جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعـــة ميسان
كلية القانون

المركز القانوني للمحكم
في منازعات العقود الإدارية الدولية

رسالة تقدم بها الطالب

عبد الرضا ياسر غيلان

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف الأستاذ الدكتور

صادق زغير محيسن

١٤٤٢ هـ ٢٠٢٠ م

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء: الآية ٦٥

الإهداء ...

عندما تلتفت إلى الوراء ...
نرى ذلك الكمّ الهائل من المروءة ...
رغم أكداس المآسي المتلونة بأقواس قزح الباطلة؛
يسطعّ نور الحق وفرعهُ...
الذي يحمل راية الأخوة بكفين مقطوعين عن الجسد؛
ومتصلين بالحقيقة ...
أبا الفضل .. لا ينبغي لمدعي أخوة بعده .

سيدي يا من حملت لواء الإباء، وحاميت عن العدالة ..
إليك أهدي جهدي المتواضع ...

الباحث

شكر وعرفان ...

الحمد لله الذي تتم بفضله الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم النبيين والرسالات، محمد وآله الطيبين الطاهرين.
أتقدم بأسمى معاني الشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور (صادق زغير محيسن) الذي تفضل بالإشراف على رسالتي، وأشكره على كافة مجهوداته وتوجيهاته القيّمة طيلة مدة إنجاز هذا العمل، فجزاه الله عني خيراً، وأتوجه بالشكر والعرفان إلى السيد عميد كلية القانون الأستاذ الدكتور عامر زغير محيسن والسادة المعاونين كل من الاستاذ الدكتور حسنين ضياء الموسوي والاستاذ الدكتور أياد حميد أبراهيم وإلى السيد رئيس قسم القانون العام الدكتور محمد سلمان محمود لمجهوداته الرائعة في ظل جائحة كورونا، والى جميع أساتذتي في المرحلة التحضيرية، كما أتوجه بالشكر والعرفان إلى السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم الإشراف على مناقشة الرسالة، ولا يفوتني أن أشكر الدكتور ماجد مجباس لمساعدته إياي في إنجاز هذا العمل، وشكري الكبير إلى جميع أساتذة كلية القانون – جامعة ميسان.
والشكر موصول إلى جميع الكوادر العاملة في المكتبات العراقية والعربية واخص بالذكر كادر مكتبة كلية القانون – جامعة ميسان وكادر مكتبة المديرية العامة للمنتوجات النفطية في ميسان على ما قدموه من مساعدة في توفير المصادر العلمية، والشكر والامتنان لكل من مد لي يد العون وشجعني لإكمال مسيرتي العلمية، أهلي، أصدقائي، زملاء دفعتي الأعزاء، شكراً جزيلاً لكم ...

الباحث

الملخص

أثارت مسألة جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد اشخاصها المعنوية العامة مع المتعاقد الاجنبي لتحقيق النمو الاقتصادي وجذب رؤوس الاموال الاجنبية تردداً تشريعياً، لان المبدأ الاساسي كان يحظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية، الا انه وبفعل المشاكل القانونية والعملية قد اجاز اللجوء إلى التحكيم، وأعقبه جدلاً فقهياً لما للتحكيم في العقود الإدارية الدولية من تعارض مع سيادة الدولة واعتداء على اختصاص القضاء الإداري وتعارضه مع الأسس والمبادئ التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية وتعارضه مع فكرة النظام العام وعدم عدالة المحكمين، وصاحبه تباين في احكام القضاء، حيث كان هناك موقف متشدد متمثلٌ في موقف مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر، وهناك موقف يسمح باللجوء إلى التحكيم يمثله موقف القضاء العادي. ولكن سرعان ما تحولت تلك الافكار الرافضة للتحكيم إلى افكار داعمة له من خلال صدور العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة له.

ويمكن القول بأن عصب عملية التحكيم هو المحكم الذي يستمد اختصاصه من أتفاق التحكيم لذا يجب ان يكون متمكنا من أدواته للوصول إلى حكم فاصل لفض النزاع، والمحكم هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يختاره الأطراف بإرادتهم ويتمتع بثقتهم يتولى سلطة الفصل في نزاع معين بحكم ملزم، ويتميز المحكم عن غيره كالقاضي والخبير والوكيل والموفق والمصالح والوسيط، والمحكم أما أن يكون محكماً بالقضاء أو محكماً بالصلح، ويتم اختيار المحكم بطرق محددة يتصدرها مبدأ سلطان الإرادة ووفق شروط معينة، وقد كان هناك انقسامٌ بين النظريات الفقهية حول طبيعة عمل المحكم ما بين النظريات الاحادية والنظريات الثنائية، حيث يرى بعض من انصار النظريات الاحادية ان عمل المحكم ذو طبيعة تعاقدية، ويرى البعض الآخر أن عمله ذو طبيعة قضائية، بينما يرى بعض انصار النظريات الثنائية أن عمل المحكم ذو طبيعة مختلطة، ويرى البعض الآخر أنها ذو طبيعة مستقله، كما يتمتع المحكم بسلطات إجرائية سواء كانت قبل السير بإجراءات التحكيم أو إثنائها وله كذلك سلطه باتخاذ تدابير مؤقتة وإجراءات تحفظية أو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وكذلك سلطات موضوعية للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة باعتباره القانون الأوثق صلة بقانون العقد وهو ما ايدته قرارات الامم المتحدة ومحكمة العدل الدولية واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ في ظل غياب سلطان الإرادة، وهذا السلطات الواسعة يترتب عليها التزامات قانونية واتفاقية مقابل حصوله على حقوق مالية ومعنوية.

المحتويات

ت	الموضوعات	الصفحة
١.	**الملخص باللغة العربية**	أ ـ أ
٢.	**المقدمة**	١ ـ ٥
٣.	**الفصل الأول : ماهية العقود الإدارية الدولية**	٧ ـ ٥٧
٤.	المبحث الأول : مفهوم العقود الإدارية الدولية	٨ ـ ٣٣
٥.	المطلب الأول : فكرة العقود الإدارية الدولية	٨ ـ ١٦
٦.	الفرع الأول : تعريف العقود الإدارية الدولية	٩ ـ ١٠
٧.	الفرع الثاني : شروط اكتساب العقود الصفة الإدارية	١٠ ـ ١٢
٨.	أولاً : العقود الإدارية بتحديد القانون	١٠ ـ ١١
٩.	ثانياً : التمييز القضائي للعقود الإدارية	١١ ـ ١٢
١٠.	الفرع الثالث : معايير تمييز العقود الإدارية الدولية	١٢ ـ ١٦
١١.	أولاً : المعيار القانوني	١٢ ـ ١٤
١٢.	ثانياً : المعيار الاقتصادي	١٤ ـ ١٥
١٣.	ثالثاً : المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط)	١٦ ـ ١٦
١٤.	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وصورها	١٦ ـ ٣٣
١٥.	الفرع الأول : الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية	١٧ ـ ١٩
١٦.	أولاً : العقود الإدارية الدولية ذات طبيعة غير ادارية	١٧ ـ ١٨
١٧.	ثانياً : العقود الإدارية الدولية ذات طبيعة ادارية	١٨ ـ ١٩
١٨.	الفرع الثاني : اساليب ابرام العقود الإدارية الدولية	١٩ ـ ٢٦

١٩.	أولاً : طرق ابرام العقود الإدارية الدولية	٢٠ – ٢٢
٢٠.	ثانياً : اجراءات التعاقد	٢٢ – ٢٦
٢١.	الفرع الثالث : صور من العقود الإدارية الدولية	٢٦ – ٣٣
٢٢.	أولاً : عقد الاشغال العامة الدولية	٢٦ – ٢٨
٢٣.	ثانياً : عقد البوت B . O . T	٢٩ – ٣٣
٢٤.	المبحث الثاني : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٣٤ – ٥٧
٢٥.	المطلب الأول : الموقف التشريعي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٣٤ – ٤٤
٢٦.	الفرع الأول : موقف المشرع الفرنسي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٣٥ – ٣٨
٢٧.	الفرع الثاني : موقف المشرع المصري من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٣٨ – ٤٢
٢٨.	الفرع الثالث : موقف المشرع العراقي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٤٢ – ٤٤
٢٩.	المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء والاتفاقيات الدولية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٤٤ – ٥٧
٣٠.	الفرع الأول : موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٤٤ – ٤٩
٣١.	أولاً : الاتجاه المعارض لمسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٤٤ – ٤٦
٣٢.	ثانياً : الاتجاه المؤيد لمسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٤٦ – ٤٩
٣٣.	الفرع الثاني : موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٤٩ – ٥٢

٣٤.	أولاً : القضاء في فرنسا	٤٩ _ ٥٠
٣٥.	ثانياً : القضاء في مصر	٥٠ _ ٥٢
٣٦.	ثالثاً : القضاء في العراق	٥٢ _ ٥٢
٣٧.	الفرع الثالث : موقف الاتفاقيات الدولية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٥٣ _ ٥٧
٣٨.	أولاً: اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨	٥٣ _ ٥٤
٣٩.	ثانياً : اتفاقية جنيف لعام ١٩٦	٥٤ _ ٥٥
٤٠.	ثالثاً: اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى لعام ١٩٦٥	٥٦ _ ٥٧
٤١.	**الفصل الثاني : ماهية المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية**	٥٩ _ ١٠٣
٤٢.	المبحث الأول : مفهوم المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٦٠ _ ٨٩
٤٣.	المطلب الأول : تعريف المحكم وتمييزه عن غيره في منازعات العقود الإدارية الدولية	٦٠ _ ٧١
٤٤.	الفرع الأول : تعريف المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٦٠ _ ٦٣
٤٥.	أولاً : تعريف المحكم لغةً واصطلاحا وفقهاً	٦١ _ ٦٢
٤٦.	ثانياً : تعريف المحكم في القانون والقضاء	٦٢ _ ٦٣
٤٧.	الفرع الثاني : تمييز المحكم عن غيره في منازعات العقود الإدارية الدولية	٦٣ _ ٧١
٤٨.	أولاً : تمييز المحكم عن القاضي	٦٣ _ ٦٥
٤٩.	ثانياً : تمييز المحكم عن الخبير	٦٥ _ ٦٧
٥٠.	ثالثاً : تمييز المحكم عن الوكيل	٦٧ _ ٦٨
٥١.	رابعاً : تمييز المحكم عن الوسيط	٦٨ _ ٦٩

٥٢.	خامساً : تمييز المحكم عن المصالح	٦٩ – ٧٠
٥٣.	سادساً : تمييز المحكم عن الموفق	٧٠ – ٧١
٥٤.	المطلب الثاني : طرق اختيار المحكم وشروطه في منازعات العقود الإدارية الدولية	٧١ – ٨٩
٥٥.	الفرع الأول : طرق اختيار المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٧١ – ٨٠
٥٦.	أولاً : تعيين المحكم باتفاق الاطراف	٧٢ – ٧٨
٥٧.	ثانياً : تعيين المحكم عن طريق القضاء	٧٨ – ٨٠
٥٨.	الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٨٠ – ٨٩
٥٩.	أولاً : الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم	٨١ – ٨٧
٦٠.	ثانياً : الشروط الاتفاقية الواجب توافرها في المحكم	٨٧ – ٨٩
٦١.	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لعمل المحكم وأنواعه في منازعات العقود الإدارية الدولية	٩٠ – ١٠٣
٦٢.	المطلب الأول : الطبيعة القانونية لعمل المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٩٠ – ٩٧
٦٣.	الفرع الأول : النظريات الاحادية في منازعات العقود الإدارية الدولية	٩٠ – ٩٤
٦٤.	أولاً : نظرية الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم	٩١ – ٩٢
٦٥.	ثانياً : نظرية الطبيعة القضائية لعمل المحكم	٩٢ – ٩٤
٦٦.	الفرع الثاني : النظريات الثنائية في منازعات العقود الإدارية الدولية	٩٤ – ٩٧
٦٧.	أولاً : نظرية الطبيعة المختلطة لعمل المحكم	٩٤ – ٩٥
٦٨.	ثانياً : نظرية الطبيعة المستقلة لعمل المحكم	٩٥ – ٩٧
٦٩.	المطلب الثاني : انواع المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	٩٨ – ١٠٣
٧٠.	الفرع الأول : المحكم بالقضاء في منازعات العقود الإدارية الدولية	٩٨ – ١٠١
٧١.	الفرع الثاني : المحكم بالصلح في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٠١ – ١٠٣

٧٢.	**الفصل الثالث : النطاق القانوني لسلطات والتزامات وحقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية**	١٠٥ – ١٦٦
٧٣.	المبحث الأول : السلطات الاجرائية والموضوعية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٠٦ – ١٤٧
٧٤.	المطلب الأول : السلطات الاجرائية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٠٦ – ١٢٧
٧٥.	الفرع الأول : سلطة المحكم في السير بإجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٠٧ – ١١٨
٧٦.	أولاً : سلطات المحكم قبل السير بإجراءات التحكيم	١٠٧ – ١١٣
٧٧.	ثانياً : سلطات المحكم اثناء السير بإجراءات التحكيم	١١٣ – ١١٨
٧٨.	الفرع الثاني : سلطات المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة واجراءات تحفظية وفي الاثبات	١١٩ – ١٢٤
٧٩.	أولاً : سلطة المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة واجراءات تحفظية	١١٩ – ١٢١
٨٠.	ثانياً : سلطة المحكم في مجال الاثبات	١٢١ – ١٢٤
٨١.	الفرع الثالث : سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم	١٢٤ – ١٢٧
٨٢.	المطلب الثاني : السلطات الموضوعية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٢٧ - ١٤٧
٨٣.	الفرع الأول : سلطات المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	١٢٧ – ١٤٢
٨٤.	أولاً : الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	١٢٨ – ١٣١
٨٥.	ثانياً : عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	١٣١ – ١٤٢
٨٦.	الفرع الثاني : سلطات المحكم في صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٤٢ – ١٤٧
٨٧.	أولاً : المداولة	١٤٢ – ١٤٣
٨٨.	ثانياً: ميعاد صدور الحكم	١٤٣ – ١٤٤

٨٩.	ثالثاً : تاريخ صدور حكم التحكيم وإيداعه	١٤٥ ـ ١٤٥
٩٠.	رابعاً : شكل الحكم التحكيمي	١٤٦ ـ ١٤٧
٩١.	المبحث الثاني : التزامات وحقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٤٨ ـ ١٦٦
٩٢.	المطلب الأول : التزامات المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٤٨ ـ ١٥٨
٩٣.	الفرع الأول : الالتزامات القانونية للمحكم في مناعات العقود الإدارية الدولية	١٤٨ ـ ١٥٥
٩٤.	أولاً : مراعاة المبادئ الاساسية للتقاضي	١٤٩ ـ ١٥١
٩٥.	ثانياً : مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام	١٥١ ـ ١٥٣
٩٦.	ثالثاً : التزام المحكم في عمله حتى انتهاء مهمته	١٥٣ ـ ١٥٣
٩٧.	رابعاً : الالتزام بالمسائل الواردة في اتفاق التحكيم	١٥٣ ـ ١٥٤
٩٨.	خامساً : الالتزام بتسبيب حكم التحكيم	١٥٤ ـ ١٥٥
٩٩.	الفرع الثاني : الالتزامات الاتفاقية للمحكم في مناعات العقود الإدارية الدولية	١٥٥ ـ ١٥٨
١٠٠.	أولاً : المحافظة على اسرار الخصوم	١٥٦ ـ ١٥٦
١٠١.	ثانياً : التزام المحكم بمباشرة المهمة بنفسه	١٥٧ ـ ١٥٧
١٠٢.	ثالثاً : التعاون مع زملائه من المحكمين	١٥٧ ـ ١٥٨
١٠٣.	المطلب الثاني : حقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٥٨ ـ ١٦٦
١٠٤.	الفرع الأول : الحقوق المالية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٥٨ ـ ١٦٣
١٠٥.	أولاً : حق المحكم في الحصول على الاتعاب	١٥٩ ـ ١٦١
١٠٦.	ثانياً : حق المحكم في المصاريف	١٦١ ـ ١٦٣
١٠٧.	ثالثاً : حق المحكم في الحصول على التعويض	١٦٣ ـ ١٦٣
١٠٨.	الفرع الثاني : الحقوق المعنوية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية	١٦٤ ـ ١٦٦

١٠٩.	أولاً : حق المحكم في الاحترام والتوقير من قبل الاطراف	١٦٤ – ١٦٥
١١٠.	ثانياً : حق المحكم في التنحي	١٦٥ – ١٦٦
١١١.	ثالثاً : حق المحكم في مطالبة الاطراف بتقديم المساعدة	١٦٦ – ١٦٦
١١٢.	**الخاتمة**	**١٦٧ – ١٧١**
١١٣.	**المراجع**	**١٧٢ – ١٨٧**
١١٤.	**الملخص باللغة الإنكليزية**	**B – A**

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل الخلق محمد واله الطيبين الطاهرين، وبعد:

أدى التقدم العلمي الذي عرفه العالم وإلاتجاه نحو العولمة إلاقتصادية إلى زيادة عدد الصفقات التي تعقدها الدولة واتساع نطاقها وتطور أساليبها، واصبحت العقود التي تبرمها الدولة هي الوسيلة في حركة التجارة العالمية واداة إلأنتقال للأموال أو الخدمات محل التعاقد عبر الحدود، وتنوعت هذه العقود بتنوع أهدافها وموضوعاتها إلى عقود دولية تسعى من خلالها الدولة لتحقيق المصالح إلاقتصادية والسياسية العليا ولكنها لا تعد عقوداً إدارية لأفتقارها لخصائص هذه العقود الإدارية، وطائفة أخرى من العقود تحتوي هذه الخصائص يطلق عليها عقوداً إدارية، ويكاد يجمع الفقه والقضاء على وصف هذه الطائفة من العقود بأنها إدارية دولية إذا كان تتعلق بنشاط وإدارة المرفق العام وكانت الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة طرفا فيها وتحتوي بعض الشروط إلاستثنائية التي تخلو منها عقود القانون الخاص، مثل عقود التجهيز، والتوريد الدولية، وعقود إلاشغال العامة الدولية، وعقود البوت.

أولاً- موضوع الدراسة

نظراً لاتساع وتطور نشاط الدولة في الحياة إلاقتصادية وازدياد تدخلها في العلاقات التجارية وسعيها لجذب رؤوس إلأموال إلاجنبية، وظهور قوانين إلاستثمار والتنمية إلاقتصادية كل ذلك أدى إلى ظهور العقود الإدارية الدولية التي أصبحت تحظى باهمية كبيرة بسبب الدور الذي تلعبه في إلاقتصاد القومي لكل من الدولة المتعاقدة والدول التي ينتمي إليها الشخص إلاجنبي، فهي تعد الركيزة إلاساسية التي يتم بواسطتها بناء الهياكل إلاقتصادية الثابتة للدولة، وتطوير البنى التحتية إلاساسية وتنظيم وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملاً حيوياً ورئيسياً في تحقيق خططها إلاقتصادية، بالمقابل تشكل فرص عمل جيدة ومزيداً من إلاستثمارات ونمواً في إلارباح للدول التي ينتمي إليها الشخص إلاجنبي[١].

وقد ساهم هذا التطور وإلأنفتاح وتعدد المبادلات التجارية وإلاقتصادية بين الدولة والشركات العملاقة في نشوء وسائل اختيارية يلجا إليها إلأفراد باختيارهم لفض منازعاتهم إلى جانب القضاء، ومن أهم هذه الوسائل هو التحكيم الذي حظي باهتمام كبير لم يسبق له مثيل على كافة المستويات حيث ابرمت له إلاتفاقيات الدولية، وأنشئت له مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي، واهتم به المشرع في مختلف الدول من حيت التنظيم وبيان قواعده وتيسير أحكامه، كما اهتم به الفقه وعقد له المؤتمرات والندوات

١- د بشار محمد إلاسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، ط ٢ ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١١، ص ٩-١٠.

وكثرت فيه المؤلفات، وعلى الجانب العملي نجد أن المتعاقد الإجنبي يرغب باللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها لما يتمتع به من سرعة وسرية وقواعد راسخة على المستوى الوطني وإلاقليمي والدولي، ومحاولاً التخلص من القانون الداخلي للدولة عندما تثار الشكوك لديه في حيدة القضاء الوطني[١].

وقد تتردد الدولة كطرف في العقود الإدارية الدولية كثيراً في اللجوء إلى التحكيم وذلك لأن التحكيم نظام قانوني إتفاقي مما يؤدي إلى سلب العقود الإدارية من أهم خصائصها الذاتية، ويفقد جهة الإدارة ما تتمتع به من مزايا بوصفها سلطة عامة في مواجهة المتعاقد إلاجنبي معها، لأن الطرفين على قدم المساواة أمام الهيئة التحكيمية، ومن ثم قد لا يبدو التحكيم هو الوسيلة المناسبة في منازعات العقود الإدارية الدولية.

وفي الحقيقة أن العنصر الشخصي للتحكيم يجعل نجاحه يتوقف على شخص المحكم ودرايته بجوهر مهنته ومقتضاها، فالمحكم يتبوأ مركزاً قانونياً خاصاً تدور حوله خصومة التحكيم، فالمحكم يستمد سلطاته واختصاصاته من اتفاق التحكيم الذي يصيغه الأطراف بأرادتهم الحرة، ومن هنا يجب توخي الدقة في اختيار المحكم لأن سلامة التحكيم وصحة الحكم الصادر يعتمد عليه، ويمكن القول أن العملية التحكيمية برمتها تكون رهينة بشخصه فالمكانة التي حظي بها المحكم في نظام التحكيم تضاهي مكانة القاضي في العملية القضائية بل قد تفوقه في بعض إلاحيان، فالأطراف عندما يلجؤون للتحكيم لفض منازعاتهم يقع على عاتقهم اختيار المحكم بالاتفاق واختيار إلاجراءات التي يجري بموجبها التحكيم كتحديد القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات أو على موضوع النزاع على ألاّ تكون متعارضة مع النظام العام، وبالمقابل يتوقعون معاملة عأدلة وأسلوب متخصص في تنظيم وإدارة اجراءات التحكيم وتوافر مستوى اخلاقي وتخصص فني رفيع لدى المحكم، كما يتطلب أيضاً توافر عدة شروط ومؤهلات شخصية وموضوعية.

وعلى الرغم من أن المحكم هو المحور الرئيسي للعملية التحكيمية إلا أن الطبيعة القانونية للتحكيم عموما، وطبيعة عمل المحكم خاصة كانت ولا تزال محل جدال فقهي، فهناك من يضفي عليها الصفة العقدية بالنظر إلى منشأ العلاقة بينه وبين الأطراف، وهناك من يضفي عليها الصفة القضائية استنادا لصدور حكم فاصل يلزم للأطراف، كما يوجد من يجمع بين الصفتين العقدية والقضائية، فيصف عبمل المحكم بالمختلط، ومنهم من يرى أن عمل المحكم هو ذو طبيعة مستقلةُ خاصة به. واساس البحث هو تحديد المركز القانوني للمحكم .

١- د عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٠ .

ثانياً- أهمية الدراسة

في حقيقة الأمر أن أهمية الموضوع يكمن في أنه يتناول مسالة اثارت جدلاً واسعا حول التسليم بها في القانون العام لأن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية والتي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفا فيها له اثر سلبي على خصائصها الذاتية وخاصة فيما يتعلق بالامتيازات الممنوحة للإدارة لأنها ستكون في مركز متساوٍ مع المتعاقد معها، فضلاً عن أنها قد تخضع لقانون أخر غير قانونها الوطني مما يثير العديد من الصعوبات القانونية، كما تبرز أهمية المواضوع كون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية قد يؤدي إلى الإخلال بسيادة الدولة وحصانتها القضائية لأن هذه العقود ترتبط بسيادة الدولة.

إنَ أهمية البحث في المحكم يرجع إلى أهمية التحكيم ذاته، اذ يرغب الأطراف باختيار من يثقون به ويطمئنون إلى حكمه فالمحكم يقوم بدور اساسي وفعال في مجال التوصل إلى الحقيقة وحل النزاع بايسر الطرق واسرعها بحكم فاصل بعيدا عن القضاء الذي أصبح ميدانا للمماطلة والتعطيل، كما أنه يعد من المواضيح المستحدثة التي لم تنظم من قبل التشريعات الوطنية والدولية، وكذلك على المستوى الفقهي والقضائي الإداري.

ثالثاً- أشكالية الدراسة

تظهر اشكالية الدراسة من خلال الوصول إلى إلاجابة على إلاسئلة إلاتية:

١- ماهو المركز القانوني للمحكم في منازعات العقود الادارية الدولية في ظل القصور التشريعي في القانون العراقي.

٢- مدى امكانية تطبيق قضاء التحكيم على العقود الإدارية الدولية، وكيفية المحافظة على خصائصها، وما موقف كل من المشرع الفقه والقضاء العراقي من هذه المسالة؟

٣- من هو المحكم؟ وكيف يتم اختياره؟ وما شروط اختياره؟ وهل المحكم قاضٍ؟ وما طبيعة عمل المحكم؟ وماهي سلطاته إلاجرائية والموضوعية والتزأماته في ظل غياب سلطأن إلارادة؟

٤- ما هي العقود الإدارية الدولية، وما معيار تميزها، وهل يمكن تسوية المنازعات الناشئة عنها بطرق غير تقليدية لم تالفها هذه العقود كالتحكيم.

رابعاً- أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى إظهار المركز القانوني للمحكم في منازعات العقود الادارية الدولية بسسب ضعف الاهتمام به، إضافة الى ملء الفراغ التشريعي في القانون العراقي؛ لأنه هذا المركز لم ينظم بالشكل الدقيق والمطلوب، كما يهدف إلى وضع نظام قانوني متكامل للمحكم في منازعات العقود

الإدارية الدولية في ضوء ندرة الدراسات والكتابات الفقهية التي اتسمت بالندره الشديدة التي ارهقت الباحث.

خامساً- منهجية الدراسة

أعتمدنا في موضوع الدراسة على الأخذ بالمنهج التحليلي الإستقرائي والمقارن من خلال الأنتقال من العام إلى الخاص، ومن الخاص إلى الإخص، مع عقد المقارنات اللازمة مع التشريعات الوضعية في كل من العراق وفرنسا ومصر وكذلك مع المعاهدات والإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والإراء الفقهية التي تناولت التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والترجيح بينهما، وتحليل النصوص التي تطرقت للمحكم بحد ذاته وتميزه عن غيره وكيفية تعيينه والشروط الواجب توافرها به وأنواعه ونطاق سلطاته الإجرائية والموضوعية ومعرفة التزاماته وحقوقه من خلال الرجوع إلى أنظمة ولوائح وقوانين التحكيم المنتشرة في دول العالم.

سادساَ- هيكلية الدراسة

وقد تم تقسيم هذه الدراسة الى ثلاث فصول:

الفصل الاول: ماهية العقود الادارية الدولية، وتم تقسيه الى مبحثين، تناول مفهوم العقود الادارية الدولية في المبحث الاول، والذي قُسم الى مطلبين، فكرة العقود الادارية الدولية في المطلب الاول، والمطلب الثاني تناول الطبيعة القانونية للعقود الادارية الدولية وصورها. اما المبحث الثاني فتناول مدى جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الادارية الدولية، وقُسم الى مطلبين، الموقف التشريعي في كل من فرنسا ومصر والعراق من اللجوء الى التحكيم في المطلب الاول، والمطلب الثاني تناول موقف الفقه والقضاء والاتفاقيات الدولية من اللجوء الى التحكيم.

الفصل الثاني: ماهية المحكم في منازعات العقود الادارية الدولية، وقسم الى مبحثين، مفهوم المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، وقد قُسم الى مطلبين، تعريف المحكم وتمييزه عن غيره في منازعات العقود الإدارية الدولية في المطلب الاول، والمطلب الثاني تناول طرق اختيار المحكم وشروطة. اما المبحث الثاني فتناول الطبيعة القانونية لعمل المحكم وانواعه في منازعات العقود الإدارية الدولية، وقُسم الى مطلبين، الطبيعة القانونية لعمل المحكم في المطلب الاول، والمطلب الثاني تناول أنواع المحكم.

الفصل الثالث: النطاق القانوني لسلطات والتزامات وحقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، وقُسم الى مبحثين، السلطات الاجرائية والموضوعية للمحكم كمبحث اول، وقسم الى مطلبين، السلطات الاجرائية للمحكم في المطلب الاول، والثاني السلطات الموضوعية للمحكم، اما المبحث الثاني فتناول التزامات وحقوق المحكم. وقسم الى مطلبين، التزامات المحكم في المطلب الاول، والمطلب الثاني تناول حقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

الفصل إلأول

ماهيّة العقود الإدارية الدولية

الفصل الإول

ماهيّة العقود الإدارية الدولية

أصبحت العقود الإدارية الدولية في الوقت الحاضر هي المحرك الإساس للتجارة الدولية، وتاكدت تسميتها بالعقود الإدارية الدولية خلال تسعينيات القرن المنصرم. وتجدر الأشارة إلى أن عملية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية سواء كان على شكل (شرط أم مشارطة) سيكسبها طابعاً خاصاً، الأمر الذي ادى إلى اختلاف الفقه والقضاء في إجازة إدراج التحكيم في العقود الإدارية الدولية من عدمه.

ومن أجل تأسيس واقعي ودقيق لماهية العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاصها العامة مع أحد الشخصيات إلاجنبية الخاصة، ينبغي أولاً التعرف على مفهوم العقود الإدارية الدولية الذي سيتم تناوله في المبحث الأول، والذي بدوره سيقسم إلى مطلبين، حيث يتناول المطلب الأول فكرة العقود الإدارية الدولية، أما المطلب الثاني فسيتناول الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وصورها.

ويتضمن المبحث الثاني مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والذي سيقسم بدوره إلى مطلبين، المطلب الأول الموقف التشريعي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في المطلب الأول، بينما يتناول المطلب الثاني موقف الفقه والقضاء والإتفاقيات الدولية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

المبحث الأول

مفهوم العقود الإدارية الدولية

تنتمي العقود الإدارية الدولية إلى القانون العام على الرغم من الإزدواجية في كيانها، والتي تتمثل في التعايش بين عناصر العقود الإدارية وبين عناصر العقود الدولية[١]. وتمتاز العقود الإدارية الدولية بخاصية عدم التكافؤ في المراكز القانونية لأطرافها وفي مكانتهم الفعلية، وذلك لأن العقود الإدارية الدولية تبرم بين الدولة بشخصيتها الأعتبارية أو بواسطة إحدى الهيئات العامة التي تعمل لحسابها وبين أشخاص اجنبية سواء كانوا أشخاص طبيعية أو أعتبارية من أجل القيام باعمال تهدف إلى تحقيق تنمية اقتصادية متطورة لتلك الدولة كعقود الإشغال العامة وعقود الإمتياز والبوت وعقود الإستثمار وغيرها.

وبالنظر إلى أن العقود الإدارية الدولية تتضمن شروطاً استثنائية وغير مالوفة في العقود المدنية، وتخضع لنظام قانوني واحد على الرغم من اتصالها باكثر من دولة من خلال عناصرها، فهي تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص الإعتباري، لذا يقتضي الأمر تحديد ما المقصود بهذه العقود[٢]. وبما أن العقود الإدارية الدولية لها من الخصوصية مما يميزها عن غيرها من العقود الأخرى، لذا سيتم بحث فكرة العقود الإدارية في مطلبٍ أول، والطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وصورها في مطلبٍ ثانٍ .

المطلب الأول

فكرة العقود الإدارية الدولية

تعد فكرة العقود الإدارية الدولية من الظواهر القانونية المستحدثة نسبياً في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، ولم تظهر العقود الإدارية الدولية إلا مع العصر الحديث في الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية، حيث حاولت بعض الدول على استقطاب بعض الإستثمارات إليها رغبة منها في تحقيق تنمية اقتصادية، وقد اقتصرت العقود الإدارية الدولية في البداية على قطاعات محددة تتمثل بالاستثمار في مجال النفط لدول الخليج ومصر، وقد كانت هذه العقود فرصة للأجانب في الهيمنة على هذه الثروات واستغلالها لقاء مقابل قليل جداً لا يمثل طموح هذه البلدان التي تمني النفس بالحصول على تنمية

١- د هاني محمود حمزه ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧ ، د حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الإجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٨-٤٠ .

٢- د عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص ٨٧ .

اقتصادية سريعة. ولمحاولة معرفة فكرة هذه العقود سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الفرع الأول يتناول تعريف العقود الإدارية الدولية، والثاني شروط اكتساب العقود الصفة الإدارية، والثالث معايير اكتساب العقود الإدارية الصفة الدولية.

الفرع الأول

تعريف العقود الإدارية الدولية

قبل الولوج الى تعريف العقود الادارية الدولية نلاحظ بأن العقود الإدارية في الواقع كالعقود المدنية فهي لا تعدو أن تكون اتفاق بين ارادتين على أنشاء التزامات متقابلة أو إحداث أثر قانوني، ومن ثم فالعقود الإدارية أياً كان نوعها لا تختلف في جوهرها واركانها[١]، ولكن الإختلاف في الأحكام والقواعد القانونية التي تخضع لها هذه العقود، فيما يتعلق بامتياز السلطة العامة وخضوعها إلى القضاء الإداري.

وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها (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 وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)[٢].

أما العقود الإدارية الدولية فقد حاول بعض الفقهاء إلى ايجاد تعريف موحد لهذه الطائفة من العقود، إلا أن المسالة لا تخلو من الصعوبة، بسبب تعدد اشكال وأنماط هذه العقود الدولية، فقد عرفة اللورد (Mc Nair) بأنه (عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب، وبين شخص اجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب أخر، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتضمن شروطاً غير مالوفة في العقود الداخلية مثل شرط إلاعفاء الجمركي، ويخضع هذا العقد في بعض جوانبه للقانون العام، وفي بعض جوانبه للقانون الخاص)[٣]. وقد تعرض الفقهاء المصريون لتعريف العقود الإدارية الدولية فعرفها بعضهم بانها (عقود تبرم بين دولة نامية من ناحية أو من يعمل لحسابها وشخص خاص اجنبي، يكون موضوعها، أما استغلال ثروة طبيعية أو اقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل)[٤].

١- د ثروت بدوي ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٥ ، د عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون إلاداري ، ط ٢ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، دون سنة طبع ، ص ٣٤٩ .

٢- د سليمان محمد الطماوي ، إلاسس العامة للعقود الإدارية ، ط ٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٤٨ ، ص ٥١ .

٣- د علاء محي الدين مصطفى ، ود محمد ابراهيم خيري الوكيل ، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي وإلأنظمة المقارنة ، ط١ ، مكتبة القانون وإلاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٤ ، ص ١٩ .

٤- د عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية إلاقتصادية في القانون الخاص ، مكتبة النصر ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ٢٢ .

وعرفها البعض الأخر بأنها (العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام واجتمع فيها خاصيتان، الأولى: اتصالها بمصالح التجارة الدولية كشراء الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من الخارج اللوازم وإلاعتده. والثانية: تضمين هذه العقود بنودا خارقة، كما أن الدولة تحقق من خلالها تنفيذ المرفق العام)[١].

ويمكن وضع تعريف للعقود الإدارية الدولية بأنها العقود التي تبرمها الدولة أو أحد إشخاصها المعنوية العامة مع المستثمر الأجنبي لتشجيع الاستثمارات في داخل الدولة لتحقيق التنمية إلاقتصادية، وتتضمن شروطاً غير مألوفة في العقود العادية أو المدنية بهدف انشاء او تعديل مرفق عام.

