب الإدارة^(١١)، فإذا كان أحد أطراف العقد مرفق خاص ذات نفع عام هل تعتبر هذه العقود عقوداً ادرية؟ أم أنها عقوداً خاصة؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن الرجوع للقانون الذي ينظم المؤسسات الخاصة ذات النفع العام رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٤م والذي يتضمن نص المادة (٦٤) منه والتي تنص على أنه "يُحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من

(١٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٧ ق بتاريخ ١٩٦٤/٣/٧.

(١١) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ١٨١.

اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضي المدة، وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية".

فهذه المرافق الخاصة ذات النفع العام يجوز لها أن تستخدم امتيازات ووسائل الإدارة بشرط أن يصدر بذلك قرار جمهوري، ولذا فلا يوجد ما يحول دون إبرام هذه الجهات عقوداً إدارية تضمنها شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، بشرط أن يتقرر لها ذلك بمقتضى قرار جمهوري لأن المظاهر التي تم ذكرها في نص المادة (٦٤) السابقة كعدم الحجز على أموالها وعدم جواز تملك أموالها بالتقادم وإمكانية قيامها بنزع ملكيتها للمنفعة العامة ليست سوى أمثلة يمكن القياس عليها^(١٢).

ويمكن القول أيضاً بأنه إذا كان العقد مبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص وكان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص معنوي عام يعتبر هذا العقد عقداً إدارياً، فهنا يكون الشخص الخاص وكيلاً عن الإدارة- الشخص المعنوي العام- في إبرام العقد، حيث يمكن للشخص المعنوي العام أن يبرم العقد بشخصه أو من خلال وكيلاً عنه، ويستوي في ذلك أن تكون هذه الوكالة ظاهرة منصوص عليها في نصوص العقد، أو وكالة ضمنية تُستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه.

ولقد أكدت على ذلك محكمة القضاء الإداري في حكمها بأنه " طالما أن وزارة التموين تدخلت في تنظيم وتداول وتوزيع سلعة الشاي وعهدت بذلك إلى لجنة توزيع الشاي ثم المعبئين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار، فهذا يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة، وتكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها اللجنة هي عقود إدارية يلاحظ فيها تغليب المصالح العامة على المصالح التجارية الخاصة وأن الحكومة تُشرف على تنفيذ هذه العقود وتراقبها ضماناً لتحقيق المصلحة العامة التي تهدف إليها، وهذا يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه وتفسيره وإنهائه"^(١٣).

(١٢) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(١٣) حكم محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٤م لسنة ١٠٠٠ق، منشور بمجموعة الأحكام ص ٣٠٧، مشار إليه في النشاط الإداري للأستاذ الدكتور/ أنس جعفر، مرجع سابق، ص ١٨٣.

ولقد أكدت أيضاً المحكمة الإدارية العليا في حكمها على أنه " من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري"^(١٤).

واشترط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد يبرره أن قواعد القانون الإداري تحكم نشاط الإدارة وليس النشاط الفردي أو الهيئات الخاصة^(١٥)، لذا فإن العقود الذي تبرمها الأفراد أو الهيئات الخاصة لا تعد عقوداً إدارية، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بقولها على أن "العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية وهو كون الإدارة طرفاً فيها أمراً طبيعياً لأن العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً"^(١٦). ومفهوم الإدارة الذي يستلزم أن تكون طرفاً في العقد يشمل الأشخاص المعنوية العامة، وهي إما أن تكون أشخاصاً إقليمية- أي تحدد على أساس إقليمي- مثال ذلك الدولة والمحافظات والمراكز والمدن، فهذه الأشخاص تعتبر من أشخاص القانون في طبيعتها بسبب اعتراف الدولة لها بهذه الصفة، أو أشخاصاً مرفقية- تُحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط- مثال ذلك الأشخاص العامة المهنية كالتنقابات والتي أعترف لها القضاء الإداري ف مصر وفرنسا بالشخصية المعنوية^(١٧)، فهذه الأشخاص

(١٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق- جلسة ١٩٦٤/٣/٧ الموسوعة الإدارية الحديثة- ج ١٨- ص ٦٨٦.

(١٥) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ١٨١.

(١٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق عليا جلسة ١٩٩٤/١/١٨، الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ٤٩- ص ٤٦.

(١٧) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ١٨٢.

وأ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية ٢٠١٩، ص ٢٧.

المعنوية فضلاً عن النشاط الذي تمارسه فإن إنشائها يكون بتشريع أو بناءً على تشريع، لذا فقد اعترف القضاء لها بالشخصية المعنوية العامة.

ويجب أن تتعاقد الإدارة بصفتها شخص من أشخاص القانون العام فلا يكفي وجود الإدارة فقط في العقد وإنما لابد من تعاقدها باعتبارها شخص معنوي عام وليس شخص من أشخاص القانون الخاص، فلا يمكن اعتبار عقد إداري لمجرد وجود الإدارة طرفاً فيه إن هي خلعت ثوب السلطة العامة في تعاقدها، فإن تعاقدت باعتبارها شخص من أشخاص القانون الخاص فإن هذا العقد يعتبر عقداً مدنياً، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها، حيث ذهبت إلى " أن العقدين بين كل من وزارة الأوقاف والطاعن قد تضمنتا مادة برقم ٥٦ عنوانها صفة الوزارة يعترف فيها المقاول بأن وزارة الأوقاف إنما تتعاقد معه بصفتها ناظرة على الوقف التابع له العملية موضوع التعاقد، كما وقع المقاول على إقرار في نهاية كل عقد يتعهد فيه لوزارة الأوقاف بصفتها ناظرة على الوقف التابع له العملية بالتنفيذ على مقتضى شروط العقد، وكل ذلك يُنبئ بوضوح أن وزارة الأوقاف لم تتعاقد مع الطاعن بصفتها سلطة عامة، وإنما باعتبارها ناظرة على وقف، ومن المقرر قانوناً للأوقاف شخصية اعتبارية، لا يختلط الناظر عليها أو المستحقين فيها، وعلى ذلك فإن حقيقة التعاقد - واقعة الحال - أنه تم بين الوقف - كشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص - وبين الطاعن وبالتالي يتخلف من شأنها - حتى يعتبر عقداً إدارياً شرط أن يكون أحد طرفي التعاقد من أشخاص القانون العام وينحصر الاختصاص بشأنه عن القضاء الإداري، وينعقد الاختصاص لجهة القضاء المدني" (١٨).

ود. عبد العظيم عبد السلام، القانون الإداري - التنظيم الإداري، الكتاب الأول ١٩٩٩م، ص ١٠٩ وما بعدها.

(١٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٨٤ بتاريخ ٢١/٢/١٩٨٧، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٩٥.

كما أكدت على ذات المبدأ المحكمة الدستورية العليا وذهبت إلى أنه "يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً ويتعاقد بوصفه سلطة عامة"^(١٩). ويمكن التأكيد على أنه إذا كانت الجهة الإدارية شخصاً من أشخاص القانون العام وتحولت بعد ذلك إلى شخص من أشخاص القانون الخاص- لأي سبب من الأسباب- يؤدي ذلك إلى فقدان العقد لأحد العناصر المميزة التي تسبغ عليه الصفة الإدارية ويتحول إلى عقد مدني يخضع لأحكام القانون المدني، ويختص بالفصل في المنازعات الناشئة عنه القضاء العادي، فالشخص المعنوي العام يجب أن يستمر في تمتعه بالصفة العمومية بدايةً من انعقاد العقد وأثناء سريانه وحتى تمام تنفيذه، فإذا زالت عنه الصفة العمومية- لأي سبب- تحول العقد إلى عقد من عقود القانون الخاص.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت إلى أنه "وإن كان العقد محل النزاع المائل قد نشأ في الأصل إدارياً وتوافرت له مقومات العقود الإدارية باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصاً من أشخاص القانون العام وهي مصلحة المناجم والمحاجر، وأن العقد تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت إقامة الدعوى هي شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهي من أشخاص القانون الخاص- بلا خلاف على ذلك- فإن العقد وقت رفع الدعوى يكون قد غدا مفقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية"^(٢٠)، كما ذهبت إلى أنه "إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري صار العقد من عقود القانون الخاص، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام..."^(٢١).

^(١٩) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١ لسنة ١٢ ق الصادر بتاريخ ١/٥/١٩٩١م، المجموعة ٤ ص ٥٣٦.

^(٢٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق عليا، وحكمها في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الرابع، ص ٥٤.

^(٢١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق عليا جلسة ١/٢/١٩٩٧، الموسوعة الإدارية الحديثة- الجزء ٤٩- ص ٥٤.

الفرع الثاني

اتصال العقد بأحد المرافق العامة

يجب أن يكون العقد ذو صلة بأحد المرافق العامة، ذلك أن مبادئ القانون الإداري تقوم على فكرة المرفق العام، والقضاء الإداري يستند على فكرة المرفق العام - إلى جانب بعض النظريات الأخرى - عند تطبيق معظم قواعد القانون الإداري، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها، حيث ذهبت إلى أن "الإدارة تستمد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص العقود ولكن من طبيعة المرفق العام واتصال العقود به ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بصفة منتظمة ومستمرة بما يحقق المصلحة العامة"^(٢٢).

ويمكن تعريف المرفق العام بأنه مشروع تُنشئه الدولة بداءة أو تنقله للملكية العامة بالتأميم مستهدفة بذلك تحقيق النفع العام^(٢٣)، فالمرفق العام كل مشروع تقيمه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، وتستعين الدولة في إنشاء المرافق العامة وتسييرها بالإدارة وسلطاتها وتهدف من وراء ذلك مد وتزويد الأفراد بالحاجات والمنافع العامة دون أن يكون هدف المرفق في ذلك تحقيق ربح مادي.

والمقصود بالمرفق هنا ليست المرافق الإدارية فقط وإنما يدخل في مفهومها المرافق الاقتصادية وكافة الأنواع الأخرى للمرافق العامة.

فالمرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بالسلطات الإدارية لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام، أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة، فالهدف الرئيسي للمرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة، فالنظام القانوني للمرافق العامة هو في حقيقته مجموعة مبادئ وقواعد القانون الإداري^(٢٤).

^(٢٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٤ لسنة ١٨ ق عليا بتاريخ ١٩/١٢/١٩٨١.

^(٢٣) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ٣١.

^(٢٤) أ.د. محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري المرافق العامة، دار المعارف القاهرة

١٩٨١، ص ٦ و ٧.

ولقد أصبح المرفق العام يحتل مكاناً مرموقاً في تعريف العقد الإداري منذ بداية القرن العشرين، وقد كان حكم تيرييه Terier الصادر في ١٩٠٣/٢/٦م أول الأحكام التي أبرزت دور المرفق العام في تحديد ماهية العقد الإداري، والذي تتجلى وقائعه الشهيرة في أن الإدارة أعلنت عن مكافأة لكل مواطن يثبت أنه قتل أفعى، وذلك بسبب تفشي الأفاعي في البلدة، فلما قام السيد تيرييه بمثل هذه العملية، لم تقم الإدارة بصرف المكافأة المقررة، بحجة نفاذ الاعتمادات المخصصة لذلك، فُرفِع الأمر إلى مجلس الدولة الذي أعلن اختصاصه بنظر النزاع، وذلك بسبب ارتباط العقد بتسيير مرفقي الأمن والصحة، وقد توضح دور المرفق العام في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد مما أورده مفوض الحكومة في تقريره المقدم في قضية تيرييه المذكورة من أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة- سواء تصرفت الإدارة بطريق العقد أم بطريق القرار- إنما يعد عملية إدارية تقع ضمن اختصاص القضاء الإداري، ولكن المفوض لم يأخذ هذا المبدأ على إطلاقه في تقريره الشهير، بل أورد تحفظاً عليه، حين رأى أن الإدارة إذا أبرمت في معرض تسييرها للمرفق العام عقوداً تشبه عقود الشخص العادي فإنها تكون في حالة إدارة خاصة، أما إذا أبرمت في معرض تسييرها للمرفق العام عقوداً بحسبانها شخصاً عاماً فإنها تكون في حالة إدارة عامة، وعقودها تعد في هذه الحالة عقوداً إدارية، يختص في منازعاتها القضاء الإداري^(٢٥).

وبعد سنوات قليلة، سار اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي في اتجاه جديد بشأن دور المرفق العام في تكييف عقود الإدارة، فأصدر حكم تيرون سنة ١٩١٠، الذي تتلخص وقائعه في أن بلدية مونبلييه أبرمت عقداً مع السيد تيرون للإسكان بالكلاب الضالة وقتلها، وجمع الحيوانات الميتة، وحصل نزاع بين الطرفين في أثناء تنفيذ العقد المذكور، فُرفِع الأمر إلى مجلس الدولة، الذي أعلن اختصاصه بنظر الدعوى، وذلك على أساس أن العقد يتصل بالغايات التي تتعلق بالمرافق العامة، وقد تبنى المجلس هذا الاتجاه استجابةً لتقرير مفوض الحكومة الذي رأى أن مجرد اتصال العقد بتحقيق أهداف مرفق عام، إنما يعد كافياً لصبغ العقد بالصبغة الإدارية، وبذلك بات كافياً ضمن معطيات

(٢٥) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٦ فبراير ١٩٠٣ في القضية التي عُرفت باسم قضية قتل الثعابين.

حكم تيرون أن يتصل العقد بأهداف مرفق عام ليكون إدارياً، وبذلك توسع نطاق العقود الإدارية إلى حد كبير.

فإذا كان وجود شخص معنوي عام كطرف من أطراف العقد عنصر رئيسي للقول بأن العقد عقداً إدارياً، فإن هذا العنصر لا يكفي وحده، ذلك أنه قد تكون الإدارة طرفاً في عقد ومع ذلك- كما سبق وأن ذكرنا- يكون العقد مدنياً خاضعاً للقانون الخاص، لذا كان من الضروري توافر عنصر آخر إلى جانب وجود الإدارة طرفاً في العقد وهو تعلق العقد بمرفق عام بقصد إدارته أو تسييره، وهو يعتبر من أهم العناصر المميزة للعقد الإداري.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها حيث ذهبت إلى أنه "تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي"^(٢٦)، وكذلك قررت أنه "لا يكفي أن يكون طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن هذا التصرف إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص في الفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً شأنه في ذلك شأن الفرد الخاص سواء بسواء وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام"^(٢٧).

وأكدت على ذلك- أيضاً- المحكمة الإدارية العليا في أن ارتباط العقد بمرفق عام عنصر رئيسي وهام من عناصر العقد الإداري، حيث قررت "إن العقد قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام، وأخذه بأسلوب القانون العام"^(٢٨). ويقصد باتصال العقد بأحد المرافق العامة هو الاتصال بالمعنى الواسع أي أنه يشمل كافة صور العلاقات بالمرافق العامة من تنظيم وتسيير وتحقيق احتياجات وأغراض المرفق من أجل تحقيق المصلحة العامة، وجديراً بالذكر أن العقد يعتبر إدارياً

^(٢٦) حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٥٦.

^(٢٧) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٣/١٠/١٩٦٠ والمنشور بالمكتب الفني لسنة ١٥ ص ٢٣.

^(٢٨) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٦٨، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٦٨.

لو اتصل بأحد المرافق العامة بالمفهوم الواسع أي سواء اتصل العقد بأحد المرافق التقليدية (الإدارية)، أو أحد المرافق العامة الحديثة (الاقتصادية والمهنية)^(٢٩).

وعلى الرغم من الانتقادات التي واجهتها نظرية المرفق العام، فما زالت النظرية الأساسية التي يتخذها القانون الإداري الأساس في معظم أفكاره ومبادئه، فعلى الرغم من انتقاد فكرة المرفق العام وظهور بعض الأفكار والمعايير الأخرى- كفكرة السلطة العامة وفكرة النفع العام- إلا أن المرفق العام ظل وسيظل صامداً أمام هذه الأفكار، ولهذا لم يكن الأمر غريباً أن يعتبر القضاء الإداري في مصر وفرنسا علاقة العقد بمرفق عام عنصراً أساسياً لتمييز العقد بأنه إداري عن غيره من العقود الأخرى، وإذا كان هناك تطور بفكرة المرفق العام نتيجة ظهور أنواع جديدة من المرافق- مثال ذلك المرافق الاقتصادية والمرافق المهنية- فهذا الأمر دفع الفقه والقضاء إلى ربط فكرة المرفق العام بفكرة السلطة العامة واعتبارهما معيار واحد لتحديد أساس القانون الإداري.

وتبرير اشتراط هذا العنصر كعنصر مميز للعقد الإداري أن الإدارة العامة تعمل على تحقيق الصالح العام وترعى المصلحة العامة وتعمل على تحقيقها من خلال المرافق العامة، ومن هنا كانت المرافق العامة تسعى دائماً لتحقيق الصالح العام، ولذا تقررت المبادئ العامة التي تحكم هذه المرافق، وهي في مجموعها تعمل على ضرورة استمرار هذه المرافق في عملها بانتظام وإطراد وقابليتها للتطوير وتحقيق مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدماتها، أما الأطراف الأخرى في العقد فهي من أشخاص القانون الخاص التي تعمل للمصالح الخاص بها، وهكذا نجد عدم المساواة بين أطراف العقد، المتمثل في ظهور الشخص الإداري أحد أطراف العقد، بمظهر السلطة العامة واستخدامه لمميزاتها، دون باقي الأطراف، وتبرير ذلك بأن الشخص الإداري العام يعمل للمصالح العام، في حين يعمل أشخاص القانون الخاص لمصالحهم الخاص، ومن هنا فإنه إذا لم يتعلق العقد بالمرفق العام تحقيقاً للصالح العام، فإنه لا يعتبر عقداً إدارياً حتى ولو كان أحد أطرافه شخص إداري عام، فاتصال العقد بالمرفق العام هو الذي يبرر انفراد العقد الإداري بالأحكام الخاصة به.

ولكي يمكننا القول بأن العقد الذي يتصل بالمرفق عقداً إدارياً لا بد من أن يكون هذا المرفق مرفق عام، وحتى يعتبر كذلك لا بد من تدخل الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية

(٢٩) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ١٨٥.

العامّة بإنشاء هذا المرفق، فقد يقوم بعض الأفراد بإنشاء مشروعات خاصة ويستهدفون بها تحقيق المنفعة العامّة وتقديم الخدمات للأفراد دون أن يكون هدفهم في ذلك تحقيق الربح- كما هو الحال في قيام بعض الأفراد بإنشاء مستشفى لتقديم خدمات العلاج لكافة الأفراد بالمجان أو إنشاء الجمعيات الخيرية- ففي هذه الحالات لا تعتبر هذه المرافق مرافق عامّة لأن إنشائها لم يكن من قبل الدولة أو أحد الأشخاص الإداريّة، وتكون العقود المبرمة من قبل هذه المرافق عقوداً خاصّة^(٣٠).
ومن الأمثلة على العقود التي تتصل بالمرافق العامّة عقد امتياز المرافق العامّة، عقد المقاولّة، وعقد التوريد، وعقد بحث واستغلال البترول وعقد استغلال المناجم والمحاجر وعقد ايجار سفينة مملوكة للدولة.

الفرع الثالث

تضمين العقد شروط استثنائية "الشروط غير المألوفة"

لا يكفي لاعتبار العقد عقداً إدارياً وجود الدولة أحد أطراف العقد، وذلك لأن الدولة قد تتعاقد وتستخدم في إبرام العقد أحد أساليب القانون الخاص وتُخضع نفسها وعقدها لقواعد وأحكام القانون الخاص، كذلك فإن اتصال العقد بمرفق عام لا يصلح وحده للقول بأن العقد إداري، وهذا يرجع إلى التطور الكبير الذي تعرضت له أحكام القانون الإداري، والذي نتج عنه العدول عن الفكرة التي مؤداها أن فكرة المرفق العام تُتخذ أساساً لكل علاقات ومبادئ وأفكار ونظريات القانون الإداري، وذلك بعد أن دخل في عداد المرافق العامّة التقليديّة مرافق أخرى حديثة وهي المرافق العامّة الاقتصادية والتي فرضت- بطبيعتها- على الإدارة أن تديرها بأحكام ومبادئ القانون الخاص المدني والتجاري، ولذا لم يعد الاقتصار على عنصر اتصال العقد بمرفق عام عنصراً مميزاً للعقد الإداري^(٣١)، فكان لا بد من وجود عنصر ثالث إلى جانب هذين العنصرين وهو تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في التعاقدات في نطاق القانون الخاص^(٣٢).

فالمتعاقدين لهما الحرية في اختيار أساليب التعاقد، إما أن يتبعوا في تعاقدهم أسلوب القانون الخاص فيكون عقدهم عقداً من عقود القانون الخاص الذي يخضع

(٣٠) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٣١) د. محمد الشافعي ابو راس، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣٢) André de laubadère, op. cit, p. 85, vedel, droit adminstratif p. 645.

لأحكام القانون الخاص، وإما أن يتبعوا أحد أساليب القانون العام فيكون العقد عقداً إدارياً- إذا توافرت الشروط الأخرى- يخضع لأحكام القانون الإداري. فلقد صدر حكم عن مجلس الدولة الفرنسي أثبت معياراً جديداً لتمييز العقد الإداري، هذا الحكم هو حكم شركة "جرانيت ألفوج" الذي تتلخص وقائعه في أن مدينة ليل أبرمت عقداً مع شركة "جرانيت ألفوج" في سبيل توريد بلاط للمدينة، فحصل نزاع بين الطرفين عند تسليم المواد المتعاقد عليها، فقرر مجلس الدولة عدم اختصاصه بالنظر في المنازعة لأن العقد أبرم وفقاً لشروط العقود المبرمة بين الأفراد ذاتها، وتعود هذه الفكرة إلى ما طرحه مفوض الحكومة في تقريره المقدم في القضية نفسها إذ رأى أنه لا يمكن أن يُعترف بالطبيعة الإدارية لذلك العقد الذي يتضمن في محله ذات الشروط التي يبرم الأفراد في ظلها عقودهم^(٣٣).

وبناء على ما تقدم، فإن التحول الذي حمله حكم شركة "جرانيت ألفوج" كان مهماً وجذرياً، حيث لم يعد العقد إدارياً بالنظر إلى ارتباطه بالمرفق العام فقط، إنما أصبح يعد كذلك بالنظر إلى الشروط التي يحتويها، لذلك فإن المفوض في تقريره المذكور المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسي لم يستبعد معيار المرفق العام من التطبيق، لكنه رأى أن العقد الذي يُبرم من جانب أحد أشخاص القانون العام لا يكفي أن يتعلق بغايات تسيير مرفق عام، بل لابد من البحث في محتواه الذي من شأنه أن يعطيه طبيعة خاصة تختلف عن محتوى العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وهذا المحتوى المتميز ينتج من توافر مجموعة من الشروط في العقد يطلق عليها الشروط غير المألوفة التي أصبحت من تاريخ صدور حكم شركة "جرانيت ألفوج" معياراً أساسياً لتمييز العقد الإداري.

لذا استقر الفقه والقضاء- في مصر وفرنسا- على أن العنصر الأكثر تمييزاً للعقد الإداري- من بين العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري- هو الذي يتمثل في أخذ الإدارة بأحد أساليب ووسائل القانون العام في إبرامها للعقد وهذا يعني تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوف وجودها في عقود القانون الخاص، فلقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه "يجب أن يأخذ العقد الإداري بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من

(٣٣) حكم شركة "جرانيت ألفوج" منشور على الموقع الإلكتروني

<https://arab-ency.com.sy/law/details/25911/5>.

شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررّة بمقتضى القوانين واللوائح^(٣٤)، "ويكون الغرض من هذه الشروط ضمان حسن سير المرافق العامة"^(٣٥).

ويمكن القول بأن البعض ذهب إلى القول بأن تضمين العقد الشروط غير المألوفة يعتبر الشرط الأساسي لتمييز العقد الإداري عن غيره، وهؤلاء هم أنصار فكرة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري^(٣٦).

وتتمثل مثل الشروط غير المألوفة في استخدام الإدارة لفكرة السلطة العامة والتي تدور حول تمتع الإدارة- الطرف القوي في العقد- لامتيازات وسلطات السلطة العامة التي لا يمكن للمتعاقد في القانون الخاص التمتع بها، وكذلك منح المتعاقد مع الإدارة امتيازات وسلطات لا يستطيع التمتع بها لو تعاقد مع غيرها، وهذا ما قرره الفقيه أندريه دي لوبادير في مطوله في العقود الإدارية من أن عنصر تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، هي العنصر الجوهرى لتمييزه العقد الإداري^(٣٧).

ولقد حاول مجلس الدولة المصري وضع مفهوم محدد للشروط الاستثنائية أو غير المألوفة في القانون الخاص، فقضى بأنه "علاقة العقد بالمرفق إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامها إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص فيتبع بشأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عن غيرها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليست لصفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط غير المألوفة في العقد"^(٣٨).

(٣٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٢/٢٤.

(٣٥) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٢ بتاريخ ١٩٦١/٥/١٣، السنة السادسة ص ١٠١٢.

(٣٦) أ.د. ثروت بدوي، القانون الإداري دار النهضة العربية عام ٢٠١٦ م. ص ١٣٥،

(٣٧) André de Le Bader, Contrats administratifs, p. 85.

(٣٨) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ ق بتاريخ ١٩٥٦/١٢/١٦.

ولقد عرف مجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية بأنها " تلك الشروط التي تمنح طرفي العقد حقوقاً أو تضع على عاتقها التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن للأفراد العاديين الاتفاق عليها في إطار القوانين المدنية والتجارية"^(٣٩).
لذا فإن الشروط الاستثنائية غير المألوفة تتمثل في صور عديدة، من هذه الصور^(٤٠):-

١- **حق الإدارة في التمتع بالامتيازات والسلطات الممنوحة لها**، وهذه الامتيازات يقرها العقد للإدارة، هذه الامتيازات تخل بمبدأ المساواة بين المتعاقدين - المبدأ الأساسي في مجال التعاقد في القانون الخاص- ولكن هذه الامتيازات أهم ما يميز العقد الإداري لأنها تمنح الإدارة الحق في ممارسة السلطات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة أن تفرض عليه بعض الالتزامات والتي من شأنها أن تجعل طرفي العقد غير متساويين، ومن أمثلة هذه الامتيازات حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون انتظار القبول من المتعاقد معها، وحق الإدارة في الإشراف على التنفيذ وتغيير طريقة التنفيذ بإرادتها المنفردة.

٢- **حق المتعاقد مع الإدارة في التمتع بسلطات عامة في مواجهة الغير**، إذا كان الأصل العام أن أشخاص القانون الخاص لا يتمتعون بامتيازات السلطة العامة، ولكن العقد الإداري قد يتضمن شروطاً تمنح المتعاقد مع الإدارة الحق في التمتع بامتيازات وسلطات السلطة العامة، مثل هذه السلطات لا تتمتع بها إلا الإدارة باعتبارها القائمة على تحقيق الصالح العام، ولكن تضمين العقد الإداري مثل هذه الشروط التي تعتبر استثناء على الأصل العام يمنح المتعاقد مع الإدارة- شخص من أشخاص القانون الخاص- الحق في التمتع بهذه الامتيازات والسلطات.

٣- **أن تمنح شروط العقد المتعاقد مع الإدارة الحق في إدارة المرفق بالمشاركة مع الإدارة**، فعلى الرغم من أن الأصل العام في إدارة المرافق العامة أن الذي يقوم بهذه المهمة الإدارة العامة لأنها دائماً تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، ولا يقوم بها أشخاص القانون الخاص لأنهم يسعون إلى تحقيق مصالحهم الخاصة، فعلى الرغم

(٣٩) C.E, sec, 15 février 1935, société française de constructions mécaniques, Rec, p 201.

(٤٠) أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص ١٨٧.

مما سبق فإنه بناءً على شروط العقد الإداري قد تعطي هذه الشروط الحق للمتعاقد مع الإدارة- شخص من أشخاص القانون الخاص- في المشاركة مع الإدارة في إدارة المرفق العام محل العقد.

ويمكن الإشارة إلى أنه لا يلزم لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية متعددة، وإنما يكفي أن يتضمن العقد شرطاً استثنائياً واحداً ليكتسب العقد الصفة الإدارية^(٤١).

