

التحكيم في العقود الإدارية
ودورة في تسوية منازعات الاستثمار

بحث مقدم من

الباحث/ حسام عبدالحليم محمد عيسى

إلى المؤتمر العلمي الثاني بعنوان

"القانون والاستثمار"

تحت رعاية

كلية الحقوق جامعة طنطا

في الفترة من (29 - 30 ابريل 2015)

المقدمة

أن تحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المستثمرة من خلال تنظيمها ضمن إطار تشريعي واتفاقي بصورة منظمة ودقيقة فإن ذلك لا يكفي لطمأنة المستثمرين وتشجيعهم للاستثمار فيها ، فلا بد من وجود وسائل تحمي تلك الحقوق في حالة الإخلال بها .

وفي الآونة الأخيرة إزداد الاهتمام بالتحكيم على الصعيد المحلي, فعقدت ندوات حول التحكيم تناولت بالبحث والمناقشة خصائصه ومزاياه, وأود في هذا المقال أن أسلط بعض الضوء على التحكيم كوسيلة من وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية نظراً لأن هذه العقود تعتبر إحدى وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية, نظراً لأن هذه العقود تعتبر إحدى وسائل الدولة في تنفيذ مشروعاتها وبرامجها الإنمائية

وبالرغم من التعاون المتبادل بين الدولة المستثمرة والمستثمرين على تحديد تلك الحقوق والالتزامات من حيث النطاق أو المضمون ، إلا أنه قد يحصل تنازع بين الطرفين في المضمون الدقيق للحقوق التي يتمتع بها المستثمر والالتزامات المترتبة عليه بسبب أخلاص الدولة المستثمر بالتزاماتها وتعهداتها .

لذلك يسعى المستثمرون الحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية منازعات الاستثمار ، وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، إلا أن التحكيم يعد طريقة مقبولة لتسوية منازعات الاستثمار حيث أنه يعد وسيلة فعالة لحسم منازعات الاستثمار حيث أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال لأن يعد ضمانات إجرائية للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة الجاذبة للاستثمار لأنهم ينظرون الى قضاء تلك الأخيرة نظرة شك وريبة ، فضلاً عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار فهو يأتي منسجماً مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المستثمرة وهذا ما يساعد في الحفاظ على أسرار المستثمرين وتجنب المساس بمركزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري فضلاً عن السرعة التي يتميز بها التحكيم في البت والفصل في النزاع ، فضلاً عن ذلك يتم اللجوء الى التحكيم لما تتمتع به عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة الاستثمار طرفاً في تلك العقود وهذا ما يكون دافعاً للمستثمر لجعل التحكيم ضمانات إجرائية لحماية استثماراته .

وللاحاطة بموضوع التحكيم في عقود الاستثمار سوف تقتصر دراستنا هنا على تناول موضوع التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار تاركين التفاصيل في موضوع التحكيم الى المؤلفات التي تناولت

هذا الموضوع بشكل مفصل ولأجل تسليط الضوء على ذلك سوف نقسم هذا البحث على مبحثين نتناول في المبحث الأول التعريف بالتحكيم أما في الثاني فسنخصصه عن فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار ، ثم خاتمة البحث التي تتضمنها أهم النتائج والتوصيات التي سنتوصل إليها في بحثنا هذا ، وأخيراً نسأل الله سبحانه وتعالى أن يكمل جهدنا المتواضع بالنجاح والتوفيق.

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم

سنحاول في هذا المبحث بيان المقصود بالتحكيم وبيان أشكال الاتفاق عليه فيما إذا كان يتم في اطار شكلي واحد أو أكثر هذا ما سنتناوله في المطالب التالية:

المطلب الاول

تعريف التحكيم

لقد تعددت تعاريف الفقه للتحكيم فهناك من عرفه بأنه ((الطريقة التي يختارها الاطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد والتي يتم البت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه أسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء) ((وعرف أيضاً بأنه)) نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو تمكين أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقاً للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص طبيعيين يختارونهم وعرف أيضاً بأنه : اتفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على اشخاص طبيعيين يختارونهم. وذهب رأي آخر في الفقه بتعريفه بأنه " اتفاق الأطراف المعينة على أخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف"

يتبين من التعريفات المتقدمة أهمية التحكيم باعتباره وسيلة لحسم المنازعات فهو يعتبر اجراء استثنائي يؤدي الى اخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة بناء على اتفاق الاطراف وقد ركزت التعاريف السابقة على الهدف من التحكيم كأساس للتعريف دون بيان فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد يأتي بصورة شرط ضمن بنود العقد أو مشاركة باتفاق مستقل بين الطرفين ، فضلاً عن ذلك نجد ان التعاريف لم تركز على دور مؤسسات التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار وخصوصاً ان اغلب المنازعات الاستثمارية في الوقت الحاضر تحسم عن طريق تلك المؤسسات.