الفرع الثاني

شروط إكتساب العقود الصفة الإدارية

لا تختلف العقود الإدارية في جوهرها عن العقود المدنية فهي تعبير عن توافق ارادتين أو اكثر لأحداث اثر قانوني معين كأنشاء التزام أو نقلة أو تعديله، كما لا تختلف من حيث إلاركان عن العقود المدنية[٢] وعلى الرغم من التشابه بينهما إلا أن هناك اختلاف في النظام القانوني للعقدين، فالعقود الإدارية تخرج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لأن الشروط إلاستثنائية وغير المالوفة تكون معدة مسبقا ولا يجوز مناقشتها من قبل المتعاقد في العقود الإدارية[٣]. ومرت العقود الإدارية بمرحلتين، إلأولى تسمى مرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون، والثانية فسميت مرحله التمييز القضائي، وكما ياتي :

أولاً- العقود الإدارية بتحديد القانون

يذهب المشرع احيانا إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي إلاداري للنظر في ما ينشأ عنها من منازعات عندما يجد أن القانون العام اكثر ملائمة لحلها من القانون الخاص. ويطلق على هذه العقود بالعقود الإدارية بتحديد القانون[٤].

وحددت المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٧٤ لعام ١٩٧٢ العقود الإدارية التي يختص

١- د سامي منصور ، جواز التحكيم في عقود الإدارة ، بحث منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ،بيروت ، العدد ٢١ ، ٢٠٠٢ ، ص ١١ .

٢- د ابراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨١ ، ص ٦١ .

٣- احمد طلال عبد الحميد البدري ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية ، دار ميزوبوتاميا ودار ومكتبة عدنان ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ٦٧ .

٤- د مجدي الشامي ، سلطة القاضي إلاداري في حسم منازعات العقود الإدارية المبرمة باسلوب المناقصة في مصر وفرنسا والكويت ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، إلاسكندرية ، ٢٠١٧ ، ص ١٧ .

مجلس الدولة بالنظر فيها[١]. وفي العراق حدد المشرع بعض أنواع العقود بنصوص قانونية لا تدع مجالا للشك في كونها عقودا إدارية ومنها[٢]، ١- عقود بيع وايجار أموال الدولة التي ينظم أحكامها القانون رقم (٣٢) لعام ١٩٨٦. ٢- عقود المقاولات .

ثانياً- التمييز القضائي للعقود الإدارية

عندما يلتزم المشرع الصمت على اضفاء الصفة الإدارية على عدد من عقود الإدارة، ولم يحدد القضاء المختص للنظر بما تثيره هذه العقود من منازعات، ولم يفصح المتعاقدان عن ارادتهما بصورة واضحة فيكون للقضاء كلمة الفصل في تحديد نوع العقد فيما إذا كان عقداً ادارياً أو عقداً مدنياً .

ويضع مجلس الدولة في مصر عدد من الشروط لتحديد العقد إلاداري وهي (أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، وأتباع أسلوب القانون العام)[٣]. أما مجلس الدولة في فرنسا فقد تطور اجتهاده عما هو عليه في مصر بشأن الشرطين الثاني والثالث وأصدر حكمين مهمين في عام ١٩٥٦ من قبل المجلس تضمنا تغييراً جوهرياً في تحديد معيار العقود الإدارية ، حيث أوجب توافر أحد الشرطين (الثاني أو الثالث) إلى جانب الشرط إلأول الذي يعده المجلس شرطاً اصلياً، كما أن المجلس يتطلب عند اختيار الشرط الثاني في أن تكون علاقة العقد بالمرفق العام قوية ووثيقه للغاية، بحيث يساهم المتعاقد مباشرة في تنفيذ المرفق العام[٤].

١- أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية: أن قواعد القانون إلاداري تستلزم بالضرورة أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وبالتالي فأن العقد الذي يبرمه إلأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد عقداً إدارياً. وأشخاص القانون العام هم الدولة وإلأشخاص إلاقليمية[٥]، وقد ذهب القضاء في كل من مصر وفرنسا إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد إدارية ، وأخذت به محكمة التنازع في فرنسا في قضية (ماسي وأنتوني)[٦].

٢- أتصال العقد بنشاط مرفق عام: لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد بل يلزم أن يتعلق بإدارة أو تنظيم مرفق عام. وقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي لتحديد العقود الإدارية على فكرة المرفق العام لأول

١- د مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٥
٢- د ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون إلاداري ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٦ ، ص ٢٢٣ .
٣- د نواف كنعان ، القانون إلاداري (الكتاب الثاني) ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ٣١٥ .
٤- د محمد رفعت عبد الوهاب ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية وإلاقتصادية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠ ، ص ٤٦٥ .
٥- للمزيد من التفاصيل أنظر د جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٤ .
٦- للمزيد من التفاصيل أنظر د مازن ليلو راضي ، المصدر السابق ، ص ٢٩١ .

مرة وذلك في قضية (Terrier)[١]. ولا تقتصر فكرة العقود الإدارية على المرافق الإدارية، بل يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى ولا سيما المرافق إلاقتصادية والتجارية[٢].

٣- أتباع وسائل القانون العام: لا يكفي لاعتبار العقد ادارياً أن تكون الإدارة أحد أطرافه وأن يتصل موضوعة بالمرفق العام وأنما يجب اتباع وسائل القانون العام، اي أن يتضمن العقد إلاداري شروطاً استثنائية أو غير مالوفة في عقود القانون الخاص، وهي الشروط التي لو وضعت في القانون المدني تعد شروطاً باطلة[٣]. ويقصد بالشروط إلاستثنائية هي تلك التي تمنح امتيازات لا وجود لها في القانون الخاص[٤]. وعرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها (تلك التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزأمات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري)[٥].

الفرع الثالث

معايير تمييز العقود الإدارية الدولية

اختلف الفقه والقضاء بخصوص المعايير التي يكتسب بها العقد إلاداري الصفة الدولية، فذهب فريق منهم إلى الأخذ بالمعيار القانوني، وذهب فريق أخر إلى الأخذ بالمعيار إلاقتصادي، والبعض ذهب للأخذ بالمعيار المختلط، وسيتم تناول هذه المعايير بشي من إلايجاز:

أولاً- المعيار القانوني

يقوم هذا المعيار على فكرة أن العقد يعد دولياً إذا اتصل باكثر من نظام قانوني، أي إذا تضمن عنصراً أجنبياً واحداً على إلاقل سواء كان هذا العنصر شخصيا كجنسية الأطراف المتعاقدة، أو موضوعياً كمحل إلاقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه[٦]، بمعنى أخر أنه إذا دخل العنصر إلاجنبي في العقد فهذا يعني ارتباط العقد بنظم قانونية مختلفة وليس نظام واحد، مما يتعدى حدود دولة معينة وبالتالي يضفي الصفة الدولية عليه[٧]، وهذا إلاتجاه يقوم على أن جميع العناصر القانونية متساوية من حيث إلأهمية

١- د نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٢٣ .
٢- د محمود السيد التحيوي ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم إلاختياري ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٤٨ .
٣- د محمد جمال الذيبات ، الوجيز في القانون إلاداري ، ط ٢ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٢٥ .
٤- للمزيد من التفاصيل أنظر د سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦ .
٥- د محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ٤٨ .
٦- محمودي مسعود ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية ، ديوأن المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٢
٧- د هشام خالد ، ماهية العقد الدولي ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٧٥ .

لإضفاء الصفة الدولية على العقد الإداري على إلا تكون تلك العناصر مصطنعة أو منطوية على الغش والتحايل نحو القانون[١]، وهو ما يسمى بالمعيار القانوني التقليدي أو الإتجاه الموسع .

وقد وجهت عدة انتقادات إلى اصحاب هذا الإتجاه لأنه يساوي بين جميع العناصر الإجنبية على الرابطة العقدية، حيث يعد توافر اي عنصر اجنبي في الرابطة العقدية دليلا على أن العقد دولي، بغض النظر عن وزن وأهمية ومكانة هذا العنصر الإجنبي في الرابطة العقدية [٢].

أما المعيار القانوني الحديث أو الإتجاه المضيق: فيرى تقسيم عناصر العقد إلى قسمين:

- عناصر مؤثرة وفعالة يؤدي توافرها إلى إضفاء الصفة الدولية على العقد.
- عناصر غير مؤثرة[٣].

وأعتمد معيار كيفي وليس كمياً في تحديد دولية العقد، اي أن يكون العنصر الإجنبي مؤثراً في الرابطة العقدية بغض النظر عن عدد العناصر الإجنبية[٤]، فتحرير العقد على ورق مصنع في دولة اجنبية أو الجنسية الإجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا ومحل إبرام العقد من حيث الموضوع، نظرا لطابع الصدفة الذي قد يعتريه [٥].

أما محل تنفيذ العقد فيعد من العناصر الفاعلة والمؤثرة، لأنه المكان الذي يتحقق فيه الإداء المميز للعقد[٦]. وكذلك حالة اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا من حيث الجنسية [٧].

١- د حسام الدين فتحي ناصيف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٧.
٢- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص ٧٥ .
٣- د احمد القشيري ، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٢١ ، ١٩٦٥ ، ص ٧٦ .
٤- د مصطفى عبد المحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود الأنشاءات الدولية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٩ .
٥- د هاني محمود حمزه ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، المرجع السابق ، ص ٣٣ .
٦- د هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣٩.
٧- د محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٦ .

وخلاصة القول أن المعيار القانوني هو اتصال الرابطة العقدية بنظام قانوني اجنبي من خلال عنصر مؤثر في هذه الرابطة [١]، ويعد المعيار القانوني هو المعيار الإصلي للعقد الدولي، لأنه المعيار الذي اعتنقه القضاء والفقه والتشريع [٢].

ويبدو أن المشرع العراقي أخذ في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لعام ٢٠١٤ بالمعيار القانوني التقليدي أو الإتجاه الموسع بجنسية اطراف العقد ولم يتطلب في الشخص الإجنبي أن يكون مؤثراً، حيث جاء بالمادة (٨ ثانيا / أ /٢) (التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الإستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد اجنبياً على أن يراعى ما ياتي ..).

ثانياً- المعيار الإقتصادي

ظهر المعيار الإقتصادي في أوأخر عشرينيات القرن المنصرم، ويعد العقد دوليا وفق هذا المعيار إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، اي ينطوي على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي للدولة فيترتب عليه حركة ذهاب واياب للأموال أو الخدمات عبر الحدود [٣]، ومر المعيار الإقتصادي بمراحل هي [٤] :

١- تضمين العقد عملية ذهاب واياب للبضائع عبر الحدود: ويراد منها نشوء عملية مد وجزر لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول ينتج عنها روابط تجارية متبادلة، مثل العقود التي تتضمن استيرادا للمواد الخام وتصديرا لرؤوس الأموال[٥]. ويرى المحامي العام الإستاذ (Matter) أن العقد يكتسب صفة الدولية أو يكيف على أنه عقدا دوليا إذا استتبعه عملية تحرك وتدفق للأموال عبر الحدود الدولية، اي أن يتمخض عن العقد تحركات متقابلة للأموال ذهابا وايابا عبر الحدود الدولية[٦] .

٢- تجاوز العقد حدود اقتصاد الدولة الواحدة: حيث اشترطت محكمة النقض الفرنسية بان يتجاوز العقد حدود الإقتصاد الداخلي للدولة، بحكمها الصادر في ١٩٣٤/٢/١٤[٧]، ويلاحظ من القرار أن الصفة

١- د محمد عبدالعزيز بكر ، العقد الإداري عبر الحدود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٦١ .
٢- د نبيل زيد مقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة ، ط ١ ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٠ ، ود احمد عبدالكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، ط ١ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٩٦ ، ص ١٠٩ .
٣- د علاء العناني ، العقود الإدارية الحديثة ذات الطابع الدولي والتحكيم فيها ، ط ١ ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٩ ، ص ٣١ .
٤- د خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٦
٥- د احمد عبدالكريم سلامة ، العقود الدولية للاستثمار والتنمية الإقتصادية ، بدون دار نشر، القاهرة ، ١٩٨٤، ص ١٤.
٦- د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، عقود الإشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٤ .
٧- د عادل ابو هشيمة ، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٤ ، ص ٤٥ .

الدولية للعقد لا تعتمد على اطراف العقد ولا مكان إبرامه، وأنما يؤخذ بنظر الإعتبار جميع حركات رؤوس الأموال التي تتجاوز نطاق الإقتصاد الوطني. وهذا المعيار لم يدم طويلاً حيث ارتات محكمة النقض وجوب فحص العملية بالكامل لتحديد صفة الدولية للوصول إلى حكم دقيق على العقد [١] .

٣- إرتباط العقد بمصالح التجارة الدولية: يعد العقد دوليا وفق هذا المعيار إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية اتصالاً وثيقاً، وقد ايدت محكمة (Colmar) هذا الرأي، حيث ذهب المحكمة إلى أن العقد يعد عقد دوليا متى تعلق بمصالح التجارة الدولية [٢]، اي أن العقد يحتوي على رابطة تتجاوز حدود الإقتصاد الداخلي لدولة ما. ولو كانت في اتجاه واحد ولا تستلزم وجود حركتين (ذهاب واياب)[٣].

وأخذت بعض المحاكم في فرنسا بهذا المعيار، حيث جاء في حكم لمحكمة النقض بأن (العقد الدولي هو العقد الذي ينطوي على رابطة تتجاوز إلاقتصاد الداخلي لدولة معينة)[٤]، ويتضح أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت المعيار إلاقتصادي في تحديدها لدولية العقد كونها أعتبرت بان العقد يعد دولياً متى ما ترتب عليه حركة تبادل للأموال والخدمات خارج حدود الدولة، أي حركة مد وجزر.
وكذلك أخذ قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤ بهذا المعيار في المادة الثالثة منه والذي جاء فيها (يعتبر التحكيم دوليا إذا كان موضوعه نزاع متعلق بالتجارة الدولية)[٥].

وانتقد هذا المعيار بسبب عدم التحديد والغموض؛ لأنه وأن يصلح كمؤشر لتحديد دولية العقد، إلا أنه لا يصلح كمعيار شامل ومحدد ممكن تطبيقه على الواقع العملي[٦]، بسب صعوبة التفرقة بين ما هو تابع للاقتصاد الوطني أو للاقتصاد الدولي، في وقت يشهد تشابك في العلاقات إلاقتصادية بين الدول المختلفة وأيضاً محاولة كل دولة بتفسير مصالح التجارة الدولية بما يتفق ومصالحها [٧] .

١- د سلامه فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ، ط ١ ، مكتبة كلية الحقوق جامعة عين شمس ، إلاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٣٣ .
٢- حكم منشور في مجلة -Rev .arb 1968 .p.149
نقلا عن د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٧٧ .
٣- د بشار محمد إلاسعد ، عقود إلاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٨٠ .
٤- القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٣٠/٢/١٤ ، نقلا عن د عامر الكسوأني ، تنازع القوانين ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، بدون سنة طبع ، ص ١٩٧ .
٥- نص قانون التحكيم المصري رقم (٢٧ لسنة ١٩٩٤) ، منشور في الجريدة الرسمية المصرية العدد/ ١٦ في ١٢/ نيسان /١٩٩٤ .
٦- د هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعرف ، إلاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص ١٠٦ .
٧- د صبرينه جبايلي ، اثر التحكيم على خصوصية العقد إلاداري ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي ام البوادي ، ٢٠١٧ ، ص ١٣٢ .

ثالثاً- المعيار الإقتصادي القانوني (المعيار المختلط)

بسبب الأنتقادات التي وجهت إلى كلا من المعيارين السابقين ظهر معيار جديد اطلق علية المعيار المختلط، وهو معيار يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي، اي أنه لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر اجنبي في الرابطة العقدية، وأنما يستلزم توفر أن يتعلق الأمر بمصالح التجارة.

وقد أيد القضاء الفرنسي الحديث هذا المعيار خاصة في عقود الوكالة الدولية التي تنعقد بين شركة اجنبية مع وكيل لتوزيع منتجات هذه الشركة في دولة أو دول اجنبية أخرى[١]. ومنها حكم محكمة باريس في ١٩٨٤/١١/١٩، بمناسبة عقد وكالة تجارية ابرم بين شركتين سويديتين وفرنسي ليمثلهما في فرنسا، وتم إبرام العقد في كل من السويد وفرنسا (المعيار القانوني)، وحيث إن العقد يخول الوكيل إبرام تصرفات باسم شركات اجنبية بقصد زيادة صادرات منتجات هذه الشركة (المعيار الإقتصادي)[٢].

ويتضح أن المعيار المختلط هو الإقرب لتحديد العقود الإدارية الدولية؛ لأن العقود الإدارية الدولية تتطلب الإتصال باكثر من نظام قانوني ويمثله المعيار القانوني، فضلاً عن تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، ويمثله المعيار الإقتصادي.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية وصورها

تعد المذاهب الحديثة أن العقود الإدارية الدولية هي من موضوعات القانون الإداري والتي ولدت من رحم العولمة الإقتصادية، وأن كانت تتسم بصفة الدولية إلا أنها لا زالت فرعاً من فروع القانون العام الذي يسعى إلى تحقيق المنفعة العامة[٣]، بينما اعتبرها بعض الفقه أنها ذات طبيعة خاصة، كما وتتميز هذه العقود بتنوع وتعدد صورها واشكالها وكذلك أساليب إبرامها، وذلك لأنها في تطور مستمر تلبية لمتطلبات الحياة الإقتصادية والعلاقات الدولية، وسيتم بيان الطبيعة القانونية لهذه العقود بالفرع الأول، وأساليب إبرامها بالفرع الثاني، وأهم صور هذه العقود بالفرع الثالث.

١- د محمد عبدالعزيز بكر، المصدر السابق ، ص ٦٤ .
٢- د عدلي محمد عبدالكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة وإلأشخاص إلاجنبية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٠ ، ص ٦٧ .
٣- د علاء العناني ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية

يقصد بالطبيعة القانونية لعقد ما هو ارجاعه إلى النظام القانوني الذي يحدد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه والقانون الذي يحكمه والنظام القضائي الذي يخضع له. واصبحت الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية محل تساؤل كبير، هل هي عقودٌ وفقا للنظرية التقليدية للعقود الإدارية، أم أنها امست تتمتع بطبيعة خاصة على وفق ما تحتويه هذه العقود من شروط جديدة تعد دخيلة على هذا النوع من العقود مثل شرط الثبات التشريعي، وشرط ثبات العقد، وشرط التحكيم [١].

وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية، فذهب البعض إلى أن هذه العقود هي عقود إدارية، وذهب البعض إلى أن هذه العقود هي عقود ذو طبيعة خاصة، وكما ياتي:

أولاً- العقود الإدارية الدولية ذات طبيعة غير إدارية

يذهب أنصاره إلى أن هذه العقود الدولية هي ليست عقوداً إدارية، وذلك من خلال الحجج الأتية:

١- يرى البعض أن العقود الدولية وأن كانت الدولة طرفا فيها وتتصل بتسيير وإدارة المرفق العام إلا أنها لا تعتبر عقوداً إدارية؛ لأنها لا تتضمن شروطاً استثنائية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أن القانون الدولي لم يعرف ما يصطلح علية بنظرية العقود الإدارية، لأن الأمر في نظر أنصار هذا الرأي يحتاج إلى قضاء إداري دولي مستقل وهو أمر غير موجود حتى الوقت الحاضر[٢].

٢- يرى البعض أن العقود الإدارية الدولية هي ذات طبيعة خاصة؛ لأن ما يميز العقود الإدارية هي الأفضلية المعترف بها للشخص المعنوي العام، ولكن في العقود الإدارية الدولية يرون غياب أو رفض هذه الإفضلية أو التخفيف منها، وذلك بتضمينها تلك بعض الشروط الحديثة وهي (شرط الثبات التشريعي وثبات العقد والتحكيم) والتي تجعل من الدولة على قدم المساواة مع الشخص الإجنبي المتعاقد معها، وتجعل الشخص الإجنبي بمنأى عن التعديلات التي قد تقوم بها الدولة[٣].

١- د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٤ ، ص ٣١ .
٢- د عدلي محمد عبدالكريم ، المرجع السابق ، ص٢٨٢.
٣- د صبرينه جبايلي ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

٣- هناك من يذهب إلى أن العقود الإدارية الدولية هي ذات طبيعة مختلطة بين القانون العام والقانون الخاص، فمثلا عقد إلامتياز الذي يعتبر من أهم العقود الإدارية، يجمع بين الصفة العامة بالنسبة للدولة المانحة للامتياز، وبين الصفة الخاصة بالنسبة للشخص صاحب إلامتياز(المتعاقد).

ثانياً- العقود الإدارية الدولية ذات طبيعة إدارية

يذهب أنصاره إلى أن هذه العقود الدولية هي عقود إدارية، وذلك من خلال الحجج الأتيه:

١- أن الحجة التي أوردها إلاتجاه إلأول في الفقرة (١) اعلاه، يمكن الرد عليها من خلال وجود الدولة كطرف في العقد، واتصاله بمرفق عام يكفي لإضفاء الصفة الإدارية علية؛ لأن مجلس الدولة الفرنسي كان قد أصدر عام ١٩٥٦ حكميين، تضمنا تغييرا جوهريا في معيار تحديد العقد إلاداري، حيث اكتفى المجلس بتوافر أحد الشرطين (اتصال العقد بمرفق عام أو تضمين العقد شروطا استثنائية) إلى جانب الشرط البديهي وهو إبرام العقد من قبل شخص معنوي[١]. وبخصوص الحجة القائلة بعدم وجود قضاء إداري دولي؛ فانه ذريعة تقوم على افتراض تلازم إلاختصاصين التشريعي والقضائي، وهو اتجاه منتقد اصلاً على صعيد القانون الدولي الخاص[٢].

٢- يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن العقود التي تبرمها الدولة أو أحد إلأشخاص المعنوية العامة مع شخص اجنبي هي عقود إدارية، وذلك لتوافر شروط العقد إلاداري فيها، حيث توجد الدولة طرفا في العقد من أجل تسيير مرفق عام باتباع وسائل القانون العام.

٣- أن الدولة كما تبرم عقوداً إدارية داخلية ممكن أن تبرم عقودا تجارية دولية مستعملة الشروط غير المألوفة في عقودها، وعلية تجمع خاصيتان، ارتباطها بمصالح التجارة الدولية، لما فيه من دخول وخروج للقيم إلاقتصادية عبر الحدود، واتصافها بالطبيعة الإدارية لاحتوائها على الشروط إلاستثنائية وتحقيق النفع للمرفق العام[٣].

٤- أن الرأي السائد في الفقه إلاداري يرى أن العقود التي تبرمها الدولة أو أحد اجهزتها في مختلف القطاعات (صناعية، تجارية، فلاحة،..) مع إلأشخاص إلاجنبية هي عقود إدارية، ولو ظهرت هذه العقود من خلال شكلها وليس من خلال مضمونها وجوهرها بانها عقود خاصة وينعقد إلاختصاص فيها

١- د محمد رفعت عبد الكريم ، المصدر السابق ، ص ٤٦٥ .
٢- د عدلي محمد عبدالكريم ، المرجع السابق ،ص ٢٨٢ .
٣- د عدلي محمد عبدالكريم ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤.

للقضاء الخاص أو لجهات التحكيم التي ينص عليها في العقد، فان هذا كله لا يحول دون ألحاق صفة العقد إلاداري وتخضع للقضاء إلاداري في منازعاتها[١].

وبعد استعرض الحجج يتبين أن العقود الإدارية الدولية هي من عقود القانون العام، لتوافر شروط اكتساب الصفة الإدارية، كما أن احتوائها شروطا مستحدثه وأن كان يقلص من نفوذ السلطة العامة وربما من تطبيق القانون الوطني على موضوع النزاع، إلا أنه لا يلغي إلامتيازات الممنوحة للدولة، كالجزاءات التي توقعها جهة الإدارة في عقود إلاشغال العامة الدولية مثل فسخ العقد، ومصادرة التامين بالارادة المنفردة لجهة الإدارة، وسحب العمل، والتنفيذ على حساب المتعاقد المقصر، وما يترتب على ذلك من تحميلة الفرق بين إلاسعار، وغرأمات التاخير، والمصروفات إلأخرى[٢].

الفرع الثاني

أساليب إبرام العقود الإدارية الدولية

الإدارة ملزمة باتباع اجراءات خاصة فنية عند التعاقد لا تجعلها في حرية تامة في اختيار المتعاقد معها والسبب يعود إلى أن العقد الذي تبرمه الإدارة يتصل بادارة أو تسيير أو تنظيم مرفق عام ويستخدم أموالا عامة من أجل تقديم خدمة عامة للجمهور، لذا على الإدارة مراعاة الجوانب الفنية في عملية التعاقد من أجل تحقيق أفضل المنافع والمحافظة على المال العام، وأشار المشرع المصري إلى عدد من الطرق لإبرام العقود الإدارية المحلية والدولية [٣]، وهي:١- المناقصة العامة ٢- المناقصة المحدودة ٣- المناقصة المحلية ٤- الممارسة العامة ٥- الممارسة المحدودة ٦- إلاتفاق المباشر.

وفي العراق منح المشرع لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله وباقتراح من رئيس التشكيل إلاداري للعقود من اعتماد أحد إلأساليب الواردة في المادة (٣) من ضوابط تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤[٤]، لتنفيذ العقود العامة سواء كانت وطنية أو دولية وهي: ١- المناقصة العامة ٢- المناقصة المحدودة ٣- المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني ٤- المناقصة بمرحلتين ٥- الدعوة المباشرة ٦- العطاء الوأحد ٧- التعاقد المباشر ٨- الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة ٩- لجان المشتريات. وسوف يتم القاء الضوء على كل وسيلة منها .

١- د عصمت عبدالله الشيخ ، المرجع السابق ، ص ١١٣ .
٢- د علاء العناني ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .
٣- المادة (١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩ لسنة ١٩٩٨) ولائحته التنفيذية ، منشور في الجريدة الرسمية بالعدد /١٩ في ٨/ ١٩٩٨/٥ .
٤- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢ لسنة ٢٠١٤) ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد /٤٣٢٥ بتاريخ ٢٠١٤/٦/١٦ .

أولاً- طرق إبرام العقود الإدارية الدولية

١- المناقصة أو المزايدة: وهي طريقة تلتزم الإدارة بموجبها في اختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها سواء من الناحية المالية أم من الناحية الفنية، ويمكن تعريفها بأنها (مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها الإدارة بقصد الوصول إلى المناقص الذي يتقدم بأرخص الأسعار للتعاقد معها)[١]. أما المزايدة العامة فهي وسيلة لاختيار المتعاقد الذي يتقدم باعلى العطاءات وتلجا إليها الإدارة إذا رغبت ببيع أو تاجير املاكها وتختلف عن المناقصة؛ لأن المناقصة وسيلة للتعاقد مع صاحب العطاء الإعلى سعراً وإلاكثر كفاءة، وتشترك كل من المناقصة والمزايدة في أنهما يهدفان إلى تحقيق المنفعة العامة . ونظمهما المشرع المصري في قانون واحد[٢]، وفي العراق فنظمت المزايدة في قانون بيع وايجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦، أما في فرنسا فالمشرع ترك الحرية للإدارة مالم ينص على خلاف ذلك[٣]. وهناك أنواع متعددة للمناقصة العامة وهي كما ياتي:

أ- المناقصة العامة أو المفتوحة: وهي الطريقة التي تلتزم فيها الإدارة باختيار من يقدم أفضل العروض الفنية والمالية، وتعد من اكثر الطرق شيوعا عند التعاقد مع المستثمرين إلاجانب[٤]، وقد أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق للمناقصة العامة[٥]، وهي أما أن تكون داخلية حيث يتم الإعلان عنها في داخل الدولة، وأما تكون خارجية ويتم الإعلان عنها في خارج الدولة، لتحقيق منافسة حره بين المتقدمين[٦].

ب- المناقصة المحدودة: وهي طريقة استثنائية للتعاقد بقرار مسبب من الجهة المختصة عندما تكون موضوع المناقصة مادة تخصصية [٧]، أو إذا كان وقت وتكلفة فحص العطاءات غير متناسبين مع قيمة الشيء موضوع العقد[٨]. وتحتوي نفس البيانات المطلوبة في الإعلان عن المناقصة العامة[٩]. ويتم اعتماد سجلات خاصة باسماء المقاولين والموردين والمستشارين من قبل الإدارة معتمدة في ذلك على

١- د فؤاد محمد العطار ، القانون إلاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٥٨٧ .
٢- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية ، منشور في الجريدة الرسمية بالعدد /١٩ في ٨/ ١٩٩٨/٥ .
٣- د علي نجيب حمزة ، بحوث في القانون العام ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص ٢٣ .
٤- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .
٥- المادة (٣/ أولاً) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد /٤٣٢٥ بتاريخ ٢٠١٤/٦/١٦ .
٦- د سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون إلاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٦٠٨ .
٧- المادة (٣ /ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ، والمادة (٢٩ /١ / أ) من قانون إلأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي المنشور في إلامم المتحدة / نيويورك /٢٠١٤ .
٨- المادة (٢٩ /١/ ب) من قانون إلأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي ، المرجع السابق .
٩- المادة (٣٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

الكفاءة المالية والفنية والسمعة الحسنة[١] ولا يسمح مشاركة إلا هؤلاء، على عكس المناقصة العامة المتاحة أمام الجميع مالم يوجد مانع قانوني يمنع ذلك[٢]، وتسمى حسب الفقه الفرنسي بالمناقصة المقيدة[٣]، وقد أخذ العراق بالمناقصة المحدودة[٤].

ج- المناقصة العامة بطرية التأهيل الفني: ويسمح بموجبها لجميع المقاولين أو الموردين للاشتراك عن طريق تقديم ظرفين أحدهما فني وإلأخر تجاري مقابل مبلغ مالي[٥].

د- المناقصة بمرحلتين: يلجا إليها إذا كان موضوع العقد متعلقاً بمواد ذات تكنلوجيا متطورة ومواد علمية متخصصة عالية الدقة وتتم بمرحلتين، الأولى تبدأ بالإعلان للجميع، والثانية بتوجيه دعوة لمن قُبل عطاءه الفني لتقديم عطاءه التجاري[٦]، وقد أخذ بهذه الطريقة قانون إلأونسيترال النموذجي[٧].

٢- إلاتفاق المباشر: وهو أسلوب استثنائي في التعاقد تلجا إليه الإدارة في إلامور العاجلة بناءً على موافقة رئيس الهيئة أو الوزير المختص[٨] ويكون بقرار مسبب من جهة التعاقد، وأن لا يتجاوز المبلغ المحدد للعقد، ولا يمكن التعاقد بطرية إلاتفاق المباشر لأكثر من مرة واحده خلال السنة بالنسبة لنفس موضوع العقد[٩].

٣- الممارسة: وهي أحدى طرق إبرام العقود الإدارية الدولية وتعطي للإدارة قدراً كبيراً من المرونة في اختيار المتعاقد، ولا تلزم الإدارة بإبرام العقد مع الذي حددته لجنة البت[١٠]، وتعرف بأنها (مبادرة تصدر من الزبون بقصد تنفيذ مشروع معين عن طريق مخاطبة الغير لتقديم عطاءاتهم)[١١]. والممارسة أما داخلية أو خارجية وفيها يتم اختيار المتعاقد إلاجنبي[١٢]، وقد تكون الممارسة عامة أو ممارسة

١- المادة (٣) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية ، منشور في الجريدة الرسمية بالعدد /١٩ في ٨/ ١٩٩٨/٥

٢- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، إلاسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٤.

٣- د سليمان محمد الطماوي ، المرصد السابق ، ص ٢١٧ .

٤- المادة (٣ /ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد /٤٣٢٥ بتاريخ ٢٠١٤/٦/١٦ .

٥- المادة (٣ /ثالثا) ، من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

٦- المادة (٣/ رابعا) المصدر السابق .

٧- المادة (٤٨) من قانون إلأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي ، المرجع السابق .

٨- المادة (٧) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

٩- المادة (٥٠) اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

١٠- د عصمت عبدالله الشيخ ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ .

١١- د محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها ، إبرامها ، تنفيذها)، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص٨٧.

١٢- د علاء العناني ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

محدودة[١]، وتطبق أحكام المناقصة العامة فيما لم يرد في هذه الممارسة من أحكام. ولم يتناول المشرع العراقي الممارسة كاسلوب في التعاقدات. وقد أخذ القانون اللبناني باسلوب استدراج العرض، وهو نفس أسلوب الممارسة التي أخذ بها القانون المصري، إلا أن استدراج العرض يتطلب أولاً موافقة الوزير قبل أن تقوم الإدارة باقتراح هذا الأسلوب[٢] .

٤- الدعوة المباشرة[٣]: وهي عملية توجيه دعوة لثلاثة مقاولين أو مجهزين عندما يراد شراء مادة احتكارية أو تنفيذ عمل تخصصي أو عزوف مقدمي العطاءات من المشاركة في المناقصات العامة لمرتين[٤].

٥- الشراء المباشر من الشركات المصنعة والرصينة: وهي طريقة تتيح للشركات العامة التي تعمل في الإستيراد الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة[٥].

ثانياً- إجراءات التعاقد

وتلتزم الإدارة باتباع اجراءات معينة نص عليها القانون من أجل ضمان النزاهة والشفافية والمساواة بين المتقدمين في عملية التعاقد، ومن هذه الإجراءات:

١- الإعلان عن المناقصة: الإعلان هو اظهار لنية الإدارة في اجراء التعاقد مع المتقدمين وفق القانون، فالإعلان اذن هو الدعوة إلى التعاقد[٦]، وهي المرحلة الأولى التي تقوم بها الإدارة لضمان المشاركة الواسعة والعأدلة لجميع الراغبين في الإشتراك، ويعد وسيلة لمنع إحالة مشاريع بمبالغ كبيرة لا تتناسب وكلفها الفعلية، وأهمية الإعلان يكمن في[٧]:

أ- تحقيق مبدأ المساواة وحرية التنافس بين المتنافسين .

ب- تحقيق رقابة أفضل على الإدارة، سواء كانت ذاتية أم قضائية .

١- المادة (٥) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية ، منشور في الجريدة الرسمية بالعدد /١٩ في ٨/ ١٩٩٨/٥ .
٢- د حسين عثمان محمد عثمان ، اصول القانون إلاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٦١٩ .
٣- المادة (٣ /خامسا) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٤- ريم علي احسان محمد العزأوي ، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٧ ، ص ١٩٨ .
٥- المادة (٣ /ثامنا) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٦- د وسام صبار العاني ، القيود الواردة على اجراءات التعاقد باسلوب المناقصة العامة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، العدد الخاص الثالث ، الجزء الأول ، ٢٠١٧ ، ص ٢٨٦ .
٧- د سعاد الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٣٥٥ .

وتُعدَ العلانية من الإجراءات المهمة التي اتفقت عليها التشريعات المقارنة، وأشار إليها المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ولائحته التنفيذية [١]، ويحظر المشرع المصري الإعلان في الشهر الأخير من نهاية السنة المالية إلا بموافقة الجهات المختصة وفي حالة الضرورة[٢]، ويجب أن يتضمن الإعلان كافة شروط المناقصة[٣]، ويتم الإعلان على المناقصات الخارجية مرتين في صحيفة واسعة الأنتشار كما يطلب من سفارات الدول الإجنبية في مصر من ابلاغ المشتغلين بنشاط موضوع المناقصة في تلك الدول، ويتم الإعلان باللغتين العربية والأنكليزية[٤].

أما المشرع العراقي فقد أوجب الإعلان في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية [٥]، على أن يتضمن الإعلان بعض الشروط [٦]، كما أشار إلى أن الإعلان عن المناقصة الدولية تتم في ثلاث صحف يومية واسعة الأنتشار، بالاضافة إلى الموقع الإلكتروني لجهة التعاقد، وكذلك في الملحقيات التجارية في السفارات العراقية في الخارج، فضلاً عن موقع الإمم المتحدة لتنمية الإعمال (DG،MARKET)[٧]، هذه العلانية تجعل المقاولين أو الموردين الراغبين بالتعاقد على طلاع كامل بتفاصيل العمل موضوع المناقصة، مما يساهم بصورة ايجابية في تعاقدات الإدارة[٨].