هل الشروط الاستثنائية تختلف عن الشروط في عقود الإذعان؟

عقود الإذعان عقود يتم إبرامها في مجالات القانون الخاص، وهي عقود يضمنها أحد أطرافها شروطاً مجحفة بالطرف الآخر، ويفرضها عليه مما يخل بمبدأ المساواة الذي يسود كل علاقات القانون الخاص.

ويمكن القول هنا بأن هناك اختلاف كبير بين عقود الإذعان وما تتضمنه من شروط مذعنة وبين الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد الإداري، فعقد الإذعان عقد مدني يخضع للأحكام التي وضعها القانون المدني والتي تحكم عقود الإذعان، أما الشروط الاستثنائية غير المألوفة فهي تعتبر من أهم العناصر المميزة للعقد الإداري، وإذا ما افتقد العقد هذه الشروط تحول إلى عقد مدني يخضع لأحكام القانون الخاص، وكذلك فإن الأحكام التي تحكم عقود الإذعان أعطت السلطة للقاضي الذي ينظر الدعوى المتعلقة بالعقد أن يعدل من شروط الإذعان أو يلغيها بأكملها، وكذلك أن يلتزم في تفسيره لبنود الإذعان دائماً لصالح الطرف المذعن، وهنا تختلف عن الشروط الاستثنائية التي لا يملك القاضي الحق في تعديلها أو إلغائها لأنه لو فعل ذلك لترتب عليه حذف الشروط الاستثنائية من العقد ويصبح العقد خالياً من الشروط الاستثنائية غير المألوفة، وهنا ينقلب العقد إلى عقد مدني لافتقاده عنصر مميز للعقد الإداري مع ما يترتب على ذلك من كافة الآثار.

(٤١) حكم المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر ١٩٦٢/٣/٣١، السنة السادسة المجموعة الأولى

ومن العرض السابق للعناصر التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود

الأخرى، يمكننا القول بأن هناك معيارين أساسيين في تمييز العقد الإداري، وهما:-

المعيار الأول:- وهو المعيار العضوي والذي يقوم على أن المبدأ السائد في تمييز العقود الإدارية عن غيرها هو أن العقد الذي لا تكون الإدارة العامة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، وأن جهة الإدارة إذا كانت طرفاً في العقد يكون هذا العقد عقداً إدارياً وهي كل شخص من أشخاص القانون العام سواء كانت أشخاصاً معنوية أو أشخاصاً اعتبارية، وهنا العبرة بطبيعة الشخص الاعتباري وقت إبرام العقد للقول بإدارية العقد، فإذا كان في هذا الوقت يتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة، فإن العقود المبرمة من قبله تظل إدارية إذا توافرت بقية الشروط حتى لو تحول هذا الشخص إلى شخص اعتباري خاص بعد ذلك، وكذلك الأمر في العقود المبرمة بواسطة شخص معنوي خاص، فهذه تظل عقوداً مدنية، حتى لو تحول إلى شخص معنوي عام فيما بعد.

المعيار الثاني:- وهو المعيار الموضوعي والذي يقوم على ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام وتضمينه شروط استثنائية، ومفاده أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان يتصل بأحد المرافق سواء كان مضمون العقد يتعلق بإدارة المرفق العام أو إنشائه، وكذلك لابد من تضمين العقد أحد الشروط الاستثنائية غير المألوف وجودها في عقود القانون الخاص والتي من خلالها يمكن للإدارة وكذلك المتعاقد معها التمتع ببعض المزايا والخصائص التي لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد في القانون الخاص.

ونحن نرى هنا أن المعيار الأفضل في تمييز العقد الإداري عن غيره هو المعيار الموضوعي لكونه يتضمن على كافة العناصر المميزة للعقد الإداري، حيث يعتبر المعيار العضوي كل عقد تكون الإدارة طرفاً فيه عقداً إدارياً في حين قد تكون الإدارة طرفاً في العقد ولا يعتبر العقد عقداً إدارياً إذا كانت الإدارة تتعاقد في هذا العقد بصفقتها شخصاً خاصاً- كما سبق وأن ذكرنا- فهنا يعتبر هذا العقد عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون الخاص، ولكن المعيار الموضوعي يشترط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد ويتصل العقد بأحد المرافق العامة ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وجديرًا بالذكر أن هناك بعض الاختلافات بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص، ظهرت هذه الاختلافات من مفاهيم كل منهما والعناصر المميزة لهما، ويمكن بيان بعض هذه الاختلافات في النقاط الآتية:-

أولاً:- أن العقد الإداري لا بد أن يكون أحد طرفيه الدولة- ممثلة في أجهزتها الإدارية- أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، أما عقود القانون الخاص يكون الأطراف فيها أشخاص طبيعيين أو معنويين أو اعتباريين.

ثانياً:- الأهداف التي تسعى العقود الإدارية إلى تحقيقها أهدافاً عامة تتمثل في تسيير المرافق العامة بصفة منتظمة وثابتة وبالتالي تقديم الحاجات والخدمات العامة لجمهور الأفراد، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، أما الأهداف التي تسعى عقود القانون الخاص إلى تحقيقها فهي مصالح خاصة ومنافع شخصية لأطرافها.

ثالثاً:- باعتبار أن الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية ستكون طرفاً في العقد الإداري لذا فإن إرادة أحد أطراف العقد الإداري- وهي الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية- تسمو على إرادة الطرف الآخر وذلك يرجع إلى أن الدولة تتعاقد في العقد الإداري باعتبارها سلطة عامة تستند على أساليب القانون العام، فلا مجال لإعمال مبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات في العقد الإداري، أما في عقود القانون الخاص فتخضع لمبدأ المساواة والتوازن في الحقوق والالتزامات، فالأطراف في عقود القانون الخاص متساويين في الحقوق والالتزامات.

رابعاً:- تخضع المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية- في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج- للقضاء الإداري، أما المنازعات التي تنشأ عن عقود القانون الخاص فإنها تخضع للقضاء العادي في الدولة.

المبحث الثاني

الاختلاف حول تطبيق التحكيم على العقود الإدارية

يعتبر التحكيم في العقود الإدارية من أهم الموضوعات التي تثار بشأن العقود الإدارية لما يترتب عليه من نتائج هامة وخطيرة، سواء من ناحية سلب اختصاص نظر المنازعات العقدية من ولاية القضاء الإداري أو من ناحية ما يترتب على التحكيم في العقود الإدارية من نتائج إيجابية على محل هذه العقود وزيادة نسبة الاستثمارات الأجنبية وجلب رؤوس الأموال في الدول التي تأخذ بنظام التحكيم في العقود الإدارية،

ونظراً لما يحققه التحكيم من مزايا عديدة منها سهولة وسرعة إجراءات الفصل في المنازعات، فالتحكيم يُخفف من الإجراءات الصارمة التي يحددها نظام التقاضي أمام المحاكم، ذلك أن القضاء يخضع لمجموعة من الإجراءات، هذه الإجراءات من شأنها حماية حقوق الأفراد فهو يقضي في المنازعات التي تعرض عليه طبقاً لهذه القواعد ولا يجوز له الخروج عليها أو تغييرها.

وهنا سنوضح مفهوم التحكيم في العقود الإدارية، ثم بيان الاختلافات التي ثارت بين الفقهاء حول مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم، ومدى تأثير ذلك على اختصاص القضاء بالفصل في المنازعات التي تثور بشأن العقود الإدارية، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:-

المطلب الأول:- مفهوم التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الثاني:- الاختلاف حول خضوع العقود الإدارية للتحكيم.

وذلك بالتفصيل الآتي:-

المطلب الأول

مفهوم التحكيم في العقود الإدارية

يُعرف التحكيم في اللغة بأنه مصدر للفعل حكم بتشديد الكاف مع الفتح وهو بمعنى التقويض في الحكم، ويقال حكمت فلاناً في مالي تحكيماً أي فوضت إليه الحكم فيه، استحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه^(٤٢).

ويقصد بالتحكيم في الاصطلاح الشرعي تولية الخصمين حكماً بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر للحكم بينهما في ما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما^(٤٣)، فهو محاولة لإيجاد حل للنزاع القائم بين شخصين أو أكثر- بسبب وجود علاقة قانونية بينهما- بواسطة شخص أو أكثر- ويسمى المحكم أو المحكمين- ويكونوا من غير أطراف النزاع، وهؤلاء يستمدون سلطاتهم في الفصل في النزاع من الاتفاق المبرم بين طرفي النزاع.

(٤٢) القاموس المحيط، الجزء الرابع، ص ٩٨.

ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار بيروت للطبع والنشر ١٩٥٦، ص ١٤٢.

(٤٣) د. أحمد الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة

١٩٩٨، ص ١٩.

أما تعريف التحكيم في النظم القانونية فيمكن تعريفه بأنه النظام القانوني الذي يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع^(٤٤).

ولقد عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يُعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان عليه بعد أن يُدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ويلتزم المحكمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها العقل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم^(٤٥). ويمكن تعريف التحكيم- أيضاً- في القانون بأنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزماً^(٤٦).

والتحكيم بهذا المعنى يعتبر بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم، فاتفاق أطراف علاقة قانونية ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين إنما يعني في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة الذي كان يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم، وهو أمر يترتب عليه بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار من المحكمين، فهذا القرار يعتبر مُنهياً للخصومة محل النزاع.

ونحن نرى أن التحكيم يعني الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أكثر ليفصلوا في المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بين الطرفين دون اللجوء إلى القضاء، فهو

(٤٤) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٣.

(٤٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق دستورية جلسة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/١١.

والفتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١ الصادرة في جلسة بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في اربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ حتى آخر سبتمبر ١٩٩٥، ص ١٤٣.

(٤٦) J.M.Auby : «l'arbitrage en matière administrative» A.J.D.A ,1955, p81.

النظام الذي بمقتضاه يسمح بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء لكي يمكن الفصل فيها بواسطة فرد أو أفراد يتم اختيارهم من قبل الخصوم ويسندون إليهم مهمة الفصل في هذه المنازعات.

فالتعريفات المتعددة للتحكيم يجمعها جميعاً أنه أسلوب لفض المنازعات مُلزم لأطرافه، ويكون أساس ذلك اختيار الخصوم بإرادتهم للفصل فيما يثور بينهما أو يُحتمل أن يثور بينهما من منازعات.

والتحكيم في العقود الإدارية يطرح إشكالاً كبيراً خاصةً بالنسبة للدول التي تنهج نظام القضاء الإداري، حيث ظلت في بداية الأمر ترفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية بدعوى تعلقها بمبدأ سيادة الدولة، بل تمنعه فقهاً وقضاءً وتشريعاً.

ويمكن القول أن النصوص القانونية لم تتعرض لمفهوم محدد للتحكيم في المنازعات الإدارية، فالقانون المصري لم ينص على أي تعريف للتحكيم في المنازعات الإدارية- كما فعل في التحكيم التجاري والتحكيم الدولي في المادتين الأولى والثانية من الباب الأول من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية- فلا يوجد في قانون التحكيم المصري تعريف محدد للتحكيم في العقود الإدارية، وكذلك المشرع الفرنسي لم يضع تعريفاً للتحكيم في المنازعات الإدارية كما فعل في التحكيم الدولي في المادة ١٤٩٢ من الباب الخامس من قانون المرافعات المدنية الصادر بالمرسوم رقم ٨١- ٥٠٠ في ١٩٨١م.

ولكن تعرض الفقه لتحديد مفهوم التحكيم في العقود الإدارية، فلقد عرفه الفقه الفرنسي بأنه نظام استثنائي للتقاضي بمقتضاه يمكن للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية- عقدية أو غير عقدية وطنية أو اجنبية- من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي يفصل فيها بطريق التحكيم بناء على نص قانوني يُجيز ذلك، وخروجاً من مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون الأخرى في اللجوء للتحكيم^(٤٧).

ونحن نرى أن التحكيم في العقود الإدارية هو نظام استثنائي خاص للتقاضي يتم بمقتضاه لجوء الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى إلى التحكيم لإخراج

(٤٧) د. رولا نائل سلامة، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة علوم الشريعة والقانون المجلد ٤٤ العدد ٣

عام ٢٠١٧، ص ١٤٠.

بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن العلاقة القانونية- سواء كانت عقدية أو غير عقدية- من ولاية القضاء الإداري لكي يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم وذلك استناداً على نص قانوني يجيز ذلك.

فالتحكيم في العقود الإدارية أسلوب لفض المنازعات التي تثور بين أطراف العقد، هؤلاء الأطراف هم الذين حددوا هذه الطريقة لفض ما يثور بينهم من منازعات وخلافات، فهو أسلوب ملزم لفض المنازعات محل اتفاق التحكيم في حالة اختياره، فهو بديل لنظام التقاضي أمام المحاكم، ويتميز ببساطة إجراءاته نظراً لتشدد إجراءات التقاضي أمام المحاكم.

ويمكن القول أن التحكيم وجد نطاقه الواسع في التطبيق في المعاملات التجارية، نظراً لحساسية هذه المعاملات وما يترتب عليها من حقوق لأطرافها، فهو يتميز بالسرعة في حل المنازعات الناتجة عن هذه المعاملات، فالقضاء- عادةً- يستغرق وقتاً أطول للوصول لحل لمثل هذه المنازعات.

ولكن حديثاً عمد التحكيم إلى أن يجد لنفسه مجالاً أوسع في التطبيق، ففي الآونة الأخيرة بدأ التحكيم على أن يُقدم بأنه نظام عالمي، وبدأت الأمم المتحدة والأنظمة القانونية في تنشيط النظم القانونية وإصدار مشروعات القوانين التي توجد بها نظم التحكيم وتعمم أنظمتها، وإبرام المعاهدات الدولية التي تضمن لأحكام التحكيم ذات الفاعلية التي يتمتع بها أحكام القضاء الوطني، وتدعو الدول الأعضاء للأخذ به في فض منازعاتها فيتسع بذلك نطاق تطبيقه.

فالتحكيم شغل مكاناً بارزاً على الصعيد الوطني والدولي، باعتباره أهم الوسائل البديلة عن القضاء، وازدادت أهميته نظراً لتشعب العلاقات الاقتصادية على المستوى الوطني والدولي وخاصةً في المعاملات التجارية التي تتصف بالتعقيد والتخصص، لكل هذه الاعتبارات عملت التشريعات على تنظيم التحكيم بموجب نصوص خاصة في تشريعاتها الداخلية، ويعتبر التحكيم نظام تقاضي خاص يُبني على إرادة الأطراف، لذا كان لزاماً على المشرع محاولة تطبيقه على العقود الإدارية.

فالتحكيم في العقود الإدارية أصبح ضرورة ملحة يشترطه المستثمر الأجنبي أو الوطني ضمن بنود العقد الإداري حتى يحقق له الطمأنينة في حالة نشوب المنازعات

مع الدولة المتعاقدة وذلك لعدم تجاوب الأنظمة القانونية الداخلية مع متطلبات التجارة الدولية.

ولقد نشأت الكثير من الاختلافات والجدال حول قيام الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، نظراً لما تتمتع به هذه العقود من امتيازات تميزها عن غيرها من العقود المدنية، فتختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية من حيث خضوع كلٍ منهما لنظام قانوني وقضائي مختلف عن الآخر، ونظراً للأهمية التي اكتسبها التحكيم حتى يمكن تقريره على العقود الإدارية.

فقد اختلف الفقهاء - في ظل غياب النص القانوني - في مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية - سواء على المستوى الداخلي أو الدولي - وما هي الشروط اللازمة لقيام التحكيم في العقود الإدارية؟

ولما كان اللجوء إلى التحكيم يكون بإرادة طرفيه، فهل إدراج اتفاق تحكيم بشأن العقود الإدارية يمثل إشكالاً للأطراف على أساس مخالفة ذلك للقواعد التي تنظم العقود الإدارية؟ أم أن هناك نصوصاً قانونية تحكم ذلك؟ وهل يعني إدراج اتفاق التحكيم للعقود الإدارية تنازل ضمنى - من قبل الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة - عن القواعد القانونية في القانون الإداري والتي تحكم العقود الإدارية؟ كل هذه التساؤلات سيتم الإجابة عليها في السطور القادمة...

المطلب الثاني

الاختلاف حول خضوع العقود الإدارية للتحكيم

هناك الكثير من الموضوعات التي تتعلق بالعقود الإدارية نظراً لما تتمتع به هذه العقود من أهمية كبيرة، ومن أهم هذه الموضوعات التي تتعلق بالعقد الإداري مشكلة مدى تطبيق التحكيم على العقود الإدارية، فقد ثارت الكثير من الاختلافات حول تطبيق التحكيم على العقود الإدارية نظراً لما يترتب على هذا النظام على العقود الإدارية من نتائج خطيرة، لذا سنوضح هنا الاتجاهات التي ثارت بشأن تطبيق التحكيم على العقود الإدارية، ثم بيان الشروط اللازم توافرها في تطبيق ذلك على العقود الإدارية، وذلك وفقاً للتالي:-

الفرع الأول:- اتجاهات الفقه في خضوع العقود الإدارية للتحكيم.

الفرع الثاني:- ماهية موافقة الوزير المختص للتحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول

اتجاهات الفقه في خضوع العقود الإدارية للتحكيم

تعتبر مشكلة خضوع العقود الإدارية للتحكيم من أهم المشكلات التي أثارت جدلاً واسعاً في الفقه والقضاء، ويرجع ذلك إلى تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود المدنية التي تخضع لأحكام القانون الخاص، وذلك من حيث خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني وقضائي مختلف عن النظام القانوني والقضائي الذي تخضع له العقود المدنية، هذا من جانب ومن جانب آخر فالعقود الإدارية تستهدف تحقيق المصلحة العامة لاتصالها بتسيير وتنظيم المرافق العامة في الدولة، فضلاً عن أن كثيراً من العقود الإدارية تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدولة.

فالدولة تبرم نوعين من العقود، العقود المدنية التي تبرمها الدولة باعتبارها شخصاً عادي مع أطراف أخرى وهذه العقود تخضع لأحكام القانون المدني وتختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود القضاء العادي، أما العقود الأخرى فهي العقود الإدارية التي تبرمها الدولة باعتبارها سلطة عامة - كما سبق وأن ذكرنا - ويسمى مركزها القانوني عن الطرف الآخر في العقد.

وإذا لم يكن هناك خلاف حول تطبيق والاتفاق على التحكيم في العقود المدنية التي تبرمها الدولة، إلا أنه ثار خلاف حول تطبيق التحكيم في العقود الإدارية.

فالعقود الإدارية تخضع لنظام قانوني مغاير عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية التي تبرمها الدولة، فقد واجه التحكيم في العقود الإدارية اعتراضات كثيرة، حيث واجه تصلب القضاء الإداري وعدم سماحه بنزع اختصاصه بالنظر في المنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية عن طريق التحكيم، فلقد وقفت المحكمة الإدارية العليا رافضة التحكيم في العقود الإدارية، وكذلك لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي بجواز التحكيم في العقود الإدارية إلا في حالة وجود نص تشريعي يجيز اللجوء إلى التحكيم.

وترجع الصعوبة التي واجهها التحكيم في العقود الإدارية إلى عدة عوامل، وهذه العوامل كانت سبباً رئيسياً في تبني الكثير من الفقه للوقوف ضد التحكيم في العقود الإدارية، ومن أهم هذه العوامل ما يلي:-

١- تخضع العقود الإدارية لنظام مغاير لما تخضع له العقود المدنية، والتحكيم كوسيلة لفض المنازعات لا يضمن خضوع العقود الإدارية لنظام مغاير ومتميز لما تخضع

له العقود المدنية، لأن التحكيم لا يعترف بالتمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية.

٢- هناك من العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة وثرواتها الطبيعية، مثال ذلك عقود الالتزام والتي في كثير من الأحيان تمتد إلى عدد من السنين وترتب التزامات على كاهل الأجيال القادمة، لذا يرى البعض ضرورة خضوع مثل هذه العقود للقضاء الوطني نظراً لحساسية وأهمية هذه العقود.

٣- ارتبطت نشأة العقود الإدارية بنشأة وتطور القانون الإداري، وكذلك تم تخصيص القضاء الإداري باعتباره قضاءً خاصاً لنظر المنازعات الإدارية، لذا فإن خضوع المنازعات الإدارية الناشئة عن العقد الإداري إلى التحكيم يخل بهذا التطور والخضوع لنظام مميز.

٤- أساس اللجوء إلى التحكيم يرجع إلى إرادة الأطراف، حيث يتفق طرفي العقد على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي تنشأ وتكون متعلقة بهذا العقد، لذا فإن التعبير عن إرادة الأطراف في العقود الإدارية ليس بالأمر السهل حيث تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون، فالموظف العام الذي يختص بإبرام العقد الإداري لا يتصرف في مال خاص مملوك له، فاللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ليس بالأمر الهين كما هو الحال في العقود المدنية التي تبرمها الأطراف.

لمثل هذه الأسباب كان هناك اختلافاً كبيراً بين الفقه وكذلك أحكام القضاء على الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية للفصل في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود- خاصةً- وأن قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م لم يتضمن في الباب الثالث منه- وهو الباب الذي نظم التحكيم- أي نص يتضمن قيام التحكيم في العقود الإدارية وكذلك لم تمنع مثل هذا الاتفاق، فقد نصت المادة (٥٠١) منه على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، فالنص لم يحدد إبادة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية صراحةً ولم يمنعه أيضاً، ولم يتدخل المشرع- أيضاً- في ذلك الوقت بنص صريح يُبيح أو يمنع الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، لذا كان هناك اختلافاً كبيراً في الفقه المصري على مدى جواز قيام الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.

ولقد اختلف الفقه حول التحكيم في العقود الإدارية إلى اتجاهين:-
الاتجاه الأول:- عدم إمكانية قيام التحكيم في العقود الإدارية.
الاتجاه الثاني:- إمكانية قيام التحكيم في العقود الإدارية.
وذلك وفقاً للتفصيل التالي:-

الاتجاه الأول:- وهو الذي تبني فكرة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.
ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأكد أصحاب هذا الرأي على أن أي نزاع يتعلق بالعقود الإدارية يختص به القضاء الإداري ولا يمكن عرضه على التحكيم وإذا تم ذلك كان هذا العرض غير صحيحاً^(٤٨).
ولقد ظل الرأي السائد- لسنوات عديدة- أن التحكيم لا يصلح تطبيقه على المنازعات الإدارية الناشئة عن العقود الإدارية لأن مثل هذه المنازعات تتسم بطابع خاص يختلف عن العقود الخاصة، ففي العقود الإدارية يتم تمثيل المجتمع ككل، وتهدف إلى تحقيق الصالح العام والمنفعة العامة، وذلك على خلاف العقود الخاصة التي تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة وذاتية وأرباح شخصية.
ويستند أصحاب هذا الرأي لتدعيم رأيهم في القول بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية على أن:-

أولاً:- نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م والتي تتضمن تحديد اختصاصات مجلس الدولة، والتي تذهب إلى تقرير اختصاص مجلس الدولة دون غيره بالفصل في منازعات العقود الإدارية، حيث جرى نص المادة السابقة على أنه "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها في الفصل في المسائل الآتية:-
"حادي عشر:- المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

فيرى أصحاب هذا الرأي أن الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية يسلب من محاكم مجلس الدولة ولايته على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية مخالفاً بذلك صريح نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة.

(٤٨) د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري ١٩٩٢، ص ١١٢.
وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق بتاريخ ٢٠/٢/١٩٩٩.

ثانياً:- إن منازعات العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وأيضاً لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح، وهذا ما ذكرته المادة (١١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بنصها على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، لذا انتهى أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، خاصة أن قانون التحكيم المصري جاء خالياً من أي نص يتضمن صحة اتفاقات التحكيم التي تُبرم بشأن العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو احد الاشخاص الاعتبارية.

ثالثاً:- إن إبرام الهيئة العامة أو الادارة العامة لشرط التحكيم فيه مساس بسيادة الدولة وبالاختصاص الأصلي للقاضي الإداري، فسيادة الدولة تتعارض مع أن يتم تمثيلها أمام قاض خاص أو أن يحكمها قانون أجنبي يمكن الاتفاق على تطبيقه في شرط التحكيم، فالدولة- وإداراتها- لا يمكن الحكم عليها إلا بواسطة تشريعاتها ومن خلال جهاتها القضائية الرسمية، وإن كان هذا الأمر مقبولاً بالنسبة لمنازعات الأفراد بعضهم البعض فلا يمكن أن يكون مقبولاً بالنسبة للدولة لأن فيه مساساً بسادتها^(٤٩).

ولقد كانت أحكام القضاء الإداري تؤكد على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث ذهب في أحد أحكامها إلى رفض دفع الشركة المدعى عليها والذي كان يتضمن الدفع بعدم اختصاص القضاء الإداري وذلك لوجود شرط تحكيم بالعقد، فقد رفضت المحكمة الدفع مستندة في ذلك على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية لأنه يسلب اختصاص المحاكم المقرر لها هذا الاختصاص بمقتضى نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م^(٥٠).

الاتجاه الثاني:- الذي تبني جواز التحكيم في العقود الإدارية.

على النقيض مما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول ذهب أصحاب هذا الرأي إلى إجازة التحكيم في العقود الإدارية^(٥١)، فهذا الرأي يرى ضرورة تطبيق التحكيم على العقود الإدارية لسرعة الفصل في المنازعات الناشئة عنها.

(٤٩) أ.د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية عام ١٩٩٧م، ص ٤٠.

(٥٠) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٥٤٢٩ لسنة ٤٣ ق بتاريخ ١/٣٠/١٩٩١، وهذه الدعوى كانت خاصة بنفق الشهيد أحمد حمدي.

(٥١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق بتاريخ ١/١٨/١٩٩٤م.

ويستند أصحاب هذا الرأي لتدعيم رأيهم على ما يلي:-

أولاً:- أن نص المادة (١١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م أباح التحكيم في المسائل التي يمكن فيها الصلح ومنعه في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح والعقود الإدارية لا يمتنع بشأنها الصلح- متفق عليه فقهاً وقضاءً^(٥٢)- فيجوز الصلح في المنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية طالما كان هذا الصلح لا يمس المسائل التي تتعلق بالنظام العام ولا يخالفه، وهذا ما أكدته المادة (٢٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، حيث نصت على أنه "لمفوض الدولة أن يعرض على الطرفين تسوية النزاع على أساس المبادئ القانونية التي ثبت عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا في خلال أجل يحدده فإن تمت التسوية أثبتت في محضر يوقع من الخصوم أو وكلائهم، وتكون للمحضر في هذه الحالة قوة السند التنفيذي، وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام، وتستبعد القضية من الجدول لانتهاؤ النزاع فيها، وإن لم تتم التسوية جاز للمحكمة عند الفصل في الدعوى أن تحكم على المعارض على التسوية بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً ويجوز منحها للطرف الآخر"، وهذا النص يطبق على كافة المنازعات الإدارية ومنها منازعات العقود الإدارية، لذا فإن منازعات العقود الإدارية يجوز فيها الصلح طالما كان هذا الصلح لا يخالف النظام العام في المجتمع.

ثانياً:- عدم وجود نصوص تشريعية تمنع التحكيم في العقود الإدارية، فقد نصت المادة (٥٠١) من قانون المرافعات على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف في حقوقه"، فيرى أصحاب هذا الرأي أن هذا النص قد أطلق حرية التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن عقد معين دون أي تحديد لعقد معين دون العقود الأخرى مما يستفاد منه شمول النص لفكرة التحكيم في العقود الإدارية.

ثالثاً:- نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة والتي نصت على أنه "ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد

فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧.

(٥٢) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٨٤، ص ١٧٢.

أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة"، وبتطبيق نص هذه المادة نجد أنها أجازت التحكيم في العقود الإدارية بشرط أن يتم أخذ رأي مجلس الدولة- إدارة الفتوى المختصة- إذا كان التحكيم بشأن مسألة من المسائل التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه، فإذا لم يكن المشرع يبيح حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لما أزمهم بعرض الأمر على مجلس الدولة لأخذ رأيه في ذلك.