أما بالنسبة للتشريعات فنجد ان قانون المرافعات المصري لم يشر الى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما أجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين .

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أشار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل (في نص المادة) ٤ ف ١ على انه : "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بأرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن ذلك .

أما قانون ضمانات وحوافز الأستثمار المصري فإنه لم يشير إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بأحكام هذا القانون

اما بالنسبة للقانون السعودي فلم يشر قانون التحكيم السعودي المرقم ٤٦ في ١٤٠٣ هـ إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الأتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما/ ١٢/٣ أجاز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين .

أما قانون الاستثمار السعودي فهو أيضا لم يشير إلى تعريف التحكيم. ٨١ لسنة / أما بالنسبة للقانون الفرنسي فلم يشير قانون المرافعات الفرنسي رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١ النافذ إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة أو التي نشأ بينهم بما بعد .

أما بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ مع التعديلات التي أتمتت في سنة ٢٠٠٦ فقد أشار إلى تعريف التحكيم في نص المادة (٢/أ) (منه على أنه التحكيم يعني) أي تحكيم ، سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا .

يتبين لنا من التعريف المتقدم بأنه لم يكن جامعاً ومانعاً لأنه أشار فقط إلى الجهة الإدارية التي من الممكن أن تدير عملية التحكيم سواء تولته مؤسسة خاصة بالتحكيم أو لم يكن عن طريق المؤسسات وهذا ما يسمى بالتحكيم الحر .

أما بالنسبة للأتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم فلم تشير على حد علمنا إلى تعريف التحكيم .

أما على صعيد القضاء فقد جرى تعريف التحكيم من قبل محكمة النقض المصرية بأنه : "طريق لفض الخصومات ، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم.

وأيضاً ذهبت نفس المحكمة في حكم آخر أن التحكيم " طريق استثنائي لفض الخصومات ، وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية"

وأشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى تحديد المقصود بالتحكيم بأنه ((عرض النزاع المعين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين بأختيارها أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة مجرداً من التمايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية وأيضاً عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه ((طريق استثنائي لفض المنازعات ، ويقتصر على ما انصرفت إليه أرادة طرفي التحكيم ، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم.

وبعد تسليط الضوء على تعريف التحكيم يمكن لنا أن نعرف التحكيم بأنه " ضمانة إجرائية لحسم منازعات الأستثمار وطريق استثنائي يلجأ إليه أطراف عقد الأستثمار بناءً على اتفاقهما المتخذ أما شرطاً يرد ضمن بنود عقد الأستثمار قبل نشوء النزاع أو مشاركة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيداً عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة".

المطلب الثاني

أشكال اتفاق التحكيم

لكي يستطيع أطراف عقد الأستثمار اللجوء إلى التحكيم فإن عليهم الاتفاق على ذلك فهو الذي ينقل الفصل في منازعات الأستثمار من يد القضاة العاديين إلى أشخاص آخرين يختارونهم يطلق عليهم المحكمين. لذلك يمكن أن يرد اتفاق التحكيم كشرطاً ضمن نصوص عقد الأستثمار أو في اتفاق مستقلاً عن عقد الأستثمار ويبدو لنا أن لاتفاق التحكيم شكلين هما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

فبالنسبة لشرط التحكيم فهو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد الأستثمار يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه.

أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فهي أي اتفاق بين أطراف العلاقة الأستثمارية في عقد مستقل يتقرر بموجبه عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها يتبين لنا من التعاريف المتقدمة أن شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع.

أما مشاركة التحكيم فأنها تمثل عقد مستقل لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق التحكيم.