٢- تقديم العطاء: وبعد أنتهاء المدة المحددة للإعلأن يقدم المناقص عطاءه بظرفين مغلقين، الأول يتضمن العرض فني، والثاني العرض مالي ومجموعة من البيانات المطلوبة[٩]، ويجب أن يرفق التامين المؤقت الذي لا يتجاوز ٢% من القيمة التقديرية مع كل عطاء[١٠]. وحدد المشرع العراقي مدة الإعلان في المناقصة من (١٠-٦٠) يوم من تاريخ أخر نشر في حالة اختلاف تواريخ النشر. وقد بين أهم البيانات المطلوبة والوثائق التي يجب أن يرفقها مقدمي العطاءات[١١]. وتعفى من تقديم التامينات الأولية الشركات العامة ومقدمو العطاءات المشاركون في مناقصات المقرر إحالتها بطريقة المناقصة المحدودة

١- المادة (٢) (تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية التنافس ، وكلتاهما أما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج ، ويكون الإعلان في الصحف اليومية ، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الأنتشار)

٢- محمود محمد علي صبره ، اعداد وصياغة العقود الحكومية ، ط ٤ ، مكتب صبره ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٩ .

٣- المادة (٨) اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

٤- المادة (١٢) ، المصدر السابق .

٥- المادة (٣/أولاً) تنص على أنه (ينفذا هذا الأسلوب بأعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة ، وأن تتسم الإجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح ومراعاة السقوف المالية المقررة في تعليمات تنفيذ الموازنة الإتحادية عند اعتماد هذا الأسلوب .

٦- الفقرة (ثانيا) ضوابط رقم (٢) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

٧- الفقرة (أولاً) ، المصدر السابق .

٨- د رمضأن محمد بطيخ ، د نوفان منصور العجارمة ، مبادئ القانون الإداري ، دار إثراء ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ٥٣٦.

٩ - المواد (٨، ١٤) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

١٠ - المادة (١٧) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

١١ - ضوابط رقم (١) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

والمرحلة الثانية من أسلوب المناقصة بمرحلتين والدعوة المباشرة والعطاء الواحد والتعاقد المباشر والشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة[١]، ويقدم العطاء بظرف واحد في جميع أنواع المناقصات باستثناء المناقصة بطريقة التأهيل الفني يقدم بظرفين[٢]، ويجب أن يقوم مقدم العطاء بتوقيع وختم جميع الوثائق المرفقة مع العطاء.

٣- فحص العطاءات: بعد استلام العطاءات تقوم اللجان المكلفة بفتح العطاءات في جهة التعاقد التي قد يختلف عددها في بعض القوانين، فالبعض يتطلب تشكيل لجنتين كما جاء باللائحة التنفيذية المصرية، حيث تشكل لجنتين، لجنه لفتح المظاريف ولجنة للبت في العطاءات[٣]. يقوم رئيس لجنة فتح العطاءات أولاً فتح الظروف الفنية وتدوين وتثبيت جميع الملاحظات[٤]، وبعد تدوين كافة الملاحظات والتاكد من المرفقات المطلوبة مع العطاءات والتوقيع عليها يتم إرسالها إلى لجنة البت[٥]، وتقوم لجنة البت بدراسة العروض الفنية للتاكد من مطابقتها للمواصفات ثم ترفع تقريرها إلى الجهة المختصة[٦].

وبعد اعتماد اللجنة المختصة توصيات لجنة البت تقوم إدارة المشاريع بأبلاغ مقدمي العطاءات المقبولة فنيا بموعد ومكان لجنة فتح الظروف المالية، حيث يتم اتباع نفس إلاجراءات عند فتح الظروف الفنية، وتلعب عناصر الضمان والصيانة وشروط السداد والتسليم وقطع الغيار دورا مهما في اختيار العطاء الأفضل[٧].

وتناول المشرع العراقي اجراءات فتح العطاءات واحالتها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، حيث نص على تشكيل لجنة أو اكثر لفتح العطاءات[٨]، وتقوم لجنة فتح العطاءات للمناقصات الخاصة بالمقاولات العامة وعقود التجهيز والخدمات غير إلاستشارية بفتح العروض الفنية والتجارية بنفس الوقت باستثناء (المناقصة بمرحلتين والمناقصة بطريق التأهيل الفني)[٩]، ثم تقوم لجنة فتح العطاءات بفتح محضر يتم فيه تثبيت كافة البيانات المتعلقة بالعطاءات ويتم التوقيع عليه من قبل رئيس واعضاء اللجنة، ثم يتم إحالة المحضر إلى لجنة التحليل وتقييم العطاءات مع كافة المرفقات

---

١ - المادة (٩ / أولاً / د ، ه) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٢ - المادة (٣ / ثانيا) ، المصدر السابق .
٣ - المواد (١١ ، ١٢) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ، والمادة (١٥) اللائحة التنفيذية الملحقة به .
٤ - المادة (١٧) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.
٥ - المواد (١٧ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢١) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.
٦ - المواد (٢٣ ، ٢٤) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.
٧ - المواد (٢٥، ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.
٨- المادة (٦ /أولاً / أ) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ، والفقرة (أولاً / ب / ج) من ضوابط رقم (٣) الملحقة بها .
٩- الفقرة (أولاً / ب /٣) ضوابط رقم (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

الواردة مع العطاءات ويتم اخبار رئيس جهة التعاقد بذلك[١]، تتولى لجنة التحليل والتقييم بعد أستلام المحضر وكافة الأوليات بدراسة وتدقيق العطاءات لضمان الوصول إلى أفضل العطاءات من الناحية الفنية والمالية، ولا يمكن الجمع ما بين رئاسة وعضوية هذه اللجنة ورئاسة وعضوية لجنة فتح العطاءات، وتخضع توصياتها إلى مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على قرار الإحالة حسب الصلاحيات المالية المخولة[٢]. وتقوم لجنة التحليل وتقييم العطاءات اثناء التقييم باستبعاد العطاءات التي لم تستكمل الوثائق المطلوبة[٣]، ويجب أن تتم عملية التحليل والتقييم بسريه ويقدم التقرير النهائي إلى اللجنة المخولة بالمصادقة[٤]. ويجب أن يتضمن المحضر النهائي حقلاً خاصاً يوضح توصية لجنة التحليل والتقييم، ثم ترفع التوصية بالإحالة بما يضمن المصادقة واصدار كتاب الإحالة قبل أنتهاء فترة نفاذ العطاءات المحددة في وثائق المناقصة أواي تمديد حاصل عليها[٥].

٤- إرساء المناقصة: ويعد من أهم مرحل اجراءات المناقصة، اذ تتم إحالة المناقصة فيه إلى العطاء الأفضل فنيا وإلاقل سعرا[٦]، وفي العراق تقوم جهة التعاقد بعد مصادقة اللجنة المركزية للمرجعة بإصدار كتاب الإحالة وخلال مدة سبعة أيام من تاريخ مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة ويعد قرار الإحالة نافذا من تاريخ تبليغ المناقص الفائز به واستلامة رسميا[٧]، ويجب إعلام الشركات الأجنبية بنتائج العطاءات التي قدمتها إلى جهات التعاقد عند الأنتهاء من عملية التقييم والإحالة بموجب كتاب رسمي إلى فرع الشركة في العراق إذا كان لها فرع وإما عن طريق الموقع الإلكتروني للشركة الإجنبية إذا لم يكن لديها فرع[٨].

٥- إبرام العقد: تقوم الإدارة بعد ارساء العقد على صاحب العطاء المقبول بابلاغه بضرورة تقديم خطاب الضمان أو ضمان العقد خلال (١٠) ايام، وبما يساوي (٥%) من قيمة التعاقد[٩]، ولا تملك الإدارة إلا إطاعة توصيات لجنة البت بخصوص إبرام العقد مع الشخص أو الجهة الذي رست علية المناقصة[١٠].

١- الفقرة (أولاً / ج ، د ، ه ، و ، ز، ح) ضوابط رقم (٣) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٢- المادة (٦ / أولاً / ب وثانيا) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٣- الفقرة (ثانيا) ضوابط رقم (٣) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٤- الفقرة (ثالثا، سادسا، تاسعا) ضوابط رقم (٣) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
٥- الفقرة (١١، ١٢ ، ١٣/ أ) المصدر السابق .
٦- المادة (٣١) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .
٧- الفقرة (١٤، ١٥) ضوابط رقم (٣) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
٨- كتاب اعمام وزارة التخطيط العراقية / قسم الإستشارات والتدريب / العدد ٦٠٤٧/٧/٤ في ٢٠١٣/٣/١٤ .
٩- المادة (١٨) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .
١٠- د محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٤٥ .

وإلاصل في العقد أن يكون مكتوباً وموثقاً بثلاث نسخ تبقى نسخة منها لدى جهة الإدارة والثانية تسلم للمتعاقد وثالثة تحتفظ بها الجهة الإدارية العليا التي خولت الإدارة بالتعاقد[١].

أما في العراق فقد أوجب المشرع على المناقص الفائز المبلغ بالإحالة رسميا توقيع العقد خلال مدة (١٤) يوم من تاريخ التبليغ بالإحالة[٢]، واجاز للشركات إلاجنبية أن تقدم التامينات النهائية خلال (٢١) يوم من تاريخ توقيع العقد بعد موافقة اللجنة المركزية للمراجعة ومصادقة إلإحالة في جهة التعاقد ولا تعاد هذه التامينات إلابعد صدور شهادة القبول النهائي وتصفية الحسابات[٣]، ويجب أن ينظم العقد من قبل الأقسام المعنية ويكتب باللغة العربية أو الكردية أو بكليهما إذا كان ذلك ممكناً، أما إذا أحد طرفي العقد اجنبيا فتكتب باللغة العربية أو الكردية أو اللغة إلأنكليزية، وتعتمد اللغة العربية عند إلاختلاف إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك[٤]، ولا يجوز تنفيذ العقد قبل توقيعه والمصادقة علية ودفع الرسوم وفقا للقانون[٥].

الفرع الثالث

صور من العقود الإدارية الدولية

تمتاز العقود الإدارية الدولية بتطور السريع وتعدد صورها ومنها عقود نقل التكنولوجيا، عقود الهندسة، عقود التوريد، عقد المشروع المشترك، عقود إلاشغال العامة، عقود إلامتياز، عقود تسليم المفاتيح، عقود البوت[٦]، وسيتم تسليط البحث على اثنين من العقود الإدارية الدولية وهما عقود إلاشغال الدولية وعقد البوت (B.O.T)؛ نظراً لأهميتهما.

أولاً- عقد إلاشغال العامة الدولية

عقد إلاشغال العامة هو اتفاق تبرمه الإدارة مع فرد أو شركة للقيام ببناء أو صيانة أو ترميم مباني أو منشآت عقارية لمصلحة شخص مقابل نظيرٍ نقديٍ يتم إلاتفاق عليه ضمن شروط العقد[٧]، ويطلق اصطلاح عقود إلاشغال العامة الدولية على كافة المشاريع المتصلة بعقار، وتتم لحساب الشخص العام المعنوي وينفذها طرف أجنبي[٨]. وعرفه مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في قضية

١- د حمدي ياسين عكاشه ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص ١١٦ .
٢- الفقرة (١٦) ضوابط رقم (٣) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٣- المادة (٩ / ثانيا / أ ، ب ، ج) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .
٤- الفقرات (ثانيا وثالثا وعاشرا) ضوابط رقم (٤) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤
٥- الفقرة (أولاً ورابعا) المصدر السابق .
٦- د ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، الدار الجامعية الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ٧ .
٧- د عصمت عبدالله الشيخ ، المصدر السابق ، ص ١١٨ .
٨- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٦١ .

(Commune de Monsegur) سنة ١٩٢١بانها (الإشغال التي تنفذ لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام)[١]. وفي الغالب تبرم عقود الإشغال الدولية بين أحدى الدول النامية وطرف أجنبي؛ لأجل أنشاء عقار أو تشييد البنى التحتية الإساسية وادخال معالم الحضارة والمدنية إلى الدولة المتعاقدة[٢]. وتتميز هذه العقود ببعض الخصائص التي أوضحها الفقه المقارن[٣] وهي:

١- أن يكون محل عقد الإشغال عقاراً: يجب أن يصبُ عقد الإشغال الدولي دائما على عقار، سواء كان عقاراً بطبيعته كالارض أم المباني أو عقاراً بالتخصيص كخطوط نقل الكهرباء أو المصاعد، وقد اكد القضاء في فرنسا ومصر، وقد تطور موقف القضاء الفرنسي بالنسبة لعقد الإشغال العامة ليشمل بالاضافة إلى البناء والترميم أعمال التنظيف وحش المزروعات[٤].

٢- أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة: أن تحقيق النفع العام هو أحد أهم الخصائص التي يميز بها عقد الأشغال العامة في الفقه العربي[٥] والمقارن وكذلك في القضاء الفرنسي والمصري. وكانت فكرة عقد الإشغال العامة في فرنسا تقتصر على العقود التي يكون محلها الدومين العام فقط، ثم عدلها مجلس الدولة لتشمل الإعمال التي ينفذها الشخص العام ولو أنصبت على عقار خاص إذا كان الهدف منها تحقيق المنفعة عامة[٦].

٣- أن يتم تنفيذ العقد لحساب شخص معنوي عام: يجب أن تكون الإعمال التي تجري على العقار لمصلحة الشخص المعنوي العام، سواء كان العقار مملوكا له أو إلى شخص أخر إذا كان هو المشرف علية، أو أن العقار ستؤول ملكيته إلى الشخص العام بعد مدة من الوقت، وكذلك العقود التي يبرمها الشخص الخاص بالوكالة عن الشخص المعنوي العام فالقضاء الفرنسي اضفى عليها العمومية[٧]

١- د ابو بكر احمد عثمان النعيمي ، الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الإشغال العامة ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، العراق ، السنة السابعة ، العدد /٢٧ ، ٢٠١٥ ، ص ٢٢٦ .
٢ - د عزيزه الشريف ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ١٠٥ .
٣- د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة ، المصدر السابق ، ص ٣٥
٤ - د جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .
٥- د هارون عبدالعزيز الجمل ، النظام القضائي للجزاءات في عقد الإشغال العامة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، ١٩٧٩ ، ص ٣٩ .
٦- د محمد سعيد حسين امين ، تنفيذ العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٨٠ .
٧- د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، عقود الإشغال العامة والتحكيم فيها ، المصدر السابق ، ص ٣١ .

٤- الصفة الدولية لعقد إلاشغال: تعد الصفة الدولية من أهم الخصائص التي يتميز بها عقد إلاشغال الدولي عن عقد إلاشغال الداخلي، لأن تطور العلاقات وإلأوضاع التي تحيط بعقد إلاشغال العامة في العصر الحديث تجعل لهذا العقد مكانة بارزة ومهمة على مستوى العلاقات الدولية[١].

٥- عقد إلاشغال من العقود الدولية طويلة المدة: أن من خصاص عقد إلاشغال الدولي أنه معقد ومتشابك في علاقاته القانونية ويحتاج إلى مدة طويله لتنفيذه[٢].

وتعد عقود إلاشغال العامة الدولية عقوداً إدارية بتحديد القانون، وهذا ما ذهب إليه القانون إلاداري في فرنسا[٣]، أكدها المشرع المصري بقانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لعام ١٩٧٢ في المادة (١٠) حيث جاء فيها (يفصل المجلس بهيئة قضاء إدري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود إلالتزام وإلاشغال العامة والتوريد، أو باي عقد أخر) وعلية فان الصفة الإدارية سوف تنسحب على عقد إلاشغال الدولية لأتحاد الغاية والمحل في كلا العقدين [٤] .

وبعد بيان أهم الخصائص التي يتميز بها عقد إلاشغال الدولي، حاول الفقه وضع تعريف لعقد إلاشغال الدولي بصورته الحديثة بانه (توافق ارادتي جهة الإدارة وأحد إلأشخاص إلاجنبية الخاصة من أجل تنفيذ اعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام، وتحقيقا لمصلحة عامة على نحو معين ولقاء ثمن معين) وهو تعريف يتفق مع تعريفات الفقه والقضاء لعقد إلاشغال الداخلي[٥].

أما في العراق فقد عرفه بعض الفقه بأنه (اتفاق بين الإدارة وأحد إلأفراد " في الغالب مقاول أو شركة مقاولاًت " بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانه مبان أو منشآت عقارية لحساب أحد إلأشخاص الإدارية وتحقيقا لمنفعة عامة)[٦]، وجاء موقف القضاء العراقي مؤيدا لموقف الفقه [٧].

١- د سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٣٨ .

٢- للمزيد من التفاصيل أنظر د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، عقود إلاشغال العامة والتحكيم فيها ، المرجع السابق ، ص ٤٠ .

٣- للمزيد من التفاصيل أنظر محمود عاطف البنا ، مبادئ القانون إلاداري – وسائل وأساليب النشاط إلاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص ١١٥ .

٤- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ١٦٧ .

٥- د عيسى عبد القادر الحسن ، التزأمات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد إلاشغال العامة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٦ .

٦- د علي محمد بدير و د عصام عبدالوهاب البرزنجي و د مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون إلاداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٩٠ .

٧- أنظر قرار رقم (٧٢٣ / حقوقية / ١٩٦٥) أشار إليه د ابو بكر احمد عثمان النعيمي ، إلأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد إلاشغال العامة ، المصدر السابق ، ص ٢٣١.

ثانياً- عقد البوت B . O . T

تُعدّ عقود البوت أسلوباً متطوراً وحديثاً لعقود التزام المرافق العامة الذي يعد من أهم العقود الإدارية أن لم يكن أهمها على الإطلاق، وتقوم هذه العقود على فكرة تعتمد على منح ترخيص من الإدارة لأحد المستثمرين الراغبين في أنشاء المرافق العامة سواء كان وطنياً أم اجنبياً، وتحميله كافة الإعباء المالية لإقامة المشروع ولمدة زمنيه معينة مقابل حصول المستثمر على ايرادات المشروع خلال مدة الإمتياز، ثم تتم اعادة ملكية المشروع إلى الإدارة بدون مقابل، وقد طبقت الحكومة في مصر هذا الإسلوب في الكثير من المشاريع المتعلقة بالطاقة ونقل التكنلوجيا[١].

ومصطلح البوت (B.O.T) هو كلمة أنكليزية وتعني البناء Build والتشغيل Operate ونقل الملكية Transfer. ويمر عقد البوت بثلاثة مراحل، المرحلة التحضيرية من قبل الدولة، ومرحلة تنفيذ بناء المشروع وتشغيله، ومرحلة ارجاع ملكية المشروع إلى الدولة بعد أنتهاء مدة الإلتزام.

وقد عرفه بعض الفقه بأنه (عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام، حيث يتولى الملتزم تمويل أنشاء المشروع، ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة، وفي نهاية المدة يلتزم باعاده المشروع إلى الجهة المانحة)[٢]. ومن أهم خصائص عقد البوت هي:

١- أن الهدف من عقد البوت هو أنشاء مشاريع البنية الإساسية ذات النفع العام والتي تحتاجها الدول وخاصة الدول النامية لغرض تقديم الخدمات الضرورية إلى الجمهور مثل المطارات وسكك الحديد[٣].

٣- أن المشروع الذي يتم بناءه وتشغيله من قبل الملتزم تعود ملكيته بعد أنتهاء مدة الإلتزام للدولة[٤].

٤- قد يتضمن عقد البوت في الغالب شرط عدم المنافسة اثناء تنفيذ العقد أو بعد التنفيذ [٥].

٥- أن المردود الذي يحصل عليه المستثمر يكون على شكل رسوم تدفع من المنتفعين المشروع مقابل الخدمة المقدمة لهم ، شاملة لنفقات بناء المشروع اضافة إلى هامش من الربح المعقول[٦].

وتمتازعقود البوت بالعديد من المزايا، وبالمقابل يؤخذ عليها بعض العيوب وكما يأتي:

١- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، المصدر السابق ، ص ١٥٥
٢- د شريف يوسف خاطر ، مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٥٨٩ .
٣- د بشار محمد الإسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، ط ٢ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١ ، ص ٧٠ .
٤- د عارف صالح مخلف ، د علاء حسين علي ، عقد البوت دراسة في النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار ، العراق ، المجلد /١ ، العدد الأول ، ٢٠١٠ ، ص ٦ .
٥- عبدالله طالب محمد الكندري ، النظام القانوني لعقود ال BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤ .
٦- د هاني سرى الدين ، التنظيم القانوني التعاقدي لمشروعات البنية الإساسية الممولة - عن طريق القطاع الخاص - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٤٥ .

أولاً- مزايا عقود البوت: أن عقود البوت تحقق العديد من المميزات بالنسبة إلى الدولة مانحة الإمتياز من جهة وإلى المتعاقد صاحب الإمتياز من جهة أخرى وكما ياتي:

١- الدولة

أ- تساهم عقود البوت في نقل التكنلوجيا والأساليب الحديثة إلى الدولة، وتدريب العاملين فيها[١].

ب- تعد عقود البوت من أهم أساليب أنشاء وتشييد مشاريع البنية الأساسية من خلال جذب الإستثمارات الوطنية والإجنبية، مما يؤدي إلى عدم تحميل موازنة الدولة أعباء اضافية، وهو ما يجعل الدولة توجيه أنفاقها إلى القطاعات الخدمية مثل التعليم والصحة[٢].

ج- تعد عقود البوت وسيلة لزيادة حجم السيولة وحركة النقود داخل الدولة؛ لأن المتعاقد الإجنبي سيقوم بأستثمار أمواله في الدولة، مما يعني ادخال استثمارات جديدة تساعد على زيادة النقد الإجنبي وخفض العجز بالموازنة العامة للدولة وارتفاع قيمة العملة الوطنية[٣].

د- بناء وتشييد الكثير من مشروعات البنى الأساسية مما يؤدي إلى خلق فرص عمل داخل الدولة وتقليص البطالة وذلك من خلال أنشاء العديد من المرافق العامة، مثل المحطات الكهربائية وأنشاء الطرق والجسور واقامة الأنفاق، ويخلق قاعدة صناعية وخدمية[٤].

ه- تساعد هذه العقود من زيادة الخبرات التي تحصل عليها الدولة من القطاع الخاص في أنشاء وإدارة هذا المشاريع مما يؤدي إلى تحسين الخدمات المقدمة إلى الجمهور[٥].

و- الإسراع في إقامة العديد من مشاريع التنمية الإقتصادية دون الإعتماد على موازنة الدولة.

ز- تمكين الدولة من تقديم أفضل الخدمات إلى الجمهور من خلال امتلاكها العديد من المرافق العامة الجديدة والتي حصلت عليها بعد أنتهاء مدة الإلتزام لتلك المشاريع وبلا مقابل[٦].

١- عمر احمد حسبو ، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام ال BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٨٨ .

٢- د ابو بكر احمد عثمان ، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد /١٠، العدد ٣٨ ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٥٧ .

٣- د عبدالفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٧ .

٤- د جابر جاد نصار ، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد إلالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٥٦ .

٥- د محمد جمال مطلق ذنيبات ، العقد إلاداري ، مكتبة القانون وإلاقتصاد ، الرياض ، ص ٦٥ .

٦- د حميد لطيف نصيف ، تنفيذ مشاريع البنية إلاساسية باستخدام عقود البناء والتشغيل والنقل ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ١٥ .

٢- المتعاقد

أ- تساهم هذه العقود في قيام المستثمرين الصغار من شراء اسهم وسندات المشروع .

ب- تساعد هذه العقود المتعاقد من الحصول على ارباح كبيره من خلال الدخول في استثمارات مرتفعة جديدة مقارنة مع هذا المشروع.

ج- تساهم عقود البوت من تحريك مؤسسات التمويل المالي من خلال تقديم قروض وتسهيلات ائتمانية للمتعاقد[١].

ثانياً- عيوب عقد البوت :

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها عقد البوت، فان هناك بعض المخاطر إذا ما تم الأخذ بهذا النظام من قبل الدول، وأهم هذه المخاطر أو العيوب هي:

أ- أن إلأخذ بعقد البوت يؤدي إلى زيادة حجم إلاعباء إلاقتصادية المستقبلية على عاتق الدولة يصعب التعامل معها إذا كانت مدة العقد طويلة جدا تصل إلى اكثر من ٥٠ سنة.

ب- الزيادة في تكلفة المشاريع المنفذة من قبل المتعاقد على المدى البعيد، لأن هدف المتعاقد هو بيع المنتوج إلى الدولة وتحقيق الربح[٢].

ج- الضعف الرقابي الذي تمارسه اجهزة الدولة على الشركات إلاجنبية المنفذة للمشاريع بسبب قلة الخبرة وضعف الكفاءة الفنية والقانونية، مما يسمح للشركات بالتدخل في شؤون الدولة.

د- يؤدي العقد إلى احتكار الشركة المنفذة لموضوع العقد، عند قيام الشركة بالزام الدولة بعدم المنافسة بموضوع العقد وشراء المنتوج، كمحطات الكهرباء والمطارات، وبالتالي تفرض سيطرتها على السوق وهذا له أنعكاسات سلبية على اقتصاد الدولة[٣].

هـ- أن أخراج إلأموال التي يحصل عليها المتعاقد من الدولة، وعدم استثمارها في مشاريع أخرى، يؤدي إلى زيادة الطلب على إلأموال وارتفاع العجز في الموازنة العامة للدولة[٤].

١- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الداخلية والدولية ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ .
٢- د جابر جاد نصار ، عقود البوت BOT والتطور التاريخي لعقد إلالتزام ، المصدر السابق ، ص١٠٤ ، د وضاح محمود الحمود ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزأماتها ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠، ص ٦٤ .
٣- د عارف صالح مخلف ، د علاء حسين علي ، المصدر السابق ، ص ١٠ .
٤- د جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ .

و- أن الزام الدولة من قبل المتعاقد بتضمين العقد شرط التحكيم في فض المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تطبيق العقد يجعل الدول كطرف مساو للمتعاقد[١].

وهناك أنواع متعددة من عقود البوت منها:

١- B.O.O.T : ويقصد به البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية ويعني أن المتعاقد أو الشركة تقوم ببناء المشروع وتتملكه إلى أن تتم نقل ملكيته إلى الدولة[٢].

٢- B.O.O: ويقصد به البناء والتشغيل والتملك، ويعني أن المتعاقد مسؤول عن البناء والتشغيل والإدارة، اي يمتلك المشروع بالكامل ولا يلتزم باعادته إلى الدولة مثل العقود الأخرى[٣].

٣- L.R.O.T : ويقصد به عقد التاجير والتجديد والتشغيل ونقل الملكية، ويعني أن المتعاقد يقوم بتاجير مشروع موجود من الدولة ثم يقوم بتجديده وتشغيله مدة الإلتزام ثم يعيده إلى الدولة بصورته الجديدة دون مقابل[٤].

٤- B. L.T : وهو عقد البناء والتاجير ونقل الملكية، ويعني أن المتعاقد يقوم ببناء المشروع على نفقته ثم يقوم بتاجيره إلى الإدارة خلال مدة التعاقد مما يتيح له سداد تكاليفه المالية خلالها وبعد أنتهاء المدة يقوم باعادة ملكيته للدولة دون مقابل [٥] .

٥- B.T.O: وهو عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل، ويقصد به أن الدولة تتعاقد مع المستثمر من أجل بناء المشروع ويتخلى عنه للدولة ، وتبرم معه عقد أخر لتشغيله خلال مدة الإمتياز مقابل الحصل على ايرادات التشغيل، وتقسيط قيمة المشروع بالاتفاق فتصبح الدولة مالكة ابتداءً وليس في النهاية[٦] .

وقد أشار الدستور العراقي في المادة (٢٥) منه إلى (تكفل الدولة اصلاح الإقتصاد العراقي على وفق أسس اقتصادية حديثه وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص

١- د عصمت عبدالله الشيخ ، المصدر السابق ، ص ١٢٣ .

٢- د دويب حسين صابر عبد العظيم ، إلاتجاهات الحديثة في عقود إلالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة اسيوط ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٠ .

٣- د احمد سلامه بدر ، العقود الإدارية وعقود ال BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٥٨ ، د محمد بهجت عبدالله قايد ، اقامة المشروعات إلاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية نظام (BOT) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (BOOT) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١١ .

٤- د ماهر محمد حامد احمد ، النظام القانوني لعقد ال BOT ، اطروحة مقدمة لجامعة الزقازيق ، ٢٠٠٤ ، ص٤١ ، د سعيد حسين علي ،العقد إلاداري إدارة تمويل المشروع العام ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص ١٦٦ .

٥- د حميد لطيف نصيف ، المصدر السابق ، ص١٥

٦- د محمد المتولي ، إلاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٧ ، د وضاح محمود الحمود ، المصدر السابق ، ص ٦١ .

وتنميته) وكذلك المادة (٢٦) منه إلى (تكفل الدولة تشجيع الإستثمارات في القطاعات المختلفة ، وينظم ذلك بقانون)[١]، ومن خلال النصوص الدستورية يفهم أن الدستور فتح الطريق للوزات وجميع الجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات للأخذ بعقود البوت من أجل تشجيع القطاع الخاص الوطني وإلاجنبي للمشاركة في اعادة بناء البنية التحتية مما يتطلب تظافر الجهود السياسية والإدارية والقانونية من أجل جلب إلاستثمارات إلاجنبية التي يحتاجها العراق في كافة القطاعات، وصدرت عدة تشريعات منها، صدر قانون إلاستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ المعدل الذي يشجع على إلاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته إلأنتاجية والخدمية ولكافة المشاريع التي تنوي الحكومة تنفيذها في كافة القطاعات ولكنه لم يحدد عقدا بعينه[٢]، وكذلك صدور تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لعام ٢٠١٤ والتي أوضحت أساليب إبرام العقود الإدارية التي تنوي الحكومة العراقية تنظيمها وكيفية تنظيمها وتركت اختيار وسيلة إبرام العقد إلى جهة الإدارة، وقد جاء بالمادة (٥/ ثانيا / ج) من نظام بيع وايجار عقارات واراضي الدولة والقطاع العام لأغراض إلاستثمار والمساطحه عليها، أشارة واضحة إلى عقد البوت (B.O.T) ، حيث جاء فيها (المشاريع الكهربائية والنفطية وغيرها الواقعة خارج حدود البلدية التي تنفذ بصيغة (BOT) بناء، تشغيل، تحويل و(BOO) بناء، تشغيل، تمليك أو غيرها ببدل ايجار أو مساطحه قدره (٢%) اثنان من المائة)[٣]، ولم ينظم المشرع العراقي عقود البوت في قانون مستقل كباقي الدول الأخرى.

١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد / ٤٠١٢ بتاريخ ٢٨ / ٢ / ٢٠٠٥ .
٢- قانون إلاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد / ٤٠٣١ بتاريخ ١٧ /١ / ٢٠٠٧ .
٣- نظام بيع وايجار عقارات واراضي الدولة والقطاع العام لأغراض إلاستثمار والمساطحة عليها رقم (٦) لسنة ١٠١٧ ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد / ٤٤٥٨ بتاريخ ٢١ / ٨ / ٢٠١٧ .

المبحث الثاني

مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

على الرغم من أتساع نطاقه في العقود المدنية والتجارية إلا أن التحكيم في العقود الإدارية الدولية لا يزال حديثا ومتجددا ويكتنفه الحذر الشديد، فالتحكيم منتقد من قبل القضاء إلاداري بمحاولة نزع اختصاصه في هذه الطائفة من العقود الدولية، وهذه البداية المتعثرة للتحكيم في العقود الإدارية الدولية يمكن ارجاعها إلى أن التحكيم يقوم بتطبيق القانون الخاص على علاقات القانون العام، وبالتالي حرمان الإدارة في العقود الإدارية الدولية من امتيازات عديدة في مواجهة المتعاقد معها، فضلاً عن أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الحصانة القضائية للدولة ومبدأ سيادة الدولة[١].

وعلى الرغم من المعوقات التي تواجه التحكيم إلاّ أنه يمكن أن يكون وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية الدولية، وخاصة في الوقت الذي يشهد زيادة تدخل الدولة في التجارة الدولية ومحاولة جذب إلاستثمارات إلاجنبية عن طريق إبرام عقود التنمية إلاقتصادية، اضافة إلى اعتقاد بعض المستثمرين إلاجانب بان القانون والقضاء الداخلي للدولة المتعاقدة لا يتمتع بالاستقلالية، هذا الأمر أدى إلى البحث عن وسيلة سرية وسريعة ومحايدة لفض جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذه العقود[٢]. وبناء على ذلك فقد نصت الكثير من القوانين الوطنية وإلاتفاقيات الدولية على جواز اللجوء إلى بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، وساند البعض من الفقه والقضاء هذا إلاتجاه، وللوقوف على اتجاه المشرع والفقه والقضاء إلاداري من هذا الموضوع نعرض الموقف التشريعي من جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في المطلب إلأول، وموقف الفقه والقضاء وإلاتفاقيات الدولية من جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الموقف التشريعي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

تباين موقف الدول من مبدأ اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع الجهات إلاجنبية ما بين مؤيد ومعارض، ولجات بعض الدول من تنظيم قضايا التحكيم في قوانين خاصة بها، والبعض إلأخر ضمنها قانون المرافعات المدنية، ولمعرفة

١- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٢٠١ .

٢- د حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ١١ .

موقف المشرع من التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية سيتم القاء الضوء على موقف المشرع في فرنسا بالفرع إلأول، وموقف المشرع المصري في الفرع الثاني، وموقف المشرع العراقي في الفرع الثالث.

الفرع الأول

موقف المشرع الفرنسي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

لم تتضمن النصوص التشريعية الفرنسية مسالة تنظيم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، مما يعني أن المبدأ العام أو القاعدة الإصلية هي حظر لجوء الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لفض منازعاتهم الناشئة عن العقود الإدارية الدولية إلا بنص خاص[١].

وهذا المبدأ تجد اساسه في المادتين (٨٣ و١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر عام ١٨٠٦، حيث جاء بالمادة (٨٣) أنه (القضايا التي يتطلب فيها اخطار النيابة العامة هي القضايا التي تخص الدولة وإلاملاك العامة والبلديات والمؤسسات العامة)، وقد جاء بالمادة (١٠٠٤) أنه (يمنع الإتفاق على التحكيم في القضايا التي تخضع لإبلاغ النيابة العامة عنها).

وقد تاكد هذا الحظر بالمادة (٢٠٦٠)[٢] من القانون المدني الجديد الصادر عام ١٩٧٢، إلا أن الأمر تغير بالنسبة للمؤسسات العامة باضافة الفقرة الثانية إلى المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني بموجب القانون رقم (٥٩٦) الصادر في ١٩٧٥/٧/٩ الذي يسمح لتلك المؤسسات باللجوء للتحكيم[٣]، الذي تضمن حظر التحكيم في كافة المنازعات التي تكون إلأشخاص العامة طرفا فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة التي تختص فيها المحاكم المدنية أو التجارية، واعتبر أن الحظر من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته[٤].

---

١ - قانون إلاجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر عام ١٨٠٦ .

٢- المادة (٢٠٦٠) تنص على أنه " يحظر إلاتفاق على التحكيم في مسائل الطلاق وإلأنفصال الجسماني وفي المنازعات المتعلقة بوحدات الإدارة العامة أو بالمؤسسات العامة وبوجه عام في جميع المسائل التي تمس النظام العام " ولبعض فئات المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي أو التجاري امكانية اللجوء إلى إلاتفاق على التحكيم وذلك بمرسوم يرخص لهم ذلك "

٣- الفقرة الثانية من المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني تنص على أنه " ومع ذلك يمكن أن يصرح للمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية بموجب مرسوم أن تلجا للتحكيم " .