ويمكن هنا الرد على أصحاب الرأي الأول باستنادهم على صريح نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة واعتبروا ذلك سنداً لمنع التحكيم في العقود الإدارية، فيمكن القول بأنه إذا كان أصحاب الرأي الأول يستندون على صريح نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة والتي تحدد اختصاص المجلس، فإن نص هذه المادة السابقة يقصد به توزيع الاختصاص بين محاكم مجلس الدولة وبين محاكم القضاء المدني، حيث أكدت هذه المادة على اختصاص محاكم مجلس الدولة بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية دون غيرها، بما يفيد استبعاد أي اختصاص لمحاكم القضاء المدني للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ولذا فإن نص المادة العاشرة لم يقصد استبعاد حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، خاصة أن عرض مثل هذه المنازعات على التحكيم لا يترتب عليه استبعاد القواعد الموضوعية التي يتم تطبيقها على العقود الإدارية.

وكذلك يمكن الرد على أصحاب الرأي الأول-أيضاً- حيث يرون أن قيام التحكيم في العقود الإدارية انتهاك لسيادة الدولة، فالاستناد إلى هذا الأمر هنا لا مجال له، ذلك أن التحكيم لا تنقطع صلته بالقضاء، فالمشرع يحرص دائماً على إعطاء سلطة التدخل للقاضي الوطني في أعمال المحكمين سواء كان ذلك بالرقابة والإشراف أو المساعدة، فضلاً عن ذلك إذا سلمنا أن التحكيم يترتب عليه سلب اختصاص القضاء الإداري من نظر المنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية فإن هذا لم يكن ليتم إلا بناءً على قانون يسمح بذلك، فإرادة الأطراف وحدها لا تكفي سنداً لقيام التحكيم في العقود الإدارية، وكذلك يمكن عند الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الاتفاق على تطبيق القانون الوطني في ذلك، وإن تم الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي فالدولة أو الأشخاص الاعتبارية اتفقت على ذلك بمحض إرادتها فلا مجال لسلب سيادتها في ذلك.

ولقد أيدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أصحاب هذا الرأي في ذلك الوقت، فقد تضمنت إحدى الفتاوى الصادرة منها تأييد أصحاب الرأي الثاني، فقد أقرت الجمعية العمومية جواز التحكيم في العقود الإدارية وقد سوت في فتاوها هذه بين العقود الإدارية والعقود المدنية في خضوعها لأحكام التحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في قانون المرافعات، واستندت الجمعية في فتاوها على أن التحكيم اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم^(٥٣).

وجديرًا بالذكر أن المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م قد جاء بها "إن تحديد نطاق تطبيق أحكام المشروع الذي عينته في المادة الأولى من القانون بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجري في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، فحسم المشرع بذلك الشكوك التي زادت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها أشخاص القانون العام للتحكيم، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام المشروع أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع"، فالعبارات التي استخدمتها المذكرة الإيضاحية تجنبت استعمال عبارة العقود الإدارية بطريقة صريحة واستخدمت بدلاً منها عبارة بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من اشخاص القانون العام، ويمكن القول أن المقصود من ذلك سريان أحكام هذا القانون على العقود الإدارية، وأكد التقرير الصادر من اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية بمجلس الشعب على أن مقتضى نطاق تطبيق المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م جاء مطابقاً للفتوى الصادرة من مجلس الدولة بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٩م وكذلك الصادرة بتاريخ ٧/٢/١٩٩٣م بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ولكن سرعان ما تغير الأمر بعد ذلك، فعلى الرغم من وضوح قصد المشرع في جوازه للاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، وهذا ظاهر من ما تضمنته المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم، ولكن عاد الخلاف مرة أخرى بعدما أصدرت الجمعية

^(٥٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الملف رقم ٢٦٥/١/٥٤ الصادرة بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٩.

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والتي عدلت فيها عن جواز التحكيم في العقود الإدارية، وقررت عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا إذا استند ذلك على عمل تشريعي يُجيز التحكيم في العقود الإدارية^(٥٤).

ومن أجل حسم هذا الخلاف الذي نشب من جديد- حتى بعد صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م- كان لزاماً على المشرع التدخل بنص صريح، إما بإقرار الحق للأطراف في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو منع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولما كان اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من نتائج إيجابية على الاقتصاد الوطني بالازدهار ومن أجل تدفق الاستثمارات الأجنبية، وإعادة الثقة والاطمئنان إلى رجال الأعمال والمستثمرين، والعمل على جلب الاستثمارات الأجنبية إلى مصر- سواء كانوا عرب أو أجانب- مما يعود على المجتمع بالتقدم والازدهار، كان ضرورياً التدخل وإقرار الحق في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية. وهذا ما حدث بالفعل فقد تدخل المشرع وأنهى الخلاف وأجاز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية ولكن قيد ذلك بشروط، فقد تم تعديل المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م، وذلك بأن تم إضافة فقرة جديدة إلى نص المادة الأولى، وجرى نصها كالتالي "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"^(٥٥)، وبهذا النص قد حسم المشرع المصري الخلاف وأكد على صحة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.

ولقد قيد هذا النص التحكيم في العقود الإدارية بضرورة أخذ موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية قبل الاتفاق على التحكيم، مع فرض قيد- أيضاً- على الوزير المختص وهو عدم جواز قيام الوزير المختص أو من

(٥٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٦٠ ملف رقم ٢٣٩/١/٤٥ الصادرة بتاريخ

١٩٩٧/٢/١٩، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من أكتوبر

١٩٩٦ إلى يونيو ٢٠٠٠، المكتب الفني بمجلس الدولة ج ١ ص ١٣١.

(٥٥) قد تم العمل بهذا التعديل اعتباراً من ١٣/٥/١٩٩٧م.

يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية في تفويض أي شخص في الموافقة على التحكيم.

فلقد جاء هذا التعديل من المشرع- راجباً من ذلك ألا تختلف آراء الفقهاء ومن أجل أن تلثقي عنده كل الاجتهادات والاختلافات- حيث أقر المشرع- صراحةً- إمكانية الاتفاق على اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أكد أن الاتفاق على التحكيم مقيد بشرط الحصول على الموافقة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية التي لا تتبع وزيراً.

ويطبق هذا القيد- الوارد في تعديل المادة الأولى من قانون التحكيم المصري- على التحكيم في العقود الإدارية تجارياً ودولياً أو لم يكن كذلك، وكذلك يطبق إذا انتق الطرفان على خضوع التحكيم لقانون التحكيم المصري أو لقانون أجنبي أو لنظام معين من التحكيم أو لقواعد اليونيسترال، فإن القيد الوارد في النص يتعلق بالنظام العام لذا يجب احترامه دائماً بالنسبة لكافة عمليات التحكيم التي يتم الاتفاق عليها من قبل الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة^(٥٦).

ويمكن القول بأنه إذا تم الاتفاق على التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقد إداري ولم يتم الحصول على موافقة الوزير المختص قبل الاتفاق ولكن تم الحصول عليها لاحقاً كان هذا الاتفاق صحيحاً، حيث يعتبر اتفاق التحكيم هنا باطلاً وبعد الحصول على موافقة الوزير المختص اللاحقة زال هذا البطلان فالإجازة اللاحقة كالإذن السابق^(٥٧).

لذا فقد اتسع نطاق التحكيم ليشمل العديد من العقود والأنظمة وهذا يرجع إلى الاعتبارات السياسية والتغيرات الاقتصادية التي جعلت نظام التحكيم يتعدى نطاق العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية سواء كانت عقوداً مدنية أو عقوداً إدارية. وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها حيث ذهبت إلى أن "تبلور الطبيعة الرضائية للتحكيم تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إدارياً فقد كان الأصل في التحكيم أن يكون تالياً للنزاع بين طرفين يلجأن إليه إما لأن المحكم محل

^(٥٦) أ.د. فتحي والي، الوسيط في التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١١٩.

^(٥٧) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون

دار نشر، عام ١٩٩٨م، ص ١٤٨.

ثقتها أو لأن السلطة التي يملكها قبلها كانت توفر لنزاعهما حلاً ملائماً، وكان ينظر إلى المحكم بالتالي باعتباره صديقاً موثقاً فيه أو رجلاً حكيماً أو مهيباً، بيد أن هذه الصورة التقليدية- ومع احتفاظها بأهميتها حتى يومنا هذا- جاوزها التطور الراهن في العلائق التجارية والصناعية لتقوم بجانبها صورة مختلفة عنها تستقل بذاتيتها ذلك أن التحكيم اليوم في صورته الأكثر شيوعاً لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قام بينهما نزاع حول موضوع محدد، ولكنها تتمثل في شرط بالتحكيم يقبل الطرفان بمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل قد يثور بينهما، ولم يعد المحكم في إطار هذا التطور مجرد شخص تم اختياره لعلائق يربط بها مع الطرفين المتنازعين وإنما إذا التحكيم تنظيمياً مهنيّاً تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى رجال الصناعة والتجارة بل إن نطاق المسائل التي يشملها التحكيم متباينة ومعقدة، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيها فيما إذا كان تنفيذها متراخياً ومشوباً بسوء النية أو مخالفة للقانون، وغير ذلك من المسائل الخلافية ذات الطبيعة القانونية البحتة بل توخى التحكيم إلى جانبها- وعلى نحو متزايد- إنماء التجارة الدولية عن طريق مواجهة نوع من المسائل التي لا يمكن عرضها على القضاء أو التي يكون طرحها عليه غير ملائم كتلك التي تتناول في موضوعها ملاء فراغ في عقد غير مكتمل أو تعديل أحكام تضمنها العقد أصلاً لتطويرها على ضوء الظروف الجديدة التي لا يستهان- وإن ظل الاتفاق دائماً- وباعتباره تصرفاً قانونياً وليد الإرادة ناشئاً عنها منبسطاً على أعمال التحكيم سواء في صورتها التقليدية أو من أبعادها الجديدة ليكون مدخلاً إليها وطريقاً وحيداً لها^(٥٨).

لذا ونظراً للمزايا التي يحققها التحكيم في الفصل في المنازعات، ونظراً لأنه أصبح نظاماً قضائياً عالمياً وأصبح تطبيقه على العقود التجارية- سواء كانت دولية أم محلية- سواء كانت عقوداً مدنية أو إدارية- يكاد يكون أمراً مسلماً به، خاصةً بعد النص على ذلك قانوناً.

هذا بالنسبة لوضع الفقه والقضاء المصري أما الوضع في فرنسا فكان على خلاف ذلك مطلقاً، فقد نصت المادتين (٨٣ و ١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

(٥٨) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية بتاريخ

١٩٩٤/١٢/١٧.

الصادر عام ١٨٠٦م، حيث نصت المادة (١٠٠٤) بأنه لا يجوز إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط فيها القانون تبليغها إلى النيابة العامة وتستلزم حضورها فيها، وتبنت المادة ٨٣ منه على بيان هذه المنازعات ومن بينها المنازعات التي تتعلق بالنظام العام والمنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة^(٥٩).

وجاءت المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في ٥ يوليو عام ١٩٧٢م والمعدل في ٩ يوليو عام ١٩٧٥م ومنعت إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، حيث نصت على أنه^(٦٠) "لا يجوز اللجوء إلى التحكيم وكذلك في شأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة، وبوجه عام في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام"^(٦١)، كما تضمنت المادة (٢٠٦١) من القانون المدني الجديد ببطان شرط التحكيم طالما لا يوجد نص قانوني يُجيزه^(٦٢)، وتقرر مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية إلى التحكيم في العقود الإدارية إذا لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز التحكيم في العقود الإدارية فلا يمكن للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في عقودها الإدارية^(٦٣).

فلقد أجمع الفقه والقضاء الفرنسي - في بادئ الأمر - على عدم جواز الاتفاق على التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام إلا بنص تشريعي صريح، واستندوا في ذلك إلى

^(٥٩) ونتيجة لإلغاء هذه المواد صدر القانون المدني الجديد وتضمن المادتين رقم ٢٠٦٠ و ٢٠٦١.

^(٦٠) L'article 2060 du Code civil français dispose que «on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public»

^(٦١) د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٧٣، ص ٣٣٤.

(R)Chapus: Droit administratif.T.I, Montchrestien, 1996, n202.

^(٦٢) Aux termes de l'article 2061 du code civil «la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi».

^(٦٣) A. SIALI, *Le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage*, Th., Bourgogne, 1998; Ch. JARROSSON, «L'arbitrage en droit public», AJDA 1997, p. 16.

M. STORME, «L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé», Rev. arb. 1978, p. 113.

نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسية في المادة (٨٣) والمادة (١٠٠٤) على حظر التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدولة أو الأشخاص العامة^(٦٤).

وقد أكد قضاء مجلس الدولة الفرنسي- أيضاً- على حظر الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، وجاء ذلك في أحد أحكامه التي جرت على أنه "إن إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويعد هذا البطلان من النظام العام فيجوز لأي من أطراف الدعوى التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما أن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه"^(٦٥)، كما جاء أيضاً "أن البطلان المطلق المقرر عن إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية لا يقف عند حد بطلان الشرط فحسب، وإنما ينصرف كذلك إلى مشاركة التحكيم ذاتها"^(٦٦).

وظهر الحظر- أيضاً- في العديد من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي منذ بداية القرن التاسع عشر الميلادي واستمر هذا الموقف الراض للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية الناشئة عن العقود الإدارية حتى القرن العشرين حيث صدر حكمه في القضية التي سميت باسم مدينة (BOULLOGNE) حيث قرر في حكمه أن المدينة ليس لها الحق في إبرام اتفاق التحكيم استناداً لنص المادتين (٨٣ و ١٠٠٤) من قانون المرافعات المدنية القديم^(٦٧).

وكذلك وفي ٦ مارس من عام ١٩٨٦م أرادت فرنسا إنشاء مدينة ملاهي على شاكلة مدينة (ديزني لاند الأمريكية) في هذا العام تعاقبت مع شركة أمريكية لكي تنفذ تلك المدينة إلا أن الشركة الأمريكية أصرت على تضمين العقد شرط تحكيم من أجل فض المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد، هنا تم عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي للتأكد من مدى صحة أو عدم صحة مشاركة التحكيم في هذا العقد، هنا أصدر مجلس الدولة في جمعيته العمومية رأيه قائلاً "أنه ووفقاً للمبادئ العامة للقانون

(٦٤) E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1er éd., t. II, Paris, 1888, p.145; 2e éd., t. II, Paris, 1896, p. 152.

L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 3e éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 294

(٦٥) Conseil D'Etat- 8/7/ 1959- Rec. P 438.

(٦٦) Conseil D'Etat-31/12/1957- Rec. P 678.

(٦٧) حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ١٩٣٦ قضية مدينة (BOULLOGNE).

العام في فرنسا- والتي أكدتها نصوص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٦٠) من أحكام القانون المدني الفرنسي أنه- ما لم توجد استثناءات تستند إلى نصوص اتفاقية دولية يقرها ويتضمنها النظام القانوني الداخلي- فإن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن تتحرر من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني بأن تعهد إلى محكم لفض المنازعات التي تكون طرفاً فيها وترتبط بعلاقات النظام القانوني الداخلي"، ويعد هذا المبدأ مبدأً عاماً ويتعلق بكافة الأشخاص العامة أياً كانت المنازعات التي تكون طرفاً فيها.

وأمام هذه المواقف المتشددة من الفقه والقضاء الفرنسيين ظهرت عدة تشريعات أجازت استثناء لبعض الجهات الحكومية الفرنسية فض منازعات عقودها الإدارية بطريق التحكيم، ومن هذه القوانين، القانون الصادر بتاريخ ١٧ أبريل لسنة ١٩٦٠م والذي نص في المادة (٦٩) منه على جواز التحكيم وفقاً لأحكام الباب الثالث من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد، وحدد هذا القانون نطاق تطبيقه وشروط أعماله، فقد أجاز هذا القانون للدولة والمديريات والمحليات، إبرام اتفاق التحكيم في عقود الأشغال والتوريدات المتعلقة بتصفية نفقاتها فقط واشترط أن يتم اللجوء إلى التحكيم من خلال مشاركة التحكيم فقط، أي بعد نشوء النزاع فلا يصح وفقاً لهذا القانون إدراج شرط التحكيم في العقد، وإنما يتم ذلك بعد حدوث النزاع وإقرار هذا القانون لمشاركة التحكيم يتفق مع ما ذهب إليه المشرع من تقييد نطاق هذا القانون بنوع معين من المنازعات والتي تتصل بتصفية نفقات الأشغال العامة والتوريدات، كما أنه يشترط موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية والوزير المختص حسب الأحوال، وذلك فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة أو التوريد الخاص بالدولة، أما إذا تعلق العقد بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية شرط التحكيم ويوافق عليه أيضاً الوزير المختص وإذا تعلق بالبلديات فإنه يجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة، وكل هذه الشروط تعتبر جوهرية ويجب اتخاذها، وإلا وقع البطلان لمشاركة التحكيم^(٦٨).

(٦٨) د. زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨١، ص ١١٦.

وقد ظلت القواعد العامة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي تبني على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وقد تدخل المشرع الفرنسي لأول مرة في هذا الشأن بمقتضى قانون ١٩ أغسطس لسنة ١٩٨٦م والذي أجاز للدولة وللمؤسسات العامة أن تقبل شروط التحكيم في عقود الدولة المبرمة مع شركات أجنبية وذلك استثناء من أحكام المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني وبصودر هذا القانون أجاز المشرع الفرنسي تضمين شرط التحكيم في كافة العقود الدولية التي تبرمها الدولة والمؤسسات العامة، ولكن ذلك جائز بشرطين هما:-

الشرط الأول:- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية، وأن يكون دولياً فلا يجوز هذا الاستثناء مع عقد إداري مبرم مع شركة وطنية.

الشرط الثاني:- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع عام.

ويمكن القول أن القانون رقم ٥٩٦ لسنة ١٩٧٥م قد أضاف فقرة جديدة للمادة (٢٠٦٠) من التقنين المدني نصت على أنه "ومع ذلك فإنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بموجب مرسوم بأن تلجا إلى التحكيم"، ويعتبر ذلك تطوراً في تطبيق التحكيم على بعض العقود الإدارية التي تبرمها المؤسسات العامة^(٦٩).

وجديرًا بالذكر أن القضاء العادي في فرنسا لم يسلم بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية التي تتعلق بالعقود الإدارية على إطلاقه، فالمؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج شرط التحكيم في التعاملات الدولية التي تكون طرفاً فيها، فإذا كان القضاء العادي يتفق مع مجلس الدولة في عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا بناء على نص صريح يسمح بذلك أو بناء على اتفاقية دولية معمول بها في فرنسا بيد أن القضاء العادي يختلف مع مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصفة الدولية والتي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها.

فإذا كان مجلس الدولة لا يجيز لها اللجوء إلى التحكيم إلا أن القضاء العادي على خلاف ذلك، فقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن "تحريم التحكيم الإداري يقتصر

Victot Haim، le choix du juge dans le contentieux des contrats administratif A.J.D.A.20 ,mai 1992, p.318 .

(٦٩)Victot Haim، le choix du juge dans le contentieux des contrats administratif A.J.D.A.20 ,mai 1992,p.318 .

على عقود القانون الداخلي ولا ينطبق على العقود ذات الطابع الدولي وأنه يستفاد من عبارات المادة (١٠٠٤) من أحكام قانون المرافعات المدنية أن تحريم التحكيم بالنسبة للهيئات العامة يستند فقط على الحصانة الخاصة التي يستفيد منها لدى القضاء الفرنسي، وأن الدولة تستطيع أن تتنازل مقدماً عن هذه الحصانة وذلك بقبول اختصاص القضاء الأجنبي، وعليه فإن التحريم المستفاد من المادة (١٠٠٤) لا يتعلق بالنظام العام الدولي^(٧٠)، كما ذهبت إلى أن " يقتصر تحريم لجوء الدولة- أو أحد الأشخاص المعنوية العامة- إلى اتفاق التحكيم على العقود ذات النظام الداخلي، وبالتالي فلا يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولي، وأنه لصحة مشاركة التحكيم التي يتضمنها عقد فإنه يكفي التذليل على وجود عقد دولي يفي باحتياجات التجارة الدولية وفقاً للشروط المنقطة مع أعراف التجارة الدولية"^(٧١).

وفي حكم آخر ذهبت إلى أن "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأياً كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي"^(٧٢).

كما أكدت على هذا الاتجاه- أيضاً- محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، ومن ذلك ما ذهبت إليه أن "تحريم اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية يتعلق فقط بالنظام العام الداخلي ولا يتعلق بالنظام العام الدولي، وبالتالي فإن المؤسسات العامة تستطيع- شأنها شأن أي متعاقد- أن يبرم اتفاق تحكيم وعندها يأخذ العقد طابع العقد الدولي"^(٧٣).

ولذا فإن موقف القضاء العادي- سواء في ذلك محكمة الاستئناف أو محكمة النقض الفرنسية- من إجازتها للتحكيم في المنازعات الناشئة في مجال العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية لاعتبارات الصالح العام وتحقيق مقتضيات التجارة الدولية، وكذلك تطبيقاً لأعراف التجارة الدولية.

(٧٠) حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٠ أبريل عام ١٩٧٥.

(٧١) حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ٢٤ نوفمبر عام ١٩٩٤.

(٧٢) حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٣ يونيو عام ١٩٩٦.

(٧٣) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٤ أبريل ١٩٦٤.

لذا فإنه يمكن القول بأن المبدأ العام في فرنسا هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وذلك إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز ذلك.

الفرع الثاني

موافقة الوزير المختص للتحكيم في العقود الإدارية

بعد أن تم حسم النزاع بشأن إمكانية تطبيق التحكيم على العقود الإدارية، وذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم- كما سبق وأن ذكرنا- ثار خلاف آخر حول ماهية موافقة الوزير المختص على التحكيم، هل تكفي الموافقة المبدئية على التعاقد وإبرام العقد أم أنه يتطلب موافقة صريحة من الوزير المختص- أو من يتولى اختصاصه- على اتفاق التحكيم ذاته^(٧٤)؟

فقد اتجه البعض إلى القول بكفاية موافقة الوزير المختص- أو من يتولى اختصاصه- على اللجوء إلى طريق التحكيم لقيام التحكيم في العقود الإدارية، وهذا ما يحقق قصد المشرع من التعديل- المذكور سابقاً- وأنه ليس بحاجة إلى موافقة أخرى على اتفاق التحكيم^(٧٥).

ويمكن القول أن أحكام القضاء الإداري- ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا- قد استقرت على بطلان اتفاق التحكيم الذي يخلو من الموافقة المسبقة على اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من قبل الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة باعتبار أن تلك الموافقة المسبقة تعتبر من المتطلبات اللازمة والجوهرية لوجود اتفاق التحكيم وصحته، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها إلى أن "جزء عدم توافر الصفة القانونية

(٧٤) د. إسماعيل سليم، موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم في العقد الإداري- مجلة التحكيم العربية، العدد الـ ٢٥ ديسمبر ٢٠١٥، ص ٥٤.

(٧٥) حكم المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الثالثة في الطعن رقم ٣٦٠٦ لسنة ٤٨ قضائية العليا، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٧.

المشروطة- وهي موافقة الوزير المختص- هو عدم جواز الاتفاق، ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يعتبر باطلاً لا أثر له إن تخلف شكل من الأشكال التي أوجبه القانون أو انعدم أحد أركانه الثلاثة- والرضا والمحل والسبب- أو إذا تخلف أحد الشروط التي اعتبرها المشرع ركن من هذه الأركان ومنها موافقة الوزير المختص^(٧٦).

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا الرأي، حيث ذهبت إلى أن "المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م تنص على أنه" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية الذي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً دولياً يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك^(٧٧).

وبعرض هذا الأمر على دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا انتهت إلى وجوب توقيع الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اتفاق التحكيم وعدم الاكتفاء بموافقتهم المبدئية على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المثارة، وبإعلان اتفاق التحكيم بطلاً مطلقاً عند توقيعه من غير من أسند إليهم المشرع اختصاص التوقيع والموافقة عليه^(٧٨).

(٧٦) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق بجلسة ٢/١٩/٢٠٠٦.

(٧٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٤٦ ق بجلسة ٥/٣١/٢٠٠٥.

(٧٨) جلسة المحكمة الإدارية العليا، دائرة توحيد المبادئ بتاريخ ٥/٣/٢٠١٦.

وأكدت على ذلك- أيضاً- الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا حيث أكدت على ضرورة موافقة الوزير المختص- أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة- على اتفاق التحكيم دون الاكتفاء بالموافقة المبدئية على اللجوء إلى التحكيم^(٧٩). وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية- أيضاً- حيث أوجبت موافقة الوزير- أو من ينوبه في المؤسسات التي لا تتبع وزارات- على اتفاق التحكيم ذاته وعدم كفاية الموافقة المبدئية وعدم الاعتداد بوقائع تدل على مشاركته في إبرام العقد^(٨٠).

ويمكن القول أنه قد تباينت الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بشأن بيان أثر تخلف موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على صحة اتفاق التحكيم الوارد بالعقود الإدارية حيث اتجهت بعض الأحكام التحكيمية نحو ترتيب البطلان على تخلف موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، حيث ذهبت أحد الأحكام إلى " أن مؤدى نص المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م تستلزم موافقة الوزير المختص على التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وتلك الموافقة تُعد شرطاً لوجود هذا الاتفاق وصحته، ومن ثم فإن عدم صدورها من الوزير المختص يؤدي إلى عدم استجماع اتفاق التحكيم لشرائط صحته، ومن ثم يعتبر هذا الاتفاق باطلاً ولا يجوز الإرتكان عليه لطرح منازعات العقد الذي يتضمنه على التحكيم"^(٨١).

بيد أن بعض الأحكام التحكيمية الأخرى اتجهت إلى عدم ترتيب البطلان على تخلف الحصول على هذه الموافقة، حيث جاء في أحد الأحكام أنه " وبناءً على ما تقدم فإن استيفاء الإجراءات بما في ذلك موافقة الوزير المختص إنما هو إجراء يقع على

^(٧٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٢٥٦ لسنة ٥٦ قضائية عليا.

^(٨٠) التفسير الضيق لمحكمة النقض المصرية للفقرة الثانية من المادة الأولى لقانون التحكيم وذلك في جلسة ٢٠١٥/٥/١٢.

^(٨١) الحكم التحكيمي في القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢ بجلسته ٢٠مايو ٢٠٠٣، وكذلك الحكم التحكيمي في القضية التحكيمية رقم ٣٩٠ لسنة ٢٠٠٤ بجلسته ١٢ مارس ٢٠٠٥.

عاتق الجهة الإدارية وحدها، وليس للمتعاقد معها أي دور فيه، فاشتراط موافقة الوزير المختص يخاطب الجهة الإدارية فقط لكونها المهيمنة على إجراءات التعاقد والقائمة على التحقق من صحتها، ومن ثم يتعذر تصور ترتيب البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم^(٨٢).

وجديرًا بالذكر أنه بتاريخ ٢٤ أكتوبر ٢٠١٦م ورد إلى المحكمة الدستورية العليا خطاب من وزير العدل بطلب تفسير نص الفقرة الثانية من المادة الأولى المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م، إلا أن المحكمة الدستورية بتاريخ ٦/٥/٢٠١٧م قد أمتعت عن التفسير المطلوب وذلك لعدم وجود خلاف وسابقة الفصل في الموضوع من قبل دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بجلسة ٥/٣/٢٠١٦م، والتي انتهت إلى وجوب توقيع الوزير المختص - أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة - على اتفاق التحكيم دون الاعتداد بموافقتهم المبدئية على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع المثار^(٨٣).

فعليه يجب على طرفي العقد الإداري التحقق من موافقة الوزير المختص أو من ينوبه في اختصاصاته على اتفاق التحكيم حالة الاتفاق عليه وذلك تجنبًا لما قد ينشأ من مشكلات نتيجة لغياب تلك الموافقة، فضلاً عن أن اشتراط موافقة الوزير يمثل ضماناً أوفى للحفاظ على المصالح المالية للدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة هذا من ناحية، فضلاً عن عدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية بما قد يفضي لانحسار اختصاص القضاء الإداري، وما قد يستتبع ذلك من خطورة استبعاد القانون الوطني من ناحية أخرى وهو ما لا يتسق مع طبيعة العقود الإدارية وروابط القانون العام التي تخضع لها تلك العقود.