أما بالنسبة للقانون العراقي فنجد أن قانون المرافعات العراقي النافذ لم يفرق بين شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم حيث أنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.

لكن نجد أن محكمة تمييز العراق قد أشارت إلى أشكال التحكيم ضمن ثنايا القرار الصادر ١٩٧٥ حيث أشار على ((أن التحكيم/ ٢ /من محكمة التمييز المرقم ٣٦٣ مدنية أولى /٧٤ في القانون نوع واحد حسب المادة ٢٥١ مرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (٢٥٢) المعدلة من قانون المرافعات وبستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه أثناء المرافعة..

وبالتالي يتبين لنا من الحكم أعلاه أن محكمة التمييز أجازت الاتفاق على التحكيم وقت التعاقد أي كشرط يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم, وكذلك أجازت المحكمة أن يكون الاتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه مشاركة التحكيم.

أما القانون المصري فهو أيضاً لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث وضع كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة بحيث جمعهما بمصطلح واحد اسماه اتفاق التحكيم.

إما القانون السعودي فإنه أيضاً لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث جاء بنص عام أجاز فيه الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما أجاز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين.

أما القانون الفرنسي فقد أشار قانون المرافعات النافذ إلى شرط التحكيم في نص المادة ١٤٤٢ (منه على أنه) الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على أحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم.

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع الفرنسي لم يبين المقصود بمشاركة التحكيم ولكنه اشار إلى تعريف اتفاق التحكيم بشكل عام في نص المادة (١٤٤٧) من قانون المرافعات النافذ بأنه "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ هذا النزاع إلى تحكيم شخص أو أشخاص عدة".

ويبدو لنا من نص المادة أعلاه بأن المشرع الفرنسي أراد باتفاق التحكيم هو مشاركة التحكيم نفسه ويمكن استنتاج ذلك من نصوص المواد المتقدمة حيث أشار المشرع الفرنسي في تعريفه لشرط التحكيم على أحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم وبالتالي أراد بذلك أحالة النزاعات التي تحدث مستقبلاً إما بالنسبة لتعريف المشرع لاتفاق التحكيم فإنه أشار على أنه يحال بموجبه أطراف نزاع ناشئ وبالتالي لا يمكن حل النزاع الناشئ إلا عن طريق عقد مستقل يتفق عليه أطراف النزاع بإحالة النزاع الناشئ إلى التحكيم وهذا هو ما يطلق عليه "مشاركة التحكيم".

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فنجد أن اغلب هذه الاتفاقيات قد اشارت إلى شرط ومشاركة التحكيم تحت مصطلح (اتفاق التحكيم).

إما بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ قد أشار إلى تعريف اتفاق التحكيم في نص المادة (٧) منه وأراد بذلك أن يشمل كل من شرط ومشاركة التحكيم.

والجدير بالذكر أن شرط التحكيم أكثر أنتشاراً من مشاركة التحكيم حيث أن حوالي ٨٠ % من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمار. لذلك يتبين أن المستثمرين يسعون جاهدين على إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للاستثمار ولو كان ذلك على حساب عدم أتمام العقد والمثال على ذلك هو عقد (ديزني وورلد) المبرم بين فرنسا وشركة أميركية حيث اشترط المستثمر الأمريكي لغرض أتمام العقد لابد من تضمين عقد الاستثمار شرط يتقرر بموجبه أحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وبعد مفاوضات طويلة قبلت فرنسا بالشرط التحكيمي.

المبحث الثاني

فعالية التحكيم كضمانة إجرائية للمستثمر

تلجأ الدول الجاذبة للاستثمار إلى التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمارات على أراضيها وهو الأمر الذي دفع كثير من الدول أن تدرج في صلب قوانينها المشجعة للاستثمار نصوصاً صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار.

إضافة إلى ذلك سعي المستثمرين أن يدرجوا في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للاستثمار شرطاً يفيد اللجوء إلى التحكيم لما يحققه من فعالية مهمة في حسم منازعات الاستثمار باعتباره وسيلة محايدة ومستقلة ومشجعة مع رغبة المستثمرين.

ويستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبنى العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل باستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار وأيضا اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الأختصاص بالاختصاص) ، فضلاً عن ذلك عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم وهذا ما سنتناوله بالمطالب التالية:

المطلب الأول

استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار

ويقصد بذلك استقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود عقد الاستثمار عن هذا الأخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحته.