٤- د دويب حسين صابر ، عقود ال B.O.T وكيفية حسم منازعاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ١٣٤ ، المستشار وائل عز الدين يوسف ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٨٠ .

وعلى الرغم من الموقف المتشدد للمشرع الفرنسي إلاّ أنه وبفعل المشاكل العملية والقانونية قد اعاد النظر في مبدأ الحظر وبدأ يتدخل باستثناءات تشريعية واصبح للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى تحكيم في حالات معينة جاءت على شكل قوانين متعددة، وقد تناولتها المصادر الفقهية[١]، و كما يلي:

١- قانون رقم ١٧/ نيسان/ ١٩٠٦: اجاز هذا القانون بموجب المادة (٦٩) منه للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، واقصره على تسديد نفقات عقود إلاشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والبلديات، واعتبر مجلس الدولة أن هذا التعداد لا يمكن التوسع فيه [٢].

وقد اضيفت إليها النقابات المختلطة والمناطق الحضرية والمؤسسات العامة التابعة للمحافظات والمقاطعات بموجب المادة (١و٢٥) من المرسوم الصادر في ٢٥/ ٧/ ١٩٦٠، على أنه لا يمكن اللجوء للتحكيم وفق المادة (٦٩) من قانون رقم ١٩٠٦ إلا بعد حصول نزاع (مشارطة التحكيم) وموافقة مجلس الوزراء وبمرسوم موقع من وزير المالية والوزير المختص حسب إلاحوال[٣]. أما بالنسبة للعقود التي تبرمها المديريات فيتم مناقشة التحكيم في مجلس المديرية وبموافقة الوزير المختص، وإذا تعلق الأمر بالبلديات فيجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة، ويمكن ملاحظة أن المشرع كان متاثراً بموقف مجلس الدولة الفرنسي الرافض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية لذا أورد بعض القيود والشروط[٤].

٢- قانون رقم (٥٩٦) في ١٩٧٥/٧/٩: اجاز هذا القانون الذي جاء معدلاً للمادة (٢٠٦٠) من القانون المدني للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية اللجوء للتحكيم بموجب مرسوم يصدر لاحقاً بتحديدها[٥]، إلا أن هذا المرسوم لم يصدر إلا في ٢٠٠٢/١/٨ بموجب المرسوم المرقم (٥٦) والذي حدد المؤسسات

١- د صفاء فتوح جمعه ، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، إلاسكندرية ، ٢٠١٧ ، ص ٧٥٧ ، د اشرف حسن عباس إلاعور ، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية ، شركة ناس للطباعة ، ط ١ ، ٢٠١٥ ، ص ٣٤٣ ، د يسري محمد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٠٢ ، د نجلاء حسن سيد احمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٠ .

٢- د مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠، ص ٩٧ .

٣- د علاء محي الدين مصطفى ود محمد ابراهيم خيري الوكيل ، المصدر السابق ، ص ٥٤ .

٤- للمزيد من التفاصيل أنظر د شريف يوسف خاطر ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٢٤ .

٥- د عبدالرحمن رحيم عبدالله ، دراسات قانونية ، ط ١، مطبعة شهاب ، اربيل ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٦ ، د علي احمد حسن اللهيبي ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد / ٢٢ ، العدد / ١ ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٧٩ .

العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم وهي شركة غاز وشركة كهرباء الفرنسيتان[١]. وقد صدرت خلال الفترة التي اعقبت صدور قانون عام ١٩٧٥ العديد من التشريعات التي منح فيها المشرع اللجوء للتحكيم ومنها، قانون رقم (١١٥٣) في ١٩٨٢/١٢/٣٠ والذي منح هيئة سكك الحديد الوطنية الفرنسية من اللجوء إلى التحكيم، وكذلك صدور قانون رقم (٥٦٨) في ١٩٩٠/٧/٢ والذي اعطى بموجبها لشركات إلاقتصاد المختلطة مثل شركة طيرأن فرنسا (Air France) وشركة (France Telecom) بموجب قانون هيئة البريد وإلاتصالات[٢].

٣- القانون الصادر في ١٩٨٦/٨/١٩: وهو من أهم القوانين التي اصدرها المشرع الفرنسي استثناءً من المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني، وفيه اجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العمومية من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية والمبرمة مع الشركات إلاجنبية، وصدر على خلفية فتوى مجلس الدولة في قضية مدينة العاب (والت ديزني)، ولكنه أورد بعض الشروط لتطبيقه وهي كما يلي:

أ- أن يكون العقد مبرما مع شركة اجنبية، اي أن يكون العقد دوليا، ولا يشمل العقود المبرمة مع شركات وطنية.

ب- أن يتعلق العقد بمشروع ذي نفع قومي يحقق المصلحة العامة.

ج- صدور مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على شرط اللجوء إلى التحكيم، على أن تكون الموافقة لكل حالة على حده[٣].

٤- القانون الصادر في ١٩٩٩/٧/١٢: وهو القانون الذي اجاز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمؤسسات العلمية والثقافية التي تعمل في مجال البحث العلمي في التعليم العالي في حسم المنازعات التي تحدث من تنفيذ العقود التي تبرمها مع المؤسسات الثقافية إلاجنبية[٤].

٥- المرسوم رقم (٤٨) في ٢٠١١/١/١٣: وقد تضمن هذا المرسوم قانون التحكيم الفرنسي المعدل لقانون إلاجراءات المدنية، ويمكن ارجاع صدور هذا المرسوم إلى تضمين قانون التحكيم قواعد جديدة

١- د شريف يوسف خاطر ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه ، المصدر السابق ، ص ١٢٧ ، د اشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الإدارية واثاره القانونية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، إلاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٦٩ .

٢- د عصمت عبدالله الشيخ ، المصدر السابق ، ص ١٩٣ ، د احمد خورشيد حميدي ، التحكيم في العقود الإدارية ومدى جواز إلأخذ به في التشريع العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة كركوك للعلوم إلأنسانية ، المجلد /٤ ، العدد / ١ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠١ .

٣- د السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تاثره بسيادة الدولة ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٧٨ ، د احمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم المصري ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤١ .

٤- د اشرف محمد خليل حماد ، المصدر السابق ، ص ٦٩ .

تتماشى وتتناغم مع قانون جمعية الإمم المتحدة للتجارة، اضافة إلى ادخال التعديلات التي ينادي بها الفقه والقضاء وخاصة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية[١].

إذن يمكن القول بان المشرع الفرنسي قد فرض حظراً على التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية كقاعدة عامة، أما الإستثناء فهو جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

الفرع الثاني

موقف المشرع المصري من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

عرف النظام القانوني المصري التحكيم منذ زمن بعيد، إلا أن تنظيم التحكيم من قبل المشرع كان في قانون المرافعات الصادر في ١١/١٣/ ١٨٨٣، حيث اجاز للحكومة اللجوء للتحكيم في عقود إلاشغال العامة والتوريد وإلامتياز في القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩١٢[٢]، ونص على التحكيم أيضاً في قانون المرافعات رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ في المواد (٨١٨ -٨٥٠) والذي عالج مسائل التحكيم إلاختياري في الباب الثالث من الكتاب الثالث إلا أن التوجه للتحكيم كان ضعيفا، ومن ثم صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨[٣] وتناول التحكيم في المواد (٥٠١ - ٥١٣)[٤].

وقد جاء بالمادة (٥٠١) أنه (يجوز إلاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز إلاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ..)، ولم تحسم هذه المادة مسالة التحكيم في العقود الإدارية الدولية، الأمر الذي ادى إلى أنقسام إلاراء الفقهية حتى وصل الخلاف إلى القسم القضائي والقسم إلافتائي والتشريعي لمجلس الدولة[٥]، ويتبن من خلال النص أن مشروعية التحكيم في العقود الإدارية لا غبار عليه وسواء كان العقد ادارياً أم مدنيا، ويستدل هذا من خلال النص الوارد (كما يجوز إلاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)، وحيث أن الأمر وواقع الحال في مصر كان يجري على أساس أن الإدارة تقبل بالتحكيم عند إبرام العقد وبالاخص عقد إلاشغال وعقد البترول، ولكن عند حدوث نزاع تلجا الإدارة إلى القضاء مستعينة به زاعمه أن

١- قانون التحكيم الفرنسي المعدل بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ ، أشار إليه حسام احمد هلال منصور و حسين ابراهيم خليل و هبة الله عماد و قانون التحكيم الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٥٤ .

٢ - د ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٥١ .

٣- منشور في جريدة الوقائع المصرية بالعدد ١٩ بتاريخ ١٩٦٨/٥/٩ .

٤- المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدنية تنص على أنه " يجوز إلاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز إلاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين " .

٥- د وليد حسن جاسم الحوسني ، إلاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات إلاستثمار والمؤسس بموجب اتفاقية واشنطن عام ١٩٥ ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ١٦ .

التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية، وهذا يعد اخلالاً من الإدارة بمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية؛ لأن للإدارة أن ترفض شرط التحكيم عند إبرام العقد عندئذ يبقى الخيار للمتعاقد أن يقبل أو يرفض[١].

وبسبب التطور السريع في الحياة إلاقتصادية وتشجيع الدولة في جذب واستقطاب إلاستثمارات إلاجنبية، وتلافي النقص التشريعي وخاصة فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، كل ذلك ساهم في تدخل المشرع المصري لحسم المسالة بصدور قانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤[٢]، وبصدوره الغيت المواد (٥٠١ - ٥١٣) الواردة في القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ الخاصة بالتحكيم.

وقد نص القانون الجديد في مادته الأولى على (...تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون)[٣]. وعلى الرغم من صدور قانون التحكيم، إلاّ أن الخلاف لم ينتهي، فالفريق إلأول يرى أن المادة إلأولى اجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وحججهم هي:

١- أن المادة إلأولى تشمل العقود الإدارية لأنها أشارت إلى أن القانون يمتد تطبيقه إلى كل تحكيم بين أشخاص القانون العام أو الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، اضافة إلى أن المادة تشير إلى (...تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم ..أو كان تحكيما تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون)، وهذا يدل على أن المشرع كان يقصد العقود الإدارية الدولية واجاز التحكيم فيما ينشأ عنها من منازعات[٤] .

٢- أن المادة الثانية[٥] من القانون قد أوردت امثلة على العقود التي يشملها القانون، ويتضح أن اغلب تلك العقود هي عقودٌ إدارية بطبيعتها مثل عقد إلاشغال العامة وعقود إلامتياز، وبعضها تتوافر فيها شروط العقود الإدارية.

١- د حماده عبدالرزاق حماده ، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص ٢٣٥ ، د احمد ابو الوفاء ، التحكيم إلاختياري وإلاجباري ، منشأة المعارف ، ط ٩ ، إلاسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص ٧٩ ، د محمد سعيد حسين أمين ، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٥.

٢- منشور في جريدة الوقائع المصرية بالعدد ١٦ الصادرة بتاريخ ٢١/ ١٩٩٤/٤ .

٣- المادة (١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

٤- د عصمت عبدالله الشيخ ، المصدر السابق ، ص ١٧٩ .

٥-المادة (٢) من قانون التحكيم المصري تنص على أنه " يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي ، عقدية أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا وإلاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتامين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية

٣- أن السياسة الإقتصادية للدولة التي ترمي إلى تهيئة الإرضية المناسبة لجذب الإستثمارات الإجنبية لا يمكن أن تتحقق باصدار تشريعات تشجع على ذلك فقط، وأنما يجب الموافقة على مبدأ التحكيم في المنازعات التي قد تحصل من تنفيذ العقود سواء كانت تجارية أم إدارية.

٤- تضمنت المادة (١١) من القانون أن المسائل التي يجوز فيها التحكيم هي المسائل التي يجوز فيها الصلح، مما يدل على جواز التحكيم في المنازعات الإدارية القابلة للصلح والتنازل، وهذا الأمر ينطبق على العقود الإدارية لأنها ترتب اسوة بغيرها من العقود مراكز قانونية شخصية أو ذاتية، ونتيجة منازعاتها هي حقوق مالية تقبل الصلح والتنازل[١].

أما الفريق إلأخر يرى أن المادة لا تجيز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، واعتمدوا الحجج إلاتية:

١- أن المادة إلأولى لا تشير صراحة إلى لفظ العقود الإدارية مما يدل على عدم جواز إلى اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان التعداد الوارد في نص المادة الثانية لبعض العقود الإدارية هو من أجل عدم شمول العقود الإدارية .

٢- أن القانون يختص فقط بالمواد المدنية والتجارية، وهذه الحجة مستمده من العنوأن ذاته (التحكيم في المواد التجارية والمدنية) فهو لا يشمل العقود الإدارية [٢] هذا من جهة، ومن جهة أخرى الدستور المصري في المادة (١٧٢) قد نص على (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوي التاديبية ويحدد القانون اختصاصاته إلأخرى)[٣]. وبناءً على ذلك فان الدستور لا يجَوز تعديل إلاختصاص بقانون أو باتفاق تحكيم وأنما يستلزم صدور تعديل دستوري.

٣- أن العموم الوارد في المادة إلأولى من قانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ هو عموم منقوص، وذلك لأن إلأشخاص المعنوية العامة اضافة إلى إبرامها عقودا إدارية تخضع للقانون العام فانها قد تبرم عقود مدنية وتجارية تخضع للقانون الخاص، لذلك يستلزم صدور نص صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

ولعدم حسم موضوع التحكيم في العقود الإدارية في القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، واحتدام الجدل في القضاء والفقه، كان لابد للمشرع أن يضع إلامور في نصابها فبادر المشرع إلى إصدار قانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧، ليشمل كافة العقود الإدارية الوطنية والدولية باللجوء للتحكيم بتعديل المادة (١) من القانون

وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق وإلأنفاق واستصلاح إلاراضي الزراعية وحماية البيئة واقامة المفاعلات النووية " .

١- د يسري محمد العصار ، المصدر السابق ، ص ١٣٠ .

٢- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٢٠٥ .

٣-المادة (١٧٢) من دستور جمهورية مصر العربية ، منشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٣٦ مكرر ، بتاريخ ١٩٧١/٩/١٢.

رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ باضافة فقرة ثانية إليها وتقرأ كالتالي (٢- بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون إلاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الأعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك)، ونصت المادة (٢) من القانون على (ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره)[١]. ويرى بعض الفقه أن هناك ثلاثة شروط جاء بها القانون اعلاه، إلأول هو موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه وهو شرط اجرائي، والثاني يمكن إلاستدلال عليه من قانون مجلس الدولة وهو أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في إلإحالة للتحكيم في العقود الي تتجاوز قيمتها خمسة إلاف جنية، والثالث هو أن العقد يجب يستمر في التنفيذ [٢].

ويتضح أن النطاق الموضوعي للقانون يشمل كافة العقود الوطنية والدولية، لأنه أشار إلى "منازعات العقود الإدارية " وهو يفيد العموم، اي لا يستثنى اي نوع من أنواع العقود الإدارية، كما يشمل جميع منازعات العقود الإدارية في مرحلة إلإبرام أو التنفيذ أو ما يرتبه من اثار، كذلك يجب أن ينص صراحة على حل المنازعات التي تنشأ من تنفيذ العقود الإدارية عبر شرط التحكيم في العقد، أو في مرحلة لاحقة على إبرام العقد عن طريق مشارطة التحكيم في حالة حصول نزاع نشأ بينهما، أما من حيث إلاطار الزمني فان القانون يعدّ نافذاً من اليوم التالي للنشر، اي أن القانون يطبق فوريا لا باثر رجعي[٣]، ويجب أن يتم استحصال موافقة الوزير المختص بالنسبة للأشخاص إلأعتبارية أو من يتولى اختصاص الوزير، ونص كذلك على أنه لا يجوز للوزير المختص التفويض في ممارسة اختصاصه بالموافقة على اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية. إما إذا تم ادارج شرط التحكيم ولم تستحصل الموافقة من الوزير فالعقد باطل، إلا أنه يمكن تصحيحه إذا صدرت الموافقة اللاحقة من الوزير[٤] .

وجاء التاكيد على اتجاه المشرع الجديد بالمادة (٤٢) من قانون المناقصات المصري أنه "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف اثناء تنفيذه إلاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد"[٥].

١- قانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ ، منشور في الجريدة الرسمية بالعدد / ٢٠ فـــي ١٥ / ٥ /١٩٩٧ .
٢- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد إلاداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيما ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٦١ .
٣- للمزيد من التفاصيل أنظر د محمد طه سيد احمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء النظام القانوني المصري والفرنسي والكويتي ، ط ١، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠١٧ ، ص ٩٩ .
٤- د حمدي علي عمر ، التحكيم في عقود الإدارة ، ط ١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٤٠ .
٥ - المادة (٤٢) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

ويتبين أن المشرع المصري قد اقر القاعدة العامة وحسم مسالة جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بصورة قطعية، وهو مالم نجده في التشريع الفرنسي الذي حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كقاعدة عامة، إلا أنه اجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية استثناءً.

الفرع الثالث

موقف المشرع العراقي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

لم يتناول المشرع في العراقي التحكيم في قانون مستقل موحد، كما هو الحال علية في مصر بل جاء على شكل نصوص وفقرات موزعة في عدد من التشريعات والتعليمات، حيث تناول المشرع التحكيم في الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية[١]، في المواد (٢٥١- ٢٧٦)، حيث جاء بالمادة (٢٥١) منه "يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين" ومن خلال النص يتضح أن المشرع قد اجاز التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود سواء كانت عقود مدنية أم تجارية أم إدارية، لأن المشرع لم يحدد العقود التي يمكن أن تحسم منازعاتها بالتحكيم، وأنما جاء مطلق العقود وهذا الإطلاق يجري على اطلاقة مالم يقيد .

وجاء كذلك النص على التحكيم في شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨ الصادرة من وزارة التخطيط العراقية في المادة (٦٩) حيث اجازت اللجوء إلى التحكيم في تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقود المبرمة بين الإدارة والمتعاقد عراقيا كان أو اجنبيا، إذا تم رفض قرار المهندس المشرف من قبل أحد طرفي العقد[٢] .

والتشريع الثاني هو قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الإئتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ حيث اجاز المشرع ضمنا اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من خلال القسم ١٢ الذي نص

١- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٢- المادة (٦٩) تنص على أنه " إذا نشأ نزاع أو خلاف من أي نوع كان بين صاحب العمل والمقاول له علاقه بالمقاولة أو ناجم عنها أو عن تنفيذ الإعمال سواء كان ذلك اثناء سير الإعمال أو بعد اكمالها وسواء كان قبل ام بعد أنهاء المقاولة أم تركها أم الإخلال بها فيحال مثل هذا النزاع أو الخلاف إلى المهندس وتجري تسويته من قبله وعلية أن يبلغ قراره إلى صاحب العمل والمقاول، أن مثل هذا القرار بخصوص كل قضية احيلت بهذه الصورة يكون ملزما لصاحب العمل والمقاول وعلى المقاول أن يعمل دونما تاخير وعلية الإستمرار بتنفيذ الإعمال بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم المقاول أو صاحب العمل اشعارا بعدم قبول القرار على النحو المذكور فيما بعد ام لم يقدم ، وإذا لم يقبل صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس هذا فعندئذ وفي اية حاله كهذه يكون لصاحب العمل أو المقاول في غضون ثلاثين يوما من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار المذكور أن يطلب إحالة القضية إلى التحكيم ..." .

على أنه (التسوية البديلة للنزاع- عن تسوية جميع النزاعات المماثلة- أي سواء أكانت اعتراضات على المناقصات أم شكاوى خلال إدارة العقود العامة[١].

والتشريع الثالث كان قانون الإستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، حيث جاء بالمادة (٢٧ /٤) منه "إذا كان اطراف النزاع خاضعا لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الإتفاق على الية حل النزاع بما فيها الإلتجاء إلى التحكيم وفقا للقانون العراقي أو اي جهة أخرى معترف بها دوليا". وكذلك ما جاء بالفقرة (٥) من المادة المذكورة والتي أشار فيها إلى اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التجارية[٢]، ومن هنا يتبين أن المشرع قد اجاز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في هذا القانون، وهو ما نجده في عقود (M.O.O.T) عقد التحديث والتمليك والتشغيل ونقل الملكية وهي أحد أنواع الحديثة لعقد إلامتياز إلاداري، حيث جاء في عقد مطار النجف إلاشرف المبرم بين محافظة النجف وشركة العقيق افيشين هولدنج في البند العاشر منه ما يلي "في حال وجود اي خلاف ما بين الطرفين، يعتمد مركز دبي للتحكيم الدولي، للتحكيم بين الطرفين"[٣] .

ونص على التحكيم في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية[٤] حيث جاء في المادة (٨/ ثانيا) على (عند عدم التوصل إلى اتفاق ودي يتم اللجوء إلى أحد الأساليب التي يجب أن ينص عليها في العقد وهي كالاتي:

أ - التحكيم ويكون على وفق الأتي:

١- التحكيم الوطني: ويكون على وفق الإجراءات المحددة في شروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٢- التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع إلاستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد اجنبيا على أن يراعى ما ياتي:

١- تضمن القسم (١٢) من قانون العقود العامة الصادر بامر سلطة إلائتلاف المؤقتة، رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ طرق تسوية النزاعات وهي (١- إلاعتراض على المناقصة لدى محكمة إدارية متخصصة مؤسسة استنادا إلى سلطة هذا الأمر. ٢- تقديم الشكاوي من المقاول إلى السلطة التي تطرح المناقصة العامة. ٣- تسوية النزاع عن طريق استعمال طرق التسوية البديلة إلى اقصى حد ممكن ، شرط أن يتفق الطرفان) .

٢- الفقرة (٥) من المادة (٢٧) " المنازعات الناشئة بين الهيئة أو اي جهة حكومية وبين اي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحد أحكام هذا القانون ، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف " ، قانون الإستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل .

٣- نقلا عن د ندى زهير الفيل و ياسر سبهأن حمد ، وسائل حسم المنازعات التي تنشأ عن عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية ال (M.O.O.T) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد / ١٨ ، العدد / ٦٢ السنة ٢٠ ، ص ٢٣٧.

٤- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢ لسنة ٢٠١٤) ، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد /٤٣٢٥ بتاريخ ٢٠١٤/٦/١٦ .

أولاً: أن يتم اختيار أحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة. ثانياً: تحديد مكان ولغة التحكيم. ثالثاً: اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق. رابعاً: أن تتوافر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب).

وبصدور هذا التشريع قد حسم المشرع العراقي مسالة جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية الوطنية والدولية، ولكن الأمر لا يتوقف هنا، لأن العراق يحتاج إلى اكثر من ذلك فهو يحتاج الى تشريع مستقل خاص بالتحكيم الدولي، كما هو الحال علية في فرنسا ومصر. لان التحكيم الدولي أصبح ضرورة ملحة لغرض أستقطاب المشاريع الحيوية والتنموية التي يحتاجها العراق بشكل خاص، وبعكسة يفقد العراق فرصة أعادة البنى التحتية التي تعرضت للدمار على مدار العقود الماضية التي شهدت حروبا واعمال تخريب ممنهجة.

المطلب الثاني

موقف الفقه والقضاء وإلاتفاقيات الدولية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

على اعتبار أن اتفاق الأطراف على التحكيم في العقود الإدارية الدولية يعني أخراج النزاع من سلطة القضاء إلاداري وجعلة ضمن اختصاص وسلطة هيئة التحكيم؛ لذا فقد اختلفت إلاراء الفقهية وتباينت الأحكام القضائية حول جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، فقد ذهب فريق إلى تاييد اللجوء إلى التحكيم، وفريق أخر لم يؤيد فكرة اللجوء إلى التحكيم، وللوقوف على موقف الفقه والقضاء وإلاتفاقيات الدولية سيخصص الفرع إلأول عن موقف القضاء، وموقف الفقه في الفرع الثاني، وموقف إلاتفاقيات الدولية في الفرع الثالث .

الفرع إلأول

موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

أثارت مسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية جدلاً كبيراً في أوساط الفقه حيث أنقسمت إلاراء ما بين معارض للفكرة وما بين مؤيد لها، وكما ياتي:

أولاً: إلاتجاه المعارض لمسالة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية: يبني أنصار هذا إلاتجاه رفضهم اللجوء إلى التحكيم على عدد من إلاسانيد وإلاسس التالية:

١- التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة واختصاصها القضائي: يرى البعض من الفقه أن إحالة منازعات العقود الإدارية الدولية إلى التحكيم يمس سيادة الدولة، لأن السيادة تعتبر من الخصائص الجوهرية للدولة المستقلة ويتمثل هذا المساس بسلب الإختصاص القضائي للدولة والذي يعدّ مظهرا لسيادتها[١]، وتطبيق أحكام التحكيم التي تصدر عن أفراد أو هيئات خاصة، وعلية فان الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة سوف تتلقى الحلول من قبل تلك الهيئات أو الأفراد، وهو ما يمثل اعتداء على سيادة الدولة واختصاصها القضائي، حيث لا يمكن للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تخضع إلا للقانون الوطني المحدد بموجب دستورها، وإذا كان هذا الأمر جائزاً بالنسبة لعلاقات القانون الخاص، إلا أنه لا يكون كذلك بالنسبة إلى الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة، ويمكن اجمال هذا الرأي بانه يقوم على ركيزتين هما؛ سلب الإختصاص القضائي للدولة، وتطبيق القانون الإجنبي بدل القانون الوطني[٢].

٢- الإعتداء على اختصاص القضاء الإداري: أن تحديد وتوزيع الإختصاص القضائي إلى قضاء مدني وقضاء اداري يقع على مسؤولية المشرع، حيث يتولى القضاء العادي النظر في منازعات القانون الخاص، أما القضاء الإداري فيتولى النظر منازعات القانون العام، ويعد القاضي الإداري هو صاحب الإختصاص الإصيل في فض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية هو تجاوزا لاختصاصات القاضي الإداري، ومخالفة لمبدأ توزيع الإختصاصات بين السلطات القضائية الإدارية [٣]، حيث أن هذا المبدأ لا يسمح للقاضي العادي من النظر في منازعاتها فكيف له أن يقبل أن تنظرها هيئة خاصة أو عدد من المحكمين، أضافة إلى أن إحالة النزاع على التحكيم يؤدي إلى حرمان الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من الحماية التي تمثلها حضور النيابة العامة في الدعوى أمام القضاء[٤]، وأصل هذه الحجة يرجع إلى نظرية (الوزير القاضي)، عندما كان الوزير يفصل في المنازعات التي تحدث في وزارته تطبيقا للمفهوم الجامد لمبـــدأ

الفصل بين السلطات، ومضمونها أن اللجوء إلى التحكيم يعني تفويض الوزراء سلطاتهم للمحكمين وهم لا يملكون ذلك، واللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة يعد مخالفة لمبدأ (لا تفويض في التفويض)[٥] .

٣- التحكيم يتعارض مع الأسس والمبادئ التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية: تعتمد الإدارة في سبيل تحقيق اعمالها على وسائل بشرية ومالية وقانونية، ويمكن تقسيم الوسائل القانونية إلى تصرفات تصدر

١- د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٤٠ .
٢- د بشار جميل عبد الهادي ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ط ١ ، دار وائل ، إلاردن ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٢ ،
٣- د محمد طه سيد احمد ، المصدر السابق ، ص ٧٠ .
٤- د مراد محمود المواجدة ، المصدر السابق ، ص ٧٠-٧١ .
٥- د جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء الية لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص ١١٠ .

من جانب واحد كالقرارات الإدارية، وتصرفات تصدر من جانبين وتشمل عقود القانون الخاص التي تعقدها الإدارة مع الأفراد وتطبق فيها أحكام القانون الخاص، والعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة كسلطة عامة لتحقيق النفع العام، ويختلف النظام القانوني التي تخضع لها هذه العقود من حيث طرق إبرامها وشروطها والشروط الإستثنائية التي تتضمنها ومن حيث السلطات الواسعة التي تتمتع فيها الإدارة ومن حيث الاثار التي تترتب عليها، وأن اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود الإدارية، يؤدي إلى أنهيار هذه النظرية؛ وذلك لأن هيئات التحكيم تطبق قواعد القانون الخاص (العقد شريعة المتعاقدين)، ويقوم بسلب كافة الإمتيازات التي تتمتع فيها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة[١]؛ لأن التحكيم لا يستطيع أن يطبق هذه النظرية على النزاع المعروض علية، حيث لا يسمح لها أن تدخل التعديلات على العقد الإداري ولا يسمح لها أن من أنهاء العقد من جانب واحد وغيرها من الإمتيازات التي تمنحها هذه النظرية للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة.

٤- التحكيم يتعارض مع فكرة النظام العام: يرى البعض من الفقه أن النظام العام هو تحقيق المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة، وأن هذه المصلحة من اسمى الأهداف التي تسعى العقود الإدارية الدولية إلى تحقيقها، ومن ثم فأن إحالة النزاع في منازعات العقود الإدارية الدولية إلى التحكيم يؤدي إلى تطبيق قواعد تحدد من قبل المحتكمين قد لا تؤدي بالنتيجة إلى تغليب المصلحة العامة، لذا لا يمكن إحالة النزاع إلى التحكيم إلاّ بموجب نص قانوني، وقد استند اصحاب هذا الرأي إلى أن القواعد المتعلقة بتوزيع الإختصاص النوعي للقضاء وتقسيمة إلى قضاء عادي وقضاء اداري هي من النظام العام ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية، ولا يمكن للدولة أن تتفق على خلاف ذلك وإلاّ كان باطلاً[٢].

ثانياً- الإتجاه المؤيد لمسالة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية: يعد الإتجاه المؤيد للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية هو الإتجاه الإرجح فقهاً وقضاءً، من خلال ما يطرحه من الإراء والحجج الإتية:

١- عدم وجود مصدر أو اصل يحظر اللجوء إلى التحكيم: يرى اصحاب هذا الرأي بعدم وجود نص دستوري أو قانوني يحظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، لأن الإصل في الإشياء الإباحة مالم يوجد نص يحرم ذلك، حيث لا يوجد اصل فقهي يمنع اللجوء للتحكيم، فضلاً عن أن هنالك تردد وتخبط في أحكام القضاء، لأن بعض الأحكام الصادرة تربط هذا المنع بنصوص قانونية

١- د جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ١١٢ وما بعدها .
٢- د صفاء فتوح جمعة ، المصدر السابق ، ص ٧٩٥ .

هي في الواقع بعيدة كل البعد عن الموضوع، وبعضها الأخر يفصلها عن هذه الأحكام مما يؤدي إلى كشف المبدأ الذي يستند إليه هذا المنع[١].

٢- عدم وجود تعارض بين التحكيم وسيادة الدولة: تمتلك الدولة من الإجهزة والقدرة الشرعية والسياسية ما يمكنها من اللجوء إلى الوسيلة التي تراها مناسبة في سبيل أنهاء منازعاتها، والتحكيم لا يعني التنازل من قبل الدولة لأن الدولة تتفق علية بارادتها وفق قوانينها، اضافة إلى أنه يمكن للدولة أو الأشخاص المعنوية عند الإتفاق على شرط التحكيم أن تشترط تطبيق القانون الوطني على النزاع المعروض أمام المحكمين، كما للقضاء الحق أن يتدخل بالرقابة والإشراف على عملية التحكيم، كما يمكن للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تتمسك بالشروط الإستثنائية بالاتفاق مع المستثمر الإجنبي عند الإتفاق على شرط التحكيم[٢] .

٣- عدم تعارض التحكيم مع القضاء الإداري: أن المزايا الكثيرة التي يتمتع بها التحكيم على مستوى التجارة الدولية جعله ينتشر بصورة متسارعة وواسعة، وأن زيادة تدخل الدولة في الحياة الإقتصادية من أجل جذب الإستثمارات الإجنبية وتحقيق التنمية المطلوبة، جعلها تلتجا إلى التحكيم لأنها الوسيلة المناسبة لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية الدولية التي تعقدها مع المستثمرين، وهذا لا يعني التقليل من أهمية القضاء الإداري الوطني. لأن المكانة البارزة التي وصل إليها التحكيم يرجع اضافة للمزايا التي يتمتع بها، فهو يعد اقدم من القضاء في علاقات التجارة الدولية، اضافة إلى أن القضاء الوطني اصبح لا يتماشى مع حل المنازعات المعقدة والمتداخلة للعقود الإدارية الدولية كونه قانوناً محلياً ولا يستجيب للتطورات الدولية، وأن اللجوء إلى التحكيم طريق يفضله ويصّر علية المستثمر الإجنبي لعدم قناعته بقضاء الدولة، ولضمان حقوقه، كل هذه ألاسباب تجعل البحث عن طرف محايد يحافظ على مصالح الطرفين وله الدراية الكافية بحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية الدولية أمرٌ حتمي، وكان هذا الطرف هو التحكيم[٣].

٤- أن توجه الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة إلى التحكيم يقوم على اساس اختيار هيئة التحكيم بعناية ودقه وأن يكونوا من ذوي الإختصاص والخبرة، مما يسهل عليهم معرفة القواعد القانونية المناسبة والملائمة لموضوع النزاع المعروض عليهم، لأن هدفهم هو بيان حقوق والتزامات الأطراف المتنازعة واعطاء كل ذي حق حقه، وبالتالي فان التحكيم لا يتعارض مع فكرة القانون العام؛ لأنه ينسجم مع اعمال الإدارة واهدافها.

١- د جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ .
٢- عبدالعزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، المصدر السابق ، ص ٧٣ .
٣- د مراد محمود المواجدة ، المصدر السابق ، ص ٨٦ .

أما الموقف في العراق فقد أنقسم ما بين مؤيد ومعارض، حيث يذهب أنصار الرأي المؤيد للتحكيم إلى الإستناد إلى ما يلي:

١- نص المادة (٢٥١)[١] من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل، لأن المادة قد جاءت لتشمل مطلق المنازعات التعاقدية سواء كانت ناتجة عن العقود المدنية أم العقود الإدارية وبالتالي يجوز إحالة منازعاتها إلى التحكيم، لأن المطلق يجري على اطلاقة مالم يقيد بنص، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من الأخذ بقانون المرافعات في التحكيم التجاري الدولي، وأن المشرع العراقي لم يفرق بين التحكيم الوطني والتحكيم التجاري الدولي[٢].

٢- اجازت المادة (٦٩) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات في العقود الإدارية .

٣- اجازت المادة (٤/٢٧)[٣] من قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثمار التي تعد ضربا من العقود الإدارية الدولية.

٤- كذلك اجاز المشرع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية بموجب المادة (٨/ ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

أما الرأي المعارض فيرى ما يأتي:

١- إن المادة (٢٥١) من قانون المرافعات لا يمكن الإستناد إليها لأن المشرع قد جعل الإصل في نظر المنازعات من قبل القضاء العادي وما عداه يتطلب نص خاص[٤]، حيث جاء بالمادة (٢٩) "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية، بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص".

٢- أما بالنسبة للمادة (٦٩) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية فهي تشمل فقط عقود المقاولات العامة، ولا يشمل باقي العقود الإدارية .

١- المادة (٢٥١) "يجوز إلاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز إلاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين" .

٢- القاضي جبار جمعة اللامي ، التحكيم التجاري في القانون العراقي وإلاتفاقيات الدولية ، مطبعة السيماء ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ١٤٦ - ١٤٧ .

٣- المادة (٤/٢٧) "إذا كان اطراف النزاع خاضعا لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد إلاتفاق على الية حل النزاع بما فيها إلالتجاء إلى التحكيم وفقا للقانون العراقي أو اي جهة أخرى معترف بها دوليا"

٤- د علي احمد حسن اللهيبي ، المصدر السابق ، ص ٢٩١ .