^(٨٢) الحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم ٤٦٤ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢ يوليو ٢٠٠٦، وكذلك القضية التحكيمية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٧ جلسة ١٧ مايو ٢٠٠٧، مجلة التحكيم العربي العدد العاشر سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٤٨.

^(٨٣) المحكمة الدستورية العليا طلب تفسير رقم ١ لسنة ٣٨ جلسة ٦/٥/٢٠١٧.

الفصل الثاني

الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية أمام القضاء الإداري

بعد أن تعرضنا لموقف الفقه والقضاء لمسألة التحكيم في العقود الإدارية، والاختلاف الذي انتاب الفقهاء. والتعارض في الأحكام التي صدرت من المحاكم سواء في مصر أو في فرنسا، وبعد أن تدخل المشرع المصري وحسم الخلاف بالنص على إمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية مع تقييد ذلك بشرط الحصول على موافقة الوزير المختص- أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية- كان لزاماً علينا التعرض لأحكام اتفاق التحكيم الذي يتم إبرامه بالنسبة للعقد الإداري.

حيث يعتبر اتفاق التحكيم قلب التحكيم وقالبه، فالتحكيم واتفاق التحكيم وجهان لشيء واحد^(٨٤)، فاتفاق التحكيم هو الدستور الذي على أساسه توجد عملية التحكيم بين الأطراف، فهو أساس لجوء الأطراف إلى التحكيم للفصل في المنازعات، وبالنسبة للعقود الإدارية لا يُعرض النزاع المتعلق بالعقد الإداري إلا باتفاق أطرافه اتفاقاً واضحاً على الفصل في المنازعات التي تتعلق بالعقد الإداري المبرم بين الطرفين عن طريق التحكيم^(٨٥)، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم والمصدر الذي يستمد منه المحكمين سلطاتهم، سواء بالنسبة للإجراءات أو بالنسبة للقانون واجب التطبيق.

فإذا كان اتفاق التحكيم ينال من الأهمية الجزء الأكبر في عملية التحكيم بالنسبة للعقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، فما بالنسبة للعقود الإدارية التي تُنشأها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية التابعة لها، فيعتبر اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الأساس الذي لا غنى عنه حتى يمكن لطرفي العقد الإداري اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي تنشأ وتتعلق بهذا العقد الإداري.

لذا ففي هذا الفصل سنتناول اتفاق التحكيم في العقود الإدارية من جميع جوانبه، وسنتعرض للدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية في حالة لجوء أحد أطراف

(٨٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية عام

٢٠٠٤، ص ٢٣٣.

(٨٥) وذلك باستثناء الحالات التي يكون فيها التحكيم إجبارياً.

اتفاق التحكيم إلى القضاء للفصل في المنازعات التي تم الاتفاق بشأنها والفصل فيها عن طريق التحكيم والتي تعتبر محلاً لاتفاق التحكيم، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول:- اتفاق التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثاني:- الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية أمام القضاء

الإداري.

وذلك وفقاً للتفصيل التالي:-

المبحث الأول

اتفاق التحكيم في العقود الإدارية

يعتبر اتفاق التحكيم الأساس القانوني الذي على أساسه يكون لطرفي الاتفاق اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات- التي تكون محلاً لاتفاق التحكيم- عن طريق التحكيم بدلاً عن اللجوء إلى القضاء، فبدون وجود اتفاق تحكيم لا يمكن لأطراف العقد الإداري اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن هذا العقد الإداري.

وسنتعرض في هذا المبحث مناقشة العديد من الموضوعات التي تتعلق باتفاق التحكيم- بصفة عامة- وكذلك تطبيق اتفاق التحكيم على العقد الإداري وذلك من حيث مفهومه وصور اتفاق التحكيم وخصائص اتفاق التحكيم، وذلك طبقاً للتقسيم التالي:-

المطلب الأول:- مفهوم اتفاق التحكيم وخصائصه ونطاق تطبيقه.

المطلب الثاني:- صور اتفاق التحكيم وشروط صحته وأثاره.

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه

إن اتفاق التحكيم يتمتع بأهمية كبيرة تفوق أهمية عملية التحكيم ذاتها، فهو مصدر إلزام الأطراف للجوء إلى التحكيم، وهذا الإلزام أساسه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، فهو ملزم للأطراف باللجوء إلى التحكيم وقبول الحكم الصادر من هيئة التحكيم في موضوع النزاع، كما أنه ملزم للجانبين بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء، وبتطبيق ذلك على العقد الإداري سنجد أن اتفاق التحكيم الذي يتعلق بالعقد الإداري- والذي يتفق بمقتضاه أطراف العقد على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقد

الإداري- هو مصدر إلزام أطراف العقد على اللجوء إلى طريق التحكيم في حالة نشوء نزاع يتعلق بهذا العقد الإداري.

لذا كان لزاماً علينا ضرورة توضيح مفهوم اتفاق التحكيم، وخاصةً مفهوم اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، ثم تحديد الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق وتحديد نطاقه، وذلك وفقاً للتوضيح التالي:-

الفرع الأول:- مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية.

الفرع الثاني:- نطاق اتفاق التحكيم.

وذلك وفقاً للتفصيل التالي:-

الفرع الأول

مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية

لقد عرف البعض من الفقه اتفاق التحكيم بأنه عقد خاص يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهم^(٨٦)، كما أنه اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية^(٨٧)، كما عرفه البعض بأنه عقد يتفق طرفاه على عرض النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ في المستقبل على شخص أو أشخاص معينين عددهم وتراً يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة^(٨٨).

ولقد عرف القانون المصري اتفاق التحكيم في المادة ١/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بأنه "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"^(٨٩).

(٨٦) أ.د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص ٩٤٢.

(٨٧) أ.د. أحمد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ص ٣١.

(٨٨) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٧٩.

(٨٩) وهذا ما قرره أيضاً- المادة العاشرة من قانون التحكيم العماني والصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧/٩٧، حيث نصت على أنه "الاتفاق على التحكيم هو الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه اللجوء إلى

ونصت المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٧٥م المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م على أن اتفاق التحكيم ينصرف إلى شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ولقد عرفت ذات المادة شرط التحكيم بأنه "اتفاق بمقتضاه يخضع أطراف عقد أو أطراف عدة عقود للتحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود، وأن مشاركة التحكيم هي الاتفاق الذي يُخضع به الأطراف منازعاتهم للتحكيم"^(٩٠).

ومن خلال عرض التعريفات المتعددة لاتفاق التحكيم يمكن القول بأن معظم تعريفات اتفاق التحكيم قد تأثرت بما تضمنته اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، فلقد نصت المادة ١/٢ من الاتفاقية على بأنه "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم"^(٩١).

ويمكن القول أن كافة التعريفات التي ذكرت بشأن اتفاق التحكيم يجمعها بيان جوهر ومضمون اتفاق التحكيم الذي يتبلور حول التزام جميع أطرافه بالامتناع عن اللجوء إلى

التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

(^{٩٠}) Pierre JULLIEN et Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé» L.G.D.J., éd. 2001, n°718, p. 412 et s.; Jean Vincent et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., 1639, p. 1101, Art n° 1442, NCPCF, 1975 «La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient maître relativement à ces contrats», Art. No 1447 dit : «Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage»; L. Yves Fortier «La nouvelle loi française sur 'arbitrage: vues d'Outre-Atlantique» Allocution prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris; Pierre Julien "Droit Judiciaire Privé" L.G.D.J; op. cit., n°718, p. 412.

(^{٩١}) اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، ٢٠ مايو ١٩٥٨- يونيو ١٩٥٨).

القضاء للفصل في منازعاتهم واللجوء إلى التحكيم للفصل فيها وذلك من خلال محكم أو أكثر.

ولقد ذكرت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها أنه "حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يُحص إرادتهما واتفقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما، أو يحسموا النزاع بحكم، فضاء طرفي الخصمة هو أساس التحكيم"^(٩٢).

ومن جانبنا نرى أن اتفاق التحكيم هو اتفاق يُبرم بين طرفين يلتزم بمقتضاه جميع أطرافه باللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ في المستقبل وتتعلق بالعلاقة القانونية بين الطرفين ويلزم اتفاق التحكيم طرفيه بعدم اللجوء إلى القضاء للفصل في هذه المنازعات.

ولقد أقر المشرع المصري مشروعية اتفاق التحكيم سواء تم التحكيم في مصر أو في الخارج، فالاتفاق على جريان التحكيم في الخارج لا يمس النظام العام في مصر^(٩٣).

ويكفي لتوافر اتفاق التحكيم توافق إرادتي أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم بشأن العلاقة القانونية التي بينهما، لذا لا يلزم ضرورة الإفصاح صراحةً من قبل الأطراف عن استبعاد محاكم الدولة أو منح المحكمين سلطات قضائية، فيكفي مجرد إفصاح الطرفين عن إرادتهما للجوء إلى التحكيم دون حاجة إلى الإشارة إلى الطريقة التي سيتم بها التحكيم وكذلك بدون تحديد ماهية هيئة التحكيم التي ستنتظر النزاع أو الطريقة التي سيتم تحديدها بها^(٩٤).

وجديرًا بالذكر أن مفهوم اتفاق التحكيم في العقود الإدارية لا يختلف كثيراً عن مفهومه في غيره من العقود، فاتفاق التحكيم في العقود الإدارية هو ذلك الاتفاق الذي يُبرم بين طرفي العقد الإداري- مصدر العلاقة القانونية- والذي بمقتضاه يلتزم طرفي

^(٩٢) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ١٢٠٢ الصادر بتاريخ ٢/٤/١٩٥٦، مجموعة النقض السابعة ص ٥٢٢.

^(٩٣) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٩٠٨ لسنة ٤٩ ق بتاريخ ١٤/٤/١٩٨٣.

^(٩٤) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٨٤.

هذا الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ في المستقبل وتتعلق بالعقد الإداري المبرم بين طرفيه، ويلزم اتفاق التحكيم طرفي العقد الإداري بعدم اللجوء إلى القضاء للفصل في هذه المنازعات.

هل يمكن أن يتم اتفاق التحكيم إذا كان النزاع معروضاً على المحكمة؟

لقد أجابت على هذا السؤال الهام المادة العاشرة في فقرتها الثانية من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بأن نصت على أنه "يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً"، فيمكن لطرفي الخصومة التي أقيمت أمام المحكمة أن يقرروا ترك الخصومة والاتفاق على اللجوء إلى عرض النزاع على التحكيم وذلك بإبرام اتفاق التحكيم، فيجوز أن يتم اتفاق التحكيم حتى ولو كان النزاع محل الاتفاق معروضاً على المحكمة، ولكن هنا يجب أن يُحدد في اتفاق التحكيم المنازعات والمسائل التي يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل فيها، فإذا لم يتم ذلك كان هذا الاتفاق باطلاً.

الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

اتفاق التحكيم عقد يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهراً لإرادتهم، على أن بعض الفقهاء - وهذا الاتجاه تبناه الفقه الإيطالي - اعتبروا أن اتفاق التحكيم عقداً ليس له الطبيعة الخاصة للعقود ولكن يتمتع بالطبيعة الإجرائية العامة، ويستندون ف ذلك إلى أن هذا الاتفاق يؤثر في الخصومة ويمنع من عرضها على القضاء، فضلاً عن تنظيمه لإجراءات الخصومة في بعض الحالات التي يترك فيها القانون للأفراد حرية تنظيمها^(٩٥)، ويمنح الأفراد الحق في الدفع بوجود اتفاق على حل هذه المنازعات عن طريق التحكيم^(٩٦).

(٩٥) Francesco CARNELUTTI «Sistema di diritto processuale civile» tome 2. n° 416, p. 70.; CHIOVENDA «Principii di diritto processuali civile» Napoli 1965, p. 105.

Betti «Per una classificazione degli atti processuali di parte» in Riv. dir. proc. civ. 1928, p. 115.

ولكن يمكن القول بأن الاتفاق على التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص ولا يمكن اعتباره من الأعمال الإجرائية، وذلك لأن هذا الاتفاق يتم قبل البدء في الخصومة ولا يمكن أن يكون عنصرًا من عناصر الخصومة، وما دام كذلك فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة، ولا يعتبر عملاً إجرائياً^(٩٧).

لذا فإن اتفاق التحكيم عقداً من عقود القانون الخاص يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص ولا يخضع للشروط التي تنظمها القوانين المنظمة للأعمال الإجرائية، فهو لا يخضع لقواعد بطلان الأعمال الإجرائية وإنما لقواعد البطلان التي تنظمها أحكام القانون المدني، وكذلك فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي تخضع له التصرفات القانونية وليس القانون الذي تخضع له الإجراءات.

الفرع الثاني

نطاق اتفاق التحكيم

نطاق اتفاق التحكيم يتضمن الحديث عن النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، ثم تحديد النطاق الشخصي له، وذلك وفقاً لما يلي:-

أولاً:- النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم.

ينحصر النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم في المنازعات التي يجوز فيها الصلح سواء كان ذلك في المسائل المدنية أو التجارية أو في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ويمكن القول بأنه تعتبر القابلية للتحكيم هي الأصل العام أما الاستثناء فهي عدم قابلية بعض المنازعات للتحكيم^(٩٨).

مشار إليهما في أ.د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٩٤٢، هامش ١،٢.

(٩٦) أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، بند ٢٦ ص ٢٤٣.

Carnelutti: Sistema del diritto processuale civile t.2.no 420 p.7.

(٩٧) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٨٧.

أ.د. اسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، ص ١٩.

(٩٨) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٢٤٣.

ويترتب على إبرام اتفاق تحكيم في مسألة لا يجوز فيها الصلح بطلان اتفاق التحكيم الذي تم إبرامه، وهذا البطلان يجوز التمسك به أمام هيئة التحكيم في ميعاد رد المدعي عليه في الدعوى وفقاً لنص المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والتي نصت على أنه " يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه المشار إليه في المادة (٣٠) من هذا القانون"، كما يمكن التمسك بالبطلان في اتفاق التحكيم هذا عن طريق دعوى بطلان حكم المحكمين، كما يجوز التمسك به أمام المحكمة المدفوع أمامها بوجود اتفاق التحكيم^(٩٩).

وبتطبيق النطاق الموضوعي على التحكيم في العقود الإدارية نجد أن يجب على طرفي العقد الإداري مراعاة النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم الذي يتم إبرامه بينهما، فيجب أن تكون موضوعات اتفاق التحكيم الذي تتعلق بالعقد من الموضوعات التي يجوز فيها الصلح، فإذا ما اتفقا أطراف العقد الإداري على إبرام اتفاق تحكيم بشأن هذا العقد وكانت الموضوعات التي يتضمنها اتفاق التحكيم موضوعات لا يجوز فيها الصلح فإن اتفاق التحكيم هنا يعتبر باطلاً.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض من المسائل التي لا بد من بيان مفهومها وتفسير المشكلات التي تثار بشأنها وتتعلق بالنطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، ومن أهم هذه المسائل تفسير اتفاق التحكيم وكيفية إجرائه، وبيان ذلك يظهر في السطور القادمة.

ثانياً:- النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم.

القاعدة العامة:- نسبية اتفاق التحكيم (قصر اتفاق التحكيم على أطرافه).

يقصد بالنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم تحديد الأشخاص الذين يلزمهم اتفاق التحكيم، والمستقر عليه- فقهاً وقضاءً وتشريعاً- أن اتفاق التحكيم لا يلزم إلا أطرافه، فالمبدأ العام في تحديد النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم هو نسبية اتفاق التحكيم، فلا يلزم إلا أطرافه ولا يمتد أثره إلى الغير^(١٠٠).

^(٩٩) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

^(١٠٠) د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص ٦ وما بعدها.

فالتحكيم طريق استثنائي يقوم على أساس رضا الأطراف به بديلاً عن اللجوء إلى القضاء، فلا يمكن إلزام الشخص باللجوء إلى التحكيم إلا بناءً على إرادته، فإرادة الأطراف هي التي تنشأ التحكيم وتحدد نطاقه، فمتى تخلفت إرادة طرفيه انتفى وجود اتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه، فلا يُرتب اتفاق التحكيم أي آثار إلا بالنسبة للأشخاص الذين اتجهت إرادتهم للقبول به والتعبير عن ذلك بالرضا به، وهذا ما يسمى بنسبية اتفاق التحكيم فيقتصر الاتفاق على طرفيه^(١٠١) فقط دون أن يمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في الاتفاق شأنه في ذلك شأن أي اتفاق^(١٠٢).

وفي العقد الإداري يمتد أثر اتفاق التحكيم إلى طرفيه فقط دون أن يمتد إلى الغير، وذلك كغيره من اتفاقات التحكيم في غيره من العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، فلا يمكن أن يمتد آثار اتفاق التحكيم الذي يتعلق بالعقد الإداري إلى غير طرفيه- وهذا هو الأصل العام، فلا بد من أن يعبر طرفي العقد الإداري عن قبولهم باتفاق التحكيم وما يتضمنه من بنود، فلا يمكن أن يمتد أثر العقد الإداري إلى غير طرفيه.

وإذا كان الأصل العام هو امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى طرفيه فقط دون امتداد آثاره إلى غير ذلك، لكن بشأن هذه المسألة يُثار تساؤل هام وهو إذا تعددت أطراف موضوع النزاع وكان هذا الموضوع لا يقبل التجزئة، وكان هناك اتفاق تحكيم بين البعض من هؤلاء الأطراف دون البعض الآخر، ورُفعت دعوى عليهم جميعاً أمام القضاء للفصل في المنازعة التي بينهما، فهل يجوز لمن كان طرفاً في اتفاق التحكيم التمسك بوجود

(١٠١) إذا كان اتفاق التحكيم يمتد أثره إلى أطرافه فإنه يمتد هذا الأثر- أيضاً- إلى الخلف العام لكل طرف منهم، والخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال كالوارث والموصي له بجزء غير معين من التركة، وكذلك يمتد أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص، والخلف الخاص هو كل من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها. أ.د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول ص ٥٤١.

(١٠٢) حكم محكمة النقض في الطعن رقمي ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق تجاري، بتاريخ ٢٢/٦/٢٠٠٤.

اتفاق التحكيم؟ أم أن عدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة يتعارض مع هذا الطلب ويمكن اختصاص الجميع أمام المحكمة؟

يمكن الإجابة على هذا التساؤل من خلال عرض فرضين أساسيين:-

الفرض الأول:- إذا كان من وقع على اتفاق التحكيم له الحق- قانوناً- في تمثيل باقي أفراد الطرف الذين يُراد التمسك باتفاق التحكيم في مواجهتهم، فهذا يكون اتفاق التحكيم ملزماً للجميع بما فيهم من لم يوقع على اتفاق التحكيم، ذلك لأن موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة فإن الدعوى ترفع على الجميع أمام هيئة التحكيم، ومثال ذلك قيام أغلبية الملاك على الشيوع- ممن لهم قانوناً حق التصرف في المال الشائع- ببيع المال الشائع بأكمله مع الاتفاق على التحكيم بالنسبة للمنازعات التي تنشأ عن هذا البيع، هنا يعتبر اتفاق التحكيم سارياً في مواجهة الكافة حتى لمن لم يوقع على عقد البيع ولا على اتفاق التحكيم طالما من قام بذلك له حق تمثيل الباقي^(١٠٣).

الفرض الثاني:- إذا كان من وقع على اتفاق التحكيم ليس له سلطة تمثيل الباقي، هنا إذا كان هناك ارتباط في موضوع النزاع فإن هذا الارتباط مادام لم يصل إلى حد عدم التجزئة فيبقى أثر اتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه فقط، ولو تم رفع دعوى على الجميع أمام القضاء- ممن لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم- فيمكن للشخص الذي كان طرفاً في اتفاق التحكيم التمسك باتفاق التحكيم، ومثال ذلك إذا كان هناك عقد بيع بين طرفيه وهذا العقد يتضمن شرط تحكيم، ثم قام بعد ذلك المشتري بإبرام عقد بيع بينه وبين شخص آخر ولم يتضمن العقد الثاني شرط تحكيم، فإذا ما أقام المشتري الجديد- المشتري الثاني- دعوى أمام القضاء على البائع له فإذا ما تم إدخال البائع الأول في الدعوى فإن هذا الأخير يستطيع التمسك باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدعى عليه (المشتري الأول)^(١٠٤)، هذا إذا كان موضوع النزاع لم يصل إلى حد عدم التجزئة، أما إذا كان موضوع النزاع لا يقبل التجزئة فإنه يجب رفع الدعوى ضد الجميع أمام القضاء

(١٠٣) أ.د. فتحي والي، الوسيط في التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(١٠٤) وهنا إذا أراد المشتري الأول الرجوع على البائع له (البائع الأول)- باعتباره ضامناً للشيء المبيع- يكون عليه اتباع إجراءات التحكيم لوجود اتفاق تحكيم بينهما.

حتى ولو كان هناك اتفاق تحكيم، فلا تُقبل الدعوى هنا إلا إذا اُخْتَصِم جميع الاطراف فيها^(١٠٥)، ولكن لا يجوز اللجوء إلى التحكيم استناداً إلى وجود اتفاق تحكيم وعدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة، حيث يعتبر ذلك عدواناً على سلطان الإرادة، فيعتبر ذلك إلزام البعض على قبول التحكيم وامتداد آثاره إليه وهو لم يكن طرفاً فيه.

ولقد ذهب الفقه الفرنسي في تحديده للنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم إلى أنه يجب احترام اتفاق التحكيم الموجود وسريان آثاره إلى أطرافه فقط، وعدم امتداده لمن لم يكن طرفاً فيه حتى ولو كان موضوع النزاع لا يقبل التجزئة^(١٠٦).

الاستثناءات على نسبية اتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه.

قد يرتب اتفاق التحكيم أثراً بالنسبة للغير وهذا يعتبر استثناء على الأصل العام وهو امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى طرفيه فقط، وهذا الاستثناء لا يقف على امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير وإنما يمتد الأمر إلى ترتيب آثار حكم التحكيم - الصادر بناءً على هذا الاتفاق - إلى الغير.

وتتمثل أهم الاستثناءات على الأصل العام فيما يلي:-

أولاً:- الاشتراط لمصلحة الغير، يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناءً على مبدأ نسبية اتفاق التحكيم، حيث يُرتب هذا الاشتراط حقوقاً للغير في مواجهة المتعهد، ولكن حتى يُرتب اتفاق التحكيم أثره هنا في مواجهة الغير لا بد أن يقبل الغير الشرط^(١٠٧) أو ينضم إلى العقد الذي يتضمن الاتفاق على التحكيم وقبوله الشرط صراحةً.

(١٠٥) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي مقارنة بالقانون الفرنسي الجديد والمعدل بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ والقانون المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وقوانين دول مجلس التعاون ومعظم القوانين العربية الأخرى وبعض القوانين الأوروبية، ص ١٦٧.

(١٠٦) بواسيسزن، ص ١٠٨ وما بعدها، مشار إليه في أ.د. فتحي والي، الوسيط في التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(١٠٧) ويجب التفريق هنا بين اتفاق التحكيم السابق على قبول الغير له وهذا نافذ في حقه طالما قبل هذا الشرط، أما اتفاق التحكيم اللاحق على قبول الشرط لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا قبله الغير وأعلن هذا القبول، د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

لذا إذا تضمن اتفاق التحكيم اشتراطاً لمصلحة الغير فيجب إعمال هذا الاشتراط لصالحه، ويرتب هذا الاشتراط الذي يتضمنه اتفاق التحكيم الآثار الآتية:-

١- حق الغير- المنتفع- في المطالبة بحقه عن طريق التحكيم سواء تم ذلك بأن كان طرفاً في خصومة التحكيم التي بدأت من قبل أحد طرفي اتفاق التحكيم أو أن يطلب بدء هذه الخصومة، وهنا يلتزم الغير باللجوء إلى التحكيم- إذا ما أراد الحصول على حقه المترتب له نتيجة الاشتراط لمصلحته الذي يتضمنه اتفاق التحكيم- وهنا يطالب الغير بإعمال الاشتراط لصالحه^(١٠٨).

٢- لا يجوز للغير- المنتفع- اللجوء إلى القضاء للحصول على حقوقه المترتبة نتيجة الاشتراط لمصلحة الغير الوارد في اتفاق التحكيم، حيث يمكن للمتعهد التمسك في مواجهته بإعمال اتفاق التحكيم^(١٠٩)، وإذا ما أراد الحصول على حقوقه هذه عليه إعمال إجراءات التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم الموجود.

٣- حق المُشترط- الطرف في اتفاق التحكيم- التمسك بإعمال اتفاق التحكيم والمطالبة بحقوق الغير- المنتفع الناتجة عن العقد بواسطة التحكيم، وهنا إذا صدر حكم تحكيم لصالح الغير يكون من حقه- المنتفع- أن يستفيد من هذا الحكم لصالحه^(١١٠).

ثانياً:- **التعهد عن الغير**، ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى الغير في حالة التعهد عن الغير إذا ما قبل الغير هذا التعاقد، والتعهد عن الغير عقد يُجرىه المتعهد باسمه مع من تعاقد معه بهدف حمل الغير على قبول هذا التعهد، والغير يكون له الحق في رفض أو قبول التعهد، وقبول التعهد عن الغير قد يكون صريحاً أو ضمناً، فإذا ما قبل الغير التعهد فإن أثر العقد يمتد إليه من وقت القبول، ما لم يتبين أنه قصد- صراحةً أو ضمناً- خلاف ذلك، وهنا لا يمتد أثر اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلا بعلم المستفيد وموافقته صراحةً أو ضمناً على ذلك^(١١١).

^(١٠٨) القضية التحكيمية رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٧، مركز القاهرة الإقليمي، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول ص ١٥١.

^(١٠٩) حيث تنص المادة ٢/١٥٤ من القانون المدني على أنه "للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد".

^(١١٠) أ.د. فتحي والي، الوسيط في التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٧١.

^(١١١) أ.د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٥٥٩.

ثالثاً:- العقود المتتابعة على محل واحد، يعتبر إبرام عقدين متتابعين على محل واحد أحدهما يتضمن اتفاق تحكيم والآخر لا يتضمن اتفاق تحكيم من أهم المشكلات التي تُثار بشأن نطاق تطبيق اتفاق التحكيم على العقد الآخر، فهل يمتد اتفاق التحكيم الذي يتضمنه أحد العقود المبرمة إلى العقد الآخر أم لا؟

والمثال على ذلك إذا أبرم عقد بيع بين طرفين ثم قام المشتري- في العقد الأول- ببيع نفس المال إلى مشترٍ ثانٍ، وأحد هذين العقدين يتضمن اتفاق تحكيم، هل اتفاق التحكيم هذا يمتد إلى العقد الآخر أم لا؟

للإجابة على هذا التساؤل الهام هناك حالتين:-

الحالة الأولى:- إذا كان أحد طرفي العقدين يرجع على الطرف في العقد الآخر عن طريق الدعوى غير المباشرة، وكان العقد الآخر يتضمن شرط تحكيم، هنا يكون من حق الدائن التمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الآخر لأنه لا يتمسك بحق مباشر له وإنما يستعمل حق مدينه الناشئ عن العقد الذي يتضمن شرط التحكيم وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة، بمعنى أنه إذا كان الرجوع يتم عن طريق الدعوى غير المباشرة فإن أثر اتفاق التحكيم يمتد إلى غير طرفيه ويعتبر استثناء على الأصل العام وهو نسبة اتفاق التحكيم.

الحالة الثانية:- إذا كان الرجوع عن طريق الدعوى المباشرة- في الحالات التي يقرها القانون- مثال ذلك رجوع الدائن على مدين مدينه بدعوى مباشرة، فالدائن هنا يستعمل حقه المباشر في مواجهة مدين مدينه، لذا فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الآخر لا يمتد إلى الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه، وإنما يكون من حق الدائن رفع دعواه أمام القضاء على مدين مدينه، فهنا يتم تطبيق الأصل العام وهو مبدأ نسبة اتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه فقط، ومثال على ذلك إذا كان هناك عقد مقاوله بين رب العمل والمقاول ثم أبرم المقاول عقد آخر بينه وبين مقاول من الباطن فلا يمكن للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل- مدين مدينه- بالدعوى المباشرة عن طريق التحكيم استناداً إلى شرط التحكيم الوارد في عقد المقاوله الأصلي، طالما أن عقد المقاوله من الباطن لم يشر إلى تطبيق اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي، لذا إذا

أراد المقاول من الباطن الحصول على حقه من المقاول الأصلي- مدين مدينه- عليه اللجوء إلى القضاء، ولكن إذا تضمن عقد المقاولة من الباطن إشارة تتضمن تطبيق اتفاق التحكيم الوارد في العقد الاصلي يمتد أثر اتفاق التحكيم الوارد في عقد المقاولة الأصلي إلى عقد المقاولة من الباطن^(١١٢).