وتبين لنا من ذلك أن بطلان عقد الاستثمار لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد والعكس الصحيح أي أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على عقد الاستثمار وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة للمستثمرين في حسم منازعاتهم الاستثمارية ولكن السؤال الذي يطرح هنا ما هو الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار؟

للأجابة على هذا السؤال يمكن القول أن أساس المبدأ المتقدم قد أشارت إليه بعض التشريعات والتي أخذت وبشكل صريح بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار.

فبالنسبة للقانون العراقي لم يشير ضمن نصوص قانون المرافعات النافذ إلى استقلال شرط التحكيم عن

العقد الأصلي.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أشار قانون التحكيم المصري النافذ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في نص المادة (٢٣) منه والتي نصت على أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه ، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

ويتبين لنا من نص المادة أعلاه أن المشرع المصري قد أبرز الفعالية المهمة للتحكيم من خلال استقلال شرط التحكيم مما يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو إنهاء اما بالنسبة للقانون السعودي فإن قانون التحكيم السعودي النافذ لم يتضمن ضمن نصوصه على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصيلي.

أما القانون الفرنسي فلم يشير قانون المرافقات الفرنسي النافذ إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولكن القضاء الفرنسي قد أقر استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهذا الصادر في ما نجده في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية مايو ١٩٦٣ حيث جاء في حيثيات الحكم على أنه " في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية"

الصادرة في (Droga) وقد أشارت المحكمة نفسها إلى المبدأ المتقدم في حكمها في قضية ١٤ ديسمبر ١٩٨٣ حيث جاء فيه بأنه " في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه العقد".

أما القانون الأنكليزي فقد أشار قانون التحكيم الأنكليزي لسنة ١٩٩٦ إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد وذلك بموجب نص المادة (٧) منه.

وقد اشار أيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ إلى استقلال شرط التحكيم في نص المادة (١٦ ف ١) والتي أشارت "...ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم (٣٢) الناقد من أول كانون الثاني (ICC) وكذلك أخذ نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية على أنه " شرط التحكيم يظل باقياً بعد فسخ الدولة للعقد الذي يتضمنه وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ".

وايضا أشار حكم التحكيم الصادر في قضية) **تكساكو** (ضد الحكومة الليبية في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٥ إلى مبدأ أستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

صفوة القول أن أستقلال شرط التحكيم قد أصبح من المبادئ المستقرة بشأن التحكيم التجاري الدولي وهذا ما يؤدي إلى تحقيق فعالية التحكيم كضمانة للمستثمرين وبيعت في نفوسهم الثقة والأطمئنان من خلال تحصين شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس عقد الأستثمار وهذا ما يجعل من التحكيم وسيلة فعالة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود الأستثمار.

المطلب الثاني

أختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الأختصاص بالأختصاص)

يترتب على اتفاق التحكيم التزام أطراف عقد الاستثمار بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين يتم اختيارهم للفصل فيه وذلك بدلا من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع وهذا هو الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم أما الأثر السلبي فيتمثل في أمتناع هؤلاء الأطراف عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني ومنع هذا القضاء الفصل فيها.

ويقصد بمبدأ الأختصاص بالأختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد أختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بأختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً أم لا.

ونتيجة لذلك لو أعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود اتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم فأن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين وهذا ما يؤدي إلى أبراز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الأستثمار من خلال السرعة في حسم المنازعات بعيداً عن طريق الماطلة وأضاعت الوقت.

لكن السؤال الذي يطرح هنا ما هو الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه؟ أن الأجابة على هذا السؤال يمكن القول بأن اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه تستمد أساسها من العديد من المصادر سواء كانت هذه المصادر القوانين الوطنية للعديد من الدول أو الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم وأيضاً أحكام التحكيم نفسها تقرر هذا الاختصاص.

أما القانون المصري فقد أشار قانون التحكيم المصري النافذ في نص المادة (٢٢ ف ١) إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص. أما القانون السعودي فلم يشر قانون التحكيم السعودي النافذ ضمن نصوصه إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص) ، أما القانون الفرنسي فنجد أن قانون المرافعات الفرنسي النافذ قد اشار إلى المبدأ العام المتقدم في نص المادة (١٤٦٦) منه والتي نصت على أنه " إذ نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس ونطاق سلطته القضائية فأن من حق المحكم وحده الفصل في صحة وحدود توليته".