وبعد استعراض اراء الفريقين من مسألة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية يتبين أن المشرع قد اجازه في المادة (٤/٢٧) من قانون إلاستثمار، وفي المادة (٨/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، مما يدل على ان المشرع قد أجاز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، ومع ذلك نرى ان المشرع مطالب بتنظيم التحكيم بقانون مستقل خاص مثلما هو الحال في فرنسا ومصر.

الفرع الثاني

موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

تباينت الأحكام القضائية الصادرة بمسالة جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ما بين مؤيد له ويمثله القضاء العادي، وما بين معارض ويتمثل بموقف القضاء إلاداري الذي يمثله مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر وكما ياتي:

أولاً- القضاء في فرنسا

موقف القضاء في فرنسا يختلف ما بين المعارض المتشدد من جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ويمثله مجلس الدولة الفرنسي، وما بين المؤيد والمسلّم ويمثله القضاء العادي.

يعد مجلس الدولة الفرنسي هو أول من رفع راية إلاتجاه المعارض للتحكيم في مجال القانون العام بصفة عامة وفي القانون إلاداري بصفة خاصة وفي اطار العقود الإدارية على وجه الدقة، وقد صدرت عنه فتاوى وأحكام تحظر لجوء إلأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية إذا لم يكن هناك نص قانوني صريح أو اتفاق دولي، ومن أهمها الحكم الصادر في قضية (أوفرار Ouvrard)، وقضية (S.N.V.S)[1] واعتبر أن هذا الحظر من المبادئ العامة في القانون ويرتب بطلأن شرط أو مشارطة التحكيم بطلأنا مطلقا لتعلقه بالنظام العام.

وأهم الفتاوى التي اصدرها المجلس في ١٩٨٦/٨/١٩ بخصوص العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية والشركة الأمريكية من أجل بناء مدينة العاب في أحد المدن الفرنسية الجديدة على طراز مدينة العاب (والت ديزني) الأمريكية، التي اشترطت الشركة تضمين العقد شرط التحكيم عند حصول خلاف، وطلب وزير التخطيط الفرنسي فتوى المجلس حول شرط التحكيم، وجاء بالفتوى أن إلاتفاق على التحكيم في علاقات النظام القانوني الوطني يعد باطلا لمخالفته النظام العام إذا لم يوجد نص قانوني صريح أو

1- C-E 17 November، 1824، Ouvrard، Ministre de Loquerre .Rec P.631.
للمزيد من التفاصيل أنظر د محمد طه سيد احمد ، المصدر السابق ، ص ١١٤- ١١٥ .

نصوص واردة في معاهدات دولية مدرجة في النظام القانوني الداخلي، اضافة إلى أن اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ لا تمنع أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم على أساس أن هذه إلاتفاقية معنية ببيان وسائل تسوية المنازعات التي يقرر الأطراف اخضاعها للمركز الدولي لتسوية منازعات إلاستثمار، وأن المجلس حريص على عدم سلب اختصاصاته بنظر المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود الإدارية ويسعى لأبطال شرط التحكيم إذا كان دون نص قانوني[١].

أما القضاء العادي فانه يتفق مع مجلس الدولة الفرنسي في حظر لجوء إلأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم إلاّ بناءً على نص قانوني أو اتفاق دولي ولكن بالنسبة إلى العقود الإدارية الداخلية فقط، مما يعني أنه يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية والتي تكون إلأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها حتى في حالة عدم وجود نص قانوني أو اتفاق دولي، ومن أهم الأحكام الصادرة هو حكم محكمة استئناف باريس في ١٠من ابريل عام ١٩٥٧ في قضية (Ste Myrtoon Steam Ship) وهي شركة يونانية رفعتها ضد الحكومة الفرنسية لقيامها بفسخ العقد المبرم بينها وبين إدارة النقل البحري التابع للحكومة الفرنسية قبل أنتهاء مدته، وأيدته محكمة النقض الفرنسية[٢].

ثانياً- القضاء في مصر

لقد جاءت أحكام القضاء إلاداري في مصر متأرجحة بين القبول والرفض من مسالة لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، فعلى الرغم الموقف الذي تبناه القضاء إلاداري في مصر من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧، إلا أن محكمة القضاء إلاداري قد اجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية وذلك في حكمها الصادر في ١٩٩٦/١/٢٨، في قضية وزير إلاشغال العامة والموارد المائية ضد ممثلي الشركات إلأوربية المنفذة لمشروع قناطر اسنا، والذي يطلب فيه ابطال حكم التحكيم الصادر في ١٩٩٤/١/١٥ في القضية المقامة أمام مركز القاهرة إلاقليمي للتحكيم التجاري، لعدم اختصاص هيئة التحكيم في نظر النزاع كون العقد عقداً اداريا، وأنه من اختصاص مجلس الدولة المصري وفق المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، وأنتهت المحكمة إلى رفض النظر بالدعوى[٣].

1-Rev.arb.1982.p215 .D.1958 .p.547.

فتوى مجلس الدولة نقلا عن د علاء محي الدين مصطفى ، ود محمد ابراهيم خيري الوكيل ، المصدر السابق ، ص ٤٠ .

2- A.C paris/1re/ch-/c10 Avril ،1957،j.c.p 1957،No 10069

حكم محكمة استئناف باريس في ١٩٥٧، نقلا عن د محمد طه سيد احمد ، المصدر السابق ، ص ١٢١.

٣- حكم محكمة القضاء إلاداري الصادر بجلسة ١٩٩٦/١/٢٨ في الدعوى (٤١٨٨) لسنة (٤٨) ، د مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ .

وكان مجلس الدولة المصري من أكثر الجهات القضائية تصلباً في حظر إلأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ومن فتاوى المجلس ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٩٦/١٢/١٨ عند دراسة العقد المبرم بين المجلس إلاعلى للأثار وشركة جلتسير سلفر نايت البريطأنية، للقيام بالاعمال التكميلية لأعمال اعداد الموقع الخارجي لمتحف أثار النوية باسوأن، وبعد دراسة العقد اصدرت فتواها برفض اللجوء إلى التحكيم منطلقة من موقف القضاء إلاداري الرافض، وكذلك طبيعة العقود الإدارية التي لا تتماشى مع طبيعته التحكيم[١] .

ورغم هذا الموقف الرافض للمجلس من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، إلاّ أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد اجازت فيها اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفتوى المرقمة (٦٦١) في ١٩٨٩/٥/١٧، والتي اصدرتها بمناسبة عقد المبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية الجديدة، وبين مجموعة العمارة والتخطيط، وبعد اطلاعها على المادة (٣/٥٨) من قانون مجلس الدولة، بينت الجمعية أن المادة المذكورة تقطع صراحة بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، لأن التحكيم لو كان محظوراً على الإدارة لما كان المشرع الزمها بعرض اتفاق التحكيم على مجلس الدولة لمراجعته، واضافت أنه لا يمكن القول بان مجلس الدولة هو المختص دون غيره بنظر منازعات العقود الإدارية استنادا للمادة (١٠) من قانون المجلس، والمقصود من المادة (١٠) هو لمعرفة الحد الفصل بين اختصاصات محاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي، وأنتهت الجمعية إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية[٢].

ويقر القضاء العادي بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وقد ذهبت إليه محكمة استئناف القاهرة بحكمها في ١٩٩٧/٣/١٩، في قضية الشركة إلأنكليزية ضد المجلس إلاعلى للأثار والتي تضمنت شرط التحكيم، وبعد صدور الحكم من هيئة التحكيم المتفق عليها لصالح الشركة، طعن المجلس الأعلى للأثار أمام محكمة استئناف القاهرة بحجة عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، اصدرت المحكمة حكما بصحة شرط التحكيم ورد دعوى البطلان، مستنده إلى أن المادة إلأولى من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ اجازت التحكيم لجميع أشخاص القانون العام والخاص أياً كان طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع، وكذلك أن المادة (٥٨) قد اجازت ضمنا الصلح والتحكيم في العقود الإدارية، وأن الدفع ببطلان التحكيم في العقود الإدارية على الرغم من أنعدام سنده القانوني، فانه يتنافى مع حسن النية في تنفيذ الالتزامات، ويخالف ما استقر علية الفقه والقضاء في التحكيم الدولي

١- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٦٠/٣٣٩/٥٤ بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ ، نقلا عن د جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ١٤٩ .

٢- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٨٩/٥/١٧ ، د علاء محي الدين مصطفى ، د محمد ابراهيم خيري الوكيل ، المصدر السابق ، ص ٦٨ .

في عدم جواز تحلل الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي ضمنته في عقودها لقيود تشريعية داخلية، وأن محاولة التحلل من التحكيم يؤدي إلى اهتزاز ثقة المتعاملين مع الأشخاص المعنوية العامة[١].

ثالثاً: القضاء في العراق

عارض القضاء العراقي توجهات المشرع بعد أن عدّ التحكيم شأنه شأن القضاء الإجنبي يمس سيادة الدولة[٢]، وبالتالي لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها واستمر هذا الموقف إلى أن قامت محكمة التمييز بتاييد الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وهذا يعني أن المحكمة أخذت حكم المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية على اطلاقه فلم تحصر تطبيقه في مجال عقود القانون الخاص فحسب، بل طبقته في مجال العقود الإدارية أيضاً، ويتضح ذلك من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز إلاتحادية حيث قضت (... ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين أنه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون ذلك لأن محكمة الإستئناف حكمت بتصديق قرار لجنة التحكيم المؤرخ (٢٠/١١/ ٢٠١٢) رغم أن المدعي طلب في عريضة دعواه تصديق قرار التحكيم المؤرخ في ٢٠١١/١٢/١٠ مما يكون حكمها مشوبا بخطأ جوهري مفاده الفصل في شيء لم يدعِ به الخصوم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان محكمة الموضوع غير ملزمة بتصديق التحكيم إذ إن لها أن تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها (م ٢٧٤) مرافعات مدنية، ولما كان النزاع يتعلق بتفسير كلمتي (pipes) و(triple) وهل أن الخط ثلاثي شامل لثلاثة أنابيب؛ لذا كان على المحكمة الإستعانة بخبير مختص بترجمة المصطلحات الهندسية واطلاعه على عقد المقاولة.... لذا قرر نقض الحكم الإستئنافي...)[٣].

يتضح من الحكم اعلاه عدم وجود موانع ولا عقبات دستورية أو قانونية تحول دون لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، ولا يمثل ذلك اعتداءً على اختصاص القضاء لما للتحكيم من دور حيوي ونافع سواء في تشجيع الإستثمارات أو في تخفيف العبء عن القضاء الوطني.

١- حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في القضية رقم (٦٤) لسنة ١١٣ ق نقلا عن د مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، المصدر السابق ، ص ١٢٨ .

٣- قرار ديوأن التدوين القانوني رقم (٧٨/١٢٣) في ١٩٧٨/٨/٢٨، أشار إليه د فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ط ٥ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ١٢١.

٣- قرار محكمة التمييز إلاتحادية العدد ٣١٣/ الهياة الإستئنافية منقول / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١/١٩ غير منشور .

الفرع الثالث

موقف إلاتفاقيات الدولية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

بالنظر لاختلاف إلأنظمة القانونية الداخلية في مسالة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية؛ لذا تم إبرام العديد من إلاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية ومن هذه إلاتفاقيات، اتفاقية (نيويورك لعام ١٩٥٨)، واتفاقية (جنيف لعام ١٩٦١)، واتفاقية (واشنطن لتسوية منازعات إلاستثمار لعام ١٩٦٥)، وكما يأتي:

أولاً- اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها

وهي إلاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم إلاجنبية، إلاّ أنها تمس بطريقة غير مباشرة قدرة إلأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم الدولي[١]، وتم إلاعداد لمشروعها من قبل الغرفة التجارية الدولية (ICC) عام ١٩٥٣في فينا، وتم تبني هذا المشروع من قبل المجلس إلاقتصادي وإلاجتماعي التابع للأمم المتحدة، وفي عام ١٩٥٦ تم عقد دولي من قبل المجلس لغرض إلاعتراف بالاتفاقية، وفي ١٩٥٨/٥/٢٠ عُقد المؤتمر في نيويورك وسميت بأسمه، وفي ٦/١٠/ ١٩٥٨ تم اقرار إلاتفاقية الخاصة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم إلاجنبية، واصبحت نافذة في ٤/ ايلول /١٩٥٩ وتحتوي إلاتفاقية على (١٦) مادة وهي تتناول مسالة إلاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم إلاجنبية في اقليم الدولة المنضمة إلى إلاتفاقية[٢]. وتعد ذات صبغة عالمية وقد لاقت اقبالاً كبيراً من قبل الدول واعتبرت من أهم إلاتفاقيات الدولية في المجال إلاقتصادي والتجاري، وبلغت عدد الدول المنضمة لغاية ٢٠١٣/٤/١٦ (١٤٩) دولة وهو تاريخ أنضمام دولة (ميانمار) بضمنها فرنسا ومصر، وتسري على العلاقات العقدية وغير العقدية، وتم تحديد نطاقها بموجب المادة الأولى الفقرة (١)، حيث نصت على تنفيذ أحكام التحكيم في اقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها إلاعتراف وتنفيذ الأحكام الناتجة عن الخلافات بين إلأشخاص المعنوية والطبيعية، وتطبق هذه إلاتفاقية على أحكام التحكيم التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها إلاعتراف وتنفيذ الحكم.

١- المادة الثانية الفقرة (١) من إلاتفاقية " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بان يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بسالة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم " ، د وائل أنور بندق ، موسوعة التحكيم إلاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية ، دار الفكر الجامعي ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٧ .

٢- د فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ٣٤ .

وعدّ جانب من الفقه أن المادة الأولى تجيز التحكيم في العقود الإدارية الدولية[١]، واجازت في الفقرة (٣) من هذه المادة للدول أن تضع تحفظين، الأول يتعلق بشرط المعاملة بالمثل، أما الثاني فيتعلق بتطبيق الإتفاقية بالنسبة للقرارات الصادرة في المنازعات العقدية وغير العقدية التي تعد علاقات تجارية حسب القانون الوطني للدولة المطلوب التنفيذ فيها[٢]. يظهر من هذه الفقرة أن الإتفاقية لم تتناول مسالة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية بصورة مباشرة، لأنها أشارت أن من حق الدول أن تقصر نطاقها على المسائل التي تعد تجارية حسب قانونها الداخلي، واستخدمت فرنسا هذا الحق وقصرت تطبيق بنود هذه الإتفاقية على العلاقات التجارية، وأشارت المادة الثالثة إلى أن أحكام التحكيم الصادرة يتم تنفيذها وفق قانون المرافعات المطبق في اقليم الدولة المطلوب منها التنفيذ[٣].

ولم يصادق العراق على اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ وذلك بسبب رفض الحكومات العراقية التي تعد اللجوء للتحكيم يمثل اعتداء على سيادة الدولة، وعدم قناعتها باللجوء إلى التحكيم التجاري كوسيلة بديلة عن القضاء الوطني، اضافة إلى أن التوجيهات التي تصدر من الجهات الرسمية ترفض اللجوء إلى التحكيم ومنها كتاب مجلس الوزراء المرقم (١٠٤٥) الصادر في ١٩٧٩/١٠/١٢ والذي جاء فيه (يعتبر اللجوء إلى التحكيم حالة استثنائية لا يصار إليها إلا عند الضرورة ويعرض الموضوع على الوزارة للبت في الأمر بعد أن تقف على المبررات)[٤].

ويستفاد مما تقدم أن الإتفاقية كان المراد منها تنشيط نظام التحكيم في التجارة الدولية، إلاّ أنها لعبت دورا غير مباشر في توجيه الدول المنضوية للاتفاقية إلى اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

ثانياً- اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١

بهدف تعزيز التحكيم في مجال التجارة الدولية، وإيمانا باهمية الدور الذي يؤديه في تنمية التجارة بين الدول، تم وضع إلاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي في عام ١٩٦١بعد ست سنوات من العمل الدائم للجنة الإقتصادية الأوربية للأمم المتحدة وهي من الإتفاقيات الجماعية الإقليمية التي تم الإعداد لها

١- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٢٣٠ .

٢- د جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الإجنبي في القانون الداخلي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد /٤ ، السنة ١١، ١٩٨٧ ، ص ١٧٤ .

٣- المادة الثالثة من الإتفاقية " تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتامر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب الية التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الإتفاقية الحالية شروط اكثر شدة ولا رسوم قضائية اكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين " ، د وائل بندق ، المصدر السابق ، ص ٣٨ .

٤- القاضي جبار جمعة اللامي ، المصدر السابق ، ص ١٦٥ .

من قبل فريق عمل من يتكون من ممثلي (٢٢) دولة[١]، وقد فتحت هذه الإتفاقية الباب أمام الدولة والأشخاص المعنوية باللجوء للتحكيم وبصوره اكثر وضوحا من اتفاقية نيويورك، واكدت المادة (١/ أ) أنها تطبق على اتفاقيات التحكيم المعقودة لحسم المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بين أشخاص طبيعيين أو معنويين عن عمليات التجارة الدولية ويجب أن يكون لديهم لحظة إبرام الإتفاقية محل اقامة معروف دائم أو مركز اعمال في دول متعاقدة[٢]. ونصت المادة (٢) على أنه: "١- في الحالات المحددة في المادة (١) الفقرة (أ) من هذه الإتفاقية فأن الأشخاص المعنويين الموصوفين في القانون المطبق بصددهم (بالأشخاص المعنويين في القانون العام) لهم الأهلية لعقد اتفاقيات التحكيم بصورة اصولية. ٢- عند توقيع هذه الإتفاقية أو عند إبرامها أو عند الأنضمام إليها يمكن لكل دولة أن تصرح عن تحديدها لكل ذلك ضمن الشروط التي يحددها تصريحها".

ومن خلال ما ورد بالمادة (١و٢) من الإتفاقية، يتبين أن الإتفاقية الأوروبية قد سمحت للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بالاتفاق على شرط أو مشارطة التحكيم في العقود الإدارية الدولية التي يبرمونها، على أن يكون لهم محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول متعاقدة أخرى، وأن تصرح الدولة المراد أنضمامها للاتفاقية بالاعتراف بهذه الإهلية في قوانينها الداخلية وتحدد شروطها، وكذلك أشارت المادة (١/ أ) إلى أن حدود نطاقها يشمل التعاقدات الدولية فقط دون التعاقدات الوطنية، وبهذا تختلف عن اتفاقية نيويورك التي لم تحدد ذلك، كما اعطت الإتفاقية بموجب المادة(٢/٢) للدولة المتعاقدة الحق في تحديد قدرة الأشخاص المعنوية العامة وحسب قوانينها الوطنية عند التصديق أو التوقيع أو الأنضمام إليها. وقد استخدم القضاء الإداري الفرنسي هذا التقييد أو التحديد على الأشخاص المعنوية العامة بشكل واضح في فرنسا في قضية (والت ديزني) عند رفضه شرط التحكيم واستمر هذا التقييد حتى صدور قانون ١٩ لسنة ١٩٨٦ الذي اتاح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية. وقد ساعدت هذه الإتفاقية بشكل واضح الدول المنضمة إليها باللجوء للتحكيم لفض منازعاتهم في العقود الإدارية الدولية. ولا يقتصر الأنضمام إليها على الدول الأوروبية وأنما بامكان الدول الأخرى أن تنضم إليها إذا وافقت على شروط الأنضمام للاتفاقية، وقد أنضمت إليها كل من كوريا وباكستان والسلفادور والإردن[٣].

١- د وليد محمد عباس يوسف ، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٦٢ .

٢- المادة (١) من الإتفاقية " ١- تطبق هذه الإتفاقية : (أ) على اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاديين أو معنويين على أن يكون لهم عند أنشاء الإتفاقية محل اقامة معتاد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقديا بهذه الإتفاقية ."

٣- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، المصدر السابق ، ص ١٤٧.

ثالثاً- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥

لقد تم الإعداد لهذه الإتفاقية من قبل البنك الدولي للأنشاء والتعمير لتشجيع الإستثمارات في الدول النامية بتاريخ ١٩٦٥/٣/١٨واصبحت نافذة المفعول في ١٩٦٦/١٠/١٤، وتم أنشاء المركز الدولي لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمارات[١]. واصبح من حق الأشخاص المعنوية العامة التابعين لدولة متعاقدة من الدخول طرفا في اتفاق تحكيم لتسوية منازعة متعلقة بالاستثمار، وحددت المادة (٢٥) اختصاصات المركز الخاصة بتسوية المنازعات التي تحدث بين الدول والمستثمرين الإجانب في الدولة على أن تكون الدولة منضمة إلى الإتفاقية[٢]، ونصت على أن قبول الشخص المعنوي العام باختصاصات المركز الدولي يجب أن تكون بموافقة الدولة المتعاقدة التابع لها إلاّ إذا ابلغت الدولة المركز أن الموافقة غير مهمة. وأشارت المادة (٥٤) من الإتفاقية على الدولة المنضمة إلى الإتفاقية أن تعترف بحجية الأحكام الصادرة من المركز الدولي، وتنفيذ كافة الالتزامات المالية التي جاء بها الحكم وكانه صدر من قبل القضاء الوطني واكتسب الدرجة القطعية. ولا يمكن الطعن بقرارات المركز الدولي أمام اي هيئة قضائية في اقليم الدولة الموقعة على الإتفاقية[٣]. ويبدو أن هذه الإتفاقية حققت نجاحا كبيرا في مسالة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية، وكذلك حققت الفائدة للمستثمر الإجنبي الذي يعمل في الدول النامية التي لم تشهد استقراراً في تشريعاتها لأن قبولها الأنضمام إلى الإتفاقية يعني أنها ملزمة في إدراج شرط التحكيم في منازعاتها التي قد تحدث مع المستثمر الإجنبي، ونجحت الإتفاقية أيضاً في كسب عدد كبير من الدول ومن مختلف القارات للأنضمام إليها حيث شهدت أنضمام (٦٧) دولة من أوروبا واسيا وافريقيا وامريكا الشمالية [٤]، وعارضت فرنسا بنود اتفاقية واشنطن وهي أحدى الدول الموقعة عليها والتي يعطي قانونها الإتفاقية الدولية مركزاً أعلى من القانون الداخلي عندما رفض مجلس الدولة الفرنسي تضمين العقد الذي يتعلق ببناء مدينة العاب (والت ديزني) شرط التحكيم مسندة إلى القانون المدني، أما في مصر وهي من الدول التي تجعل الإتفاقيات جزء من قانونها الداخلي فقد اجاز تسوية

١- د فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ٥٦ .

٢- المادة (٢٥) من الإتفاقية " ١- يمتد الإختصاص القانوني للمركز إلى أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة (أو أي اقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة مع المركز) وبين موطن من دولة أخرى متعاقدة ، وبشرط أن يوافق طرفي النزاع كتابة على تقديمها للمركز وعند اعطاء الطرفان موافقتهما لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الأخر . ٣- تستلزم موافقة الإقليم الفرعي أو الوكالة في الدولة المتعاقدة أخذ موافقة تلك الدولة التابع لها هذا الإقليم أو الوكالة إلا إذا خطرت الدولة المركز أنه لا داعي للحصول منها على مثل هذه الموافقة . " ، د وائل أنور بندق ، المصدر السابق ، ص ٥٣ .

٣- د عصام الدين القصبي ، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٠ .

٤- وائل عز الدين يوسف ، المصدر السابق ، ص ٨٩ .

المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية وفق نظام اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥، ولكنه لم يفرق بين المنازعات سواء كانت ذا طبيعة مدنية أم تجارية أم إدارية[١].

وفي العراق فقد كان هناك اتجاه بعد ٢٠٠٣ يدعو إلى الأنضمام إلى الإتفاقية؛ لأنه سيحقق مكاسب اقتصادية كبيرة للعراق؛ لأن الإتفاقية اصبح لها صدى واسع في العالم في مجال التحكيم التجاري الدولي مما يفتح المجال أمام العراق للأنضمام إلى المنظمات الإقتصادية الدولية مما يفتح السوق العراقية بوجه التجارة الدولية، والرغبة في جذب الإستثمارات الإجنبية وتحقيق تنمية اقتصادية وعمرانية متطورة في كافة المجالات، وسد النقص التشريعي في مجال التحكيم التجاري الدولي، وقد أنضم العراق إلى الإتفاقية بالقانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢[٢].

ومن خلال أستعراض الإتفاقيات الدولية الثلاث يتبن أنها تؤيد وتشجع لجوء الدول والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الدولية. حيث نصت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨على مسألة الأعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية في اقليم الدولة المنضمة للاتفاقية، كما سمحت إتفاقية جنيف الأوروبية لعام ١٩٦١ للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بالأتفاق على شرط أو مشارطة التحكيم في العقود الإدارية الدولية، على أن يكون لهم محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول متعاقدة أخرى، وأن تصرح الدولة المراد أنضمامها للاتفاقية بالاعتراف بهذه الإهلية في قوانينها الداخلية وتحدد شروطها، وتعد هذه الشروط ضرورية لحصول المتعاقد الاجنبي على حقوقه ، وايضاً من خلال أنشاء المركز الدولي لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمارات والمنبثق عن اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥.

١- د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، المصدر السابق ، ص ١٥٠.
٢- قانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد /٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩ .

الفصل الثاني

ماهيّة المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

الفصل الثاني

ماهيّة المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

مهمة المحكم تعد إلاساس الجوهري في العملية التحكيمية في منازعات العقود الإدارية الدولية، والتي كانت ولا تزال تثير الكثير من الغموض والتساؤل حول شخصه وكيفية تمييزه عن غيره من المهام كالقاضي والخبير والوسيط والوكيل والموفق والمصالح؛ لأنه الشخص الذي ارتضت ارادة الأطراف كاداة بديلة عن القاضي ليفصل بالنزاع بحكم سريع وحاسم يحوز حجية الأمر المقضي به، ويتم تعينه أما من قبل الأطراف المتنازعة مباشرة وهو إلاصل أو من قبل المحكمة المختصة كاستثناء عند تعثر ارادة الأطراف أو وجود بعض العقبات التي تعرقل تعين المحكم، ويجب أن تتوافر في هذا المحكم الشروط القانونية وإلاتفاقية التي تؤهله للقيام باداء مهمته بحسم النزاع، وقد اختلفت النظريات الفقهية حول طبيعة عمل المحكم ومركزه القانوني في منازعات العقود الإدارية الدولية، فالنظريات إلاحادية ذهبت إلى الطبيعة التعاقدية وإلى الطبيعة قضائية، أما النظريات الثنائية فذهبت إلى إلأخذ بالطبيعة المختلطة، والطبيعة الخاصة والمستقلة، والمحكم أما أن يكون محكماً بالقضاء أو محكماً بالصلح .

ولبحث الموضوع سيتم تقسيمة إلى مبحثين، يتناول المبحث إلأول مفهوم المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، والمبحث الثاني الطبيعة القانونية لعمل المحكم وأنواعه في منازعات العقود الإدارية الدولية.

المبحث الأول

مفهوم المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

لقيام النظام التحكيمي لابد من توافر العناصر الرئيسية المكونة له والمتمثلة بالأطراف المتنازعة وموضوع النزاع والمحكم الذي يفصل بالنزاع والذي يعد الركيزة إلاساسية في هذا النظام التحكيمي، وللوقوف على مفهوم المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، وللإحاطة بموضوع البحث يجب التطرق أولاً إلى تعريف المحكم وتمييزه عن غيرة في منازعات العقود الإدارية الدولية في المطلب إلأول، وطرق تعيين المحكم وشروطه في منازعات العقود الإدارية الدولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف المحكم وتمييزه عن غيره في منازعات العقود الإدارية الدولية

هناك العديد من التعريفات التي وردت في المحكم وهي قد لا تختلف كثيراً عن بعضها البعض حيث تكاد تجمع على بعض الصفات التي يجب أن يتصف فيها المحكم وهي الخبرة والدقة والكفاءة والحكمة في موضوع النزاع المعروض عليه، وعدم الميل إلى أحد الأطراف على حساب الطرف إلأخر، وقد يشبه عمل المحكم عمل بعض إلأشخاص الذين يتولون فض النزاعات التي تقع بين الأطراف المختلفة كالقاضي والمصلح والوكيل والموفق والوسيط أو قد يختلف عنه، ولبيان تعريف المحكم في اللغة وإلاصطلاح والفقه والقضاء سيتم تناولها في الفرع إلأول، وتمييزه عن غيره في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

تعددت المسميات التي تطلق على الجهة التي يفوض إليها مهمة حل النزاعات الخاصة بالتحكيم، فقد يطلق عليها هيئة التحكيم إذا كانت مكونة من عدة أشخاص، وقد يطلق عليه محكم إذا كانت مكونة من شخص واحد[١]. ولغرض اعطاء تعريف للمحكم يجب أولاً اعطاء تعريف المحكم من الناحية اللغوية وإلاصطلاحية وفي القانون والقضاء. وكما يأتي:

١- د محمد حسن حامد ، نظام التحكيم الحديث ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٧ .

أولاً- تعريف المحكم لغةً واصطلاحاً وفقهاً

١- تعريف المحكم في اللغة: المحكَم أو المحكِم (بفتح الكاف أو كسرها) هو المنصف من نفسه[١]. أما المحكَّم (بتشديد الكاف مع الفتح) هو الشخص الذي يُحتكم إليه[٢]، وقيل هو الرجل المجرب[٣]. وحكُم الرجل بضم الكاف صار حكيما، والُمحكم هو الذي لا اختلاف فيه ولا اضطراب، ومنه قوله تعالى (الر كِتابٌ أُحْكِمَتْ آياتُهُ ثُمَّ فُصِّلَتْ مِنْ لَدُنْ حَكِيمٍ خَبِيرٍ)[٤]، والحَكَم محركه اسم من اسماء الله تعالى، وفي الحديث عن النبي صل الله عليه واله وسلم أنه قال لابي شريح عندما سمع القوم يكنونه بابي الحَكَم قال له (أن الله هو الحَكَم فلم تكنى بابي الحَكَم ؟)[٥]، وقد جاء في كتاب الله عز وجل (أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكَما وَهُوَ الَّذِي أنزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آتَيْناهم الْكِتابَ يَعْلَمُونَ أنه مُنَزَّلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ)[٦].

٢- تعريف المحكم اصطلاحاً: فهو من يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكيم[٧]. وهو الشخص الذي يتولى مهمة التحكيم، بحيث تكون له سلطة الفصل في النزاع بدلا من القاضي المختص اصلا بنظر النزاع بناء على اتفاق التحكيم، وهو يتمتع بثقة الخصوم[٨].

٣- تعريف المحكم فقهاً: ذهب بعض الفقهاء إلى أن المحكم هو (شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهما، وقد يتم تعينه من قبل المحكمة المختصة التي نص عليها القانون للقيام بذات المهمة المتقدمة)[٩]. ويعرّفه جانب أخر بانه (الشخص الذي ينيط به المتخاصمان مهمة فصل نزاع حال أو محتمل الوقوع بينهما، أو من تعينه المحكمة استناداً لإرادة الأطراف لذات المهمة بحدود

١- محمد بن مكرم بن منظور إلافريقي المصري جمال الدين ابو الفضل ، لسان العرب ، ج ١٢ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٠ .
٢- د قحطأن عبدالرحمن الدوري ، عقد التحكيم في الفقه إلاسلامي والقانون الوضعي ، ط ١ ، دار الفرقان ، عمان ، ٢٠٠٢، ص ١٨٣ .
٣- ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج ٢ ، ص ٣٥ .
٤- ايه (١) سورة هود .
٥- د محمد السيد عرفه ، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط ١، جامعة نايف العربية للعلوم إلامنية ، الرياض ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٧٦ .
٦- ايه (١١٤) من سورة إلأنعام .
٧- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٦، د محمد نور شحاته، النشأة إلاتفاقية للسلطات القضائية للتحكيم، دار النهضة العربية،القاهرة، ص ٥.
٨- د احمد محمد مليجي ، قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، ط ١، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، ١٩٩٦، ص ١٠١.
٩- د احمد ابو الوفا ، التحكيم إلاختياري وإلاجباري ، المصدر السابق ، ص ١٤٤ ، د ماهر محمد حامد ، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ٢٠ ، د محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٩ ، ١٤٦ .

صلاحيتها المنصوص عليها في قانون التحكيم ويتمتع بالصفات الواجبة قانونا)[١]، ويعرف أيضاً بأنه (شخص مكلف بخدمة عامة وهي تحقيق العدالة بين الناس واسناد الحقوق لأصحابها)[٢].

ويعد المحكم هو المحور الإساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم، وبقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة الإجراءات وصحة الحكم الصادر، وفي الواقع العملي فان حسن اداء المحكم لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات وخبرات[٣].

ثانياً- تعريف المحكم في القانون والقضاء

١- تعريف المحكم في القانون: لم تعطي اغلب القوانين تعريفاً محدد للمحكم ما عدا المشرع الفلسطيني الذي عرّفه بانه (هو الشخص الذي الطبيعي يتولى مهمة التحكيم)[٤].

أما المشرع المصري فقد عرف هيئة التحكيم بانها (الهيئة المشكلة من محكم وأحد أو اكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم)[٥]. وقد أشارت المادة (١٧٩) من مجلة الأحكام العدلية إلى تعريف المحكم بانه (الحاكم الذي يتخذه الخصمان برضأهما لفصل خصوماتهما ودعوأهما)[٦].

يلاحظ من التعريف القانوني الفلسطيني والمصري أنه لم يتم إلأشارة إلى الجهات التي تعين المحكم أو هيئة التحكيم.

وترك المشرع العراقي تعريف المحكم إلى الفقه والقضاء ولم يتناوله وهو إلاتجاه الصائب لأن التعريف من مهمة الفقه وليس المشرع.

١- د مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥،ص ٥٧.
٢- د عبد السلام منصور الشبوي ، القضاء والتحكيم الدولي ، ٢٠١٠ ، ص ٨٦ .
٣- د ابو العلا علي ابو العلا النمر ، د احمد قسمت الجداوي ، المحكمون دراسة تحليلية لأعداد المحكم ، دار ابو امجد ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٩ .
٤- المادة (١) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠، نقلا عن د وائل أنور بندق، المصدر السابق،ص ٣٥٨.
٥- المادة (٢/٤) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، ويقابلها المادة (٢/أ) من قانون التحكيم إلاردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ الذي عرف هيئة التحكيم بانها (الهية المشكلة من محكم واحد أو اكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم وفقا لأحكام القانون)
٦- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، ط ١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٧ ، ص ٣٦ .

٢- تعريف المحكم في القضاء: فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه (هو الشخص الذي يعهد إليه بفض نزاع بين طرفين أو اكثر ويكون له نظر النزاع وإلاشتراك في المداولة بصوت معدود وفي صدور الحكم وفي التوقيع علية)[١].

ومن خلال ما تقدم يمكن وضع تعريف للمحكم بأنه هو الشخص الطبيعي الذي اتفقت ارادة المحتكمين أو القضاء المختص على تعينه للفصل في النزاع القائم أو المحتمل.