رابعاً:- الكفالة، إذا كان هناك عقد بين الدائن والمدين يتضمن شرط تحكيم، فلا يمكن الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل إلا إذا كانت الكفالة واردة في هذا العقد- عقد المديونية بين الدائن والمدين- الذي يتضمن شرط التحكيم ذلك أن الكفيل هنا لا يعتبر من الغير^(١١٣)، على أنه إذا صدر حكم تحكيم بناءً على هذا الشرط يكون من حق الدائن الاحتجاج بهذا الحكم في مواجهة الكفيل، ولكن لا يجوز له أن ينفذ هذا الحكم جبراً على الكفيل^(١١٤)، وإذا ما قام الكفيل بالوفاء بالدائن يكون من حقه الرجوع على المدين عن طريق التحكيم- استناداً على شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد المديونية- حيث هنا يحل الكفيل محل الدائن في حقه^(١١٥).

المطلب الثاني

صور اتفاق التحكيم وشروط صحتها

اتفاق التحكيم يظهر في صورتين أساسيتين، وإن كان هناك صور استثنائية إلى جانب هاتين الصورتين إلا أن اتفاق التحكيم- وكذلك في العقود الإدارية- يظهر في صورتيه الأساسيتين، وكذلك فإن اتفاق التحكيم كغيره من العقود والاتفاقات لا بد من توافر العديد من الشروط اللازمة لقيامه صحيحاً وإلا يشوبه البطلان، وهنا سنوضح صور اتفاق التحكيم وكذلك انعقاده وشروط صحته، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:-

^(١١٢) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

^(١١٣) د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ١٢١

^(١١٤) هنا يقوم الدائن برفع دعوى ضد الكفيل أمام القضاء مستنداً في ذلك على حكم التحكيم الصادر لصالحه، وإذا كان عقد الكفالة يتضمن شرط تحكيم يكون من حقه الرجوع عليه عن طريق التحكيم.

^(١١٥) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٧٢.

الفرع الأول:- صور اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني:- انعقاد اتفاق التحكيم وشروط صحته.

الفرع الأول

صور اتفاق التحكيم

استقر الفقه والقضاء على أن اتفاق التحكيم يأتي في إحدى صورتين، وتأتي الصورة الأولى في المرحلة السابقة لوقوع النزاع- المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم- بين الأطراف وتسمى هذه الصورة شرط التحكيم، أما الصورة الثانية تكون في المرحلة اللاحقة على وقوع النزاع بين الأطراف وتسمى هذه الصورة مشاركة التحكيم^(١١٦)، فكلًا من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم يعتبر اتفاقًا على التحكيم، ويظهر الفارق بينهما في اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم.

وذلك طبقاً للتفصيل التالي:-

أولاً:- شرط التحكيم.

شرط التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يتم الفصل فيه بواسطة التحكيم^(١١٧)، ولقد عرفته المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م بأنه "شرط التحكيم هو اتفاق الأطراف في عقد أو أكثر على خضوع النزاعات الناشئة عن تلك العقود للتحكيم".

(١١٦) أ.د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بند ٧ ص ٢٢ وما بعدها.

أ.د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، بند ٣١ ص ٤٤.

نص المادة ١٤٤٢ من قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، حيث نصت على أنه "يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم أو شكل مشاركة تحكيم".

(١١٧) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٩١.

د. أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣ ص ٤.

د. أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، اتفاق التحكيم، إجراءات الخصومة والحكم فيها، ٢٠٠٧، ص ٢٧ وما بعدها.

فهو الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، فهو يرد ضمن نصوص عقد معين، وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية- قبل نشوب أي نزاع بينهما- على حسم ما قد يثور بينهما من منازعات بواسطة التحكيم.

ولقد أجازت ذلك المادة ١٠/١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بنصها على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".

ويتبين من مضمون هذا النص أن نطاق شرط التحكيم في القانون المصري يشمل ما ينشأ من منازعات بين أطراف العلاقة القانونية العقدية وغير العقدية، وهذا على خلاف من قرره الفقه والتشريع الفرنسي حيث يُقصر نطاق شرط التحكيم على العلاقات العقدية فقط.

فشرط التحكيم نص يرد ضمن نصوص عقد معين بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد يثور من منازعات مستقبلاً- بين أطراف هذا العقد- بشأن هذا العقد، فالشرط يرد في العقد الأصلي- مصدر الرابطة القانونية- سواء كان هذا العقد مدنياً أو تجارياً أو إدارياً- حيث يتم الاتفاق على أن ما قد ينشأ من منازعات حول تفسير أو تنفيذ العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، لذا فإن التحكيم يرد على أي نزاع قد يحدث في المستقبل حول تفسير أو تنفيذ العقد، فلا ينصب التحكيم على نزاع بعينه.

والذي يميز شرط التحكيم- ليس فقط ووروده في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية- ولكن تعتبر المنازعات التي ينصب عليها اتفاق التحكيم منازعات محتملة لم تنشأ بعد، فإذا ما انصب اتفاق التحكيم على نزاع نشأ بالفعل وعلى ما قد ينشأ في المستقبل من منازعات فإنه يعتبر اتفاق تحكيم صحيح- أيضاً- يحتوي على مشاركة وشرط تحكيم لكل منهما محل مختلف.

وإذا كان هذا الأصل العام ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يرد شرط التحكيم في اتفاق لاحق ولكن يجب أن يتم ذلك قبل نشوء النزاع^(١١٨)، ونظراً لما يترتب على شرط التحكيم

(١١٨) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٩١.

من آثارٍ خطيرةٍ فقد تتطلب أحكام القانون أن يرد شرط التحكيم في اتفاق خاص منفصل عن شروط الاتفاق الأصلي وإذا لم يتم ذلك اعتبر الشرط باطلاً، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (٧٥٠) من القانون المدني بالنسبة لعقد التأمين من أنه "يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: - ٤- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة". ويمكن القول أن لجوء أطراف التعاقد لإدراج شرط التحكيم بنداً من بنود العقد هي مسألة اختيارية لهم، ولكن ما بعد ذلك وهو لجوء أطراف التعاقد للفصل في النزاع الواقع بينهما عن طريق التحكيم- بعد إدراج شرط التحكيم في العقد- يعتبر إجبارياً على الطرفين حل هذا النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن طريق التحكيم وذلك شريطة أن لا يتفق الطرفان على التنازل عن ذلك الحق.

ومن أمثلة النماذج لشرط التحكيم نموذج اليونيسترال وهو "كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"، وكذلك نموذج مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم وهو نفس نموذج اليونيسترال ثم يُضاف إليه "وفقاً لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي". ولكن إذا كان التحكيم لا يتم في مركز أو مؤسسة تحكيمية- أي التحكيم حراً- فيجب على الطرفين أن يكون اتفاقهما على شرط التحكيم واضحاً دون أن يتضمن هذا الاتفاق أي غموض في معنى وجوب اللجوء إلى التحكيم، وأيضاً ضرورة أن يؤكد الطرفان على أن اللجوء إلى التحكيم سيكون بالنسبة للفصل في المنازعات التي ستحدث في المستقبل وناشئة عن العقد المبرم بينهما أو تتصل به، فلا يحددان الطرفان المنازعات تحديداً جامداً كتحديد المنازعات المتعلقة بتفسير العقد وتنفيذه فقط، لأن هذه المنازعات لا تتعلق ببطلان العقد أو فسخه كما أنها لا تتضمن المسؤولية غير التعاقدية المتصلة بالعقد^(١١٩).

(١١٩) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٩٣.

ويتطبيق شرط التحكيم على العقد الإداري فيرد شرط التحكيم المتفق عليه من قبل طرفي العقد- وهما الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية والمتعاقد مع الإدارة- فينتق الطرفان على إدراج شرط التحكيم في العقد الإداري المبرم بينهما على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهما في المستقبل.

شروط تطبيق الإحالة إلى شرط تحكيم في وثيقة أخرى.

إذا كانت الصورة الأساسية لشرط التحكيم أن يرد هذا الشرط في العقد الأصلي، إلا أنه يمكن للطرفين الاتفاق في العقد على الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، ويقصد بهذا النوع أن الاتفاق على التحكيم يرد بوضع بند في العقد يُحيل إلى وثيقة خارجية- سواء كانت مستقلة تماماً عن المعاملة أو جزء من وثائق المعاملة فيها شرط التحكيم- وهنا تجري تلك الوثيقة كجزء أساسي من المعاملة إحالةً إلى شرط تحكيم سواء كانت مفصلة للعملية التحكيمية أو غير مفصلة لها.

فالإحالة حالة خاصة من أنواع الاتفاق على التحكيم، أشبه بشرط التحكيم ولكنها ليست شرطاً، فهي وثيقة مستقلة بنفسها، والذي يجمعها بشرط التحكيم هو وجود بند مُحيل في العقد.

وهنا يتضمن العقد الأصلي إحالة إلى شرط تحكيم في وثيقة أخرى، وعادةً ما يتم ذلك في عقود التأمين وعقود الشحن بالطائرات أو السفن، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/١٠) من قانون التحكيم المصري حيث نصت على أنه "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"، كما نصت على ذلك المادة (١٤٤٣) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والتي اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً سواء كان هذا الشرط بنداً في العقد أو في وثائق أخرى أحال إليها العقد.

وأكدت على هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم- أيضاً- المادة ٧ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) ١٩٨٥م والتي نصت على أنه "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل هذا الشرط جزءاً من العقد".

والأساس القانوني لاعتبار الإحالة هنا اتفاقاً على التحكيم هو توافر إرادة الطرفين المشتركة بهذه الإحالة في اللجوء إلى التحكيم، فإذا لم تتضمن الإحالة هذا الرضاء الواضح باللجوء إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ بين الطرفين من منازعات تتعلق بالعقد الأصلي فلا تعتبر الإحالة كافية لذلك.

ويمكن أن تكون هذه الوثيقة اتفاقاً بين الطرفين أو وثيقة صادرة من أحدهما أو من شخص آخر غيرهما أو عقداً نموذجياً أو لائحة لمركز تحكيم، ويشترط لإعمال شرط التحكيم المحال إليه في وثيقة أخرى أن يكون هذا الشرط مازال نافذاً، فالإحالة وحدها لا تكفي لإعماله فلا بد من أن يكون هذا الشرط نافذاً.

ولذا يشترط لكي تنتج الإحالة أثارها توافر الشروط الآتية:-

- ١- أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد الأصلي المحال، فإذا تمت الإحالة إلى وثيقة لاحقة سيتم اصدارها بعد إبرام العقد المحال فهذه الإحالة لا تكفي أساساً للجوء إلى التحكيم.
 - ٢- أن تكون الوثيقة المحال إليها تتضمن شرط التحكيم، وهذا شرط بديهي فإذا تمت الإحالة إلى وثيقة لا تتضمن شرط تحكيم فلا مجال لإعمال التحكيم في فض المنازعات، ويشترط أيضاً أن يكون هذا الشرط نافذاً.
 - ٣- أن تكون الوثيقة المحال إليها معروفة للطرف الذي يُراد التمسك في مواجهته بالشرط، أو أن تكون هذه الوثيقة معلومة في نطاق واسع في الوسط الاقتصادي الذي ينتمي إليه الطرفان حتى لا يمكن لأحدهما الإدعاء بعدم معرفته بها^(١٢٠).
- ويمكن القول بأنه إذا اتفق الطرفان على إجراء التحكيم وفقاً لنظام مركز تحكيم معين دون النص على الشرط- مباشرة- في الاتفاق أو لم يتم الإحالة إليه صراحةً، فإن شرط التحكيم يعتبر متفقاً عليه وفقاً لما ينص عليه المركز ولا يجوز لأي طرف التمسك أو الإدعاء بأنه لم يطلع على لائحة المركز قبل رضائه باللجوء إلى التحكيم.

(١٢٠) حكم محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ ١١/١٠/١٩٨٩ م ، مشار إليه في أ.د. فتحي والي، قانون

التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٩٨.

٤- الشرط الأهم حتى تنتج الإحالة أثارها أن تكون الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في الوثيقة واضحة، بحيث يمكن اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد الأصلي. وقد تتم الإحالة إلى عقد آخر سابق مبرم بين الطرفين أو بين أحد الطرفين والغير، فإذا أبرم عقداً بين نفس الطرفين وكان هناك ارتباط بينهما بحيث يعتبر العقد اللاحق مكماً للعقد السابق، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي السابق يسرى على كل العقود اللاحقة المكملة له، ويكفي تطبيق ذلك أن يتم النص في العقد اللاحق على تطبيق جميع شروط العقد الأصلي السابق عليه دون حاجة إلى إحالة صريحة إلى شرط التحكيم الوارد فيه^(١٢١).

وفي الحالة الأخرى وهي الإحالة إلى عقد سابق مبرم بين أحد الطرفين والغير، يحدث ذلك بأن قام أحد طرفي العقد بإبرام عقد جديد مع شخص ثالث يتضمن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد السابق، ومثال ذلك أن يتم إبرام عقد إيجار سفينة يتضمن شرط تحكيم ثم بعد ذلك يبرم عقد شحن بحري (سند شحن) يتضمن نص واضح يُحيل إلى وثيقة إيجار السفينة بتطبيق شرط التحكيم الوارد بها، وبتطبيق ذلك يعتبر شرط التحكيم من شروط سند الشحن يلتزم به المرسل إليه لعلمه به من نسخة سند الشحن المرسل إليه^(١٢٢).

والعبرة هنا- لإعمال الإحالة- أن تكون الإحالة واضحة وصريحة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد السابق فبذلك تكون هناك إرادة الطرفين للجوء إلى التحكيم، أما إذا كانت الإحالة إحالة عامة إلى بنود العقد السابق دون أن تكون هناك إشارة واضحة ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد السابق فلا يمكن اعتبار هذه الإحالة كافية لإعمال شرط التحكيم الوارد في العقد السابق المحال إليه^(١٢٣).

^(١٢١) بواسيسون، بند ٦٥ ص ٧٠.

^(١٢٢) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ ق بتاريخ ١٩٨١/٢/٩.

^(١٢٣) د. برهام عطا الله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم في القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بحث في مؤتمر حول قانون التحكيم الجديد، بتاريخ ١٢، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤.

أنواع شرط التحكيم الذي يمكن تضمينه اتفاق التحكيم^(١٢٤).

شرط التحكيم نص يرد ضمن نصوص عقد معين بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد يثور من منازعات مستقبلاً بين أطراف هذا العقد بشأن هذا العقد، ويتنوع شرط التحكيم بحسب مجال هذا الشرط ونطاقه إلى نوعين شرط تحكيم عام وشرط تحكيم خاص:-

١- شرط تحكيمي عام.

هو الشرط الذي يتم إدراجه في العقد بمقتضاه تلتزم الأطراف بإحالة كافة المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً عن العقد إلى التحكيم للفصل فيها، أو بمعنى آخر هو أن كل الخلافات الناجمة عن العقد والتي قد تثار مستقبلاً يكون التحكيم هو المختص بنظرها والفصل فيها، ومثال ذلك المادة الرابعة من معاهدة الصداقة بين الهند ومصر ٦ إبريل ١٩٥٥م.

وهذا الشرط قد يوجد في عقد المعاملة من الأصل، ويطبق على جميع المنازعات المتعلقة بهذا العقد، ويرد النص كالاتي " تخضع جميع المنازعات الناشئة عن هذا العقد لطريق التحكيم كوسيلة لحلها"، وقد يكون الشرط عامًا ومتسعًا إذا ارتبط بعقود عامة مثل عقود الشراكة بين شخصين قانونيين طبيعيين أو معنويين أو أكثر، ويرد مثل هذا النص كالاتي " تخضع جميع المنازعات الناجمة عن أي أو كل التعاملات المستقبلية الناتجة عن تلك الشراكة إلى طريق التحكيم لفضها"، فشرط التحكيم هنا اختص بجميع المنازعات الناجمة عن هذا العقد بما فيها المنازعات الناجمة عن معاملات بين طرفي الشراكة المستقلة بعقودها ما لم يدرج بند يستثنى تعاملات عقد ما.

٢- شرط تحكيم خاص.

وهو نص يرد بالعقد الأصلي يلتزم بموجبه الأطراف بإحالة أية خلافات تثار مستقبلاً إلى التحكيم بشأن مسألة معينة، أو مسائل محددة على سبيل الحصر، وغالبًا

(١٢٤) أ.د. أسامه عطعوط، الأصول القانونية لصياغة شرط ومشاركة التحكيم الضوابط القانونية لصياغة طلب التحكيم وحكم التحكيم، ٢٠١١ (الإسكندرية: مؤتمر التحكيم في منازعات الاستثمار وعقود التجارة الدولية، ٢٠١١/٥).

ما تكون المسألة أو المسائل المحددة- والتي ينص شرط التحكيم على إحالتها إلى التحكيم- تتعلق بتفسير العقد الأصلي (المعاهدة) أو تطبيقه، فالشرط الذي ينص على إحالة المنازعات الخاصة ببند أو بنود معينة أو تعامل أو تعاملات محددة، أي ينص على إحالة بعض المنازعات فقط إلى التحكيم دون البعض الآخر، هو شرط تحكيمي خاص.

ومثال ذلك شرط التحكيم الخاص المنصوص عليه في المادة (٧) من معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية في عام ١٩٧٩م، والذي قضى باللجوء إلى التحكيم فقط بالنسبة للخلافات التي قد تنشأ بشأن تطبيق تلك المعاهدات أو تفسيرها، حيث جاء في نص تلك المادة:

١- تُحل الخلافات بشأن تطبيق أو تفسير تلك المعاهدة عن طريق التفاوض.

٢- إذا لم يتيسر حل أي من هذه الخلافات عن طريق المفاوضة فتحل بالتوفيق أو تحال إلى التحكيم.

ثانياً:- مشاركة التحكيم.

يمكن تعريف مشاركة التحكيم^(١٢٥) بأنها الاتفاق الذي يبرم بين الطرفين بعد نشأة النزاع بينهما للجوء إلى التحكيم للفصل في هذا النزاع^(١٢٦)، وقد نصت على مشاركة

(١٢٥) الجدير بالذكر أن بعض أحكام القضاء وبعض التشريعات العربية تستعمل تعبير وثيقة بدلاً من تعبير مشاركة أو اتفاق التحكيم، حيث كان المشرع المصري يستعمل تعبير وثيقة التحكيم بمعنى مشاركة التحكيم في المواد (٥٠١-٢٠١٣) من قانون المرافعات والملغاة بقانون التحكيم الحالي، وكذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من نظام التحكيم السعودي على أن "يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين، وأن يبين بها موضوع النزاع وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين وقبولهم نظر النزاع وأن ترفق بها صور من المستندات"، ونص المادة ٢١٥ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أن "لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم".

(١٢٦) أ.د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، بند ٤٥٧ ص ٩٣٥.

التحكيم المادة (١٠/١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والتي نصت على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت"، ولقد عرفت المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد مشارطة التحكيم بأنها "اتفاق الأطراف المتنازعة على خضوع النزاع القائم إلى التحكيم"^(١٢٧)، وتسمى مشارطة التحكيم أحياناً (وثيقة التحكيم الخاصة).

ولقد عرف الفقهاء مشارطة التحكيم بأنها الاتفاق اللاحق على النزاع، أي أنها زمنياً تلحق بالنزاع، فلا تسبقه كشرط التحكيم، فالمشارطة هي الوثيقة القانونية للاتفاق على التحكيم الواقعة خارج الإطار المادي للعقد في وثيقة مستقلة خاصة بها، وعُرفت- أيضاً- أغلب الاتفاقيات الدولية والقانونية النموذجية للتحكيم أن المشارطة هي الاتفاق اللاحق على نشأة النزاع^(١٢٨).

ولقد عرفت محكمة النقض المصرية مشارطة التحكيم بأنها "لا تعدو أن تكون اتفاقاً بين الخصوم على طرح النزاع على محكمين ليفصلوا فيه بدلاً من طرحه على القضاء"^(١٢٩).

ونحن نرى أنه يمكن تحديد مفهوم مشارطة التحكيم بأنها الاتفاق الذي يبرمه الأطراف ويكون هذا الاتفاق منفصل عن العقد الأصلي من أجل اللجوء إلى التحكيم بشأن نزاع قائم بالفعل للفصل فيه، فهو اتفاق طرفين أو أكثر على تسوية نزاع بينهما قد نشأ بالفعل وذلك عن طريق التحكيم، وتتميز مشارطة التحكيم بأنها مستقلة، أي أنها- مادياً- وثيقة قانونية مستقلة بنفسها لا جزء من وثيقة أخرى.

أ.د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، بند ١٢ ص ٢٢.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ٢٠١٢، ص ٢٢.

د. أحمد صدقي، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، ص ١٦ وما بعدها.

د. أكثم أمين الحولي، بدء التحكيم وسيره طبقاً لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، مؤتمر التحكيم التجاري المنعقد في دبي في الفترة من ٢٨، ٢٩ مايو ١٩٩٥، ص ٥.

د. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٥١ ق بتاريخ ١٢/٣/١٩٨٦.

فمشاركة التحكيم وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي - سواء كانت العلاقة الأصلية علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية - يتفق فيها الطرفان على تسوية المنازعات التي يحددها عن طريق التحكيم، ويشترط أن تكون مشاركة التحكيم مكتوبة مثل أي نوع من أنواع اتفاق التحكيم، لأن هذا من القواعد العامة في التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن تبرم مشاركة التحكيم حتى ولو سبقها إبرام شرط تحكيم، كما يمكن إبرامها دون أن يسبقها شرط تحكيم، ولا يترتب على إبرام مشاركة التحكيم - بعد أن يكون الأطراف قد أبرموا شرط تحكيم سابق عليها - إلى إلغاء شرط التحكيم هذا إلا إذا اتفق الأطراف على هذا الإلغاء.

ويمكن القول بأن مشاركة التحكيم تبرم صحيحة حتى ولو أقيمت بشأن النزاع دعوى قضائية أمام المحاكم^(١٣٠)، حتى ولو كانت الدعوى وصلت لمرحلة المداولة لإصدار الحكم - سواء كانت الدعوى أمام أول درجة أو أمام الاستئناف - مادام لم يصدر حكم نهائي بشأنها، على أنه إذا صدر حكم استئناف فهنا لا يجوز للطرفين الاتفاق على التحكيم وإبرام مشاركة التحكيم حتى ولو كان الحكم قد تم الطعن ضده بالنقض، فالطعن بالنقض لا يوقف حجية حكم الاستئناف، فحجية الأمر المقضي تتعلق بالنظام العام يمكن للمحكمة التمسك به من تلقاء نفسها، حيث نصت المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم على أنه "يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً".

والشرط اللازم لصحة مشاركة التحكيم أن يتم إبرامها بعد نشأة النزاع، فنشأة النزاع أمر ضروري لصحة مشاركة التحكيم حيث إذا ما أبرمت المشاركة قبل نشأة النزاع فتعتبر باطلة، وقيام النزاع هنا تعني قيام نزاع بالفعل بين الطرفين ويشترط - أيضاً - أن يكون النزاع مازال قائماً.

(١٣٠) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ٨٤ و ٨٥.

د. أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديد ٢٠٠٨، ص ٨٨ و ٨٩.

وبتطبيق أحكام مشاركة التحكيم على العقد الإداري نجد أنه يجب على أطراف العقد الإداري- إذا ما أرادوا- تفرغ اتفاق تحكيمهم في صورة مشاركة التحكيم أن يكون قد نشأ بينهما نزاع بالفعل وأرادوا الفصل فيه عن طريق التحكيم، وإلا كان اتفاقهم على التحكيم في صورة مشاركة التحكيم على الفصل في نزاع لم ينشأ بعد باطلاً.

هل شرط التحكيم يغني عن وجود مشاركة التحكيم؟

يمكن الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب حيث أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً على التحكيم يلزم أطرافه باللجوء إلى التحكيم ويرتب آثار ذلك، فهو اتفاق كامل ونهائي على التحكيم، فلا يحتاج الطرفين الذين اتفقا على شرط التحكيم إلى إبرام مشاركة تحكيم لاحقة- بعد نشأة النزاع- لممارسة المحكمين عملهم بالتحكيم^(١٣١).

وعلى الرغم من ذلك فإن وجود شرط تحكيم في العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية- فإنه يجوز للطرفين أن يبرما مشاركة تحكيم- بعد نشأة النزاع- وإذا ما تم ذلك فإن هذه المشاركة هي التي ستكون المصدر لهيئة التحكيم في بيان نطاق التحكيم، ويمكن للطرفين أن يتفقا في مشاركة التحكيم بشأن منازعات لا يتضمنها شرط التحكيم أو منازعات لا تتعلق بالعقد الأصلي^(١٣٢).

وإذا ما أبرما الطرفان مشاركة تحكيم وكان شرط التحكيم باطلاً فإن هذا البطلان لا يؤثر على صحة مشاركة التحكيم، والأمر كذلك بالنسبة لبطلان مشاركة التحكيم- في حالة إبرامها- فلا تؤدي إلى بطلان شرط التحكيم الذي تم الاتفاق عليه في وقت سابقٍ عليها، فكل منهما نطاق قانوني وطبيعة تختلف عن الآخر وبطلان أحدهما لا يؤثر على صحة الآخر^(١٣٣).

(١٣١) يواسيسون، مشار إليه ص ١٥.

(١٣٢) بواسيسون، بند ١٣٣، ص ١٣٠.

(١٣٣) بواسيسون بند ٧٨ ص ٨٤.

الفرع الثاني

انعقاد اتفاق التحكيم وشروط صحته

أولاً:- انعقاد اتفاق التحكيم.

يتم الاتفاق على التحكيم صريحاً أو ضمناً، والاتفاق الصريح على التحكيم يتم أن يعلن كلا الطرفين إرادتهما على الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما، سواء تم هذا الاتفاق- الصريح- في صورة شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم^(١٣٤).

وقد يكون الاتفاق على التحكيم ضمناً، وذلك بألا يكون الاعلان عن إرادة الأطراف صريحاً، وإنما يستدل عليه عن طريق غير مباشر، وذلك ما أوضحتها المادة (٢/٩٠) من القانون المدني والتي نصت على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"، وهنا لم تنص أحكام القانون على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم صريحاً، ولذا يمكن أن يتم التعبير عن إرادة الطرفين ضمناً.

ويتم اتفاق التحكيم بتقابل إرادتين متطابقتين- إرادتا طرفيه- وذلك بتراضي الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، وتطبق في ذلك القواعد التي ينص عليها القانون المدني في انعقاد العقد، ولذا إذا صدر الإيجاب بالتحكيم واقترن بميعاد معين للقبول ثم انقضى الميعاد المحدد دون قبول فإن اتفاق التحكيم لا ينعقد، حيث أن سكوت الموجه إليه الإيجاب لا يعتبر قبولاً للتحكيم^(١٣٥).

ولكن يجب القول بأن اتفاق التحكيم لا يمكن افتراضه، فلا يفترض وجود اتفاق تحكيم بين الطرفين وبالتالي اتباع طريق التحكيم في الفصل في المنازعات التي بينهما، فيجب أن يتم التعبير عن إرادة الطرفين- صراحةً أو ضمناً- فإذا لم يكن هناك تعبير قاطع عن إرادة الطرفين، كما لو تضمن الاتفاق مجرد الاحتمال للجوء إلى التحكيم

^(١٣٤) ولقد نصت المادة ١/٩٠ من القانون المدني أنه قد يتم الاعلان الصريح عن الإرادة "باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود".

^(١٣٥) د. مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

للفصل في النزاع عند قيامه، فهذا لا يكفي لقيام التحكيم، كما لا يكفي أيضاً- اللجوء إلى التحكيم- مجرد اتفاق الطرفين على عدم اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات^(١٣٦).