أما القانون الأنكليزي فنجد أن قانون التحكيم الأنكليزي لسنة ١٩٩٦ قد أشار إلى مبدأ الأختصاص بالأختصاص في نص المادة (٩ ف ٤) من القانون. إما بالنسبة للاتفاقيات الدولية المختصة بالتحكيم فقد

أقرت بعض هذه الاتفاقيات مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. لذلك نجد أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ قد أشارت إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نص المادة (٥/ف ٣) من الاتفاقية فقد نصت على أنه " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فإنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته إلا يتخلّى عن القضية ، وهو له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".

يبدو لنا من نص الاتفاقية أعلاه قد أرادت تقرير مبدأ الاختصاص بالأختصاص وجعلته مبدأً إلزامياً على المحكم إذ أوجبت عليه عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه. وأيضاً أشارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ على مبدأ الاختصاص بالأختصاص وذلك في نص المادة (١ /ف ١) من الاتفاقية.

إما بالنسبة لقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ قد أشار إلى مبدأ الاختصاص بالأختصاص وذلك في نص المادة (١٦ /ف ١) حيث أشارت على أنه "يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم...."

وكما في النزاع الذي ثار بين الشركة الوطنية (Gomord) حيث جاء بالحكم الصادر في ١٤ (ElfAquitaine) الإيرانية المسماة) نيوك (والشركة الفرنسية يناير لسنة ١٩٨٢ على أنه " اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه يعتبر مبدأً رئيسياً في مجال التحكيم الدولي ومعترفاً به بواسطة المعاهدات الدولية حول التحكيم والعديد من أحكام التحكيم والفقهاء المتخصصين في قانون التحكيم"

صفوة القول أن "مبدأ الاختصاص بالأختصاص" ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار ويأتي متماشياً مع سرعة الإجراءات التي تعتبر من أسباب اللجوء إلى التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات حيث أن إعطاء فرصة الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء سوف يتعارض مع الميزة التي يتمتع بها التحكيم في السرعة في حسم المنازعات.

وكذلك أن تقرير مبدأ الاختصاص بالأختصاص يقطع الطريق بوجه الطرف الذي يحمل سوء النية والذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم فيما لو أجاز له الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء.

المطلب الثالث

عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها العامة بعدم أهليتها للتحكيم

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن ان تدفع بعدم أهليتها لابرام اتفاق التحكيم حتى تمانع أو تتخلص من اتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت وأن وافقت عليه بأرادتها.

ويذهب رأي في الفقه أن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم اهليتها للتحكيم بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم يعتبر من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي.

وقد أجازت أغلب التشريعات للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفا في اتفاق التحكيم.

أما القانون المصري فنجد أن قانون التحكيم المصري النافذ قد أشار إلى أهلية الدولة والاشخاص المعنوية العامة التابعة لها في إبرام اتفاقات التحكيم وذلك في نص المادة الاولى من هذا القانون.

أما القانون السعودي فأن نظام التحكيم السعودي النافذ قد أشار في نص المادة (٣) منه على أنه "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم".

يتبين لنا من نص المادة أعلاه أن المشرع السعودي لم يجيز في الأصل للدولة أو هيئاتها الحكومية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكنها أستثنت من ذلك في حالة الموافقة من رئيس مجلس الوزراء وأيضا في حالة تعديل الحكم المتقدم بقرار مجلس الوزراء.

إما القانون الفرنسي فلم يشر قانون المرافعات الفرنسي النافذ إلى نص بشأن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم . وبالرغم من أن المادتين (١٠٠٤ و ٨٣) من قانون المرافعات الفرنسي القديم لم يجيز للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم (

إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي قد قرر من دون نص يستند إليه بحصر منع الدولة أو هيئاتها العامة في الاتفاقات التحكيمية الداخلية بحيث لا يمتد المنع للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها إلى الاتفاقات التحكيمية الدولية.