الفرع الثاني

تمييز المحكم عن غيره في منازعات العقود الإدارية الدولية

تعد مهنة المحكم وسيلة للفصل في المنازعات القائمة أو المحتملة الوقوع، وقد يشبه العمل الذي يقوم به المحكم عمل أشخاص أخرين كالقاضي والخبير والوكيل والوسيط والمصالح والموفق أو قد يختلف معهم في بعض الوجوه، وذلك على النحو التالي:

أولاً- تمييز المحكم عن القاضي

يعرف القاضي بأنه (الذات الذي عُين ونُصب من قبل السلطأن لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقا لأحكامها المشروعة)[٢]. وقد يكون للمحكم والقاضي أوجه شبه والتقاء وكذلك أوجه تباعد واختلاف وكما يأتي:

١- أوجه الشبه وإلالتقاء بين المحكم والقاضي:

أ- من حيث إلاختصاص بالاختصاص: وهو من المبادئ إلاكثر أنتشاراً في مجال التحكيم[٣]، حيث على كل من المحكم والقاضي ابتداءً وقبل الفصل في موضوع الدعوى المعروضة أمامة أن يتحقق فيما إذا كان مختصاً بالفصل بالدعوى أم لا، لكيلا يعرضان حكمهما إلى البطلان بسبب تجاوز إلاختصاص، وكلاهما يسعيان إلى فض النزاع والوصول إلى العدالة، وقد أشار إليه المشرع المصري[٤].

---

١ - طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق ، جلسة ١٩٨٨/٢/١٤ ، نقلا عن د فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط ١ ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩٧ ، د طارق فهمي الغنام ، التنظيم القانوني للمحكم (الشروط – الواجبات – الالتزامات – المسؤولية) ط ١ ، مركز الدراسات العربية ، ٢٠١٥ ، ص ١٦ .

٢- المحامي خليل ابراهيم البنا ، في محراب القضاء ، ط ١ ، دار امواج ، إلاردن ، ٢٠١١ ، ص ٣٢ .

٣- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٦٥ ، د عاطف بيومي محمد شهاب ، إلاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، مصر ، ٢٠٠١ ، ص ٣٥١ .

٤- المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري تنص على (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع).

ب- سرية المداولات [١]: يتفق كل من المحكم والقاضي في السرية المداولات التي تتم بين اعضاء الهيئة التحكيمية والقضائية وعدم افشاءها حتى لا يعرضهم للمسالة[٢]، والمداولة هو المشاورة التي تجري بين اعضاء الهيئتين تمهيداً لإصدار الحكم أو القرار.

ج- حجية الأمر المقضي فيه: أن الأحكام التي تصدر من المحكم تتمتع بحجية الأمر المقضي فيه[٣]، وتكون واجبة التنفيذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في قانون التحكيم، كما هو الحال علية في القرار الصادر من القضاء، وهذا ما نص عليه المشرع المصري والفرنسي[٤].

هـ- يلتزم المحكم والقاضي باحترام حقوق الدفاع إلاساسية لأطراف النزاع ومنا حق الخصم في ابداء آرائهم بحرية تامة وتقديم الوثائق والمستندات المطلوبة بشفافية والمساواة في المعاملة بين الخصوم.

و- يجوز للقاضي التنحي في الفصل في الدعوى المنظورة أمامه إذا استشعر بالحرج، كما يحق للمحكم التنحي عن المهمة التحكيمية وهي مسالة تقديرية متروكة له.

٢- أوجه إلاختلاف والتباعد بين المحكم والقاضي:

أ- ينظر القاضي في جميع المنازعات وفق ولايته العامة بموجب القانون وحكمة يتعدى المحكوم عليه، أما المحكم فولايتة خاصه بحدود اتفاق اطراف النزاع وحكمه يقتصر على المحكوم عليه فقط[٥].

ب- القاضي يستمد سلطته من الدولة ويعين من قبلها بوصفه موظفاً عاماً ويلتزم بأداء وظيفته باستقلال تام، أما المحكم فيستمد سلطته من اتفاق التحكيم ويتم اختياره من قبل الخصوم أو المحكمة المختصة، ولا يعد موظفاً عاماً[٦].

ج- لا يجوز للقاضي العمل باي أنشطة أخرى صيانةً لاستقلاله وحفظاً لكرامته حتى لو كان محكما إلا أن بأذن رسمي[٧]، أما المحكم يستطيع العمل بانشطة أخرى تجارية أو قانونية.

١- المادة (١٤٧٩) من قانون التحكيم الفرنسي الجديد (تكون مداولات محكمة التحكيم سرية) ، حسام احمد هلال منصور وحسين ابراهيم خليل و هبة الله عماد ، المصدر السابق ، ص ٣٨ ، د محمد محمد بدرأن ، مذكرات في حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٢١ .

٢- د كرم محمد زيدأن النجار، المركز القانوني للمحكم ، ط ١، دار الفكر الجامعي، إلاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٢٩.

٣- د احمد هندي ، تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٣٨ .

٤- المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون) ، ويقابلها المادة (١٤٨٤) من قانون التحكيم الفرنسي (يكون لحكم التحكيم من وقت صدوره حجية الأمر المقضي به بالنسبة إلى الوقائع التي تم الفصل فيها) .

٥- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢، ص٣٤.

٦- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ٢٦.

٧- المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي (لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بأذن من مجلس القضاء...)، وكذلك المادة (٦٣) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ الذي يمنع القاضي من العمل كمحكم إلا بموافقة مجلس القضاء أو إذا كان أحد اطراف النزاع من اقارب القاضي أو اصهاره إلى الدرجة الرابعة.

د- يجب أن يحمل القاضي الجنسية الوطنية؛ لأن يمارس وظيفة عامة وأن يؤدي اليمين القانونية قبل ممارسه مهامه كقاضي، على خلاف المحكم الذي قد يكون اجنبيا ولا يوجد ما يمنعه من اداء اليمين القانونية[١].

هـ- يمتلك القاضي سلطة ادخال الغير في القضية المعروضة عليه للوصول إلى الحقيقة، أما المحكم فلا يمكنه ذلك؛ لأن سلطته في حدود اتفاق التحكيم.

و- يتمتع القاضي بسلطة الأمر والقسر كفرض الغرامات كما أن قرارته تتمتع بقوة تنفيذية، عكس المحكم الذي لا يتمتع بسلطة امره وقرار التحكيم لا ينفذ إلا بعد اللجوء إلى القضاء[٢].

ز- القاضي ملزم بالنظر في النزاع المعروض عليه وبعكسه يعد مرتكبا لجريمة أنكار العدالة، أما مهمة المحكم فهي شخصية فله أن يعتذر عن قبولها ويمكن أن يكون ملتزماً بها إذا وافق على تولي المهمة صراحةً أو ضمناً في مستند يسمى مستند قبول المهمة[٣] .

ح- يشترط قبول المحكم بالمهمة كتابةً وأن يفصح عن اي ظروف تثير الشكوك حول حياده واستقلاله، بينما لا يتطلب ذلك في القاضي[٤].

ط - يلتزم القاضي بالقواعد الإجرائية والموضوعية المعدة مسبقا في نظر النزاع، خلاف المحكم الذي يطبق القواعد المتفق عليها بين الخصوم ولكل حالة على حدا، باستثناء ما يتعلق بالنظام العام الواردة في التحكيم[٥].

ك- يجوز عزل المحكم من قبل المحتكمين بالاتفاق قبل صدور الحكم، ولا يجوز عزل القاضي[٦].

ثانياً- تمييز المحكم عن الخبير

الخبير هو (الذي تكون له معرفة أو دراية بعلم معين أو فن من الفنون أو صفه ويستطيع من خلالها إبداء الرأي إذا ما طلب منه ذلك من قبل القضاء ام من قبل اطراف النزاع، دون أن يكونوا ملتزمين بما أنتهى

١- المحامي محمد نظمي محمد صعابنه ، مسئولية المحكم المدنية (دراسة مقارنه) ، ط ١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٨ .
٢- د ابو العلا علي ابو العلا النمر ، د احمد قسمت الجداوي ، المصدر السابق ، ص ٦٥ .
٣- د ماهر محمد حامد ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .
٤- المادة(٣/١٦) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنه ١٩٩٤ ، المستشار احمد محمد عبدالصادق ، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي ، ط ١ ، دار ابو المجد ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٨ .
٥- د وجدي راغب فهمي ، هل التحكيم نوع من القضاء ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ، السنه ١٧ ، الكويت ، ٢٠٠١ ، ص ١٢٨ .
٦- سهيلة بن عمرأن ، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ط١، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٧ ، ص ١٠١.

إليه)[١]. والخبير هو طرف ثالث يتم ادخاله لتوضيح مسالة معينه، وتنصب مهمته على مسالة واقعية ذات طبيعة فنية ولا تشمل المسائل القانونية التي تعد من اختصاص القاضي، ولا يعد رأيه ملزما للمحكمة وأنما يعدّ عنصراً من عناصر الإثبات التي يعود تقديرها إلى المحكمة، أما المحكم فمهمته الفصل في النزاع بحكم ملزم للطرفين[٢]. ويتفق كل من المحكم والخبير في عدم أنتسابهم إلى الجهاز القضائي للدولة، والخضوع إلى شروط الحياد والإستقلال والموضوعية، كما أن عددهم يكون وتراً، ويخضعان للحالات التي يرد فيها القاضي[٣]. ويمكن اجمال أوجه الإختلاف بينهم بما يلي:

١- يقوم الخبير بتقديم الرأي في حالة معينه دون أن يكون له قوة ملزمة للأخذ بها ،فعمله ينصب على أيضاًح جانب مخفي في الدعوى المعروضة، أما المحكم فيقوم بوظيفة قضائية لحسم النزاع بحكم ملزمٍ للأطراف المتنازعة[٤].

٢- عمل الخبير يتعلق بمعاينة الشيء محل النزاع وتثمينه أو تقدير حالته بناء على خبرات فنية وتقديرات شخصية، أما المحكم فهو يتولى بفحص الإدعاءات القانونية وتحقيقها على وفق قواعد اجرائية محددة من أجل الوصول إلى حكم العدالة فيها[٥].

٣- يعتمد المحكم في ممارسة مهامه بفض المنازعات على تشريعات التحكيم الوطنية والدولية، أما الخبرة فتعتبر وسيلة من وسائل الإثبات وتعتمد في تنظيمها على قانون البينات[٦].

٤- يجوز الطعن في الحكم الصادر من المحكم، بينما لا يطعن في تقرير الخبير؛ لأنه يقدم مشورة فنيه غير ملزمة[٧].

١- د اسعد فاضل منديل ، أحكام عقد التحكيم واجراءاته (دراسة مقارنه) ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، د س ، ص ٤٦ ، القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٧ .

٢- د مفلح عواد القضاة، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الاردن، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٠٨- ١٠٩ .

٣- د عصمت عبدالله الشيخ ، المصدر السابق، ص ٢٤، وقد أشار المشرع العراقي إلى رد المحكم في المادة (٢٦١) من قانون المرافعات المدنية (يجوز رد المحكم لنفس ألاسباب التي يرد بها القاضي ....) وأشار إلى حالات رد القاضي في المادة (٩١) من القانون نفسه، وكذلك أشار في المادة (١٣٦) من قانون إلاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنه ١٩٧٩ إلى حالات رد الخبير هي نفسها حالات رد القاضي (للخصوم طلب رد الخبير المعين من قبل المحكمة التي تنظر في الدعوى وتفصل المحكمة في هذا الطلب بقرار لا يقبل الطعن إلا تبعا للحكم الحاسم فيها، وتتبع في حالة رد الخبير إلاجراءات المتبعة في رد القاضي) .

٤- د محسن شفيق ، المصدر السابق ، ص ١٤ ، د عزمي عبد الفتاح عطية ، قانون التحكيم الكويتي ، ط ١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، دولة الكويت ، ١٩٩٠ ، ص ١٥ .

٥- د شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، المصدر السابق،ص ١٠٨، د لزهر بن سعيد و د كرم محمد زيدأن النجار، التحكيم التجاري الدولي، ط ١، دار الفكر الجامعي، إلاسكندرية ،٢٠١٠، ص٤٠-٤١.

٦- د سيد احمد محمود ، نظام التحكيم (دراسة مقارنه بين الشريعة إلاسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري) ، ط ١ ، مؤسسة دار الكتاب ، الكويت ، ٢٠٠٤ ، ص ٦ .

٧- د سحر عبدالستار أمام يوسف ، المركز القانوني للمحكم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٤١ .

٥- يستمد المحكم سلطته من ارادة الأطراف المتنازعة ويقوم بتطبيق إلاجراءات المتفق عليها، أما الخبير فيتلقى سلطاته من محكمة الموضوع أو هيئة التحكيم ويطبق إلاجراءات التي يراها مناسبة دون تدخل الأطراف[١].

٦- يلتزم الخبير باداء اليمين القانونية عند تسجيله في سجل الخبراء، على أن تقوم المحكمة بتحليف الخبير الذي لم يدون اسمه في سجل الخبراء، على خلاف المحكم فلا يؤدي اليمين بسبب ثقة الأطراف المتنازعة به [٢] .

ثالثاً- تمييز المحكم عن الوكيل

الوكالة هي نيابة، تقوم على التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله والخضوع لتعليماته وأوامره، وتنشأ بينهم علاقة تبعية فعلية لا يتمتع فيها الوكيل باي استقلال ولا يملك اكثر مما يملكه إلاصيل[٣]، ويستمد الوكيل سلطاته من الوكالة، والوكالة هي (عبارة عن عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسة في تصرف جائز معلوم)[٤].

ويملك الموكل التنصل عن عمل الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة؛ لأن الوكيل يقوم بما يريد الموكل القيام به، وقد قضت محكمة التمييز في العراق بانه (ليس للوكيل طلب إحالة النزاع إلى التحكيم إذا لم يخول بذلك صراحة في وكالته الخاصة أو العامة)[٥]، ويتفق المحكم مع الوكيل في أن عملهم مصدره إلاتفاق بينهم وبين الأطراف، فكلاهما يقوم على أساس الرضا[٦]. ويختلف المحكم عن الوكيل في إلامور التالية:

١- مهمة المحكم تنصب على الفصل بين الأطراف المتنازعة وفق ما يراه وبموجب القانون ويكون قراره ملزماً للأطراف، ومهمة الوكيل تنصب على عمل قانوني باسم وحساب الموكل وحسب القواعد العامة ويتقيد بتعليمات الموكل في حدود عقد الوكالة، ولا يمكن للوكيل أن يمثل مصالح متعارضه[٧].

١- قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة إلاسلامية، ط١، دار الصميعي، الرياض، ٢٠٠٩، ص ١٦٧.
٢- القاضي بنيل عبدالرحمن حياوي ، المصدر السابق ، ص ٤٩ .
٣- د احمد ابو الوفا ، التحكيم إلاختياري وإلاجباري ، المصدر السابق ، ص ٣١، د محمود مختار احمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٨٥ .
٤- المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٥- قرار تمييزي رقم ١٦٠ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٣ في ١٩٧٣/٨/١١، النشرة القضائية ، العدد ٣ ، السنه الرابعة ، ١٩٧٣ ، ص ٢٣١ .
٦- د محمد عبد الخالق الزعبي ، شرح قانون التحكيم إلاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ ، ط ١، دار ايداع للنشر، عمان ، ٢٠٠٩، ص ٢٧ .
٧- د احمد عبدالكريم سلامة، التحكيم في المعاملات الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٩٩.

٢- يكون الوكيل ممثلا عن الموكل، وتنسحب اثر التصرفات القانونية التي يجريها إلى الموكل، أما المحكم فيستقل بعد تسميته عن الأطراف استقلالاً كاملاً ويمارس عملة بحيادية تامة، ولا يلتزم بتوجيهات الأطراف ولا يدافع عن أحد الأطراف، لأن هدفه الوصول إلى العدالة، ولا يحق لأحد الاطراف عزله دون إلاتفاق مع الطرف إلأخر ولو كان هو من اختاره[١] .

رابعاً- تمييز المحكم عن الوسيط

تعرف الوساطة بانها وسيلة اختيارية (طوعية) يلجا إليها الأطراف ويختارون من خلالها اجراءات وأسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له، وتتم من خلال شخص ثالث محايد ونزيه يساعد في حل النزاع من خلال تقريب وجهات النظر[٢]، وتعتبر الوساطة وسيلة متقدمة من وسائل حل المنازعات بين الأطراف، وتتم بتعيين شخص يسمى الوسيط يقوم بمهمة تطويق الخلاف وحصره من خلال إلاتصال الدائم مع الأطراف لتقريب وجهات النظروتقليل الفوارق للوصول إلى حل يرضي الأطراف، ولا يمكن للوسيط اتخاذ قرار بانهاء النزاع لأن مهمته تقديم الحلول الموصلة إلى نتائج مرضيه للأطراف[٣]. ويتفق المحكم والوسيط في أن كلاهما يتم اختيارهم من قبل الأطراف، وتبدأ مهامهما عند وجود نزاع قائم، وأنهما يهدفان إلى أنهاء النزاع. ومن أوجه إلاختلاف بينهما هي:

١- المحكم يصدر حكماً ملزماً للأطراف ويكون حائزاً لحجية الشيء المقضي به ويمكن للأطراف الطعن فيه بالطرق المقررة في قانون التحكيم، بخلاف الوسيط الذي يتدخل بين الأطراف من أجل أن يتنازل كل طرف عن بعض ادعائه للوصول إلى حل يرضي الأطراف، وعقد الصلح الذي يتوصل إليه الأطراف لا يعد سنداً تنفيذياً إلا إذا كان موثقاً في محضر أو تم إلاقرار به أمام المحكمة وتثبيته في محضر الجلسة، ويمكن رفع دعوى ببطلانه لأنه لا يجوز الطعن به[٤] .

٢- يمكن للوسيط أن يكون قاضياً، حيث يعد وسيطاً قضائياً يتم اختياره من قضاة محاكم البداءة والصلح، على خلاف المحكم الذي تمنعه التشريعات من العمل كقاضي إلا بعد الحصول على أذُن مسبق[٥].

١- د عدنان يوسف الحافي، النظام القانوني للمحكم طبقا لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣)لسنة ٢٠٠٠، اطروحة دكتوراه مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ،٢٠٠٨، ص ٤٦ ،القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي، المصدر السابق، ص ٥٥.

٢- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصر السابق ، ص ٤٩ .

٣- د ناصر محمد الشرمان ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ط ١ ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٥ ، ص ١٣٢ .

٤- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ .

٥- المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي (لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بأذن مجلس القضاء..) .

٣- الحلول التي يقدمها الوسيط وتنال رضا الأطراف تؤدي إلى أنهاء النزاع وتنفذ مباشرة من قبلهم، أما القرار الذي يصدر من المحكم لا تنفذ إلا بعد مصادقة المحكمة المختصة في الدولة المراد التنفيذ فيها، اضافة إلى أن الوسيط لا يحتاج وقتا طويلاً قياساً بالمحكم [١] .

خامساً- تمييز المحكم عن المصالح

يعرف الصلح بأنه (هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي)[٢]، ويعرف بانه (عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه)[٣]، ويعد الصلح وسيلة ذاتية لتسوية النزاعات يقوم بها الأطراف ذوي الشأن بانفسهم أو بواسطة من يمثلهم وبموجبها يحسمون منازعاتهم عن طريق تنازل كل منهم عن بعض ما تمسك به اتجاه الأخر، ويجوز اللجوء للصلح بوصفه وسيلة لفض المنازعات التجارية أو الإدارية أو المدنية والتي تقع بين الأفراد أو الأشخاص المعنوية العامة، لأن القواعد الواردة في القانون المدني يمكن أن تطبق على القانون الإداري إذا كانت صالحة للتطبيق[٤]. ويتفق عمل المحكم والمصلح في أن كلا منهما يقوم بفض النزاع وازالة العداوة الناشئة بين اطرافه، ويكون لجوء الأطراف المتنازعة إليهم بالاتفاق والتراضي، وأن كلاهما يفصلان في النزاع بعيدا عن قضاء الدولة، ويقتصر نطاق تطبيق كلا منهما على حسم المنازعات التي يكون موضوعها حقوق مالية (يجوز فيهما الصلح والتنازل) ولا تتعلق بالنظام العام. ومن أوجه الإختلاف بينهما هي:

١- المصلح يفصل بالنزاع بالتراضي وذلك بتنازل كل طرف عن جزء من الحق المدعى به، بينما المحكم يفصل بالنزاع بحكم ملزم للطرفين لتمتعه بسلطة قضائية وهو ما يميز المحكم والمصلح[٥].

٢- عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا أن يكون في صورة عقد رسمي أو أن يتم أمام المحكمة المختصة، أما حكم المحكم فانه ينفذ بعد مصادقة المحكمة مباشرة.

١- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصدر السابق ، ص ٥٠ .
٢- المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٣- المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .
٤- د يسري محمد العصار ، المصدر السابق ، ص ٤٢ .
٥- د احمد حسن مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للأنشاءات، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٨، ص ٢٦ .

٣- عقد الصلح لا يحوز حجية الشيء المقضي به، ولا يقبل الطعن بالطرق المقررة في القانون إلا أنه يخضع للبطلان، أما حكم المحكم فانه يحوز حجية الشيء المقضي به بعد مصادقة المحكمة المختصة، وحكمها يقبل الطعن بكافة طرق الطعن المقررة له ما عدا الإعتراض[١].

٤- في الصلح يعرف كل طرف ما يجب أن يتنازل عنه، والقرار الذي يصدر من المصلح لا يلزم الأطراف إلا إذا وافقوا به، أما في عقد التحكيم فان الأطراف يجهلون ما يؤول إليه نتيجة الحكم في النزاع وقرار المحكم يكون ملزم للأطراف[٢] .

سادساً- تمييز المحكم عن الموفق

التوفيق كوسيلة لفض المنازعات يعرف بأنه (هو اتفاق طرفين أو اكثر على تفويض شخص واحد أو اكثر لحسم النزاع بينهما بطريقه وديه)[٣]، وعرفة القانون النموذجي بأنه (عمليه يطلب فيها الطرفان إلى شخص أخر أو أشخاص أخرين "الموفق" مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة)[٤].

والهدف من التوفيق الوصول لتسوية ودية بين الطرفين من خلال تقريب وجهات النظر بينهما وذلك من خلال اختيار موفق محايد يقدم اقتراحات بحل النزاع للطرفين مما يحافظ على استمرار العلاقات الودية بينهم، والموفق لا يقوم بالفصل بالنزاع كما هو الحال بالنسبة للمحكم أو القاضي، وأنما يقدم مقترحات للطرفين لمساعدتهم في الوصول لتسوية وديه للنزاع بينهما فهو موفقٌ وليس محكما.

ويتفق كل من المحكم والموفق في أن دورهم يظهر عندما يكون هناك نزاع قائم، وأن كل منهما يتم اختياره من الأطراف بالاتفاق، والتراضي، اي أن مصدر سلطاتهم هو اتفاقي النشأة، وكلاهما يكون عدده وترا، ويوجد فوارق بينهم تتمثل بما يأتي:

١- اللجوء إلى الموفق لا يمنع من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم اي العدول عنه، أما بالنسبة لاتفاق الأطراف باللجوء للمحكم يمنعهم عن العدول عنه؛ لأنه طريق ملزم وينتهي باصدار قرار يتم تصديقه أو ابطاله من المحكمة المختصة.

١- د شريف يوسف خاطر ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .
٢- د محمود السيد عمر التحيوي،أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، إلاسكندرية،٢٠٠٩،ص٢٤٠.
٣- د ماهر محمد حامد ، المصدر السابق ، ص ٤١ .
٤- المادة (٣/١) من قانون إلأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ، نقلا عن د وائل أنور بندق ، المصدر السابق ، ص ١١٣.

٢- أن الأحكام الصادرة من المحكم هي أحكام حقيقية واجبة التنفيذ بعد المصادقة عليها من المحكمة المختصة، أما القرار الصادر من الموفق فلا يتعدى أن يكون مقترحات وحلول من أجل الوصول لتسوية ودية لها طابع إلالزام ولا يجبر الأطراف على قبولها[١].

٣- عمل الموفق يشمل جميع المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها ولو كانت متعلقة بالنظام العام إلا ما استثنى بنص صريح، أما عمل المحكم فيتطرق إلى المسائل التي يجوز فيها الصلح والتنازل باستثناء ما يتعلق بالنظام العام، مما يدلل على أن التوفيق أوسع نطاقا من التحكيم[٢].

٤- محضر التوفيق الموقع من الأطراف والموفق لا يحوز حجية الأمر المقضي به، وليس له قوة تنفيذية؛ لأنه يحتفظ بطابعه التعاقدي، على خلاف الحكم الصادر من المحكم الذي يكون له قوة إلالزام ويحوز حجية الأمر المقضي به، وله القدرة التنفيذية بعد مصادقة المحكمة المختصة[٣].

المطلب الثاني

طرق اختيار المحكم وشروطه في منازعات العقود الإدارية الدولية

أنّ إلاتجاه السائد في اغلب التشريعات هو أن يترك للأطراف الحرية الكاملة في اختيار شخص المحكم أو هيئة التحكيم التي يرغبون بها تجسيدا للطابع إلاتفاقي وخاصة في التحكيم الحر أو الخاص، كما يمكن للأطراف اللجوء إلى أحد المؤسسات التحكيمية الدائمة كما هو الحال في التحكيم المؤسسي أو المنظم، وقد يتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم، كما ووضعت هذه التشريعات في ذات الوقت شروط معينة لابد من توافرها في المحكم لكي يتمكن من اداء المهمة التحكيمية ، وسيتم بحث طرق اختيار المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية في الفرع الأول، والشروط الواجب توافرها في المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية بالفرع الثاني.

الفرع الإول

طرق اختيار المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

يعدّ تعيين واختيار هيئة التحكيم من أهم إلاجراءات التي تتخذ في العملية التحكيمية، وإلاصل في منازعات العقود الإدارية الدولية أن ارادة الأطراف المتنازعة هي من تقوم باختيار المحكم أو هيئة

١- د وفاء فاروق محمد حسني ، مسئولية المحكم (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، مصر ، ٢٠٠٠، ص ٥٢-٥٣ .

٢- د شريف يوسف خاطر ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

٣- د عبد الباسط عبد المحسن ، دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٥ .

التحكيم، وذلك لأن حسن سير اجراءات التحكيم وصحتها بما يضمن صدور حكم التحكيم وعدالته في هذا النوع من العقود يتوقف على كفاءة وحسن اختيار القائم عليهما، حتى قيل أن "التحكيم تحكمه قاعدة ذهبية مفادها أنه بمقدار قيمة المحكم تكون قيمة التحكيم"[١]، ويتم اللجوء للتحكيم أما بإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية المبرمة بين الطرفين ويسمى (شرط التحكيم) أو باتفاق لاحق على حصول النزاع ويسمى (مشارطة التحكيم)، وقد تقوم المحكمة باختيار المحكم أو هيئة التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف المتنازعة أو حدوث بعض العقبات التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، وسيتم البحث في الطريقتين التي يتم فيها اختيار وتعيين هيئة التحكيم وكما يأتي:

أولاً- تعيين المحكم باتفاق الأطراف

وهو من اكثر الطرق شيوعا في تعيين هيئة التحكيم، وتعد الطريقة إلاساسية في تعيين هيئة التحكيم بارادة الأطراف الذين ارادوا ابعاد النزاع في العقود الإدارية الدولية عن قضاء الدولة، سواء كان ذلك بصورة مباشرة كما في التحكيم الحر أم الخاص أم بصورة غير مباشرة كما في التحكيم المؤسسي، وعلى النحو التالي:

١- تعيين هيئة التحكيم في التحكيم الحر أو الخاص: أن المكانة البارزة للإرادة في تعيين الهيئة التحكيمية هي إلاكثر تماشيا مع روح وفلسفة التحكيم، وفي منازعات العقود الإدارية الدولية فان هذه إلارادة هي من تعطي للخصوم الحرية الكاملة في تحديد القواعد إلاجرائية أو الموضوعية التي سوف يتبعها المحكم أو هيئة التحكيم من أجل فض النزاع المعروض عليه على وفق هذه القواعد وفي المكان الذي يحددانه وبما ينسجم مع القواعد الأمرة والنظام العام، ويتم إلاختيار من قبل الأطراف مباشرة بالاتفاق، وهذا إلاختيار مبني على النزاهة والثقة والخبرة وعدم افشاء إلاسرار التي يقدرها اصحاب النزاع أنفسهم وهو الحق الطبيعي لهم[٢]، وهذا النوع من إلاختيار عادة ما يكون في المنازعات اللاحقة لنشوب النزاع بين الأطراف (مشارطة التحكيم)، أما إذا كان إلاتفاق قبل حصول النزاع (شرط التحكيم) فتكتفي الأطراف بالاتفاق على الطريقة التي يتم فيها تعيين هيئة التحكيم؛ لأن جوهر التحكيم هو إلارادة وإلاتفاق[٣]، ويجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلاّ كان باطلاً[٤]، وتخضع عملية تشكيل هيئة التحكيم لمبدأين

١- د وليد محمد عباس يوسف ، المصدر السابق ، ص ٣٨٤ .
٢- د نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ، ط ٢ ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢ .
٣- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .
٤- د محمد سليم العوّا ، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٣١.

اساسيين، هما ارادة الأطراف في اختيار هيئة التحكيم، والمساواة بين الأطراف في اختيار هيئة التحكيم[١].

وحرصت غالبية التشريعات الوطنية والدولية على احترام ارادة الأطراف المتنازعة في اختيار هيئة التحكيم بالاتفاق المباشر، حيث نص قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين..) ويفهم من النص أن الإصل هو حق الأطراف في اختيار المحكمين[٢]، وسار القضاء العراقي بهذا الإتجاه، حيث جاء بقرار لمحكمة التمييز أنه (لدى التدقيق والمداولة تبين أن تعيين المحكم بالاتفاق بين طرفي النزاع ..)[٣]، وقد نص قانون التحكيم المصري في المادة (١/١٥) على أنه (تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم وأحد أو اكثر..) وكذلك في المادة (١/١٧)[٤]، واكده المشرع الفرنسي في المادة (١٥٠٨) من قانون التحكيم الجديد المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) لعام٢٠١١ المتعلق بالتحكيم الدولي إلى أنه (يستطيع عقد التحكيم مباشرة أو عن طريق تسوية التحكيم أو عن طريق قواعد اجرائية تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد شروط التعيين)، وقد أشار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إلى أنه (للطرفين حرية إلاتفاق على إلاجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين..)[٥].

وقد تضمنت المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم ذات المعنى، حيث رفضت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ تنفيذ حكم محكمة التحكيم الدولية إذا كان تشكيل هيئة التحكيم بخلاف اتفاق التحكيم[٦]، وقد اعطت إلاتفاقية إلأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١كامل الحرية للأطراف من اختيار المحكمين

١- د حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم إلالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥، ص ٤٢ .

٢- المادة (١/٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٣- قرار محكمة التمييز رقم ٧٣٨/ مدنية أولى / ١٩٧٢ في ١٩٧٢/١٢/٢٧ ، نقلا عن القاضي عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج ٤ ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٤٤١ .

٤- المادة (١/١٧) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، ويقابلها المواد (١٤،١٦) من قانون التحكيم إلاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ ، والمادة (١٠) من قانون التحكيم السعودي ، والمادة (٥١٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري ، والمادة (١٧٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي .

٥- المادة (٢/١١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها لجنة إلامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ، ١٩٨٥ ، د وائل أنور بندق ، المصدر السابق ، ص ٢١ .

٦- المادة (١/٥/ د) من اتفاقية نيويورك بشأن إلاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين إلاجنبية لعام ١٩٥٨ (لا يجوز رفض إلاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج علية بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها إلاعتراف والتنفيذ الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق علية الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم إلاتفاق) .

وتحديد طريق اختيارهم[١]، وكذلك اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥[٢].

ولا تقتصر سلطة الأطراف المتنازعة على تشكيل هيئة التحكيم فقط، بل يشمل تحديد عددهم والشروط الواجب توافرها، وتحديد الكيفية التي يتم فيها الإختيار، ويمكن أن تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد وذلك في حالة اتفاق الأطراف المتنازعة مقدما دون ذكر الإسم، وعند عدم الإتفاق على عدد المحكمين، وقد أشار لهذا كلا من قانون التحكيم الإنكليزي لعام ١٩٩٦في المادة (٣/١٥)، وقانون التحكيم الفدرالي الأمريكي لعام ١٩٢٥، حيث ورد فيهما أنه إذا لم يتفق الأطراف المتنازعة على عدد المحكمين فان محكمة التحكيم تتكون من محكم واحد، ويرى بعض الفقه أن المحكم الواحد لا يمكن اللجوء إليه وخاصة في المنازعات المعقدة والمتشابكة كالعقود الإدارية الدولية؛ لأنها تثير الكثير من المشاكل القانونية مما يجعل المحكم يخشى تحمل المسؤولية لوحده مهما بلغت فطنتة وذكاءه ونباهتة[٣].

ويعد التشكيل الثلاثي لهيئة التحكيم[٤] هو الشائع والمفضل لدى الأطراف في منازعات العقود الإدارية الدولية، حيث يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد ويقوم المحكمين المعينين من قبل الأطراف باختيار المحكم الثالث والذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم ويسمى المرجح على أن يتم اختيار المحكم بصفته أو بمهنته أو بوظيفته[٥] ، ونفس الإجراء إذا تم الإتفاق على تعيين خمسه أو سبعه محكمين، أما إذا اتفق الأطراف المتنازعة على تشكيل هيئة التحكيم من عدد محدد من المحكمين فيجب أن يكون عددهم وترا. ويعد اختيار أحد الأطراف لمحكمّه اختياراً اتفاقياً، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية الذي جاء فيه (تعيين المحكم ليس عملاً قانونياً منفرداً ولو صدر من طرف واحد، بل هو عنصر اساسي في اتفاق التحكيم يصدر عن الإرادة المشتركة للطرفين)[٦].

١- تنص المادة (١/٤/أ وب) على (١- أن لفرقاء الإتفاقية التحكيمية الحرية في تقرير: أ- نزاعاتهم ستخضع إلى مؤسسة تحكيمية دائمة وفي هذه الحالة يحصل التحكيم وفقا لنظام المؤسسة المعينة أو ب- أن تكون نزاعاتهم خاضعة إلى اجراءات تحكيمية خاصة وفي هذه الحالة يكون للفرقاء امكانية تعيين أو تحديد الطرق التي يقتضي أنتهاجها لتعيينهم في حال النزاع..) .

٢- المواد (٣٧و٣٨) من الإتفاقية ، د وائل أنور بندق ، المصدر السابق ، ص ٥٨-٥٩ .

٣- المستشار ايمن بهي الدين ، المركز القانوني للمحكم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص ٢٩ -٣١ ، د عاطف محمد الفقي ، التحكيم التجاري متعدد الأطراف ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩٩ .

٤- المادة (٢/٣٧/ب) من قواعد المركز الدولي لتسوية الناشئة عن الإستثمار لعام ١٩٦٥ ، المادة (٢/١٠) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ ، المادة (١/١٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، المادة (١/١٥) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري .

٥- أشار المشرع المصري إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم في المواد (١٥و١٦و١٧و٢١) من قانون التحكيم المصري ، والمشرع الإردني في المادة(١٦) ، والمواد من (٥- ٨) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الإمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالقرار (٩٨/٣١) في ١٩٧٦/١٢/١٥

٦- د فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٧ .

وهناك مسالة مهمة تستدعي المعالجة وهي أن ياتي اتفاق التحكيم خاليا من تعيين المحكم، حيث عالجها المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية باللجوء إلى المحكمة المختصة بعريضة تقدم من قبل أحد الأطراف بعد ابلاغ بقية الخصوم وإلاستماع لأقوالهم ثم تصدر المحكمة قرارا بتعيين المحكم[١].

أما المشرع الفرنسي فقد عالج المسالة من خلال اللجوء إلى قاضي الدعم[٢] الذي يقوم بتعيين المحكم إذا كانت هيئة التحكيم تتالف من محكم واحد أو إذا نص إلاتفاق على محكمين اثنين ولم يتفق الأطراف ولا المحكمين المختارين من الأطراف خلال مدة شهر على تعيين المحكم الثالث، عندئذ يعين قاضي الدعم المحكم الثالث، وقد نص قانون التحكيم الفرنسي الجديد في المادة (١٤٤٤) من أنه (يحدد اتفاق التحكيم، المحكم أو المحكمين، أو أن ينص على طريقة تعينهم، وفي حالة عدم إلاتفاق على ذلك يتم تعيينهم طبقا لأحكام المواد من١٤٥١-١٤٥٤)[٣]، أما قانون التحكيم المصري فقد ذهب إلى قيام المحكمة المختصة وهي محكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر بتعيين المحكم بناء على طلب أحد الأطراف[٤].