ثانياً:- شروط صحة اتفاق التحكيم.

الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم- سواء كان هذا الاتفاق شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم- هي ذاتها الشروط اللازمة لصحة أي عقد والتي تحدها النظرية العامة في العقد المدني^(١٣٧)، وتسمى الشروط التي ينص عليها القانون المدني الشروط العامة للعقد، وهناك شروط خاصة باتفاق التحكيم^(١٣٨).

وتتمثل الشروط العامة للعقد (أركان العقد) من تراضي أن يكون هذا التراضي صحيحاً وصادراً من طرفين ذوي أهلية خالية من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، ومحل ويشترط أن يكون هذا المحل ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وقابلاً للتعامل فيه، وسبب أن يكون سبب العقد موجوداً ومشروعاً، ويترتب على تخلف أو انعدام أي من هذه الأركان العامة انعدام اتفاق التحكيم أو عدم وجوده وهذا يعد سبباً للطعن في الحكم بدعوى البطلان، وتُحيل بشأن بيان هذه الشروط العامة للعقد لأحكام القانون المدني، ونوضح هنا الشروط اللازم توافرها لصحة اتفاق التحكيم والتي تتعلق بالتحكيم بصفة خاصة وهذه الشروط تتمثل في الآتي:-

١- أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه.

٢- صلاحية الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم.

٣- تعيين محل النزاع الذي يخضع للتحكيم.

٤- أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

وذلك وفقاً للتفصيل التالي:-

(١٣٦) أ.د. فتحي والي، الوسيط في التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٠٥ و ١٠٦.

د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

(١٣٧) حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم ٧٢ لسنة ١١٧ ق بتاريخ ٢٠٠٢/١/٨.

(١٣٨) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية

١٩٩٧، ص ١٧٤، ١٧٥.

١ - أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه.

يتطلب لانعقاد اتفاق التحكيم صحيحاً أهلية معينة وهي أهلية- الأهلية المتطلب توافرها في المتعاقد في اتفاق التحكيم- الطرف للتصرف في الحقوق محل التحكيم، وهذا ما نصت المادة (١١) من قانون التحكيم على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"^(١٣٩).

ويشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر أهلية التصرف في الحقوق محل التحكيم، ذلك لأن مفهوم ومقتضى اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على التنازل عن اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقد المبرم بينهما- مصدر العلاقة القانونية- والفصل في هذه المنازعات عن طريق التحكيم، مما يجعل هذه الحقوق- محل اتفاق التحكيم- عرضة للخطر، فلا بد من أن يكون الطرف مبرم اتفاق التحكيم له أهلية في التصرف في هذه الحقوق^(١٤٠).

وتجدر الإشارة إلى أن الشخص الاعتباري يمكنه أن يبرم اتفاق تحكيم وهذا ما نصت عليه المادة (١١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث تضمنت صحة اتفاق التحكيم الصادر من الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على حد سواء، ولكن يجب التأكد من توافر الشخصية الاعتبارية للشخص غير الطبيعي وكذلك أن يعبر عن إرادته في اللجوء إلى التحكيم من يملك سلطة التصرف في حقوقه وأمواله.

^(١٣٩) وتطبيقاً لذلك لا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر أو للحارس القضائي على المال المتنازع عليه إبرام اتفاق تحكيم، كما لا يجوز للقاصر إبرام اتفاق تحكيم بشأن مال القاصر إلا بعد الحصول على إذن من القضاء بذلك، ولكن يمكن للولي الطبيعي أن يبرم اتفاق تحكيم بشأن أموال القاصر مع مراعاة القيود التي أوردها قانون الولاية على المال على سلطة الولي في التصرف في أموال القاصر، ولا يجوز لمن أشهر افلاسه أن يبرم اتفاق تحكيم، فإن فعل ذلك فلا يكون نافذاً في مواجهة جماعة الدائنين.

^(١٤٠) أ.د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ٣٩.

أما بالنسبة لما تضمنته المادة (٣/٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م والتي تنص على أنه "ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة"، وتطبيقاً لذلك إذا أبرمت هيئة أو إدارة عامة أو مصلحة حكومية عقداً يتضمن شرط تحكيم أو أبرمت مشاركة تحكيم في مادة تزيد عن خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأي مجلس الدولة فهل يعتبر هذا الاتفاق صحيحاً أم باطلاً؟ هذا ما أجابت عليه محكمة النقض وأكدت أن العبارة الواردة في نص المادة- المذكورة سابقاً- إنما أراد بها المشرع مجرد أخذ رأي مجلس الدولة في هذا الانعقاد دون أن تكون ملزمة باتباعه، ولم يُرتب أي جزاء نتيجة مخالفة هذا الشرط، حيث لم يجعل نص المادة السابقة من هذا الشرط ركناً أو شرطاً لانعقاد الاتفاق أو صحته^(١٤١)، وعلى ذلك يعتبر اتفاق التحكيم الذي تم إبرامه دون أخذ رأي مجلس الدولة أو تم إبرامه مخالفاً في ذلك رأي مجلس الدولة يعتبر صحيحاً طالما تم أخذ موافقة الوزير المختص- أو من ينوب عنه في اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة- على اتفاق التحكيم.

٢- صلاحية الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم.

يمكن القول أن محل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعة أو المنازعات التي يمكن أن يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم^(١٤٢)، ويجب أن يكون محل التحكيم حقاً مالياً، فلا بد أن تكون العلاقة القانونية- محل التحكيم- ذات طابع اقتصادي، سواء كان هذا الحق ذات طابع مدني أو تجاري أو إداري، وسواء تعلق النزاع بحق عيني أو شخصي أو كان محل الحق العيني عقاراً أو منقولاً، ولا يهم مصدر الحق سواء كان عقداً أو عملاً غير مشروع أو غير ذلك من مصادر الالتزام.

(١٤١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢٧ ق بتاريخ ١٩٦٤/٦/٢٤.

(١٤٢) أ.د. أحمد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم

الدولية، مرجع سابق، ص ٧٩.

حيث تضمنت المادة (١٠/١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م أن اتفاق التحكيم بين الطرفين يتعلق بمنازعات نشأت أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية، وكذلك نصت المادة الثانية من ذات القانون على أنه "يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية- ذات طابع اقتصادي- عقدية كانت أو غير عقدية".

ويشترط لصحة اتفاق التحكيم أن تكون العلاقة القانونية- مصدر الرابطة القانونية بين الطرفين- التي يتعلق بها المنازعات- محل اتفاق التحكيم- علاقة قانونية قائمة بالفعل، فلا يعتبر صحيحاً اتفاق التحكيم التي يتعلق بمنازعات عن علاقة قانونية لم تنشأ بعد^(١٤٣)، لذا حتى يكون اتفاق التحكيم المبرم بشأن عقد إداري معين صحيحاً لا بد أن يكون العقد الإداري قائماً بالفعل.

ويجب التذكير أنه لا يجوز أن يكون محلاً للتحكيم ما لا يجوز الصلح فيه طبقاً لأحكام القانون^(١٤٤)، وهذا ما نصت عليه المادة (١١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والتي جاء به أنه "... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها"، إذ يتعين أن ينصرف التزام أطراف اتفاق التحكيم في المنازعات التي تكون محلاً للتحكيم إلى المنازعات التي يجوز الصلح فيها^(١٤٥)، ولقد نصت المادة (٥٥١) من القانون المدني على الحالات التي لا يجوز الصلح فيها، وجاء نصها كالتالي "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على

^(١٤٣) د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

^(١٤٤) على أنه يجب التتويه إلى أن هناك بعض الجرائم التي يجوز فيها الصلح قانوناً ولكن لا يجوز فيها التحكيم.

^(١٤٥) والصلح عقد أو اتفاق يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي، حيث يحسم من خلاله الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك من خلال تنازل كل منهما- على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري في تعريفها للصلح بأنه "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تترتب عنها ارتكاب إحدى الجرائم".

والعلة من وراء منع المشرع التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية^(١٤٦) هي رغبة من المشرع في بسط رقابة وولاية القضاء على مثل هذه المسائل نظراً لأهميتها وخطورتها، وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا تعتبر هذه المسائل قابلة للتعامل فيها، واتفاق التحكيم- شأنه شأن أي عقد- لا بد أن يكون محله قابلاً للتعامل فيه، وقد أراد المشرع أيضاً بسط ولايته ورقابته على هذه المسائل، ويقصد بعدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام أن هذا الاتفاق يتعلق من حيث موضوعه بمسائل يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع^(١٤٧).

وقد حددت المادتان (٢٠٥٩ و٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤م والمعدلة بالقانون رقم ١٩٧٢/٦٢٦م على الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة (٢٠٥٩) على حق جميع الأشخاص في تسوية حقوقهم التي يكون لهم حرية التصرف فيها، ونصت المادة (٢٠٦٠) على منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام^(١٤٨).

^(١٤٦) لذا لا يجوز التحكيم في مسألة شخص معين أو تحديد أهليته أو تحديد صاحب الولاية أو الوصاية عليه، وكذلك مسألة تحديد نسب شخص معين أو الفصل في منازعة حول الحق في حضانة طفل أو الفصل في دعوى تطليق للضرر، أو في دعوى خلع أو الفصل فيما إذا كان الزواج صحيحاً أو باطلاً أو إذا كان حصل طلاق من عدمه، أو حول حق الزوج في الطلاق، كما لا يجوز التحكيم حول نسب الطفل إلى والده أو حول حق الفرد في الإرث.

^(١٤٧) أ.د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٧٣.

^(١٤٨) Art 2060 CCF «On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public», Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n° 1637, p. 1098 et s.; Jean-Hubert MONITRY»

وبتطبيق ذلك على العقود الإدارية نجد أن العقود الإدارية لا يمتنع بشأنها الصلح- متفق عليه فقهاً وقضاءً^(١٤٩)- فيحوز الصلح في المنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية طالما كان هذا الصلح لا يمس المسائل التي تتعلق بالنظام العام ولا يخالفه، وهذا ما أكدته المادة (٢٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، حيث نصت على أنه "لمفوض الدولة أن يعرض على الطرفين تسوية النزاع على أساس المبادئ القانونية التي ثبت عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا في خلال أجل يحدده فإن تمت التسوية أثبتت في محضر يوقع من الخصوم أو وكلائهم، وتكون للمحضر في هذه الحالة قوة السند التنفيذي، وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام، وتستبعد القضية من الجدول لانتهاؤه النزاع فيها، وإن لم تتم التسوية جاز للمحكمة عند الفصل في الدعوى أن تحكم على المعارض على التسوية بغرامة لا تجاوز عشرين جنيهاً ويجوز منحها للطرف الآخر"، وهذا النص يطبق على كافة المنازعات الإدارية ومنها منازعات العقود الإدارية، لذا فإن منازعات العقود الإدارية يجوز فيها الصلح طالما كان هذا الصلح لا يخالف النظام العام في المجتمع.

٣- تعيين محل النزاع الذي يخضع للتحكيم.

يعتبر التحكيم طريق استثنائي للفصل في المنازعات، لذا لا بد أن يكون مقصوراً على ما تنصرف إليه إرادة طرفي الاتفاق، فلا بد أن يكون محل اتفاق التحكيم معيناً في الاتفاق، فتعيين محل اتفاق التحكيم يؤدي إلى إمكانية تحديد ولاية المحكمين فيكون لهم الحق في الفصل في المسائل المحددة في اتفاق التحكيم دون غيرها، ويمكن من خلال هذا التحديد- أيضاً- رقابة المحكمين في مدى التزامهم بحدود ولايتهم أم خرجوا عنها، فإن خرجوا عنها كان حكم التحكيم هنا باطلاً، وأكدت على ذلك محكمة النقض حيث ذهبت إلى أنه "يترتب على كون التحكيم طريقاً استثنائياً لفض المنازعات- قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وسلماً لاختصاص جهات القضاء- أن تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحتكمين، فإذا فصلت في مسألة لا يشملها هذا الموضوع أو تجاوزت نطاقه، فإن قضاءها بشأنه يضحى وارداً

arbitrage international et droit de la concurrence de la LEX MERCATORIA, Rev. D'arbitrage, 1989, p. 3 et s.

(١٤٩) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٨٤، ص ١٧٢.

على غير محل من خصومة التحكيم وصادراً من جهة ولاية لا ولاية لها بالفصل فيه لدخوله في اختصاص جهة القضاء صاحبة الولاية العامة بنظره^(١٥٠).

فلا يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بشأن كافة العلاقات القانونية بين طرفي الاتفاق دون أن يتم تحديد لهذه العلاقات، وإنما يجب ان تتجه إرادة الطرفين إلى تحديد المسائل محل اتفاق التحكيم، ويجب عند تفسير إرادة طرفي اتفاق التحكيم تفسير هذه الإرادة تفسيراً ضيقاً.

ومحل اتفاق التحكيم يجب أن يكون معيناً، سواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، وسواء كان التحكيم تحكيمياً عادياً أو تحكيم مع التفويض بالصلح^(١٥١).

وإذا كان شرط التحكيم يتعلق بمنازعات لم تنشأ بعد لذا لا يشترط لصحته تحديد المسائل المتنازع عليها ولكن لابد لصحة هذا الشرط تعيين محل له، وهذا المحل قد يكون تحديد المحل الذي يحتمل أن يدور حوله النزاع، أو تحديد المنازعات التي تتعلق بعقد أو اتفاق معين بين الطرفين فلا يجوز هنا أن يمتد الشرط لغير ذلك من عقود أو اتفاقات، أو يتم التعيين بتحديد المنازعات المتعلقة بعقد معين من حيث تفسيره أو تنفيذه وهنا لا يمتد شرط التحكيم لغير ذلك من منازعات تتعلق بالعقد ذاته، وإلا كان حكم التحكيم باطلاً^(١٥٢).

أما بالنسبة لتحديد محل اتفاق التحكيم الذي يتم في صورة مشاركة تحكيم فلا بد أن يتم تحديد المنازعات والتي يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، ولا يلزم أن يتم تحديد أسباب المنازعة أو موضوعها- تفصيلاً- وإنما يكفي أن تحدد المشاركة موضوع النزاع، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصري والتي جرى نصها على أنه "... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً".

^(١٥٠) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق بتاريخ ٢٦/١١/٢٠٠٢.

^(١٥١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق بتاريخ ١٤/٢/١٩٨٨.

حكم محكمة استئناف القاهرة تجاري في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢٠ تحكيم، بتاريخ ٢٧/٧/٢٠٠٣.

^(١٥٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط في التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٣١، ١٣٢.

ولكن هل يمكننا القول ببطلان مشاركة التحكيم في حالة عدم تحديدها للمسائل المتنازع عليها؟

الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، فإذا لم تتضمن مشاركة التحكيم المسائل المتنازع عليها كانت هذه المشاركة باطلة، ولكن هذا البطلان يمكن إزالته إذا تم الاتفاق بين الطرفين - كتابةً - على المسائل محل التحكيم أثناء سير خصومة التحكيم، هذا من جانب ومن جانب آخر إذا بطلت مشاركة التحكيم - لعدم تحديدها محل اتفاق التحكيم - فإذا كان هناك شرط تحكيم بين الطرفين - سابقاً على تلك المشاركة - كان هذا الاتفاق اتفاقاً صحيحاً ويتم التحكيم هنا على أساس هذا الشرط وفي نطاقه^(١٥٣).

٤ - أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

يعتبر من أهم شروط صحة اتفاق التحكيم أن يكون هذا الاتفاق - سواء كان شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم وسواء كان التحكيم مدنياً أو تجارياً - مكتوباً، فالاتفاق على التحكيم اتفاق شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، وشرط كتابة اتفاق التحكيم هو من الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم^(١٥٤).

ولقد نصت المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على شرط كتابة اتفاق التحكيم^(١٥٥) حيث نصت على أنه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً"، لذا فإن الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم^(١٥٦)، وتعتبر الكتابة -

^(١٥٣) د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم ٩٠ لسنة ١٢٠ ق تحكيم بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٤.

^(١٥٤) أ.د. أحمد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٤٧.

^(١٥٥) ولقد أكد قانون التحكيم الإيطالي - أيضاً - على شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة ٢/٨٠٧ منه على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

^(١٥٦) ولقد نصت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري الصادر ١٩٦٨ على أنه " لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة" فمضمون هذا النص كان يعتبر الكتابة شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم، ولكن بعد ما تضمنه قانون التحكيم المصري من مضمون نص المادة ١٢ منه تعتبر الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم، ويمكن القول أن التفرقة بين اعتبار الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم وانعقاده وبين اعتبارها شرطاً لإثباته تظهر أهمية هذه التفرقة في أن تخلف الكتابة لاتفاق التحكيم إذا كان شرطاً

أيضاً- شرطاً لصحة أي تعديل لاحق يرد على أي بند من بنود اتفاق التحكيم، والغرض من اشتراط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم إثارة المنازعات التي تتدور حول وجود اتفاق التحكيم ومضمونه.

ولم يشترط المشرع صورة معينة لكتابة اتفاق التحكيم، فيمكن أن يرد الاتفاق في أي شكل أو صورة، فاشتراط الكتابة يتطلب مجرد وجود محرر يتم الاتفاق عليه على اللجوء إلى التحكيم وموقع من الطرفين، ويكون ذلك بوجود مشاركة تحكيم مكتوبة موقع عليها من الطرفين، أو إذا كان هناك عقد أصلي يتضمن شرط تحكيم يكون هذا العقد موقع منهما، وكذلك يكفي لقيام اتفاق تحكيم صحيح تبادل الرسائل أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة بين الطرفين حتى ولو لم تكن موقعة منهما، ذلك أن أحكام القانون لم تطلب ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري حيث نصت على أنه "ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر موقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

ويكفي لصحة اتفاق التحكيم- أيضاً- إذا كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم ووارداً ضمن الشروط العامة في العقد وتم التوقيع على هذا العقد فإن اتفاق التحكيم يكون صحيحاً حتى ولو لم يتم التوقيع من قبل الطرفين على شرط التحكيم^(١٥٧)، ويعتبر حضور الطرفان أمام المحكم واتفاقهما على التحكيم وإثبات ذلك في محضر الجلسة كافياً لقيام التحكيم ولو لم يتم التوقيع من قبل الطرفين على محضر الجلسة، ولكن لا يغني عن الكتابة مجرد حضور الطرفان أمام المحكم فقط^(١٥٨).

لانعقاده يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم أما إذا كانت الكتابة وسيلة اثبات فلا يترتب على عدم كتابته بطلان اتفاق التحكيم.

د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٧٥، د. أحمد صدقي، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، ص ٢٣.

^(١٥٧) ويستثنى من ذلك ما تنص عليه المادة ٧٥٠ من القانون المدني والتي تشترط أن يكون اتفاق التحكيم يرد في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين.

^(١٥٨) د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٣٨١، ٣٨٠.

وفي هذا المجال يمكننا القول بأن البطلان المقرر نتيجة عدم كتابة اتفاق التحكيم هو بطلان مقرر للمصلحة الخاصة للأفراد وليس بطلان متعلق بالنظام العام، ذلك أن اتفاق التحكيم ذاته لا يتعلق بالنظام العام، وما لا يثبت للأصل لا يثبت للفرع، فالكتابة في اتفاق التحكيم تُشترط من أجل حماية أطراف الاتفاق، لذا نرى أنه لا يجوز للقضاء أن يحكم به من تلقاء نفسه.

ويمكننا القول أن الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم تنطبق - أيضاً - على اتفاقات التحكيم التي تبرم بشأن الفصل في المنازعات التي تتعلق بالعقود الإدارية، فهذه الاتفاقات شأنها شأن اتفاقات التحكيم التي تبرم بشأن عقود القانون الخاص التي تخضع لأحكام القانون الخاص.

اتفاق التحكيم الإلكتروني.

في ظل التقدم التكنولوجي الحديث فرضت التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت واقعاً جديداً على الساحة الدولية، وأصبح هناك إمكانية إجراء البيع والشراء من خلال شبكة الإنترنت^(١٥٩)، وعقود البيع عادةً ما تتضمن اتفاقاً على التحكيم، فهل يصح اتفاق التحكيم الإلكتروني وفقاً لنظم ومعاملات التجارة الإلكترونية^(١٦٠)؟

اشتراط الفقه لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني ضرورة وجود توقيع إلكتروني موثوق به للأخذ بمثل هذا الاتفاق^(١٦١)، وذلك طبقاً لما جاء في قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال^(١٦٢)، ففي الواقع لم يعد هناك مخاوف من قبول المحررات الإلكترونية

^(١٥٩) د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص ٢٤ وما بعدها.

^(١٦٠) أ.د. سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص ٨٧.

^(١٦١) أ.د. أحمد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص ٤٨.

^(١٦٢) ولقد نصت المادة ١/٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة ١٣ يوليه ٢٠٠١ على أنه "حيثما يشترط القانون توقيع من شخص يعد ذلك الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله البيانات في ضوء الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة".

خاصةً في ظل انتشار التجارة الإلكترونية، سواء كان ذلك من حيث حجية المحرر الإلكتروني أو من حيث حجية التوقيع عليه، وخاصةً بعد صدور قانون التحكيم التجاري الدولي الأوسيترال عام ٢٠٠١م، فقد سارعت العديد من الدول بتعديل تشريعاتها بما يتناسب مع واقع التجارة الإلكترونية، فقد صدر قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، وقد اعتمد المشرع الإماراتي المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦م.

حيث يمكن القول أن عبارة " وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة" الواردة في المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م يمكن أن تشمل اتفاقات التحكيم الإلكترونية، حيث يعتبر عقد البيع عبر الإنترنت عقداً مكتوباً من طرف واحد غرضه عرض السلعة أو الخدمة مقابل مبلغ مالي معين ويعتبر توقيع الشخص على قبول السلعة أو الخدمة موافقة على هذا العقد، فإذا تضمن هذا العقد شرط تحكيم- وعادةً ما تتضمن مثل هذه العقود شرط تحكيم- فإن توقيعه بهذا القبول موافقة على شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد البيع عبر الإنترنت، وبالتالي فلا تكون هناك مشكلة لصحة اتفاق التحكيم نظراً لما تتطلبه اعتبارات التجارة الإلكترونية.

وجديرًا بالذكر أن اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن اتفاق التحكيم العادي يمكن أن يتم قبل قيام النزاع في صورة شرط تحكيم في عقد يتم عبر الإنترنت، ويمكن أن يتم بعد قيام النزاع في صورة مشاركة تحكيم إلكترونية، وإن كان المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية يفضلون أن تتضمنهم عقودهم شرط تحكيم إلكتروني^(١٦٣).

فإذا توافرت هذه الشروط- إلى جانب الشروط العامة التي نظمها قواعد القانون المدني- انعقد اتفاق التحكيم صحيحاً، ولا يشترط لصحة هذا الاتفاق تحديد مكان التحكيم أو تحديد ميعاده، كما لا يشترط أن يتضمن اتفاق التحكيم تحديد أشخاص المحكمين^(١٦٤).

(١٦٣) أ.د. سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٨٨.

(١٦٤) أ.د. فتحي والي، الوسيط في التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٠٧.

المبحث الثاني

الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية

يثير التحكيم الكثير من الدفوع، ومن هذه الدفوع ما يتعلق بموضوع النزاع وتسمى بالدفوع الموضوعية، وهذه الدفوع يجوز التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى، ومنها ما يتعلق بالشكل والإجراءات وتسمى بالدفوع الشكلية، وهذه الدفوع لا يجوز إيدؤها بعد الكلام في الموضوع، ومنها ما يتعلق بقبول الدعوى أو بشروط الحق في الدعوى وتسمى بالدفوع المتعلقة بعدم القبول ويجوز التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى.

والدفوع المتعلقة بالتحكيم قد يتعلق بعضها باتفاق التحكيم- وهذه مجال دراستنا هنا- ومنها ما يتعلق بخصوصية وإجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم والضمانات الأساسية في التقاضي والحكم الصادر في التحكيم.

وتعتبر الدفوع التي تتعلق باتفاق التحكيم مرتبطة ارتباطاً وظيفياً بالتحكيم وطبيعته وسماته وهذه الدفوع تثير الكثير من التساؤلات حسب الهيئة المتمسك أمامها بالدفع، وسلطة هيئة التحكيم في الفصل فيها وكذلك سلطة المحكمة في الفصل فيها وطبيعة هذه الدفوع.

والدفوع التي تتعلق باتفاق التحكيم يمكن أن تُثار أمام المحكمة ومنها ما يُثار أمام هيئة التحكيم، ومن الدفوع التي يتم إثارتها أمام المحكمة الدفع بوجود اتفاق التحكيم وكذلك عدم وجوده، أو بطلانه أو سقوطه، ومن الدفوع التي تتعلق باتفاق التحكيم ويتم إثارتها أمام هيئة التحكيم تتمثل في الدفع بعدم الاختصاص أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع،

ومن أهم الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وتأتي أهمية دراسة هذا الدفع نظراً لاختلاف الفقه وأحكامه حول طبيعة هذا الدفع وما يترتب عليه من آثار وحول سلطة المحكمة في التصدي له وسلطتها في الفصل فيه، وتزداد أهمية دراسة مثل هذه الدفوع نظراً للتعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون المرافعات الجديد رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م، والذي عدل المشرع من خلالها الكثير من

أحكام اتفاق التحكيم، ومنها المادة (١٤٤٨) المتعلقة بالدفع بوجود اتفاق التحكيم والمواد المتعلقة بسلطة هيئة التحكيم في الفصل في اختصاصها.

والدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية يتم إثارته أمام المحكمة أثناء نظر دعوى متعلقة بالعقد الإداري، استناداً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم إذا ما اتفقا الطرفان على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي تنشأ بمناسبة هذا العقد والذي بمقتضاه يلتزم كل طرف باتخاذ إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه للفصل في هذه المنازعات دون اللجوء إلى القضاء، ولكن إذا ما لجأ أحد الأطراف إلى القضاء للفصل في المنازعات التي تتعلق بهذا العقد الإداري- وكان هناك بينهما اتفاق تحكيم- باعتبار أن القضاء هو صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات، هنا يحق للطرف الآخر التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، وهذا هو موضوع دراستنا الذي يثير الكثير من التساؤلات ومنها المقصود بالدفع بوجود اتفاق تحكيم، والطبيعة القانونية لهذا الدفع وأحكام هذا الدفع، وذلك طبقاً للتفصيل التالي:-

المطلب الأول:- مفهوم الدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية وشروط إبدائه.

المطلب الثاني:- الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الأول

مفهوم الدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية وشروط إبدائه

يعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم نتيجة أساسية للأثر السلبي لاتفاق التحكيم الذي يتمثل في امتناع طرفي اتفاق التحكيم عن اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم، فالدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع إجرائي، فإذا ما اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن ما يُثار بينهما من منازعات تتعلق بالعقد المبرم بينهما يجب عليهما الالتزام بذلك، ولجوء أحد الأطراف إلى القضاء للفصل في أي من المنازعات محل اتفاق التحكيم- مخالفاً بذلك اتفاق التحكيم الذي أبرم بينهما- يعطي الحق للطرف الآخر بالدفع بوجود اتفاق التحكيم.

فإذا كان هناك عقد إداري واتفقا طرفاه على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي تُثار بشأنه وكان هناك اتفاق تحكيم بشأن ذلك، ثم ثار نزاع بشأن هذا

العقد الإداري ولجأ أحد الأطراف إلى القضاء للفصل في هذا النزاع هنا يحق للطرف الآخر بالدفع بوجود اتفاق تحكيم بشأن هذا العقد الإداري- مصدر العلاقة القانونية- الذي بين الطرفين، هذا الدفع الذي من شأنه المطالبة باللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري والتي تعتبر محل اتفاق التحكيم.

وهنا سنوضح مفهوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم والشروط اللازم توافرها لاعتبار

الدفع صحيحاً، وذلك وفقاً للآتي:-

الفرع الأول:- مفهوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الثاني:- شروط الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية.