لذلك نجد أن محكمة استئناف باريس قد قررت في حكمها الصادر في ١٣ يونيو سنة والشركة الكويتية للتجارة (ICRITERO) ١٩٩٦ في النزاع الذي نشأ بين الشركة الإيطالية حيث جاء في حيثيات الحكم " إن الحظر الوارد (KFTCIC) والمعاملات الخارجية والاستثمار على الدولة في قبول شرط التحكيم وأي ما كان

السبب الذي يستند إليه يعمل به في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الخطر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي ."

يتبين لنا من الحكم أعلاه أن المحكمة أجازت للدولة وللأشخاص المعنوية التابعة لها اللجوء إلى التحكيم في إطار العقود الدولية لذلك أن المنع المتقدم لا يمتد إلى عقود الأستثمار على اعتبار أن هذه العقود من العقود الدولية وهذا ما معمول به في الوقت الحاضر .

وأشارت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم وهذا ما أشارت إليه نص المادة (٢/١) من الاتفاقية .

وأخذت نفس الاتجاه اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار لسنة ١٩٦٥ وذلك في نص المادة (٢٥) من الاتفاقية فقد أشارت إلى أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم .

يمكن القول أن عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم سوف يجعل من التحكيم ذو فعالية كبيرة لحسم منازعات الاستثمار والوقوف بوجه ماطلة الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها من التمسك ببطلان اتفاق التحكيم للتهرب من اللجوء إليه بحجة أن قانونها الوطني لا يجيز لها التحكيم في عقود الاستثمار وهذا يعد ضماناً مهمة للمستثمرين الذين يتعاقدون مع الدولة الجاذبة للاستثمار أو الأشخاص المعنوية التابعة لها .

وأيضاً الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ وكذلك اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥

الاسترشاد بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ والمعدل في سنة ٢٠٠٦ فنأخذ منه الأحكام الملائمة لنظامنا القانوني مع اجراء بعض التعديلات والاضافات التي تلائم واقع السياسة الاقتصادية في مصر وأخيراً نقترح على المشرع المصري الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم وعلى وجه الخصوص اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية وأيضاً اتفاقية واشنطن لتسوية . منازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥ .

تزايد في الآونة الأخيرة الاهتمام بالتحكيم على الصعيد المحلي, فعقدت ندوات حول التحكيم تناولت بالبحث والمناقشة خصائصه ومزاياه, وأود في هذا المقال أن أسلط بعض الضوء على التحكيم كوسيلة من وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية نظرا لأن هذه العقود تعتبر إحدى وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية, نظرا لأن هذه العقود تعتبر إحدى وسائل الدولة في تنفيذ مشروعاتها وبرامجها الإنمائية. ولعل من المفيد للقارئ غير المتخصص أن نبدأ بتحديد مفهوم العقد الإداري

Administrative Contract. فالعقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا اعتباريا عاما وكان موضوعه متصلا بنشاط مرفق عام وملحوظ فيه سلطة الإدارة العامة أي الحكومية في الإشراف على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بما لها من سلطة عامة ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة. وهو ما يعبر عنه فقهاء القانون الإداري بلجوء الإدارة إلى وسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق والتزامات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها. ومصطلح (العقد الإداري) هو المصطلح السائد في الدول التي تأخذ بمفاهيم النظام القانوني اللاتيني مثل القانون الفرنسي, أما دول النظام القانوني الأنجلو أمريكي فتأخذ بمصطلح (العقد الحكومي) Government Contract. وتختلف فلسفة النظامين حول هذه العقود, ففي النظام القانوني اللاتيني تسمو إرادة الطرف الإداري (أي الحكومي), بينما في النظام الأنجلو أمريكي ليس للطرف الحكومي هذه الميزة, وهناك فوارق أخرى عديدة بين النظامين لسنا هنا بصدد الحديث عنها .

وتتنوع العقود الإدارية إلى أنواع عديدة نذكر منها عقد التوريد, وعقد التوظيف, وعقد الأشغال العامة والتي يكون موضوعها إنشاء الجسور أو الأنفاق أو المطارات أو الموانئ وغير ذلك من الأعمال الإنشائية, وعقد التشغيل والصيانة وعقد استثمار ثروة طبيعية مثل المياه أو النفط أو الغاز أو المعادن, وعقد نقل التكنولوجيا, وغير ذلك من العقود اللازمة لتسيير المرافق العامة وتنفيذ المشروعات والبرامج الإنمائية.