٢- تعيين المحكم في التحكيم المؤسسي أو المنظم: وهو التحكيم الذي يجري من قبل الهيئات أو المؤسسات أو المراكز الوطنية أو الدولية الدائمة والتي تمارس التحكيم وفق قواعد واجراءات تتضمنها لوائحها المعروفة مسبقا مما يسهّل الرجوع إليها، ويتم اعداد قوائم باسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرة والكفاءة في مجال العقود الإدارية الدولية والسمعة الدولية، لذا يفضل اطراف النزاع اللجوء إلى هذه المراكز أو المؤسسات لما لها من مكانة مقبولة في مجال التحكيم، فضلاً عن أن الحكم الذي سيصدر من هذه المراكز سيحظى بتقدير ادبي من قبل القاضي الوطني عند اصداره امراً بتنفيذه، وكذلك تجنب الجزاءات التي تفرضها هذه المراكز أو المؤسسات على الأطراف الخاسرة التي تمتنع عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنها[٥].

وبالرغم من أن اتفاق الأطراف باللجوء إلى أحد المراكز أو المؤسسات التحكيمية الدولية يعد قبولاً ضمنيا من قبلهم بالقواعد التي وضعتها هذه المراكز أو المؤسسات لاختيار المحكم، إلا أن المسالة لا

١- المادة (١/٢٥٦) تنص على (١- إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع أحد أو اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ،ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم ، فلاي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم) .

٢- قاضي الدعم المختص هو رئيس المحكمة الإبتدائية .

٣- حسام احمد هلال و حسين ابراهيم خليل و هبة الله عماد ، المصدر السابق ، ص ١٣ .

٤- المادة (٢/١٧) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

٥- المستشار ايمن بهي الدين ، المصدر السابق ، ص ٣٨ ، د احمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية ، ط١ ، المؤسسة الفنية ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٧ ، د ايناس الخالدي ، التحكيم الإلكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٧٠ .

تبدو كذلك؛ لأن اللجوء إلى النظام المؤسسي في تعيين المحكم لا يصادر ارادة الأطراف في اختيار محكميهم، لأن سلطان تلك المراكز أو المؤسسات لها طابع احتياطي فهي لا تقوم بتعيين المحكم إلا إذا فشلت الأطراف على إلاتفاق أو امتنع أحدهم عن إلاختيار، واللجوء إليها مشروط بالا يخل بالحد إلادنى من الضمانات المطلوب توافرها وسلامة إلاجراءات واتساقها مع المبادئ القانونية[١].

وهناك ما يقارب (١٢٠٠) مركزاً أو مؤسسة تقدم خدمات التحكيم المؤسسي، البعض منها متخصص في مجال معين، وإلأخر عامٌ يتولى مختلف إلأنشطة التجارية. وتعد غرفة التجارة الدولية في باريس والمركز الدولي لتسوية منازعات إلاستثمار في واشنطن وهو مؤسسة تابعة للبنك الدولي من أهم المؤسسات التحكيمية الدولية فيما يتعلق بمنازعات العقود الإدارية الدولية. لذا سنقصر البحث في تعيين المحكمين وفق النظام المتبع في هذين المركزين.

أ- غرفة التجارة الدولية في باريس: وهي من اقدم واشهر مؤسسات التحكيم في العالم، وقد تأسست في عام ١٩١٢، وتم تعديل قواعدها واصبحت نافذة في ١/١/ ١٩٨٨، ويتم تعيين المحكم حسب القواعد الواردة في المادة (١٢) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٢ أما بواسطة محكم واحد أو ثلاثة حسب اتفاق الأطراف المتنازعة، فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين تقوم محكمة التحكيم الدولية المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية بتعيين محكم واحد إلا إذا تبين أن المنازعة تستدعي ثلاثة محكمين، وهنا يعين كل طرف مُحكمّه خلال مدة (١٥) يوم، وإذا فشل أحدهم بالتعيين تعينه المحكمة، أما إذا اتفق الأطراف المتنازعة على تسمية محكم واحد لفض النزاع وفشلوا في تعيينه بعد أنتهاء مدة (٣٠) يوم من تاريخ استلام المدعي طلب التحكيم، وأنتهاء المدة إلاضافية التي تسمح بها إلأمانة العامة، فتقوم المحكمة بتعيين المحكم، أما إذا كان إلاتفاق بتعيين ثلاثة محكمين فيقوم كل طرف بتعيين مُحكمّه في الطلب وفي الرد، وإذا لم يعين أحد الأطراف محكمّه عينته المحكمة، وعند عرض النزاع على ثلاثة محكمين تعين المحكمة المحكم الثالث لرئاسة هيئة التحكيم، إلا إذا اتفق الأطراف على اجراء أخر لتعينه، وإذا تعدد كل من المدعيين أو المدعى عليهم وكانت هيئة التحكيم مكونه من ثلاثة محكمين يعين محكماً من قبل المدعون مجتمعا ومحكما عن المدعى عليهم مجتمعا، وعند أنضمام طرف اضافي إلى النزاع فيمكن أن يشترك مع المدعي أو المدعى عليهم، وإذا لم يتم التعيين في حالة التعدد وإلأنضمام تقوم المحكمة بتعيين جميع هيئة التحكيم وتولي أحدهم الرئاسة[٢]، ويمكن ملاحظة أن المحكمة قد اعطت لنفسها الحق في تعيين رئيس المحكمة سواء اتفق الأطراف على تعيين المحكمين إلاعضاء أو لم يتفقوا،

١- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ١٣١ .
٢- للمزيد أنظر المادة (١٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية للتحكيم لعام ٢٠١٧ .

على أن تعيين المحكمين وتحديد عددهم من قبل الأطراف امر جيد في التحكيم المؤسسي لكي يشعروا بانهم جزء من عملية التحكيم.

ب- المركز الدولي لتسوية منازعات إلاستثمار: وهو المركز المنبثق عن اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات إلاستثمار بين الدول ورعايا الدول إلأخرى لعام ١٩٦٥ والتي أنضم إليها العراق[١] وتتشكل هيئة التحكيم بعد تسجيل الدعوى فورا وخلال مدة (٩٠) يوم من تاريخ إلاخطار بالتسجيل وتتكون من محكم واحد أو عدد فردي وباتفاق الأطراف، وفي حالة عدم إلاتفاق على تعيين المحكمين وعددهم تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، حيث يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد ويعين المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة المحكمة بموافقة الطرفين، أما إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم خلال مدة (٩٠) يوم أو اي مهلة يوافق عليها الأطراف، يقوم رئيس المركز بناء على اي من الأطراف وبعد التشاور معهما بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد، ويجب أن يكون المحكمين الذي يتم تعينهم من قبل الرئيس من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف المتنازعة[٢]، ويمكن للأطراف أن يعينوا المحكمين من غير إلاسماء المعدة من المركز ماعدا رئيس المركز فانة يلتزم بالتعيين من ضمن إلاسماء المعدة من المركز[٣]. وقد اصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة المعول عليها في فض المنازعات العقود الإدارية الدولية خاصة متفوقا بذلك على التحكيم الحر الذي يعد إلاسبق في الظهور، ويرجع السبب في هذا التراجع إلى عدم وجود اشراف أو رقابة في التحكيم الحر مما يجعل عدم الدقة تصيب الكثير من أحكامه، كما تؤدي إلى تعيين محكمين من ذوي الخبرة والدراية في منازعات العقود الإدارية الدولية، كما أنها تعالج حالة تهاون أحد الأطراف في تعيين محكمه بهدف تاخير عملية التحكيم وافشاله[٤].

وقد أشار المشرع العراقي لهذه الطريقة، حيث نص على أنه (٢- التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع إلاستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد اجنبيا على أن يراعى ما يأتي: أولاً- أن يتم اختيار أحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة...)[٥]، وكذلك قانون إلاستثمار العراقي رقم ١٣لسنة ٢٠٠٦ المعدل، الذي نص على خضوع منازعات إلاستثمار للقانون العراقي والقضاء العراقي، ويمكن إلاتفاق للجوء إلى

١- أنضم إليها العراق بالقانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩.
٢- المواد (٣٧و٣٨) من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن إلاستثمار ، د وائل أنور بندق ، المصدر السابق ، ص ٥٩ .
٣- المادة (٤٠) المصدر السابق ، ص ٥٩ .
٤- د ابو زيد رضوأن ، إلاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص ٢٢.
٥- المادة (٨/ثانيا /٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

التحكيم الوطني والدولي[١]، وأيضاً في قانون المرافعات المدنية عندما اجاز اللجوء إلى التحكيم الحر والمؤسسي[٢]. وقد أخذ المشرع المصري في قانون التحكيم بكلا النوعين الحر والمؤسسي في المادة (١/٤)[٣]. ومن الإتفاقيات التي أخذت بهذين النوعين من المراكز الدولية هي اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨[٤]، وكذلك الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ في جنيف[٥].

ثانياً- تعيين المحكم عن طريق القضاء

بالرغم من الحرية الكاملة التي اعطاها المشرع للأطراف المتنازعة في اختيار هيئة التحكيم (سواء كانت مكونة من محكم واحد أو اكثر من محكم على أن يكون وترا) تعزيزا لمبدأ الثقة، إلاّ أنه لم يجعل عدم اتفاقهم على تعيين هيئة التحكيم في ذاته مانعا من اكمال عملية التحكيم، لذا قرر أن تكون المحكمة بديلا عنهم في هذا الإختيار، ويتطلب لتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم شرطان، الأول وجود نزاع قائم، وهذا ما أشارت إليه المادة ١٤٥٣ من قانون التحكيم الفرنسي لعام ٢٠١١[٦]، واعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٩ من يوليو عام ١٩٨١ أن الطلب المقدم من أحد الأطراف والذي يلتمس فيه تعيين محكم قبل وجود النزاع يعد طلبا مجرداً من كل مصلحة[٧]، والثاني هو وجود عقبات تعترض طريق تشكيلها، ومن هذه العقبات هي (عدم تعيين المحكم عند إلاتفاق على التحكيم، امتناع أحد الأطراف على تعيين محكمّه، عدم اتفاق المحكمين المعينين من الأطراف على اختيار المحكم الثالث، امتناع المحكم عن القيام بمهامه، مخالفة أحد الأطراف لشروط تعيين المحكم، عزل المحكم أو اعتزاله أو قيام مانع يحول دون مباشرة التحكيم)[٨].

١- المادة (٢٧/أولاً) تنص على أنه (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الة القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ، ويجوز إلاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني والدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبة اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق) .

٢- المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي (يجوز إلاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز إلاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) .

٣- المادة(١/٤) تنص على (ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي ينطبق علية طرفا النزاع بارادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك)

٤- المادة (٢/١) تنص على (ويقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف) .

٥- المادة (٢/١/ب) تنص على (التحكيم تسوية النزاعات ليس فقط بواسطة حكام معينين لحالات معينة " تحكيم خاص " بل وكذلك بواسطة مؤسسات تحكيمية دائمة) .

٦- (إذا كان النزاع بين اكثر من طرفين ولم يتفقوا على تحديد شكل تكوين هيئة التحكيم فان الشخص المسؤول عن تنظيم التحكيم وفي حالة عدم قيامة بذلك يقوم قاضي الدعم بتعيين محكم أو اكثر) .

٧- د عمامره حسان ، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع القانونيين الفرنسي والمصري ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجزائر١ ، الجزائر ٢٠١٦ ، ص ١٧١.

٨- د طراري ثاني مصطفى ، التحكيم التجاري الدولي الجزائري ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، العدد / ، دار القبة للنشر ، الجزائر ،٢٠٠٢ ، ص ٤٣ .

وقد تناولت بعض التشريعات هذه العقبات وعالجتها باللجوء إلى المحكمة المختصة، حيث أوجب المشرع العراقي قيام أحد الأطراف بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة لغرض تعيين المحكم على أن يتضمن الطلب كافة الشروط والمؤهلات المطلوب توافرها في المحكم المطلوب تعيينه مع صوره من اتفاق التحكيم، ولا يعمل بهذا النص إلا إذا لم يكن هناك شرط خاص بين الخصوم وإلا عمل به، ثم تقوم المحكمة بالتحقق من اختصاصها المتعلق بالوظيفة واختصاصها النوعي وحسب نوع الدعوى، فان رأت أنها غير مختصة قضت بعدم الإختصاص من تلقاء نفسها لأنه من النظام العام، ويجب أن يكون عدد المحكمين مساويا للعدد المتفق علية بين الأطراف أو مكملاً له[١]، ثم تقوم المحكمة بالاستماع إلى اقوال الأطراف الأخرى، كما يمكن أن يتم تعيين المحكم حتى مع غياب الأطراف الأخرى إذا كان تبليغهم تم بصورة اصولية، ثم تصدر المحكمة قرارها أما بتعيين المحكم أو المحكمين ويكون قرارها قطعيا لا يقبل الطعن، وأما برفض التعيين ويكون قرارها خاضعا للطعن بالتمييز[٢] ويجب على المحكمة أن تفصل بالتعيين على وجه الإستعجال خلال مدة (٧) ايام[٣] وقضت محكمة التمييز في قرار لها أنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن القرار المميز قد صدر بتاريخ ١٩٧٠/١/٢٤ في ظل قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩فاصبح مشمولا بأحكامه، ولما كانت الفقرة (٢) من المادة (٢٥٦) منه قد نصت على أن قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعي وغير قابل لأي طعن، وعلية يكون القرار المميز القاضي بتعيين ثلاثة محكمين غير قابل للطعن فيه بطريق التمييز. لذا قرر رد العريضة التمييزية..)[٤].

وقد اجاز المشرع المصري في قانون التحكيم لمحكمة استئناف القاهرة أو اي محكمة استئناف أخرى في مصر إذا كان النزاع يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي سواء جرى التحكيم في مصر أم خارجها، بتعيين المحكم إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تعيينه بطلب يقدم من قبل أحد الأطراف، أما إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من ثلاثة محكمين، يختار كل طرف محكم واحد على أن يختار المحكمان المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الأطراف محكمّه خلال (٣٠) يوم التالية لتسلمه طلبا بذلك، أو لم يستطع المحكمان أن يعينا المحكم الثالث خلال مدة ثلاثين يوم التالية لتاريخ تعيين أخرهما، تقوم المحكمة استئناف القاهرة بناء على طلب أحد الأطراف بتعيين المحكم، ويتولى المحكم الذي يختاه المحكمان أو الذي تختاره المحكمة رئاسة المحكمة، وهذه الأحكام تسري على اي هيئة تحكيم تتكون من اكثر ثلاثة محكمين على أن يكون العدد وترا[٥]، وقد أخذ بهذه الطريقة القانون النموذجي للتحكيم

١- د احمد ابو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، دار المطبوعات الجامعية ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦٠-١٦١ .
٢- المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية .
٣- عبدالرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٤٤٠.
٤- عبدالرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٤٤٢-٤٤٣ .
٥- المواد (٩و١٥و١٧و٢٠و٢١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، د وائل أنور بندق ، المصدر السابق ، ص ٢١٢-٢١٧ .

التجاري الدولي، وهي نفس إلاجراءات التي نص عليها قانون التحكيم المصري، الذي يبدو أنه قد أخذها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥[١]، ونفس إلاجراءات قد أخذ بها المشرع الفرنسي في قانون إلاجراءات المدنية الجديد، ولكن الفرق بين القوانين الثلاثة اعلاه هي في الجهة التي تقوم بتعيين المحكم أو المحكمين عند عجز الأطراف من تعيينهم، حيث أناط المشرع المصري لمحكمة استئناف القاهرة بتعيين المحكم أو المحكمين عند فشل الأطراف أو المحكمان المختارين من الأطراف من تعيينهم، أما قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد احال الأمر إلى محكمة أو سلطة أخرى لتعيين المحكم أو المحكمين، أما المشرع الفرنسي فقد أناط الأمر بقاضي التحكيم وهو الذي يتولى رئاسة المحكمة إلابتدائية (الكلية) في باريس تعيين المحكم أو المحكمين وفق المادة (١٥٠٥) من قانون التحكيم الفرنسي لعام ٢٠١١[٢]، وينفرد المشرع الفرنسي في منح محكمة التحكيم اضافة إلى اطراف النزاع بطلب تعيين المحكم لاستكمال تشكيل هيئة التحكيم إذا كانت مكونة من أكثر من محكم وحسب ما جاء بالمادة (١٤٦٠) من قانون التحكيم الفرنسي لعام ٢٠١١[٣]، وهو ما يؤكد رغبة المشرع في جعل تدخل القضاء فعالاً في تشكيل هيئة التحكيم وتذليل الصعوبات والعوائق التي تحول دون اتمام العملية التحكيمية.

ومن خلال ما تقدم يتبين أن عملية تعيين المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية تعدّ الركن الثاني في العملية التحكيمية، وتتم أما بطريق إلاتفاق بين الأطراف المتنازعة مباشرة أو من خلال أحد المراكز أو المؤسسات التحكيمية الدولية وهو إلاصل، أوعن طريق القضاء وهو إلاستثناء عند وجود نزاع قائم وعقبات تعترض تعيين المحكم أو هيئة التحكيم، على ان قرار المحكمة الخاص بتعيين المحكم لا يقبل الطعن فيه.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

الأصل في اختيار المحكم هو أن يتم من قبل الأطراف أنفسهم، لأن أساس إلاتفاق على التحكيم ينطلق من الثقة والعدالة التي ينشدها الأطراف في المحكم، فكلما تمتع المحكم بكفاءة وحياد كلما ادى ذلك إلى نجاح العملية التحكيمية؛ لأن الأمر يتعلق بحرية الأطراف في اختيار المحكم الذي يثقون في حياده

١- المواد (٦و١١و١٣و١٤و١٥و٣٤) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها لجنة إلامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ ، المصدر السابق ، ص ١٩-٣١ .

٢- حسام احمد هلال منصور وأخرون ، المصدر السابق ، ص ١٧و٢١ .

٣- المادة (١/١٤٦٠) تنص على (يتم اللجوء إلى قاضي الدعم سواء من قبل أحد الأطراف أو من قبل محكمة التحكيم أو من أحد من اعضائها) ، المصدر السابق ، ص ٢٢ .

وحسن عدالته واستقلاله، وعلى الرغم من أن القواعد الدولية المعمول بها في التحكيم الدولي لا تتطلب شروطا معينة في المحكم، إلا أن بعض التشريعات الوطنية قد أوجبت بعض الشروط والضوابط في الشخص الذي يتولى التحكيم، وذلك لأن الحكم الذي يصدره المحكم يكون ملزما للأطراف، وهي أما شروطا قانونية نص عليها المشرع الوطني، وأما شروطا اتفاقية يتفق عليها اطراف النزاع، وهي كما يأتي:

أولاً- الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم

وهي الشروط التي خولت المحكم سواء كان رجلا أم امرأه من القيام بمهمة التحكيم في العملية التحكيمية وتسمى بالشروط العامة، والجزاء المترتب على تخلفها هو البطلان، ومن أهم الشروط القانونية هي:

١- إلاهلية المدنية والقانونية الكاملة: أن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني تتجه فيه ارادة الأطراف إلى أحداث اثر قانوني؛ لذا يجب أن تتوافر إلاهلية السليمة والكاملة، لأن هذه المهمة تتطلب كمالا في العقل وإلادراك مما يساهم في قدرة المحكم على تمييز الخطأ من الصواب وحسم النزاع باقصر فترة ممكنه وهي الغاية المتوخاة من التحكيم، والبطلان هو الجزاء المترتب على مخالفتها لأنها من النظام العام مما يمكن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان المتعلقة بحكم التحكيم أو تنفيذه أن تثير هذا الشرط من تلقاء نفسها، ولا يمكن للأطراف أن يتنازلوا عنها ولو بالاتفاق، وبطلان اجراءات الخصومة لعديم إلاهلية هو بطلان متجدد يلحق بالخصومة في جميع مراحل الدعوى[١].

أما بشأن اهلية الشخص إلاعتباري لمهمة التحكيم، فالاصل أن مهمة المحكم تسند إلى الشخص الطبيعي، أما الشخص إلاعتباري فيقوم بمهمة تنظيم اجراءات التحكيم إذا تم أناطة المهمة له، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم الفرنسي الجديد[٢]، أما المشرع المصري فقد اجاز للشخص الطبيعي وإلاعتباري الذي يملك التصرف بحقوقه إلاتفاق على التحكيم في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤[٣]، ويتبين أنه لو اتفق الأطراف على تعيين شخص اعتباري للقيام بمهمة المحكم، فان هذا الشخص إلاعتباري يقوم بتعيين شخص طبيعي يمثله في التحكيم؛ وذلك لأن الشروط التي نصت عليها التشريعات الوطنية والدولية تنص على أن يكون المحكم كامل إلاهلية وإلا يكون قاصرا أو محجورا وهذه الشروط تنطبق فقط على الشخص الطبيعي.

١- المحامي حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، ١٩٧٧ ، ص ٢٢ .
٢- المادة (١٤٥٠) تنص على (لا يتم ممارسة مهمة المحكم إلا من قبل شخص طبيعي يتمتع بكامل الحقوق ، فإذا ما حدد اتفاق التحكيم شخص معنوي فان هذا إلاخير لا يكون له سوى تنظيم اعمال التحكيم) .
٣- المادة (١١) تنص على (لا يجوز إلاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو إلاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) .

واكدت غالبية التشريعات الوطنية على توافر الإهلية الكاملة في المحكم[١]، حيث ذهب المشرع العراقي إلى وجوب توافر الإهلية الكاملة في المحكم ونص على أنه (لا يجوز أن يكون المحكم ...قاصرا أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره)[٢]، وكذلك المشرع المصري نص على الإهلية الكاملة للمحكم لخطورة مهمته؛ لذا يجب أن لا يعتريه عارض من عوارض الإهلية كالحجر أو الحرمان من الحقوق المدنية بسبب الحكم علية بجناية او جنحه مخلة بالشرف أو اشهار افلاسه ما لم يرد إليه اعتباره، وذلك في المادة (١/١٦) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤[٣]، وأكد المشرع الفرنسي على إلاهلية في المادة (١٤٥٠) من قانون التحكيم الجديد عندما نص على أنه (لا يتم ممارسة مهمة التحكيم إلا من قبل شخص طبيعي يتمتع بكامل الحقوق ..)[٤]. وإلاهلية تحدد على وفق قانون الدولة التي ينتمي إليها المحكم بجنسيته، وإلاهلية المطلوبة هنا هي اهلية إلاداء وهي صلاحية الشخص لصدور العمل القاني منه على وجه يعتد به، اي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية[٥]. ويمكن اجال الحالات التي تؤثر في اهلية المحكم بما يأتي:

أ- إلاّ يكون المحكم قاصراً.

ب- إلاّ يكون المحكم محجورا عليه.

ج- إلاّ يكون محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم علية بجناية أو جنحة مخله بالشرف.

د- إلاّ يكون المحكم مفلساً لم يرد إليه اعتباره.

وأن أهلية المحكم في التحكيم الدولي مختلف تماماً عن التحكيم الداخلي، فهي لا تبحث في كون المحكم قاصراً أو محجوراً أو مفلساً، وأنما تبحث في القانون الذي يمكن أن يطبق على اهلية المحكم، هل هو قانونه الشخصي أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو القانون المطبق على العقد؟

وقد تصدت إلاتفاقيات الدولية لحل المسالة، حيث ذهبت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن إلاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول إلأخرى إلى وجوب اختيار المحكم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف المتنازعة عندما يكون تعيين المحكم من قبل رئيس مجلس إدارة المركز أو

١- المادة (١٥/أ) من قانون التحكيم إلاردني ، المادة (٢٠) من القانون اليمني ، المادة (١/١٦) من القانون العماني ، المادة (١٧٤) من القانون الكويتي ، المادة (٧٦٨) من القانون اللبناني ، المادة (١/٢٠٦) من القانون إلأماراتي ، المادة (٢) من القانون السعودي ، المادة (٥٠٨) من القانون السوري .

٢- المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٣- المادة (١/١٦) تنص على (لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم علية في جناية أو جنحة مخله بالشرف أو بسبب شهر افلاسه مالم يرد إليه اعتباره)

٤- حسام احمد هلال منصور وأخرون ، المصدر السابق ، ص ١٦.

٥- د عبد المنعم الصدّه، اصول القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٤٤٢ .

من قبل الأطراف، أما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الإجنبية، فانها تعطي الحرية لإرادة الأطراف بالنسبة لقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على اهلية المحكم وخاصة بالنسبة لجنسيته فيتم العمل بالاتفاق، أما إذا لم يتفق الأطراف فتحدد جنسيته وفق قانون البلد الذي تجري فيه عملية التحكيم[١]، أما الإتفاقية الإوروبية للتحكيم التجاري الدولي في جنيف لعام ١٩٦١، فقد اتاحت لجميع الجنسيات الإجنبية من ممارسة عملية التحكيم، حيث نصت على اهلية الإجنبي ليصبح محكما[٢]، بأستثناء اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي وضعت شرطين لأهلية المحكم وهما: ١- أن يكون المحكم من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية في مجال الصناعة والتجارة والمال والإخلاق والسمعة الحسنة، ٢- إلا يكون المحكمون الذين يعينهم مجلس إدارة المركز العربي من مواطني أحد الطرفين[٣].

٢- أن يكون عدد المحكمين في هيئة التحكيم وترا: الأطراف المتنازعة لهم الحرية الكاملة في اختيار العدد الذي يتفقون عليه من المحكمين سواء كان واحدا أم اكثر، إلا أن القيد الوحيد الذي فرضة المشرع هو أن يكون هذا العدد وترا، وتشكيل محكمة التحكيم من عدد فردي هو من النظام العام وذلك لسهولة اصدار رأي إلاغلبية عند صدور الحكم التحكيمي[٤]، ولتلافي حالة اختلاف المحكمين دون الوصول لقرار واحد مما يزيد المسالة صعوبة بدلا من حسم النزاع[٥].

وترية اعضاء هيئة التحكيم من المبادئ التي قررتها التشريعات الوطنية والدولية[٦]، وقد أوجبها المشرع العراقي عند النص على أنه (يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً، عدا حالة التحكيم بين الزوجين)[٧]، وقد رتب المشرع العراقي البطلان على مخالفة هذا النص؛ لأنه من القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها، والإثر الذي يترتب على مخالفتها البطلان، والبطلان هنا لا يتعلق باتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحاً، وأنما بالاجراءات والقرارات التي تتخذها هيئة التحكيم[٨]، وقد استثنى حالة واحدة من

١- المادة (٥/١/د) من اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الإجنبية لعام ١٩٥٨ ، نقلا عن القاضي جبار جمعة اللامي ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ .

٢- المادة (٣) تنص على (في اعمال التحكيم الخاضعة لهذه إلاتفاقية يمكن للأجانب أن يعينوا كمحكمين) .

٣- صادق محمد محمد الجبران ، التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٣ .

٤- د خالد منصور اسماعيل، تسبيب أحكام التحكيم التجاري، ط١، مكتبة إلاقتصاد والقانون، الرياض، ٢٠١٥، ص١٠٣.

٥- د نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٥ .

٦- المادة (١٤/ب) من قانون التحكيم إلاردني ، المادة (١٧٤) من القانون الكويتي ، المادة (٢/١٥) من قانون التحكيم العماني ، المادة (٢١) من القانون اليمني ، المادة (٧٧١) من القانون اللبناني ، المادة (٥٥) من القانون التونسي ، المادة (٢/١٠) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ ، المادة (٢/٣٧) من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن إلاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول إلأخرى ، المادة (١/١٥) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ ، المادة (٥) من قواعد التحكيم لجنة إلامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦ .

٧- المادة (٢٥٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٨- المحامي محمد نعيم علوه ، موسوعة القانون الدولي العام التحكيم ، ج ١٢، ط ١، مكتبة زين الحقوقية – مركز الشرق إلأوسط الثقافي – بيروت ، ٢٠١٢ ، ص ٧٥.

قاعدة الوترية وهي حالة التحكيم بين الزوجين حيث يتطلب محكمين اثنين تطبيقاً لقوله تعالى (وَأن خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فابْعَثُوا حَكَما مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَما مِّنْ أَهْلِهَا أن يُرِيدَا إِصْلَاحا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُما أن اللَّهَ كان عَلِيما خَبِيرًا)[١]، وهو ما جاء بقرار محكمة التمييز القاضي بانه (يجب أن يكون عدد المحكمين وترا سواء كان التحكيم قضائيا ام رضائيا عدا حالة التحكيم بين الزوجين في قضايا إلاحوال الشخصية)[٢]، أما المشرع الفرنسي فقد فرق بعد صدور مرسوم عام ٢٠١١ بين التحكيم الداخلي واشترط الوترية في المادة (١٤٥١) بالنص (تتالف محكمة التحكيم من محكم أو اكثر بشرط أن يكون العدد فردي..)، أما التحكيم الدولي فلم يشترط أن يكون عدد المحكمين وترا[٣]، أما المشرع المصري فقد أوجب وترية عدد هيئة التحكيم، ورتب بطلان التحكيم عند عدم تحققه[٤].

أما إذا كان النزاع يتعلق بالعقود الإدارية الدولية فيفضل أن تتكون هيئة التحكيم من اكثر من محكم واحد والسبب في ذلك يعود إلى أن المحكم الواحد قد يسيء استعمال سلطته ويفصل بالنزاع لطرف على حساب الطرف إلأخر، اضافة إلى التعقيد الذي يميز منازعات العقود الإدارية الدولية، ولتعارضه مع المبادئ إلاساسية للقانون إلاداري القاضي بتشكيل المحاكم الإدارية من اكثر من قاضي اداري هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان التشكيل الجماعي لهيئة التحكيم أكثر أنسجاماً وتماشيا مع روح القانون إلاداري، حيث يمّكن المحكّمون من إلاحاطة بموضوع النزاع ويتيح لهم المناقشة وتبادل إلاراء والأفكار، ويضمن تواجد وتنوع إلاختصاصات القانونية والفنية في هيئة التحكيم، ويعد اكثر ضمانا لتحقيق العدالة[٥].

٣- أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً: تعد حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات إلاساسية التي يجب توافرها في المحكم الذي يتولى الفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية، والمحكم كالقاضي فكما أن حياد واستقلال القاضي يزرع الطمانينة والرضا في نفوس الأطراف المتنازعة مما يعزز الثقة بالقاضي ومن ثم إلالتزام بالقرار الصادر وتنفيذه، فأن الأمر ينطبق على المحكم أيضاً، والحياد يعد التزاماً على المحكم ذاته، أما إلاستقلال فهو شرط مسبق على تولي المحكم لمهمته، وحياد المحكم يرتبط بالواجبات إلاخلاقية له فهو مسالة شخصية تختلف من محكم إلى أخر[٦]، ويقصد بالحياد عدم التحيز لأي من اطراف النزاع أو ضده أو التعاطف المسبق مع وجهة نظر أحدهم، وعدم الحياد هو حالة نفسية ليس لها

١- ايه (٣٥) من سورة النساء .
٢- قرار رقم ٧٣٨ / مدنية أولى / ١٩٧٢ في ١٩٧٢//١٢/٢٧،النشرة القضائية، العدد إلأول، السنة الخامسة، ص٢٨٠.
٣- د نضال سالمي، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون إلاجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، اطروحة مقدمة إلى جامعة وهرأن /٢ ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص ١٥٣ .
٤- المادة (٢/١٥) من قانون التحكيم المصري (إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا)
٥- د وليد محمد عباس يوسف ، المصدر السابق ، ص ٩٥-٩٦ .
٦- د عكاشة محمد عبد العال ، المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد /٣ ، ١٩٩٩، ص ١٥.

مظهر خارجي تجعل المحكم يميل ذهنيا أو نفسيا لصالح أحد اطراف النزاع ضد الطرف الأخر سواء كان فرداً أم دولة مما يصعب معه الحكم بالعدالة، مما يتطلب فهما عميقا وضميراً صالحا مدركا لطبيعة المهمة بعيدا عن التاثيرات الجانبية والولاءات الطائفية والعرقية.

أما إلاستقلال فيعني عدم وجود اية رابطة تبعية أو مصلحة بين المحكم واحد الأطراف كالمصالح المادية والشراكة وغيرها أو أن تربطه باحد الأطراف علاقة استشارية على نحو مباشر أو غير مباشر أو أن يكون قريبا له[١]، ويتصل إلاستقلال بمظاهر واقعية موضوعية ملموسة تنصب على وقائع مادية، ويتنافى مع استقلال المحكم أن تكون له مصلحة مادية أو ارتباطات أو تقديم استشارات أو مساعدة فنية لأحد الأطراف مقابل اجر مالي اثناء سير اجراءات التحكيم أو العمل كمستشارا للشركة المنفذة للعقد إلاداري الدولي أو تعينه كمستخدم لدى أحد الأطراف مباشرة بعد اصدار حكم التحكيم[٢].

واكدت اغلب التشريعات الوطنية والدولية[٣] على ضرورة توافر الحياد وإلاستقلال في المحكم، وهو ما اكدته قواعد الشرف المهني للمحكمين الدوليين الصادرة عام ١٩٨٧[٤]، وكذلك المادة (١/١١) من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧، التي اكدت من على ضرورة توقيع المحكم قبل تعيينه على اقرار يوضح فيه استقلاله وحيادته ويفصح للأمانة العامة عن ذلك كتابيا، وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥[٥]، ونص أيضاً قانون التحكيم المصري في المادة (١/١٨) بأنه (لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حيدته أو استقلاله).

يتضح أن الحياد وإلاستقلال من أهم الضمانات والركائز إلاساسية لنجاح المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، ولكن ما هي الوسائل وإلاليات التي تحقق استقلال وحياد المحكم وبالتالي نجاح مهمته في مثل هذه المنازعات المهمة ؟ للإجابة يوجد بعض إلأساليب وإلاليات وهي:

أ- وجوب الكشف وإلافصاح عن كل امر يشكك في استقلاله وحياده: تعد من أهم الوسائل والطرق التي يجب على المحكم القيام بها لضمان حسن سير مهمة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية والوصول بها إلى بر الأمان، لأن اعلانه عن اي علاقة أو رابطة مع أحد اطراف النزاع بمنتهى المصداقية و الوضوح، تجعله بعيدا عن دائرة الشبهات والشكوك من قبل اطراف النزاع[٦].

١- د ماهر محمد حامد ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ .

٢- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ١٥٩ .

٣- المادة (١/١٢) من قواعد إلأونسيترال للتحكيم المعتمدة لعام ٢٠١٣ (يجوز إلاعتراض على أي محكم إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حياده أو استقلاله) ، وكذلك المواد (٢/٥ و٣/١٠) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي الجديدة ، المادة (١٠٣٣) من القانون الهولندي ، المادة (١٨٠) من القانون السويسري الخاص لعام ١٩٨٧ ، المادة (١/١/١٤أ) من القانون إلأنكليزي لعام ١٩٩٦ .

٤- د مهند احمد الصانوري ، المصدر السابق ، ص ٧١ .

٥- المادة (٢/١٢) تنص (لا يجوز رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبرها حول حيدته واستقلاله ..) .

٦- د وليد محمد عباس يوسف ، المصدر السابق ، ص ٣٨٦ .