وذلك وفقاً للتفصيل التالي:-

الفرع الأول

مفهوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية

الدفع بوجود اتفاق التحكيم أداة التمسك بالجانب السلبي لاتفاق التحكيم، فهو الوسيلة القانونية التي منحها المشرع للمدعى عليه أمام القضاء للتمسك بوجود اتفاق التحكيم من أجل منع القضاء في الدولة من السير في إجراءات الفصل في الدعوى، فباتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم- القائمة أو المحتملة- يتمتع عليهم اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم.

ويقصد بالدفع باتفاق التحكيم تمسك الخصم أمام المحكمة بوجود اتفاق تحكيم بما

يؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه أو إلى تأخير الفصل في النزاع^(١٦٥).

ونحن نرى أنه بقصد بالدفع باتفاق التحكيم الدفع الذي يبديه الخصم من أجل العمل

على الالتزام بما جاء باتفاق التحكيم الذي بينه وبين خصمه واللجوء إلى التحكيم للفصل

في المنازعات دون قضاء الدولة حتى يعمل على تفادي الحكم عليه بالطلبات الذي

يبديها خصمه.

(١٦٥) أ.د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

وجديراً بالذكر أن قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لم يتضمن نص مقابل لنص المادة

١/١٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

ولقد نصت المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

ونصت المادة الثامنة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة يونيو عام ١٩٨٥م على أنه "١- على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين للتحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه، ٢- إذا رفعت دعوى مما أشير إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة فيجوز مع ذلك البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، ويجوز أن يصدر قرار تحكيم والدعوى لا تزال منظورة أمام المحكمة".

كما تضمنت اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية نصاً يتضمن الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة (٣/٢) منها على أنه "٣- على المحكمة في أية دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقاً بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أيهما، ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".

وقد كانت المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١م تنص على التزام المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص إذا التجأ أحد أطراف اتفاق التحكيم للقضاء مع تشكيل هيئة التحكيم وتمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم، ويكون على المحكمة الحكم بعدم الاختصاص حتى ولو لم يتم تشكيل هيئة التحكيم إذا تمسك الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان^(١٦٦)،

(166) Art 1458 NCPCF, «Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction d'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente, si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la

وفي ١٣ يناير ٢٠١١م عدل المشرع الفرنسي مواد قانون المرافعات الفرنسي الجديد بموجب المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م حيث نصت المادة (١٤٤٨) على أنه " في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص ما لم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التحكيم، إلا في حالة كون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص ويعتبر كأن لم يكن"^(١٦٧).

وينشا الحق في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم منذ توافر المصلحة الحالة لذلك، وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري- والمعدلة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦م- والتي تنص على أنه " لا تقبل أي دعوى كما لا يُقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يُقرها القانون".

فالدفع بوجود اتفاق التحكيم ينشأ منذ لجوء أحد الأطراف إلى القضاء للفصل في أحد المنازعات التي تدخل في نطاق اتفاق التحكيم المبرم بينهما، مخالفاً بذلك لبنود الاتفاق المبرم بينهما، ولا ينشأ هذا الحق منذ إبرام اتفاق التحكيم، فالدفع بوجود اتفاق التحكيم يُولد من الخصومة وليس من اللحظة التي يُبرم فيها اتفاق التحكيم.

ويرجع السبب في ذلك إلى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع الإجرائية والتي لا يتصور وجودها قبل وجود خصومة قضائية مطروحة على القضاء، فمجرد إبرام اتفاق التحكيم ما هو إلا سبب في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، ولا يتصور قيام

jurisdiction ne peut relever d'office son incompétence», Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit judiciaire privé» L.G.D.J, op. cit., n° p. 413.

(167) Art 1448 NCPC, Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de d'état celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement incompétence".

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit judiciaire privé, op. cit., n° 719, p. 413, Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure civile» op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

الحق في الدفع منذ إبرام اتفاق التحكيم، ذلك لأن اتفاق التحكيم عمل مدني لا يتولد نتيجة له حق إجرائي^(١٦٨).

والدفع بوجود اتفاق التحكيم يمكن للخصوم التمسك به سواء كان الخصوم قد بدءوا في إجراءات التحكيم أم لم يبدءوا، فاللجوء إلى القضاء هو اللحظة التي تتحقق بها حق الطرف الآخر في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، يستوي في ذلك إذا كانت عملية التحكيم قد بدأت أم لم تبدأ بعد^(١٦٩)، ويعتبر من حق المدعى عليه - أيضاً - التمسك بهذا الدفع حتى ولو كانت إجراءات التحكيم ما زالت جارية، يستوي في ذلك أن تكون الدعوى التحكيمية قد رفعت قبل رفع الدعوى أمام المحكمة أو بعدها.

الفرع الثاني

شروط الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية

يجب لكي يكون الدفع بوجود اتفاق التحكيم صحيحاً لابد من توافر الشروط الازمة لصحته، وهذه الشروط تتمثل في ضرورة توافر الصفة والمصلحة في الدفع، ويجب ألا يكون قد سقط حق التمسك في الدفع، وذلك طبقاً للتفصيل التالي:-

أولاً:- الصفة والمصلحة.

تعتبر الصفة والمصلحة شرطاً هاماً لقبول أي دعوى أو دفع، فالصفة يقصد بها هنا أن يكون مقدم الدفع هو صاحب الحق في إبدائه وإلا لم يكن هناك مصلحة متوافره لقبوله.

ففي الدفع بوجود اتفاق التحكيم لابد أن يتم إبدائه ممن له مصلحة في ذلك، فلا بد أن يتم الدفع من الطرف الآخر لاتفاق التحكيم حيث يكون هو الطرف صاحب المصلحة في هذا الدفع، وتعتبر مصلحة المدعى عليه هنا هي حقه في استخدام ما تم الاتفاق عليه وهو اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم، فلو كان

(١٦٨) أ.د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة، العربية ٢٠١٣، ص ١٦.

(١٦٩) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨١.

المدعى عليه في الدعوى لم يجد مصلحة في حل منازعاتهم القائمة أو المستقبلية عن طريق التحكيم لما كان قد لجأ لاتفاق التحكيم.

لذا فتوافر شرط الصفة في هذا الدفع يتطلب أن يكون القائم بإبداء الدفع طرف في اتفاق التحكيم الذي من شأنه الفصل في المنازعات الناشئة عن العقد الإداري المبرم بينهما، فلا بد أن يكون اتفاق التحكيم نافذاً في شأن من يقوم بإبداء الدفع- كما ذكرنا سابقاً في النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم- حتى تتوافر الصفة فيه، ونظراً لكون شرط المصلحة شرط استمرار فيجب أن تتوافر المصلحة وقت تقديم الدفع، فإذا كانت المصلحة موجودة وزالت أو غير ذلك من الأمور فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يكون غير مقبول.

وبالنسبة للعقود الإدارية فلكي يقبل الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقود الإدارية لا بد أن يكون مما قاد بإبداء الدفع طرفاً في اتفاق التحكيم المتعلق بالعقد الإداري، وبالتالي يكون من قام بهذا الدفع طرفاً- أيضاً- في العقد الإداري حتى يتوافر في شأنهم شرط الصفة والمصلحة.

ونحيل بشأن بيان الشروط العامة للمصلحة في الدعوى لأحكام قانون المرافعات.

ثانياً:- ألا يكون قد سقط الحق في التمسك بالدفع.

إذا كان هناك عقد إداري ويتضمن اتفاق تحكيم، فيجب على طرفيه اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم، فإذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء للفصل في أحد المنازعات محل اتفاق التحكيم يحق للطرف الأخر التمسك بوجود اتفاق التحكيم ومنع المحكمة من نظر النزاع موضوع الدعوى المرفوعة إليها.

ويجب على المدعى عليه إذا ما أراد الحكم له بما يطلب أن يتمسك بهذا الدفع، فهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام^(١٧٠) ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها،

(170) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit Judiciaire Privé», op. cit., n° 719, p. 413. Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118.

Bernard FILLIONDUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER, «Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage», Rev. Arb. 1994, n° 17, p. 672

فلا ينتظر المدعى عليه حتى تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما لابد عليه التمسك به.

ولكن لا يقف التزام المدعى عليه عند هذا الحد- حتى يحصل على ما يطالب به- وإنما عليه التمسك بهذا الدفع في الوقت اللازم لذلك، فهذا الدفع لابد من التمسك به في مرحلة معينة من الدعوى، فيجب على المدعى عليه التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل البدء في الكلام في موضوع الدعوى وإلا سقط حقه في التمسك به^(١٧١).

وهذا ما أكدته نص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م التي نصت على إنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

وهذا يرجع إلى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع الشكلية التي لابد من التمسك بها من قبل الخصم قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، وهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما يتعين على المدعى عليه التمسك به قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى ويرجع السبب في ذلك إلى أن أساس التحكيم رضا الأطراف واتفاقهم على ذلك، ويمكن للأطراف النزول عنه- صراحةً أو ضمناً، ويسقط الحق في التمسك به بالكلام في الموضوع^(١٧٢).

(١٧١) د. مصطفى الجمال، د. محمد عبدالعال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص ٥١٠.

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé», op. cit., n° 719, p.413.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118.

Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LÉBOULANGER, «Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage», Rev. Arb. 1994, n° 17, p. 672.

(١٧٢) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، هامش رقم ٣ ص ١٨٤. أ.د. أحمد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص ٦٥.

أ.د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص ١٥٤، ١٥٥.

ويمكن القول أنه- وطبقاً لنص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري- فلا يعتبر مجرد حضور الخصم أمام المحكمة دون إبداء أي دفع مسقطاً لحقه في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، حيث يسقط هذا الحق بكل ما من شأنه التعبير من قبل صاحب الحق فيه عن تنازله عن اتفاق التحكيم تنازلاً ضمناً، فيجب تحديد سقوط حق الخصم في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم من عدمه طبقاً للطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم^(١٧٣).

ويترتب على قيام المدعى عليه بالتمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع، التزام الطرف الآخر باتفاق التحكيم المبرم بينهما، حيث لا يجوز لطرف في اتفاق التحكيم العدول عنه فلا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم بالإرادة المنفردة، هذا في حالة التمسك به من قبل الخصم وفي الميعاد المحدد لذلك، أما إذا لم يتمسك الخصم بالدفع باتفاق التحكيم يسقط حقه في ذلك ويعتبر متنازلاً عن اتفاق التحكيم تنازلاً ضمناً.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم في العقود الإدارية

هناك اختلاف في الفقه والقضاء وكذلك التشريع في تكييف الدفع باتفاق التحكيم وكذلك تحديد الطبيعة القانونية له، فهناك اتجاه ذهب إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه دفع بعدم الاختصاص، وهناك اتجاه آخر ذهب إلى تكييفه على أنه دفع من الدفوع المتعلقة بعدم القبول، وهناك من يرى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع الشكلية ومن يرى أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية، وآخر بأنه دفع بوقف الدعوى، ولكن هنا سنوضح أهم هذه الاتجاهات وهما الاتجاه الأول الذي يرى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص والآخر وهو الذي يرى بأنه دفع بعدم القبول، ثم توضيح السلطات التي تتمتع بها المحكمة إزاء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وذلك على النحو الآتي:-

(١٧٣) أ.د. أحمد صاوي، مرجع سابق، ص ٦٥.

حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٧ ق جلسة بتاريخ ١٥/٢/١٩٧٢، مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٣.

- الفرع الأول:- الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع التي تتعلق بعدم الاختصاص.
الفرع الثاني:- الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم القبول.
الفرع الثالث:- سلطات المحكمة إزاء الدفع بوجود اتفاق التحكيم.
وذلك وفقاً للتفصيل التالي:-

الفرع الأول

الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع التي تتعلق بعدم الاختصاص

ذهب جانب من الفقه إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه دفع بعدم الاختصاص، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم بأن التحكيم يعتبر استثناء على الأصل العام- وهو اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات- فهو يسلب اختصاص القضاء بنظر النزاع، فهو يمنح الحق لهيئة التحكيم بنظر النزاع وذلك بإباحة المشرع لذلك، ومن أصحاب هذا الاتجاه جمهور الفقه الفرنسي وجانب من الفقه المصري^(١٧٤).
فقد ذهب المشرع الفرنسي إلى النص- صراحة- على تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه دفع بعدم الاختصاص في المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١م، حيث جرى نص المادة السابقة على أنه في حالة وجود اتفاق تحكيم ولجأ أحد الأطراف إلى القضاء على المحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها في حالة دخول النزاع في حوزة هيئة التحكيم أو كانت الهيئة قد شكّلت، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، وفي جميع الحالات لا تحكم المحكمة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها^(١٧٥).

(١٧٤) أ.د. سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدأؤه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة السنة ٤١ سنة

١٩٦١ العدد ٨ ص ١٣.

د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص ٢٥.

(175) Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction d'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente, si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.

وفي ١٣ يناير ٢٠١١م عدل المشرع الفرنسي مواد قانون المرافعات الفرنسي الجديد بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م حيث نصت المادة (١٤٤٨) على أنه " عندما يعرض على قضاء الدولة نزاع ناشئ عن اتفاقية تحكيم، يعلن القضاء عدم اختصاصه ما لم تكون محكمة التحكيم قد انعقدت، أو إذا كانت اتفاقية التحكيم باطلة أو غير قابلة للتطبيق بشكل واضح، ولا يتعرض قضاء الدولة بالاختصاص بالفصل في النزاع من تلقاء نفسه يقع باطلاً أي حكم يخالف المادة الحالية"^(١٧٦).

وأخذت محكمة النقض الفرنسية بذات الرأي واعتبرت الدفع بوجود اتفاق التحكيم دعواً بعدم الاختصاص، ولكن اعتبرته دعواً بعدم اختصاص نوعي متعلقاً بالموضوع يمكن التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى^(١٧٧)، ولقد أخذ بهذا الرأي كل من الفقه والقضاء في فرنسا، وأخذت بذات الرأي - أيضاً - محكمة النقض المصرية، حيث قضت في أحد أحكامها بأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دعواً بعدم الاختصاص الموضوعي، وتبنى هذا الرأي بعضاً من الفقه المصري^(١٧٨).

لذا يمكن القول أن الفقه والقضاء الفرنسيين اعتبروا الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع التي تتعلق بعدم الاختصاص ويجب إبدائها قبل الكلام في موضوع الدعوى وإلا سقط حق المدعي في التمسك به^(١٧٩).

(176) Art 1448 NCPC, "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de d'état celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement incompétence"

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit judiciaire privé», op. cit., n°719, p. 413; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

(177) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٠. ولقد قننت المادة ١٤٥٨ من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة.

(178) د. محسن شفيق، مرجع سابق، ص ١٩٩.

حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٢ لسنة ٦٠ ق بتاريخ ١٩٩٤/٢/٢٧.

(179) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit judiciaire privé»; Philippe LEBOULANGER, Le Nouveau Droit Egyptien De L'arbitrage, Rev. Arb. 1994, n° 4, p. 672.

وإذا كان الفقه والقضاء الفرنسي قد استقر على أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر دفع بعدم الاختصاص فإن هذا الاتجاه قد تردد في مصر - قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م - حيث قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من الدفوع الشكلية التي تتعلق بعدم الاختصاص^(١٨٠) وتسقط بالكلام في الموضوع^(١٨١).

وكذلك أخذت بنفس الاتجاه محكمة النقض الإيطالية^(١٨٢)، حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه دفع بعدم الاختصاص، واعتبرته من الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام شأنه في ذلك شأن الدفع بعدم الاختصاص المحلي ويجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع^(١٨٣).

غير أنه إذا كان جمهور الفقه والقضاء في فرنسا قد أكدوا على تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه من الدفوع التي تتعلق بعدم الاختصاص، فإنه قد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى رفض تكييف هذا الدفع بأنه من الدفوع التي تتعلق بعدم الاختصاص

^(١٨٠) ويمكن الإشارة إلى القضاء الإماراتي اعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم القبول، ولكن أحكام القضاء الإماراتي تعتبر تعبير عدم القبول بمعنى عدم الاختصاص وليس بالمعنى القانوني لعدم القبول، حكم محكمة تمييز دبي الطعن رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/١/٢٠، العدد ٧ ص ٢٧، قررت المحكمة في هذا الحكم: أن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم هو من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه هو إنكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى".

^(١٨١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٠٧ لسنة ٥٩ بتاريخ ١٩٩١/١/١٠، مجموعة أحكام محكمة النقض ص ١٧٢، حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٥٠ ق بتاريخ ١٩٨٥/٢/١٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٥٣، مشار إليهما في أ.د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص ١٣٩.

^(١٨٢) وعلى الرغم من اعتماد المشرع الإيطالي لتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص وفُتن ذلك في اللائحة بقانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦، فإن بعض من الفقه الإيطالي يرى أن المشرع قد استعمل مصطلح عدم الاختصاص في غير معناه الفني الصحيح، أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٢، ١٨٣.

^(١٨٣) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨١.

وكذلك لم يعتبره دفع بعدم القبول ويفضل اصحاب هذا الرأي على الاقتصار باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع الشكلية التي تسقط بالبده في الكلام في موضوع الدعوى^(١٨٤).

ولقد اختلف أصحاب هذا الرأي في تحديد نوع الاختصاص، فذهب البعض لاعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص الوظيفي الذي يتعلق بولاية المحاكم، واستندوا في ذلك إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا يسلب ولاية المحاكم المختصة من نظر النزاع وإنما يجب عنها هذا الاختصاص مؤقتاً طالما كان اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً ومنتجاً لأثاره^(١٨٥)، ولكن يمكننا القول أن هذا الرأي مردود بأن الاختصاص الولائي يقوم على أساس توزيع المنازعات- على حسب طبيعتها- بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري.

في حين ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأن هذا الدفع من الدفع التي تتعلق بالاختصاص النوعي أي بموضوع الدعوى ويمكن التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى^(١٨٦)، وهذا مردود عليه- ايضاً- بأن الدفع باتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام وهو من الدفع الشكلية التي لا بد من التمسك بها قبل الكلام في الموضوع، أي أنه لا يجوز التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى، كما أنه لا يمكن اعتبار الدفع دفعاً بعدم الاختصاص النوعي حيث يفترض الاختصاص النوعي وجود جهة قضائية مشكلة تشكياً قانونياً صحيحاً ويتم توزيع نوع معين من المنازعات عليها من قبل المشرع إما على أساس نوعها أو على أساس قيمتها، وهو ما لا يتوافر في هيئة التحكيم حتى ولو كانت منظمة أو مركز تحكيم، فلا تعتبر جهة من جهات القضاء.

ولقد ذهب البعض من الفقه المصري- الذي يؤيد اعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص- إلى اعتبار هذا الدفع دفعاً بعدم الاختصاص النوعي ذو طبيعة

(184) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure civile», op. cit., n° 1664, p. 1118.

(185) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي ١٩٩٠، ص ٢٥٨.

(186) Cass. Civ. 23 Janvier 1957, Rev. Arb., 1957, p. 89.

خاصة ولا يتعلق بالنظام العام، فهو يتعلق بتوزيع المنازعات بين المحاكم العادية وهيئات التحكيم^(١٨٧)، وهذا الرأي مردود بأن توزيع الاختصاص يكون بين الجهات القضائية التي يتكون منها النظام القضائي.

نقد هذا الاتجاه.

ولقد تم نقد أصحاب الاتجاه الذين يروا أن الدفع باتفاق التحكيم يعتبر دفع بعدم الاختصاص من أكثر من جانب:-

فمن ناحية ذلك أننا لو اعتبرنا الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم اختصاص المحكمة بالنزاع معنى ذلك أن المحكم هو الذي يختص بالفصل في النزاع، وهذا الاختصاص يتعلق بتوزيع الدعاوى على المحاكم التي تتبع جهة قضاء واحدة، ولا يعتبر قضاء هيئة التحكيم قضاءً بإحدى محاكم جهة قضائية حتى يمكن الحديث عن اختصاص هيئة التحكيم بالدعوى وتكون المحكمة المرفوع إليها النزاع غير مختصة^(١٨٨).

ومن ناحية أخرى لو اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الاختصاص يتعلق بتوزيع الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم فإن هذا التوزيع يعتبر توزيع للولاية، وولاية المحكمة بنظر النزاع من عدمه أمر يتعلق بالنظام العام، وهذا على خلاف ولاية هيئة التحكيم إذ أن ولاية هيئة التحكيم لا تتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها.

ومن ناحية ثالثة فإن اتفاق التحكيم لا يمس حق الأطراف في الدعوى ولا يمس حقهم في اللجوء إلى القضاء، إذ أنه لا ينزع الاختصاص من المحاكم في نظر المنازعات والفصل فيها كلياً، فعلى الرغم من وجود هذا الاتفاق يظل اختصاص المحاكم بنظر بعض المسائل التي تتعلق بالمنازعات محل اتفاق التحكيم، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على أنه

(١٨٧) د. سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إبدائه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة ١٩٦١ سنة ٤١ ص ١٣٢٩.

(١٨٨) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٢.

وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

وأخيراً لا يمكن التسليم باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص، ذلك أنه إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع يجب عليها أن تُحيلها إلى المحكمة المختصة والتي تعتبر هنا هيئة التحكيم، وذلك إعمالاً لنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م والتي نصت على أنه "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وجب عليها إحالتها إلى المحكمة المختصة"، وهذا أمر غير ممكن قانوناً.

لذا نحن نرى أنه لا يمكن اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص- بكافة أنواعه- ذلك أن القضاء صاحب الولاية العامة بنظر كافة المنازعات وأن التحكيم ما هو إلا طريق استثنائي للفصل في المنازعات يتم اللجوء إليه عن طريق الاتفاق بين الطرفين عليه، لذا لا يمكن أن يأتي الخصم ويدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع مستنداً في ذلك على وجود اتفاق تحكيم بينه وبين خصمه، فنظر الدعوى أمام المحكمة لا يتضمن لأي مخالفة لأحكام الاختصاص الولائي أو النوعي للمحاكم، فلا يتم نظر المنازعة أمام محكمة غير مختصة لاعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الدفع بعدم الاختصاص يتعلق بالنظام العام يمكن إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى في حين أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً من الدفوع الشكلية التي تسقط بالكلام في الموضوع.

الفرع الثاني

الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم القبول

يرى أصحاب هذا الرأي أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع التي تتعلق بعدم القبول، وذلك استناداً إلى أن هذا الدفع يمنع المحكمة من سماع الدعوى ما دام اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً، حيث يرون- نقداً لأصحاب الرأي الأول- أن اتفاق التحكيم لا يمس الشروط الشكلية التي تتعلق بعدم الاختصاص وإنما تأتي على حق الخصم في

اللجوء إلى القضاء، فاتفق التحكيم لا ينزع من المحكمة اختصاصها بنظر النزاع^(١٨٩) ولكن- مجرد- ينشئ عائقاً مؤقتاً من خلاله يُمنع القضاء من نظر الدعوى ما دام اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً، فالدفع بوجود اتفاق التحكيم يحجب على الخصم سلطته في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحق المتنازع عليه، وهذا الرأي تبناه جمهور الفقه المصري والعربي^(١٩٠).

ولقد نصت المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، فقد اعتبر صريح نص المادة أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر دعواً بعدم القبول. فإذا كان هناك اختلاف بين الفقه والقضاء في مصر على طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، فهذا الخلاف كان موجوداً قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، ولكن بمجرد صدور هذا القانون اتجهت أحكام القضاء إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول^(١٩١).

ولقد اعتنق القضاء الإماراتي نفس الرأي واعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم دعواً بعدم القبول، غير أن القضاء الإماراتي يستخدم مصطلح عدم القبول بمعنى عدم الاختصاص وليس بمعنى عدم القبول بمعناه القانوني، إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه إنكار اختصاص المحاكم بنظر النزاع^(١٩٢).

(١٨٩) أ.د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٢٥.

(١٩٠) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٣، ١٨٢.

أ.د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة دار منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٨، ص ٨٦٤.

د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ص ٢٢٠.

(١٩١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٧٨٨٠ لسنة ٦٦ ق مدني بتاريخ ٢٦/٥/٢٠٠٣.

حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٧٢ ق تجاري بتاريخ ١/٣/٢٠٠٤.

مشار إليهما في أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(١٩٢) تمييز دبي الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢ نوفمبر ٢٠٠٢ ص ٧٧٧.

وإذا كان أصحاب هذا الرأي قد اتفقوا على أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر دفعاُ بعدم القبول، فإنهم اختلفوا في عدم القبول الذي يترتب على وجود اتفاق التحكيم، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص بنظر النزاع من المحكمة وإنما مجرد يمنعها من سماع الدعوى طالما كان اتفاق التحكيم صحيحاً وقائماً، فاتفاق التحكيم يترتب على وجوده عدم قبول الدعوى، ويعتبر هذا الدفع من الدفوع الموضوعية التي يمكن التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى^(١٩٣).

ويرد أصحاب هذا الرأي على القول بأن الدفع باتفاق التحكيم يتعلق بعدم الاختصاص بقولهم أن اتفاق التحكيم لا يتعلق باختصاص المحاكم، فقواعد الاختصاص التي من شأنها توزيع الاختصاص على المحاكم هي التي تُنشئ دفعاُ بعدم الاختصاص، فهذه القواعد وحدها التي تحدد سلطة المحكمة وشروط اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر المنازعات، فإذا ما توافرت شروط اختصاص المحكمة لنظر النزاع انعقد اختصاصها بنظره وإذا لم تتوافر هذه الشروط لم يكن للمحكمة نظر وسماع الدعوى وهذا هو ما يتعلق بشروط قبول الدعاوى، ولا يتعلق اتفاق التحكيم بتوزيع الاختصاص على المحاكم أبداً، وإنما هو مجرد إنكار لحق الخصم في اللجوء إلى القضاء لفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم^(١٩٤).

ولكن يُعاب على هذا الرأي أنه اعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع الموضوعية التي يمكن التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى، وهو ما يتعارض مع طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم حيث استقر الفقه والقضاء على أن هذا الدفع من الدفوع الشكلية الذي يسقط بالكلام في الموضوع، وهذا ما أكدته المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م التي نصت على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

تميز دبي الطعن رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/١/٢٠، العدد ٧ ص ٢٧.

مشار إليهما في د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، مرجع سابق، ٥٣، ٥٤.

(١٩٣) أ.د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٨٦٤.

(١٩٤) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠١٣، ص ٥٢.

وهناك اتجاه آخر يرى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم القبول من ناحية الإجراءات، فالخصم عندما اتفق على وجود اتفاق التحكيم فإنه بذلك قد ارتضى بعرض النزاع على هيئة التحكيم بالإجراءات الخاصة بالتحكيم ويكون قد تنازل عن حقه في الفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم عن طريق القضاء، ويعتبر أصحاب هذا الرأي أن التمسك بهذا النزول دفعاً بعدم القبول من الناحية الإجرائية^(١٩٥).

نقد هذا الاتجاه.

ولقد انتقد جانب من الفقه المصري والفرنسي موقف المشرع المصري من تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه من الدفوع التي تتعلق بعدم القبول، وذلك من أكثر من جانب:-

فمن جانب فإن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول فيه خلط بين الحق في اللجوء إلى القضاء وهو من الحقوق العامة التي لا يجوز النزول عنها، وبين الحق في الدعوى الذي يعتبر وسيلة استخدام الحق في اللجوء إلى القضاء، فالحق في الدعوى حق شخصي يتعلق بالمصلحة الشخصية لكل فرد ويعتبر اتفاق التحكيم لا يمس الحق في الدعوى ذاته وإنما يتعلق بإجراءات الحق في الدعوى^(١٩٦). ومن جانب آخر فإن الدفع بعدم القبول دفع موضوعي يمكن إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى، وهذا يتعارض مع الطبيعة القانونية- المنطق عليها فقهاً وقضاء- للدفع باتفاق التحكيم الذي هو من الدفوع الشكلية ويسقط الحق في التمسك به بالبداية بالكلام في الموضوع.

ومن جانبنا فإنه يمكن القول بأننا نميل إلى الاتجاه الذي يعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع التي تتعلق بعدم القبول، وهنا يعتبر دفع بعدم القبول ذو طبيعة خاصة فهو ذو طبيعة إجرائية وليست موضوعية حتى يتفق مع الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم الذي يعتبر دفع من الدفوع الشكلية الذي يستلزم التمسك به قبل الكلام في الموضوع.