والأصل في العقود الإدارية أن الخلافات الناشئة عن تنفيذها أو تفسيرها تدخل ضمن اختصاص هيئات القضاء الإداري, ففي مصر وفرنسا يختص مجلس الدولة (وهو هيئة قضائية إدارية) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. وفي المملكة العربية السعودية يختص ديوان المظالم كهيئة قضاء إداري بالفصل في العقود التي تكون الحكومة أو أحد الشخصيات المعنوية العامة طرفا فيها سواء أكانت هذه العقود إدارية أم غير إدارية .

واختلفت اتجاهات الأنظمة القانونية حيال مشروعية اللجوء إلى التحكيم في الفصل في منازعات العقود الإدارية, ففي مصر ثار خلاف كبير في الفقه والقضاء حول مشروعية التحكيم في منازعات هذه

العقود إلى أن تدخل المشروع للقانون رقم 1997/9 الذي أجاز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية شريطة أن يكون هذا الاتفاق قد تم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك .

أما في فرنسا فقد كان محظورا اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلا أن هذا الوضع قد تعدل بموجب قانون صدر في عام 1986 حيث اقتصر حظر التحكيم في العقود الداخلية مع بعض الاستثناءات وأجاز التحكيم بشروط معينة في العقود الإدارية الدولية أي العقود التي تبرم مع مؤسسات وشركات أجنبية . ومن نافلة القول إن التحكيم هو إحدى الوسائل التي تساعد على تشجيع أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الدول التي تسعى لجذب الأموال الأجنبية للاستثمار على أرضها. لأن المستثمر الأجنبي يفضل عادة أسلوب التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات لأنه يتوجس خيفة من انحياز القضاء الوطني لدولته ويرى في التحكيم وسيلة محايدة تدعو إلى الطمأنينة. ولعل أكثر عقود الدولة في دول العام الثالث أخذاً بأسلوب التحكيم كوسيلة لفض المنازعات هي عقود استثمار الثروات الطبيعية كالنفط والغاز والمعادن , وعقود الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية المعروفة اختصاراً باسم B.O.T ولقد استقرت أحكام هيئات التحكيم الدولية على أن الدولة التي تقبل بشرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع أطراف أجنبية لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم لأن الدولة بقبولها شرط التحكيم تكون قد تنازلت عن حصانتها ومن ثم فإنه لا يمكن بعد قبول شرط التحكيم وعند بدء إجراءاته أن تدفع الدولة ببرد دعوى التحكيم استناداً إلى حصانتها القضائية لأن هذا يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية, وهو من المبادئ المستقرة في المعاملات الدولية, يضاف إلى ذلك أن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم مع طرف أجنبي بذريعة الحصانة القضائية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الجهات الحكومية ويجعل المستثمرين الأجانب يمتنعون عن الاستثمار في الدولة التي لا تحترم تعهداتها.

ومن ناحية أخرى فقد استقرت قاعدة في الفقه والقضاء الدوليين مفادها أن شرط التحكيم يبقى سارياً وناظراً بعد إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة. وقد أكدت هذه القاعدة اتفاقية واشنطن المبرمة سنة 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى, حيث نصت المادة 25 من هذه الاتفاقية على أنه إذا اتفق الأطراف على التحكيم فلا يجوز لأي طرف أن يسحب موافقته منفرداً, يضاف إلى ذلك أن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 وتاريخ 1962/12/21, نص على أنه مع

التسليم بالسيادة الدائمة للشعوب والأمم على مواردها الطبيعية فإنه يجب التأكيد على التزام الدول باحترام اتفاقيات التحكيم .

ولما كان شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد ملزما لطرفيه , فإنه من الأفضل للجهة الحكومية ألا تلتزم مسبقا بهذا الالتزام وإنما تترك موضوع الاتفاق على التحكيم إلى المستقبل أي بعد نشوب النزاع, فإن قدرت حينئذ أن المصلحة العامة تستوجب اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع أبرمت مع الطرف المتعاقد اتفاقا مستقلا بشأن التحكيم يسمى في المصطلح القانوني باسم (مشاركة التحكيم) تمييزا له عن (شرط التحكيم) الذي يرد في صلب العقد.