^(١٩٥) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٣.

^(١٩٦) د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٥٦.

لذا يخضع الدفع بوجود اتفاق التحكيم لأحكام الدفع بعدم القبول الإجرائي أي لأحكام الدفع الإجرائية وليس لأحكام الدفع التي تتعلق بالدفع بعدم القبول الموضوعي، وكذلك فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، ذلك أن أساسه اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم فليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ويمكن النزول عنه صراحةً أو ضمناً^(١٩٧).

ونحن نرى أنه وإن كانت المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م^(١٩٨) نصت على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً يتعلق بعدم القبول فإنه يُؤخذ على المشرع المصري هنا اعتناقه تكييفاً للدفع بوجود اتفاق التحكيم يخالف ما نص عليه، حيث اشترطت المادة السابقة ضرورة إبداء الدفع قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وكيفت المادة نفسها الدفع ذاته على أنه دفع بعدم القبول، ولا يتفق مع كونه يتعلق باتفاق التحكيم، كما أنه لا يتفق مع القول بأنه يجب إبداءه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، إذ أن الدفع بعدم القبول قد يتعلق بموضوع الدعوى، ويجوز إبداءه في أي حالة تكون عليها الدعوى، وقد يتعلق بإجراءات الدعوى وهنا لا بد من إبدائه قبل الكلام في الموضوع، لذا فإننا نطلب من المشرع التدخل وتعديل نص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وتحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفعاً من الدفع التي تتعلق بعدم القبول الإجرائي الذي يتعلق بإجراءات الدعوى حتى يتفق مع طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، أو يفعل كما فعل المشرع الفرنسي فإنه قد كيف الدفع بوجود اتفاق التحكيم باعتباره دفعاً بعدم الاختصاص دون تحديد ميعاد معين لإبدائه وترك الأمر للقواعد العامة في قانون المرافعات.

^(١٩٧) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٣، ١٨٤.

^(١٩٨) يمكن القول أنه قد تم الطعن في نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري بعدم الدستورية لأنها تتضمن إلزام محكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق تحكيم وهو بذلك يهدر حق التقاضي لبعض المواطنين مما من شأنه إهدار لمبدأ المساواة، ولكن تم رفض الطعن واستندت المحكمة في ذلك أن نص المادة ١/١٣ استهدف تغليب إرادة المحتكمين الذين يقفون إزاءه على قدم المساواة ولم يكن هناك اخلال بمبدأ المساواة، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥٥ لسنة ٢٠ ق دستورية بتاريخ ١/١٣/٢٠٠٢، مشار إليه في أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق مرجع سابق، ص ١٨٦.

فقد كانت المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م أكثر دقة من الحال في القانون المصري، حيث أعتبر المشرع الفرنسي الدفع بوجود اتفاق التحكيم دعواً بعدم الاختصاص دون أن ينص على ميعاد معين لإبدائه تاركاً ميعاد تقديم الدفع وأثره للقواعد العامة في قانون المرافعات.

الفرع الثالث

سلطات المحكمة إزاء الدفع بوجود اتفاق التحكيم

يترتب على الدفع بوجود اتفاق التحكيم حجب اختصاص المحكمة بنظر النزاع، فالدفع بوجود اتفاق التحكيم يتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم، فعندما تتحقق المحكمة من وجوده فهي تحكم بعدم قبول الدعوى مما يعني التزام الأطراف باتفاق التحكيم باللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات محل هذا الاتفاق.

لذا فإنه يجب على المحكمة إذا ما أُدم إليها دفع بوجود اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى، ويلاحظ هنا أن المحكمة ليست لها سلطة تقديرية في هذا الشأن طالما تحققت من وجود اتفاق تحكيم يتعلق بالنزاع موضوع الدعوى المرفوعة أمامها وكان غير ظاهر البطلان، وطالما كان المدعي قد تمسك بالدفع قبل البدء بالكلام في الموضوع^(١٩٩).

وأساس وجوب المحكمة في الحكم بعدم القبول هنا وعدم تمتعها بالسلطة

التقديرية يرجع إلى:-

أولاً:- صريح نص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والتي جاء نصها كالتالي "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وهو ما يقتضي وجوب الحكم بعدم القبول عند إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمامها.

ثانياً:- صريح نص المادة (٣/٢) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، حيث جاء صريح نص المادة السابقة في فقرته الثالثة كما يلي "٣- على المحكمة في أية دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقاً بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تُحيل

(١٩٩) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٤.

الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أيهما، ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ"، مما يُستفاد من ذلك أنه يجب على المحكمة الحكم بعدم القبول عند عرض نزاع يتعلق باتفاق التحكيم وتمسك المدعي بالدفع في ميعاده المحدد له وكان هذا الاتفاق صحيحاً وقائماً، فالمحكمة هنا لا تملك رفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة عندما تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم صحيح وقائم فإنها لا تُحيل الدعوى إلى هيئة التحكيم للفصل في النزاع، ذلك أن المحكمة عندما تحكم بعدم القبول فهي لا تحكم بالإحالة وإنما تحكم بهذه الإحالة إذا كان حكمها بعدم اختصاصها بنظر النزاع عندئذٍ عليها أن تُحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظرها، وإنما عندما تحكم بعدم القبول فإن سلطة المحكمة تنتهي عند هذا الحد، وذلك تطبيقاً لنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، وإن كانت المادة (٣/٢) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م قد تضمنت أن المحكمة التي يُرفع إليها نزاع به اتفاق تحكيم أن تُحيل الدعوى إلى التحكيم، يمكن القول أن مضمون هذا النص لا يعني الإحالة بمعناها الفني الدقيق وإنما المقصود منه عدم نظر النزاع من قبل المحكمة المعروض عليها ويتضمن اتفاق تحكيم صحيح وقائم.

ويُثار تساؤل هام هنا، وهو هل تملك المحكمة نظر صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم عند الدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم؟ أم أن المحكمة لا تملك التعرض لصحة اتفاق التحكيم فتحكم بعدم قبول الدعوى بمجرد الدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم؟

الإجابة على هذا التساؤل انتابها الكثير من الاختلافات بين الفقهاء، وهذا الاختلاف ظهر بين الفقهاء نتيجة عدم تضمين أي نص من النصوص التي تمنح الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم النص صراحةً على سلطة المحكمة في نظر صحة اتفاق التحكيم من عدمه.

ويمكن القول أن الفقيه الفرنسي مونتولييسكي قد اكتفى بغل يد المحكمة في نظر النزاع على وجود اتفاق التحكيم، فقد علق سلطة المحكمة في نظر النزاع المطروح على وجود اتفاق التحكيم، دون أن يوضح سلطة المحكمة في التحقق من وجود اتفاق التحكيم، وهل تملك النظر في صحة اتفاق التحكيم من عدمه أم لا^(٢٠٠)، ولكن لا يعني

(200) Motulisky, JCP. 1954, 1.1194 et 1957, 1.1383., visé à Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

سكوت الفقيه مونتوليسكي عن توضيح ذلك غل يد المحكمة في الفصل في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، وكذلك النظر في صحة هذا الاتفاق من عدمه، فالسكوت هنا يجب ألا يفهم منه أن الفقيه أراد منع المحكمة من مباشرة هذا الاختصاص.

وذهب رأي آخر - وهو جانب من الفقه المصري - إلى القول بالتزام المحكمة بالحكم بعدم قبول الدعوى بمجرد إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، فيرى أصحاب هذا الرأي أن المحكمة لا تملك سلطة تقديرية في الحكم بعدم القبول ما دامت قد تحققت من وجود اتفاق التحكيم وكان هذا الاتفاق غير ظاهر البطلان، وكان قد تمسك المدعى عليه في الدعوى بالدفع قبل الكلام في الموضوع، ويستند هذا الرأي إلى صريح نص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م التي نصت على وجوب الحكم بعدم القبول من قبل المحكمة المعروض أمامها نزاع يتعلق به اتفاق تحكيم^(٢٠١).

فقد أخذت أحكام القضاء بما جاء في صريح نص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري، بأن القيد الوحيد لسلطة المحكمة عند الدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم ألا يكون اتفاق التحكيم غير ظاهر البطلان فاذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان تقضي بعدم قبول الدفع وينعقد اختصاصها بنظر النزاع المطروح^(٢٠٢)، ويتفق هذا الرأي - أيضاً - مع صريح نص المادة (١٤٤٨) من قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م، حيث استخدم المشرع هنا تعبير يجب على المحكمة (celle-ci doit se déclarer incompétente) وأن المحكمة لا تملك سلطة تقديرية عند تحققها من وجود اتفاق التحكيم.

ونحن نرى أن نظر المحكمة في صحة اتفاق التحكيم من عدمه يعتبر من المسائل الهامة التي لا بد من نظرها والتحقق منها، لأنه يترتب على صحته قبول الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وبناءً عليه يترتب على ذلك حرمان المدعى من حق من حقوقه الأساسية وهي اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات، وإن كان هذا المنع قد أتى بناءً على رضاه وموافقته بذلك فلا بد أن يكون هذا الاتفاق قد تم صحيحاً حتى ينتج أثره، لأن

(٢٠١) أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٤.

د. محمود مصطفى يونس، حجية أحكام المحكمة ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مجلة الحق العدد الحادي عشر مارس ٢٠٠٦، ص ١٥٢.

(202) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118.

عدم وجود اتفاق التحكيم أو وجود ولكنه باطلاً يترتب عليه رفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم وحقها في الفصل في النزاع المطروح أمامها، لذا يمكن القول بأنه لا يوجد ما يمنع - من الناحية القانونية والمنطقية - من اختصاص المحكمة بالفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن أي عقد.

وخاصةً أنه كانت المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري تتضمن فقرة ثالثة تنص على حق المحكمة في الحكم برفض الدفع في حالة ما إذا توصلت الى بطلان اتفاق التحكيم، وقد تم حذف هذا النص من القانون، ونحن نرى أن حذف هذا النص من القانون لا يؤثر على اختصاص المحكمة بذلك فهذا الاختصاص معلوم بالضرورة، فالمحكمة عند إبداء أي دفع أمامها يجب عليها التصدي والتعرض له، فما بالك بأهمية وقيمة الدفع بوجود اتفاق التحكيم الذي يترتب عليه سلب اختصاص المحكمة بنظر النزاع.

وقد علق الفقه المصري على هذا الحذف بأن حذف المشرع للفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري لا يُغير من الأمر شيء، لأن مناط الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم بعدم قبول الدعوى هو وجود اتفاق التحكيم صحيحاً وليس مجرد الوجود المادي لمحرر يتضمن مثل هذا الاتفاق، وأن القاضي لا يتخلى عن التصدي لموضوع النزاع المطروح عليه إلا إذا تبين له أن اتفاق التحكيم صحيح ومنتج لآثاره، وكان هذا الاتفاق صالح لتشكيل هيئة التحكيم، أما إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً فإنه يكون له رفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم والتصدي لنظر النزاع، وفي هذه الحالة لا يجوز التذرع بنص المادة (٢٢) من قانون التحكيم والتي تمنح المحكم الفصل في اختصاصه وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص إذ الأمر في هذه الحالة لا يتعلق باختصاص المحكمة حتى يرجع إليه، بل الأمر يتعلق باختصاص المحكمة وسلطتها في الفصل في النزاع، وهو لا يسلب اختصاص القاضي سلطته في الفصل في اختصاصه^(٢٠٣).

ويمكن تأسيس سلطة المحكمة في هذه الحالة على أساس أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وبالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاق التحكيم مما يجعله باطلاً، ويعتبر في حكم عدم المحل كونه

(٢٠٣) أ.د. مختار بربري، الاثر المانع لاتفاق التحكيم ١٩٩٧، ص ١٢٤.

مستحيلاً في ذاته، وأنه إذا لم يكن محله معيّنًا بذاته، وجب تعيينه بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً، ويكفي أن يكون معيّنًا بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره، وفي كل الأحوال يتعين ألا يخالف محل اتفاق التحكيم النظام العام أو الآداب العامة للمجتمع، فتصدي المحكمة للتحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته - بناءً على الدفع بوجود اتفاق التحكيم - يعتبر من الحقوق الطبيعية للمحكمة التي لا تحتاج إلى توضيح. وتجدر الإشارة إلى أن هناك تفرقة بين النظر في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، وتعرض المحكمة لصحة أو بطلان اتفاق التحكيم، ذلك أن وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم - انعدام اتفاق التحكيم - أمر يتعلق بتوافر أركان اتفاق التحكيم من رضا ومحل وسبب - كما سبق وأن ذكرنا - أو عدم توافرها، فإذا توافرت أركان اتفاق التحكيم كان الاتفاق موجوداً وعدم توافرها يترتب عليه عدم وجود اتفاق التحكيم.

أما التعرض لصحة أو بطلان اتفاق التحكيم فهو أمر يتعلق بتوافر شروط صحة اتفاق التحكيم، فإذا توافرت هذه الشروط كان الاتفاق موجوداً وصحيحاً أما إذا لم تتوافر شروط صحة اتفاق التحكيم فيترتب على ذلك بطلان اتفاق التحكيم.

ونحن نرى أنه على المحكمة عند الدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم بحث وجود اتفاق التحكيم من عدمه، ولا تقتصر عند هذا الحد وإنما عليها التعرض للتحقق من صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، فيجب عليها التحقق من توافر شروط صحة اتفاق التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام في المجتمع، فالتعرض لاتفاق التحكيم يجب أن يكون من ناحية الوجود الفعلي لاتفاق التحكيم وكذلك من ناحية الوجود القانوني له.

هذا ما نرجو أن يكون عليه العمل ولكن يجري دور المحكمة عندما يتم الدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم في دعوى تتعلق بعقد إداري - أو غيره - على البحث عن وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم فقط ويقتصر دورها عند هذا الحد وأثر ذلك على اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر النزاع، دون أن يكون لها الحق في الحكم بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه^(٢٠٤).

(204) Motulisky, JCP. 1954, 1.1194 et 1957, 1.1383, visé à, Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

الخاتمة والتوصيات.

تناولنا في دراستنا هذه مفهوم العقد الإداري وما يتميز به هذا العقد عن غيره من العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، وبيننا العناصر الواجب توافرها في العقد حتي يعتبر عقداً إدارياً، وهذه العناصر تتمثل في أن يكون العقد مبرم من إحدى الجهات الإدارية وكذلك يكون العقد متعلقاً بأحد المرافق العامة سواء من حيث الإنشاء أو الإدارة لأحد المرافق العامة، ولكن كل هذا لا بد من أن يتوافر معه أن تكون الإدارة متعاقدة في هذا العقد بصفقتها تتمتع بسلطات عامة ويظهر ذلك في تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوف توажدها في عقود القانون الخاص.

ثم تناولنا بعد ذلك الاختلافات الكثيرة التي ظهرت حول مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم، ومدى جواز لجوء أطراف العقد الإداري لطريق التحكيم للفصل في المنازعات التي تنشأ وتتعلق بالعقد الإداري، ورأينا أن هذه الاختلافات ظلت موجودة حتى بعد صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م حتى تدخل المشرع بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م وعدل وأضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم ما يفيد صحة لجوء الأطراف إلى التحكيم في العقود الإدارية للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ولكن قيد ذلك بضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية.

وتناولنا - أيضاً - مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في فرنسا وأساس هذا المبدأ وكذلك الاستثناءات التي وردت على هذا المبدأ حتى صدور قانون ١٩ أغسطس لسنة ١٩٨٦م والذي بمقتضاه أجاز القانون لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم - استثناءً - على نص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الجديد، وذلك بالشروط التي أوردها هذا القانون والتي تتمثل في الآتي:-

الشرط الأول:- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية وأن يكون دولياً فلا يجوز هذا الاستثناء مع عقد إداري مبرم مع شركة وطنية.

الشرط الثاني:- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع عام.

ثم تعرضنا لاتفاق التحكيم الذي يعتبر المصدر الأساسي للتحكيم ومفهوم هذا الاتفاق في العقود الإدارية وما يتميز به اتفاق التحكيم والصور التي يمكن أن يأتي بها اتفاق التحكيم، إلى جانب ذلك تناولنا نطاق اتفاق التحكيم سواء كان النطاق الشخصي أو النطاق الموضوعي، وما يترتب على وجود اتفاق تحكيم صحيحاً وقائماً من نتائج خطيرة أهمها سلب اختصاص المحكمة من نظر المنازعات التي تنشأ نتيجة العقد الإداري وتكون محلاً لاتفاق التحكيم.

ثم تعرضنا بعد ذلك للدفع بوجود اتفاق التحكيم من حيث مفهومه والوقت اللازم لإيدائه حتى يمكن قبول هذا الدفع، وتعرضنا للاختلافات الكبيرة التي ثارت حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وتناولنا الاتجاهين الهامين في هذا الصدد حيث ذهب الاتجاه الأول إلى القول بأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص، أما الاتجاه الآخر ذهب إلى القول بأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من الدفوع التي تتعلق بعدم القبول، ورأينا أن نص المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م أكد على أن هذا الدفع يعتبر من الدفوع التي تتعلق بعدم القبول، وأيدنا ذلك واعتبرنا أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يعتبر من الدفوع التي تتعلق بعدم القبول الإجرائي حتى يتمشى مع طبيعة هذا الدفع.

وأخيراً تعرضنا للسلطات التي تتمتع بها المحكمة عند الدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم، وانتهينا إلى أن من حق المحكمة التعرض لبحث صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم المدفوع بوجوده أمام المحكمة باعتبار أن هذه المسألة من البديهيات التي لا بد للمحكمة التمتع بها، لأنه يترتب على صحة اتفاق التحكيم وقبول الدفع سلب اختصاص المحكمة لنظر المنازعات التي تكون محلاً لاتفاق التحكيم.

وفي نهاية دراستنا توصلنا إلى بعض التوصيات الهامة التي تساهم في تحقيق النتائج الجيدة وكذلك ازدياد تدفق الاستثمار الأجنبي في الاقتصاد القومي، وأهم هذه النتائج ما يلي:-

أولاً:- تضمين القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م والذي يتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة مواداً أكثر عن التعاقد الإلكتروني، فإذا كان هذا القانون يتضمن

نص المادة (٨٤) والتي تتعلق بضرورة اتخاذ إجراءات التعاقد الإلكتروني في حالة توافرها ولكن يجب على نصوص القانون توضيح كافة الإجراءات الخاصة بالتعاقد الإلكتروني، وكذلك النص على ضرورة اتخاذها طالما توافرت الإمكانيات اللازمة لإبرامه، فلا يمكن تصور- في عصرنا الحالي- وجود مثل هذا التطور التكنولوجي ولا يتم إبرام العقود الإدارية عن طريق التعاقد الإلكتروني.

ثانياً:- على الجهات المعنية توفير كافة الإمكانيات اللازمة لسهولة إبرام التعاقدات عن طريق التعاقد الإلكتروني، وكذلك- نظراً لما تتمتع به العقود الإدارية من أهمية وما يترتب عليها من نتائج خطيرة- يجب على هذه الجهات تأمين مثل هذه التعاقدات التي تتم عن طريق التعاقدات الإلكترونية خوفاً من اختراقها وتغيير مضمونها.

ثالثاً:- وضع قانون خاص ينظم للأفراد الحق في اللجوء إلى التحكيم للفصل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وذلك من حيث تحديد وتوضيح شروط تطبيق التحكيم على العقود الإدارية والإجراءات الواجب اتباعها لذلك.

رابعاً:- يجب أن تتفق أحكام هذا القانون مع الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية واختلافها عن الطبيعة القانونية للعقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، ويجب أن تحاول أحكام هذا القانون التوفيق بين سيادة الدولة ومدى تطبيق أحكام التحكيم على العقود الإدارية.

خامساً:- لقد أحسن المشرع صنعاً بالتدخل وأجاز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية- مع تقييد ذلك بشروط- وذلك بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م، وذلك بأن تم إضافة فقرة جديدة إلى نص المادة الأولى والتي جرى نصها كالتالي "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك" وبهذا النص قد حسم المشرع المصري الخلاف وأكد على صحة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.

سادساً:- تعديل نص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث اعتبر نص المادة الدفع بوجود التحكيم دعواً يتعلق بعدم القبول، فإنه

يُؤخذ على المشرع المصري هنا اعتناقه تكييفاً للدفع بوجود اتفاق التحكيم يُخالف ما نص عليه، حيث اشترطت المادة السابقة ضرورة إبداء الدفع قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وكيفت المادة نفسها الدفع ذاته على أنه دفع بعدم القبول، ولا يتمشى مع كونه يتعلق باتفاق التحكيم، كما أنه لا يتمشى مع القول بأنه يجب إبدائه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، إذ الدفع بعدم القبول قد يتعلق بموضوع الدعوى، ويجوز إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى، وقد يتعلق بإجراءات الدعوى وهنا لا بد من إبدائه قبل الكلام في الموضوع، لذا فإننا نطلب من المشرع التدخل وتعديل نص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري وتحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دعواً من الدفوع التي تتعلق بعدم القبول الإجرائي الذي يتعلق بإجراءات الدعوى حتى يتفق مع طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، أو يفعل كما فعل المشرع الفرنسي فإنه قد كيف الدفع بوجود اتفاق التحكيم باعتباره دعواً بعدم الاختصاص دون تحديد ميعاد معين لإبدائه وترك الأمر للقواعد العامة في قانون المرافعات، فقد كانت المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات الفرنسي رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م أكثر دقة من الحال في القانون المصري، حيث أعتبر المشرع الفرنسي الدفع بوجود اتفاق التحكيم دعواً بعدم الاختصاص دون نص على ميعاد إبدائه تاركاً ميعاد إبداء الدفع وأثره للقواعد العامة في قانون المرافعات.

سابعاً:- التدخل- أيضاً- وإضافة الفقرة المحذوفة من المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والتي كانت تتضمن اختصاص المحكمة للتعرض لبحث صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمامها، فإنه وإن كان التصدي لبحث ونظر صحة اتفاق التحكيم من عدمه أمراً بديهياً ولا يحتاج إلى نص يقرره، إلا أن وجود النص يمنع وجود الاختلاف بين الفقهاء وتوحيد أحكام القضاء، خاصةً وقد كانت المادة (١٣) تتضمن مثل هذا النص، فوجود الحق وتقريره بناءً على نص قانوني يجعل الحق أقوى ويمنع وجود الخلاف والتضارب في الآراء.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية.

- ١- القواميس والمعاجم.
 - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار بيروت للطبع والنشر ١٩٥٦م.
 - القاموس المحيط، الجزء الرابع.
- ٢- الكتب العامة.
 - أ.د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة دار منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٨م.
 - أ.د. أنس جعفر، النشاط الإداري، دار النهضة العربية عام ٢٠١٧م.
 - أ.د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية عام ٢٠١٦م.
 - أ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية عام ٢٠١٩م.
 - أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة- الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي القاهرة عام ١٩٧٥م.
 - أ.د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول.
 - د. عبد العظيم عبد السلام، القانون الإداري- التنظيم الإداري، الكتاب الأول عام ١٩٩٩م.
 - د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية ٢٠٠٧م.
 - أ.د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ١٩٨٠م.
 - أ.د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، جامعة بنها، عام ١٩٩٨م.
 - أ.د. محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري "المرفق العامة"، دار المعارف القاهرة عام ١٩٨١م.
- ٣- الكتب المتخصصة.
 - د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم "مفهومه وأركانه وشروطه ونطاقه"، دار النهضة العربية عام ٢٠١٣م.
 - أ.د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية عام ٢٠١٣م.
 - أ.د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، بدون دار نشر، طبعة عام ٢٠٠٧م.
 - د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، بدون دار نشر، عام ٢٠٠٣م.
 - د. أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم "اتفاق التحكيم إجراءات الخصومة والحكم فيها"، بدون دار نشر، عام ٢٠٠٧م.
 - أ.د. أحمد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الرابعة عام ٢٠١٤م.

- د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية عام ٢٠٠٤م.
- د. أحمد الغندور التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٩٨م.
- د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى عام ١٩٩٦م.
- د. أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديد عام ٢٠٠٨م.
- د. أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة عام ٢٠١٣م.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية عام ٢٠١٢م.
- أ.د. اسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية عام ٢٠٠٤م.
- د. زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٨١م.
- أ.د. سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية عام ٢٠٠٧م.
- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية عام ١٩٩٨م.
- د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٧٣م.
- د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي "دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي مقارناً بالقانون الفرنسي الجديد والمعدل بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ والقانون المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وقوانين دول مجلس التعاون ومعظم القوانين العربية الأخرى وبعض القوانين الأوروبية".
- د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري دار النهضة العربية عام ١٩٩٢م.
- علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية عام ٢٠٠٠م.
- أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى دار منشأة المعارف بالإسكندرية عام ٢٠٠٧م.
- أ.د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية عام ١٩٩٧م.

- د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية عام ١٩٩٨م.
- د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية عام ٢٠٠٩م.
- د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي عام ١٩٩٠م.
- أ.د. مختار بري، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، بدون دار نشر، عام ١٩٩٧م.
- د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون دار نشر، عام ١٩٩٨م.
- د. بسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، بدون دار نشر، عام ٢٠٠٥م.
- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الأولى عام ١٩٩٦م.
- د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، دار منشأة المعارف عام ١٩٨١م.
- ٤ - المقالات.
- أ.د. أسامة عطوط، الأصول القانونية لصياغة شرط ومشاركة التحكيم الضوابط القانونية لصياغة طلب التحكيم وحكم التحكيم، ٢٠١١ (الإسكندرية: مؤتمر التحكيم في منازعات الاستثمار وعقود التجارة الدولية، ٥/٢٠١١).
- د. إسماعيل سليم، موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم في العقد الإداري - مجلة التحكيم العربية، العدد الـ ٢٥ ديسمبر ٢٠١٥م.
- د. أكثم أمين الحولي، بدء التحكيم وسيره طبقاً لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، مؤتمر التحكيم التجاري المنعقد في دبي في الفترة من ٢٨، ٢٩ مايو ١٩٩٥م.
- د. برهام عطا الله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم في القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بحث في مؤتمر حول قانون التحكيم الجديد، بتاريخ ١٢، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤م.
- د. رولا نائل سلامة، التحكيم في العقود الإدارية، مقال في مجلة علوم الشريعة والقانون المجلد ٤٤ العدد ٣ عام ٢٠١٧م.
- أ.د. سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدأؤه قبل سائر الدفع، مجلة المحاماة السنة ٤١ سنة ١٩٦١م العدد ٨.
- د. محمود مصطفى يونس، حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مجلة الحق العدد الحادي عشر مارس ٢٠٠٦م.

ثانياً: - المراجع باللغة الفرنسية.

- André de laubadère, vedel, droit adminstratif.
- A. SIALI, *Le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage*, Th.,Bourgogne, 1998.
- Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER, «Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage», Rev. Arb. 1994.
- Betti «Per una classificazione degli atti processuali di parte» in Riv. dir. proc. civ. 1928.
- Carnelutti: Sistema del diritto processuale civile t.2.no 420.
- Ch. JARROSSON, «L'arbitrage en droit public», AJDA 1997.
- E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1er éd., t. II, Paris, 1888,; 2e éd., t. II, Paris, 1896.
- Francesco CARNELUTTI «Sistema di diritto processuale civile» tome 2. n° 416.; CHIOVENDA «Principii di diritto
- Jean-Hubert MONITRY, «arbitrage international et droit de la concurrence de la LEX MERCATORIA, Rev. D'arbitrage, 1989.
- Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile».
- J.M.Auby «l'arbitrage en matière administrative» A.J.D.A ,1955.
- (R)Chapus: Droit administratif.T.I, Montchrestien ,1996.
- L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2002.
- Motulisky, JCP. 1954, 1.1194 et 1957, 1.1383., visé à Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile».
- M. STORME, «L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé», Rev. 1978.
- Pierre JULLIEN et Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé»L.G.D.J., éd. 2001.
- Victot Haim «le choix du juge dans le contentieux des contrats administratif A.J.D.A.20 ,mai 1992.
- Conseil D'Etat- 8/7/ 1959 .
- Conseil D'Etat-31/12/1957.