وقد تم التاكيد عليها من قبل الكثير من التشريعات[١]، فقد أشار إليها المشرع الفرنسي بالنص في المادة (٢/١٤٥٦) من قانون التحكيم الجديد لعام ٢٠١١ على (على المحكم قبل أن يقبل مهمته أن يكشف عن كل الظروف التي قد تؤثر في حياده أو استقلاله، وبقع عليه التزام أيضاً بالكشف عن اي ظروف قد بكون لها اثر في التاثير على حيادة أو استقلاله ، وذلك بعد قبول مهمته)، وكذلك نص المشرع المصري في المادة (٣/١٦) على (يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن اية ظروف من شأنها اثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته) .

ب- رفض تعيين المحكم: إذا تبين للدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة أن المحكم الذي عينه الطرف الأخر يرتبط به أو له علاقات قد تؤثر في استقلاله وحياده أو أنه سبق وأن اعطى رأياً فنياً أو قانونياً يتعارض مع مصالحها في نزاع مماثل مما قد تؤثر في مصير الحكم الصادر من هيئة التحكيم، فمن حقها أن تطلب اتخاذ إلاجراءات اللازمة لرفض ذلك المحكم حفاظا لحقوقها، أما إذا كان المحكم قد تم تعينه من بقرار من القضاء الذي لا يقبل الطعن، فلا يمكن لها الرفض، وأنما اتخاذ اجراءات الرد بسبب شكوك جدية حول حيدته واستقلاله[٢].

ج - رد المحكم: هو طلب ابعاد المحكم عن نظر النزاع والفصل فيه خوفاً من تحيزه وعدم استقلاله، فالمحكم الذي ينظر منازعات العقود الإدارية الدولية يجب أن تتوفر فيه الشروط اللازمة التي تتيح له ممارسة عملية التحكيم وبالاخص شرط الحيدة وإلاستقلال، وللإدارة الحق في أنهاء عمل المحكم خوفا من تحيزه إذا توفرت هناك ظروف تثير الشك والريبة في استقلاله وحيادته، لأن عدم إلاستقلال والحياد من ألاسباب التي توجب الرد[٣]، وقد تناولها عليها المشرع العراقي في المادة (٢٦١) من قانون المرافعات المدنية المادة (١/٢٦١) والتي تنص على (يجوز رد المحكم لنفس ألاسباب التي يرد فيها القاضي، ولا يكون ذلك إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم)، ونصت المادة (٩٣) من القانون نفسه على الحالات التي يرد فيها القاضي[٤]، ومن مجمل هذه الحالات يتبين أن المشرع قد أوجب رد المحكم بما يرّد به القاضي لأنهما يشتركان في اسباب الرد، وتاييدا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها

١- المادة (١١) من قانون إلأونسيترال للتحكيم المعتمدة لعام ٢٠١٣ (عند مفاتحة شخص ما بشأن احتمال تعيينه محكما يُفصح ذلك الشخص عن أي ظروف يحتمل أن تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حياده أو استقلإليه ، ويفصح المحكم منذ وقت تعيينه وطول اجراءات التحكيم ...) ، المادة (٣/١٦) من القانون العماني ، المادة (١/١٢) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ ، المادة (٢٣) من القانون اليمني ، الفصل (١/٥٧) من القانون التونسي ، المادة (٢/١٧) من القانون إلاسباني ، المادة (٢/١١) من قانون غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧ ، المادة (٣/٥) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي الجديدة .

٢- د عمامره حسان ، المصدر السابق ، ص ١٦٦ .

٣- د وليد محمد عباس يوسف ، المصدر السابق ، ص ٣٨٨ .

٤- المادة (٩٣) تنص على (يجوز رد القاضي لأحد ألاسباب إلاتية : ١- اذ اكان أحد الطرفين مستخدما عنده ، أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحد الطرفين أو مساكنته ، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل اقامة الدعوى أو بعدها . ٢- إذا كان بينه وبين أحد الطرفين عدأوة أو صداقة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل . ٣- إذا كان قد ابدى فيها رايا قبل الأوان) .

الصادر في ١٩٩٠/١١/١٤ إلى أن أسباب رد المحكم هي ذات ألاسباب التي يرد فيها القاضي وفقا للمادة (٤٣١) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي[١].

وتعد الاهلية والوترية والحياد والاستقلالية من الضروريات التي يجب ان يتحلى بها المحكم الدولي في منازعات العقود الادارية الدولية لاخراج حكم التحكيم نزيهاً وشفّافاً ومنهياً للنزاع وقابل للتنفيذ.

ثانياً- الشروط إلاتفاقية الواجب توافرها في المحكم

اضافة إلى الشروط التي أوجب القانون توافرها في المحكم، فان هناك بعض الشروط المتروكة إلى اتفاق الأطراف يتعلق بعضها بطبيعة النزاع المعروض، والحرص على سرعة الفصل فيه، وهذا ما نص عليه المشرع المصري (وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة..)[٢]، ولا يمكن عمليا حصر هذه الشروط لأنها تتعلق باتفاق الأطراف، ومنها هذه الشروط هي الجنسية والديانة والخبرة كالاتي:

١- جنسية المحكم وديانته: يرى اغلب الفقه أنه لا أهمية لجنسية المحكم سواء كان وطنياً أم اجنبياً أم رجلاً أم إمرأةً، لأن اختيار المحكم يقوم على اسس موضوعية تتمثل في أهليته ونزاهته اضافة إلى كفاءته وخبرته، ولم تتطلب غالبية التشريعات أن يكون المحكم من جنسية معينه، وهذا ما جاء بقانون التحكيم المصري بانه (لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينه إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك)[٣]، أما التحكيم الدولي في منازعات في العقود الإدارية الدولية فان إلاتفاقيات الدولية بصورة عامة لا تضع شروطا خاصة في المحكم وأنما تركت الحرية لأراده الأطراف في اختيار ممن يثقون بهم ويطمئنون إلى عدالتهم[٤]، إلا بعض إلاتفاقيات الدولية التي اشترطت أن يكون المحكم ممن لا يحمل جنسية أحد الأطراف، وهذا ما ذهبت الية اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ المتعلقة بالاستثمارات بالمادة (٣٨)التي نصت على (..لا يجوز للمحكمين المعينين من قبل الرئيس طبقا لنصوص هذه المادة أن يكونوا من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفاً في النزاع أو أن يكونوا من الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفاً في النزاع)[٥]، واشترطت بعض إلأنظمة القانونية أن

١- المستشار حسين مصطفى فهمي ، أهم المبادئ المستنبطة من القضاء المصري في شأن التحكيم ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٧ .

٢- المادة (٣/١٧) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

٣- المادة (٢/١٦) ، المصدر السابق ،المادة (١/١١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي " لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك " ، المادة (١٥/ب) من القانون إلاردني الذي اجاز صراحة تولي إلاجنبي التحكيم ، المادة (٣) من اللائحة التنفيذية من القانون السعودي " يكون المحكم من الوطنيين أو إلاجانب المسلمين " .

٤- د ابراهيم رضوأن الجغبير ، بطلأن حكم المحكم ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٢١٧ .

٥- كذلك نصت عليها المادة (٤/١٨) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني أحد الطرفين "

يكون المحكم ينتمي لجنسية متخلفة عن جنسية الأطراف إذا كانت هيئة التحكيم مكونه من محكم واحد، أو أن يكون رئيس هيئة التحكيم على الإقل من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف وعن جنسية المحكمين المعينين من قبل الأطراف، إذا كانت هيئة التحكيم مكونه من ثلاثة أو اكثر، لضمان الحياد؛ لأن الجنسية لها دور فعال على المحكم مما قد يؤدي إلى تحيزه للطرف الذي يشترك معه في اللغة والقومية والنظام القانوني[١] هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن يتم اختيار المحكم من المدرسة اللاتينية حصرا لمعرفتهم بالعقود الإدارية الدولية، وبقواعد التحكيم الدولي وقواعد التجارة الدولية بما يمكنه من اعمال القانون الواجب التطبيق على النزاع إلاداري المعروض عليه. أما ديانة المحكم[٢] فلا تتطلب التشريعات أن يكون المحكم من ديانة معينة، لأن التحكيم هو وسيله عالمية مهمة لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية بصورة عامة ومنازعات العقود الإدارية الدولية بصورة خاصة، لذا فان تحديد ديانة في المحكم يؤدي إلى احجام المستثمرين والشركات إلاجنبية من التعامل مع الدول التي تفرض هذا الشرط.

٢- الخبرة: تعد الخبرة من العناصر المهمة في المحكم وعلى الرغم من أهميتها فهي لا تعد من شروط اختياره إلا باتفاق الأطراف، وهي تبعث الثقة وإلأمان في المحكم وحكم التحكيم، ويجب أن يكون المحكم عارفا بالقواعد وإلاعراف الدولية التي تحكم النزاع، ومما لاشك فيه أن المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية يجب أن يكون مؤهلاً تاهيلاً خاصاً من أجل الوصول إلى العدالة في الحكم، وذلك من خلال تمتعه بالخبرة القانونية والفنية أو الهندسية، لأن توافر الخبرة الفنية أو الهندسية تجعل المحكم ملما بكافة النواحي الفنية والمعمارية وإلاعراف التجارية على نحو يمكنه من إلاستغناء عن الخبراء الفنيين وبالتالي السرعة في حسم النزاع وتقليل النفقات وخاصة عندما يتعلق الأمر بعقود إلاشغال العامة الدولية أو عقود البوت التي تعد من صور العقود الإدارية الدولية[٣]، اضافة إلى الخبرة القانونية التي تضاعف الثقة في حكمة؛ لأنه يستمد الحلول من منظور قضائي، وتمده بقدرة على فهم القانون والعلم بقصد المشرع من النصوص وفهم المعاني التي تشير إليها هذه النصوص؛ لأن تطبيق القانون يتوقف على فهمه ومعرفته. اضافة إلى علمه بقواعد التحكيم الدولية مما يساعده في تحديد القانون الواجب التطبيق

١- المادة (٥/١٣) من قانون غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧ تنص على (يتعين أن يكون المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسيات الأطراف ، ومع ذلك يجوز اختيار المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم من بلد ينتمي الية أحد الأطراف بجنسيته إذا كانت الظروف مناسبة وبشرط إلا يعترض على ذلك أحد الأطراف خلال المدة التي تحددها المحكمة)، المادة (٦/١٥) من قانون التحكيم إلاسباني لعام ٢٠٠٣ تنص على (ضرورة أن يضع المحكمان المعينان في اعتبارهما بصدد اختيار المحكم الثالث أن يكون من جنسية مختلفة عن الأطراف ، وعند الضرورة أن يكون من جنسية مختلفة عنهما).

٢- المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي تنص على (يكون المحكم من الوطنيين أو إلاجانب المسلمين من اصحاب المهن الحرة أو غيرهم ...) .

٣- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ١٧٦.

على النزاع وعلى اجراءات التحكيم، وأن يكون على دراية وفهم بنظرية العقد الإداري وأصولها وأساسها القانوني وقوانين الإثبات ونظرياته العامة لكي يتمكن من مناقشة الأدلة المقدمة من الأطراف.

لذا يفضل في التشكيل الثلاثي لهيئة التحكيم أن يكون رئيس الهيئة من ذوي الخبرة القانونية مما يجعل هيئة التحكيم تسير باجراءات صحيحة وأن يصدر الحكم بالشكل المطلوب الذي يجعله بمناى عن الطعن الذي قد يتقدم به أحد الأطراف وفق القواعد المقررة قانونا[١].

وهذا ما أخذ به المشرع الإسباني الذي اشترط في المحكم أن يكون قانونيا إذا كان النزاع ذا طبيعة قانونية، كذلك المشرع السويسري يميل في تشكيل هيئة التحكيم لمنازعات العقود الإدارية الدولية أن تتكون من محكمين يتمتعون بالخبرة القانونية والفنية لضمان صدور حكم التحكيم طبقا للقانون الذي يحكمه[٢]. كما ينبغي على المحكم أن يكون على معرفة باللغات إلاجنبية وخاصة إلأنكليزية والفرنسية ليمكنه ذلك من إلاطلاع ومناقشة المستندات والوثائق المقدمة بلغة تختلف عن لغته.

وعلى الرغم من تعيين هيئة التحكيم من قبل الأطراف وتوافر الشروط القانونية وإلاتفاقية في اعضائها، إلاّ أن ذلك لا يعني اكمال عملية تشكيل هيئة التحكيم والبدء في العمل، وأنما تحتاج المسالة إلى قبول هيئة التحكيم بالمهمة المناطة بهم، لأن عملية التحكيم هي عقد بين اطراف النزاع من جهة وبين المحكم واطراف النزاع من جهة أخرى، ويجب أن يكون هذا القبول مكتوباً[٣]، وهذا ما جاء بقانون التحكيم المصري الذي نص على (يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة..)[٤] ، وكذلك المشرع العراقي الذي نص على (يجب أن يكون قبول المحكم التحكيم بالكتابة مالم يكن معينا من قبل المحكمة...)[٥].

ولم يحدد المشرع شكلاً معينا للكتابة، فقد تكون في صلب العقد أو على شكل خطاب مرسل من المحكم إلى اطراف النزاع، وقد تكون يدوياً أو بالاله الكاتبة أو بالكمبيوتر، وعلى الرغم من اشتراط المشرع الكتابة إلا أنها لا تعد شرطا لأنعقاد عقد التحكيم أو صحة اجراءاته ولا تعد ركناً في العقد ولا يترتب على عدم وجودها البطلان فهي شرط لأثبات قبول المحكم[٦]، يقصد منها تفادي كل نزاع قد ينشأ في المستقبل بصدد حصول القبول أو عدم حصوله، وعليه فإذا كانت البينة أو القرائن الأخرى لا يمكن أن تثبت قبول المحكم لمهمته، فأن قيامه بالمهمة أو قيامه بأي فعل حاسم يدل على قبوله لها [٧].

١- د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، عقود إلاشغال الدولية والتحكيم فيها ، المصدر السابق ، ٤٥١ .
٢- د وليد محمد عباس يوسف ، المصدر السابق ، ص ٣٩٣ .
٣- المادة (١٥/ج) من القانون إلاردني ، المادة (١/١٧٨) من القانون الكويتي ، المادة (١/٢٠٧) من القانون إلأماراتي .
٤- المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .
٥- المادة (٢٥٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
٦- د سحر عبدالستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ٧٩ ، رضوأن عبيدات ، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام القانون إلاردني والمقارن ، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٥ ، العدد /١ ، إلاردن ، ٢٠٠٨ ، ص ١١٣ .
٧- د مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبدالعال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،١٩٩٨ ، ص ٥٩٣-٥٩٤ .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعمل المحكم وأنواعه في منازعات العقود الإدارية الدولية

يعد التحكيم من الوسائل البديلة لفض منازعات العقود الإدارية الدولية، وتلعب ارادة المحتكمين فيه دورا جوهريا، ويمثل المحكم العمود الفقري في مجمل العملية التحكيمية، وقد ثار خلاف في الفقه والقضاء لتحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم فمنهم من ذهب إلى أن طبيعة عمل المحكم هي اتفاقية ارادية قائمة على اساس العقد، ومنهم من قال بانها طبيعة قضائية، ورأي ثالث ذهب إلى طريق وسط بين الرأيين السابقين والقول أن طبيعته مختلطة بين العقدية والقضائية، ورأي رابع يذهب إلى أن طبيعته خاصة ومستقله، كما أنه يوجد أنواع متعددة من المحكمين ولكل منهم قواعده التي يسير عليها وخصوصيته التي يتمتع بها، وسيتم البحث في هذين الموضوعين في مطلبين مستقلين، المطلب الأول لبحث الطبيعة القانونية لعمل المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، والمطلب الثاني لبحث أنواع المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعمل المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

أن اختلاف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لعمل المحكم، أدى إلى أنقسام الإراء بصدد تلك الطبيعة، فالبعض وصفها بالعقد والبعض الأخر وصفها بالعمل القضائي، ورأي ثالث دمج بين الوصفين، والرأي الرابع وصفها بانها طبيعة خاصة لا تنتمي لأي منهما، ويمكن اجمال تلك الإراء بنوعين من النظريات، وهي النظريات الإحادية والنظريات الثنائية، وسيتم بحثها في فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول

النظريات الإحادية في منازعات العقود الإدارية الدولية

تشمل النظريات الإحادية، نظرية الطبيعة التعاقدية والتي ذهبت إلى أن التحكيم هو عمل اتفاقي وأن طبيعة عمل المحكم تعاقدية، ونظرية الطبيعة القضائية التي ذهبت إلى أن التحكيم هو عمل قضائي وأن طبيعة عمل المحكم قضائية، وهو ما سيتم بحثه على النحو التالي:

أولاً- نظرية الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن التحكيم يقوم على مبدأ سلطأن إلارادة، وأن جوهر التحكيم وعموده الفقري هو إلاتفاق المبرم بين الأطراف المتنازعة، حيث يستغرق هذا إلاتفاق جميع مراحل التحكيم ابتداءً من إلاتفاق علية وأنتهاءً بصدور الحكم التحكيمي، ويعد اتفاق الأطراف المتنازعة في العقود الإدارية الدولية هو المعين الذي ينهل منه حكم التحكيم، وعليه فان الأحكام التحكيمية تستمد قوتها إلالزامية من هذا إلاتفاق وبالتالي تنسحب هذه الطبيعة التعاقدية على هذه الأحكام التحكيمية لتشكل مع اتفاق التحكيم كلا لا يقبل التجزئة، فهما يكونان على شكل هرم قاعدته التحكيم وقمته حكم التحكيم الذي يعد مجرد عنصر تبعي في عملية التحكيم[١]، ويرى البعض أنه ليس المهم النظر إلى مهمة المحكم، وأنما إلى من اعطاه هذه المهمة وهي ارادة الأطراف، أذن فاراده الأطراف المتنازعة في اتفاق التحكيم تعد إلاساس الذي يستمد منه حكم المحكم وجودة وقوة تنفيذه، لأنها هي من تقوم بتشكيل هيئة التحكيم والمشاركة في تعيين اعضائها وتحديد إلاجراءات التي تتخذها وتحمّل نفقاتها واتعابها وتعيين القانون الواجب التطبيق المتفق علية[٢].

ويرى اصحاب هذا الرأي أن اجراءات التحكيم وأن كانت لا تختلف كثيراً عن اجراءات القضاء، إلا أنها لا تطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأن المحكم لا يخرج عن كونه وكيلاً أو مفوضاً من اطراف النزاع إلاداري[٣].

وقد ايد جانب كبير من الفقه الفرنسي الطبيعة التعاقدية استنادا للطابع إلارادي في اللجوء للتحكيم[٤]، وكذلك اكده القضاء الفرنسي بحكم محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٩٣٧/٧/٢٧ إلى أن قرارات التحكيم الصادرة على اساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحده مع هذه المشارطة وتشاركها جنبا إلى جنب في صفتها التعاقدية[٥]، وقد ذهبت محكمة إلاستئناف المصرية للقول (أن أحكام المحكمين المصالحين لا تقبل إلاستئناف بتاتا لأنها من قبيل العقود ولا سبيل للطعن فيها إلا بالبطلان في صورة المعارضة في أمر التنفيذ المنصوص عليه في م ٧٢٧ من قانون المرافعات)[٦].

ويرى اصحاب هذا الرأي أن السلطة الممنوحة للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية مصدرها ارادة اطراف النزاع وليست سلطة قضائية، وأن اللجوء إلى التحكيم يعد بمثابة تنازلاً عن القضاء إلاداري أو العادي، فالمحكم ليس قاضياً، لأن حكم المحكم يستمد قوته من اتفاق التحكيم وهو عقد ومن

١- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٢٩ ، المحامي محمد نظمي محمد صعبانه ، المصدر السابق ، ص ٤٧ .

٢- د محمود مختار احمد البريري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٨ .

٣- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصدر السابق ، ص ٦٦ .

٤- المحامي محمد نظمي محمد صعابنه ، المصدر السابق ، ٤٨-٤٩ .

٥- د احمد محمد عبد البديع شتا ، المصدر السابق ، ص ٢١-٢٢ .

٦- د سحر عبدالستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ١٧ .

ثم يكون لهذا الحكم خصائص العقد[١]، وأن المحكم ليس من القضاة وأن كان الحكم الصادر منه لا ينفذ إلا بقرار قضائي، ولا يعين من قبل السلطة العامة بعكس القاضي، كما أن المحكم لا يخضع للضمانات التي القانونية التي يتمتع بها القاضي كعدم قابليته للعزل، كما لا تسري عليه جريمة أنكار العدالة إذا امتنع عن اصدار الحكم في الميعاد، اضافة إلى أن المحكم يمكن أن يتمتع بالجنسية الإجنبية في منازعات العقود الإدارية الدولية[٢]، وأن المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية يعمل لتحقيق مصلحة شخصية تخص اطراف النزاع ولا يتقيد بقواعد القانون، على خلاف القاضي الذي يقيّد بقواعد القانون ويعمل لتحقيق المصلحة العامة[٣].

ورغم التاييد الذي حظيت به هذه النظرية في مراحلها الأولى، إلا أنها كانت عرضة للنقد من حيث الإفراط في التركيز على الجانب الإرادي للأطراف في خصومة التحكيم، بينما الأطراف يطالبون المحكم ببيان ارادة القانون في النزاع المعروض وليس اظهار ارادتهم، كما أن النظرية قد أهملت الدور القضائي الذي يقوم به المحكم وعجزها عن تفسير السلطة القضائية التي يتمتع بها المحكم[٤]، اضافة إلى تعذر تكييف علاقة المحكم بالأطراف، فهل هي عقد وكالة أو عقد مقاوله أو عقد عمل أو عقد خاص[٥].

ثانياً- نظرية الطبيعة القضائية لعمل المحكم

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى ترجيح الطبيعة القضائية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، على اعتبار أن التحكيم هو عمل قضائي بالمعنى الصحيح وهو الرأي الغالب في الفقه المصري والإجنبي[٦]، والحكم الصادر من المحكم يكون ملزما للأطراف متى ما اتفقوا عليه، وبالتالي لا يمكنهم التهرب منه لأنه يكون بديلا لقضاء الدولة الواجب التطبيق، فعمل المحكم هو عمل القاضي بين الأطراف المتنازعة فهو يقوم بتطبيق القانون والعدالة على النزاع بحكم حاسم يحوز حجية الأمر المقضي به، وحكم المحكم يشبه الأحكام الصادرة من القضاء إلاجنبي المعترف بها في القوانين الوطنية بجانب قضاء الدولة كقضاء استثنائي[٧]، وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية بقولها (أن التحكيم قضاء استثنائي يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها علية الخصوم)[٨]، فعمل المحكم لا يعتمد على اتفاق التحكيم فقط بل يستند أيضاً إلى ارادة المشرع التي تعترف به وتجعل

١- د احمد محمد مليجي ، المصدر السابق ، ص ٤٧ .
٢- د ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٥.
٣- ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الوضع في المواد المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩١ ، ص ٣١ .
٤- د وفاء فاروق محمد حسني ، المصدر السابق ، ص ٢٥ .
٥- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٣١-٣٢ .
٦- د فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٥٢ .
٧- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ١٨ .
٨- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٤٤ .

من حكمه قابلا للطعن فيه أمام القضاء، ويعد الحكم الصادر من المحكم ورقة رسمية فور صدورها، مما يدل على أن المشرع قد نظم قضاء التحكيم إلى جانب قضاء المحاكم[١].

ويستند اصحاب هذه النظرية على عدة مبررات منها، أن العمل التحكيمي يتطلب وجود ثلاثة عناصر وهي إلادعاء، والمنازعة، والعضو القائم بالعمل وهو الذي المختص قانونا بحسم النزاع، وهي نفس العناصر الموجودة بالقضاء[٢]، فعمل المحكم يعد عملا قضائيا مادام هدفه ممارسة العدالة التي تمارسها الدولة، فمهمته هي مهمة القضاء هو تطبيق ارادة القانون بحكم حاسم يحوز حجية الأمر المقضي به مستندا إلى إرادة المشرع التي تعترف به[٣]، كما يرى البعض أن الأحكام الصادرة من المحكم أو هيئة التحكيم هي اعمالا قضائية بالمعنى الدقيق من حيث الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل فان إلاجراءات التي تجري على النزاع أمام المحكم هي ذاتها التي تجري أمام القاضي إلاداري أو العادي وكلاهما ينتهي بصدور حكم ملزم للأطراف، أما من حيث الموضوع فالمحكم كثيراً ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويلتزم باحترام حقوق الأطراف المتنازعة في الدفاع وتقديم الطلبات والبت فيها[٤]، اضافة إلى أنتشار المراكز والمؤسسات التحكيمية المنظمة والتي ظهرت كبناء قضائي متكامل قد ساهمت بشكل كبير على اضفاء الصفة القضائية بعمل المحكم، وقد أخذ الفقه الفرنسي بهذه النظرية وعلى رأسهم الدكتور (ماثيو دي بويسون)[٥]، وايده القضاء الفرنسي حيث ذهبت محكمة النقض في حكم لها في ١٩٧٩[٦]. وأخذ القضاء المصري بالطبيعة القضائية لعمل المحكم، وايده بعض الفقه واقصره على التحكيم في المعاملات الدولية أو التجارة الدولية[٧]. ومما يؤخذ على هذه النظرية هو عدم ظهور الصفة القضائية على عمل المحكم اثناء قيامة بالوظيفة المكلف بها، حيث نجد أن المحكم لا يملك سلطة الجبر، لا يستطيع الزام الشاهد بالحضور أو تقديم الوثائق الموجودة لدية، اضافة إلى أن القضاء يعدّ من مظاهر سيادة الدولة ولا يمكن القيام به إلا من قبل الدولة فقط[٨]، وعلى الرغم من أن القاضي والمحكم يشتركان في الوظيفة وهي الفصل في النزاع المعروض إلا أنهم يختلفون في المصدر من حيث أن مصدر عمل

١- المحامي محمد نظمي محمد صعابنه ، المصدر السابق ، ص ٦١ .

٢- د محمد عبد الخالق عمر ، النظام القضائي المدني ، ج ١ ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ١٠٨

٣- د سيد احمد محمود ، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات ، ط ٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٤.

٤- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٤١ .

٥- اكد على الطبيعة القضائية التي يتحلى بها حكم التحكيم ،وكيف أن حكم التحكيم مثل اي حكم قضائي فهو يصدر من محكم له طبيعة عمل القاضي ، كما أن حكم التحكيم حال كونه ملزما للخصوم ويتمتع بذات إلاثار التي تتمتع بها أحكام المحاكم فانه يصدر في حدود القانون وبهذا يستطيع المحكم أن يبعث لحكمه إلاحترام الواجب توافره) ، نقلا عن د احمد محمد عبد البديع شتا ، المصدر السابق ، ص ٢٤ .

٦- حكم محكمة النقض الفرنسية (حكم المحكم يشبه الحكم القضائي من ذا اكتسابه الحجية من صدوره ومن ذا جواز استئنافه منذ صدوره من دون أنتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية) .

٧- حكم محكمة النقض في القضية المرقمة ٢١٨٦ سنة ٥٢ قضائية في ١٩٨٦/١٢/٦ ، نقلا عن د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ١٩ .

٨- د فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٥٣ .

المحكم هو اتفاق التحكيم بينما مصدر عمل القاضي هو السلطة العامة، اضافة إلى الكثير من الإختلاف بين عمل المحكم والقاضي تم ذكرها عند تناول موضوع تمييز عمل المحكم عن القاضي.

الفرع الثاني

النظريات الثنائية في منازعات العقود الإدارية الدولية

ويمكن تقسيم النظريات الثنائية التي توضح طبيعة عمل المحكم إلى نظريتين وهما النظرية المختلطة والنظرية المستقلة أو الخاصة، وسيتم بيانه وعلى النحو التالي:

أولاً- نظرية الطبيعة المختلطة لعمل المحكم

يرى اصحاب هذه النظرية أن عمل المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية ذات طبيعة مختلطة، فهي تمثل طريقاً وسطاً ما بين الطبيعة التعاقدية والقضائية، حيث تبدأ عملية التحكيم تعاقدية من خلال اتفاق ارادة الأطراف المتنازعة في اختيار هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إلاجراءات المتخذة، وتنتهي ذات طبيعة قضائية وذلك عندما يأذن قضاء الدولة بتنفيذ الحكم الصادر من المحكم[١]؛ وذلك لأن الأحكام الصادرة من محكمة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية لا يتم تنفيذها إلا بعد صدور قرار من المحكمة المختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ.

ولا يمكن اضفاء الصفة التعاقدية البحتة باعتبار أن مصدره هو ارادة الأطراف المتنازعة، ولا الصفة القضائية البحتة من حيث أن الحكم الذي يصدره المحكم يلزم الأطراف بقوة تختلف عن قوة العقد؛ لذا يمكن القول أن عمل المحكم ذو طبيعة مزدوجة أو ذات نظام قضائي خاص، اي أن المحكم يعتبر قاضٍ خاصاً له سلطة قضائية مصدرها ارادة الأطراف، أذن فطبيعة عمل المحكم مختلطة، قضائية في موضوعها واتفاقية في اصلها[٢]، وعلية فان عملية التحكيم لا يمكن أن توضع في قالب قانوني معين؛ وذلك لأن عملية التحكيم وأن كان محركها إلأول هو ارادة الأطراف، إلا أن هذه إلارادة غير قادرة وحدها على تمشية العملية التحكيمية بشكل عام، بل عليها إلاستعانة بقواعد القانون التي تحكم سلامة عملية التحكيم ومراعاة النظام وإلاداب العامة، كما لا يمكن اضفاء الطابع القضائي وحده؛ لأن ارادة الأطراف هي من تختار المحكم واجراءاته ولغته ومكان أنعقاده، وتقوم بدفع اتعاب المحكم، وبناءً على ذلك فان عمل المحكم يبدأ اتفاقيا وينتهي قضائيا[٣].

١- د عز الدين عبد العال ، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد /١٩ في ١٩٧١/٤/٦، ص ٢٠ .

٢- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصدر السابق ، ص ٧٠ .

٣- د سحر عبدالستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ٢٩ .

ولم تستطيع هذه النظرية أن تسلم من النقد؛ لأنها فضلت اللجوء إلى الحلول السهلة بالجمع بين الطبيعة التعاقدية والقضائية ولم تستطع أن تتعمق في لب المشكلة، كما فاتها أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي به فور صدوره، ولا يتوقف على امر التنفيذ، لأن الأمر بتنفيذ حكم المحكم يتعلق بقوته التنفيذية ولا يتعلق بحيازته الحجة من عدمها، مما يدل على أنها قد خالف الصواب بالربط بين حجية الحكم وقوة تنفيذه ، كما أنها حاولت ايجاد حد زمني فاصل بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية لعمل المحكم، إلا أن الحقيقة عكس ذلك تماماً؛ لأن الطابع التعاقدي يسير جنباً إلى جنب مع الطابع القضائي وأن كان التحكيم يبدأ تعاقديا لأن الهدف من وراء التحكيم هو ايجاد كيان نظامي متكامل لفض النزاع بين الأطراف ويظهر هذا كثيراً في المراكز والمؤسسات التحكيمية[١]، اضافة إلى أنه من الصعوبة اعطاء وصفين قانونيين تعاقدي وقضائي في ذات الوقت على شيء واحد، وهو ما لا يمكن أن يتصور في الإطر العلمية. وبالنتيجة يتبين الضعف في التاصيل القانوني لهذه النظرية مما دفع الفقه إلى تبني اتجاه ينادي بالاستقلالية لعمل المحكم بصورة خاصة وعملية التحكيم بصورة عامة.

ثانياً- نظرية الطبيعة المستقلة لعمل المحكم

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن النظريات السابقة لا يمكن الركون إليها لتحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم؛ لأنهم يرون أنه حتى وأن تم الإعتراف بإحدى هذه النظريات والأخذ بها فان الأخذ بها لا يتعدى التحكيم الداخلي، ولا يمكن تطبيقه على التحكيم الدولي ولا سيما منازعات العقود الإدارية الدولية التي يكون أحد اطرافها اجنبيا، ويرون بان طبيعة المحكم تتميز بطبيعة خاصة مستقلة تختلف عن العقود وعن أحكام القضاء الداخلي للدولة، ويخضع لقواعد خاصة مستوحاة من واقع التجارة الدولية، مما يدلل على أن عمله لا يتمتع بطبيعة ارادية كاملة؛ لأن حقيقة العقود الإدارية الدولية توضح أن حرية اطراف النزاع في اختيار محكميهم غير مطلقة بشكل واسع، لذا اصبح عمله غير مقيد بالقيود الوطنية، وله من الإستقلال والتحرر على مستوى التجارة الدولية بما يسمح له ببناء كيان خاص وذاتي، وبالتالي يجد ملاذه في المواثيق الدولية من معاهدات والقرارات الخاصة بالمنظمات الدولية وفي لوائح المراكز والمؤسسات التحكيمية الدولية المنتشرة في أغلب دول العالم، ولا يجده في القوانين الداخلية للدول[٢].

ويرى البعض أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية هو حقيقة ممتدة في الزمن يتعاقب عليها طابعان، الطابع الأول هو اتفاق التحكيم والطابع الثاني هو قضاء المحكم، الأمر الذي يتطلب تحليل كل منهما بصورة منطقية ودقيقة لكشف مميزات كل منهم، وعدم التوقف عند دمج بعضهما ببعض لخلق

١- د ماهر محمد حامد ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

٢- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ٢٠ ، د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المرجع السابق ، ص ٧٢-٧٣ .

نظام واحد، فالطابع الأول هو من جنس العقود إلاّ أنه يتميز عن بقية العقود الأخرى بمميزات ذاتية، أما الطابع الثاني فهو من جنس القضاء إلا أنه يتميز عن القضاء بمميزات ذاتية[١].

ويرى البعض أن التحكيم له ذاتيته واستقلاله وطبيعته الخاصة باعتباره وسيلة بديلة لفض المنازعات بعيدا عن قضاء الدولة واجراءاته وتعقيداته التي لا تتناسب ومتطلبات التجارة الدولية، فهو يختلف عن العقود؛ لأن اصل التحكيم ليس عقداً كما في التحكيم الإجباري، ومفترقا عن القضاء حيث إنه نظام مختلف من حيث الوظيفة والطبيعة وفي الهدف والبنيان الداخلي فهو يسير موازياً له، وأن التطبيق الكامل لقواعد القضاء على مسائل التحكيم فيه تشويه له، كما أن تطبيق القواعد العامة للقضاء يتجاهل طبيعة التحكيم[٢]، فضلاً عن القضاء هو سلطة عامة يباشرها القاضي من أجل حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد والجماعات داخل الدولة، بينما التحكيم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية هي التعايش السلمي بين الأفراد اضافة إلى العدل، كما أن تعيين المحكمين في بعض الإحيان يتم من قبل المراكز والمؤسسات التحكيمية وليس من الأطراف[٣]، وعليه فان طبيعة عمل المحكم هي فريدة ومتميزة لفض منازعات العقود الإدارية الدولية، لاحتوائها على اتفاق وقضاء وفيها أيضاً ما يميزها عنهما ويحافظ على طبيعتها الخاصة المستقلة.

ولم تسلم هذه النظرية من النقد، إذ إن اصحابها لم ينكروا الطبيعة المختلطة للتحكيم باعتباره قضاء اراديا أو عملاً قضائيا، يجمع بين الطابع الإرادي والقضائي، إلا أنهم يرون أن النظرية العقدية غير قادرة على تفسير تطور التحكيم وأنضوائه تحت مظلة القضاء، وفي نفس الوقت فان هذه التطورات لا تذهب ذاتية التحكيم المستقلة وأندماجه مع القضاء لأن التحكيم يختلف عن القضاء في بنائه ونظامه القانوني، كما أنها لم تستطع أن تاصل أو تبرر سلطات المحكم الواسعة[٤].

كما أن الرأي الذي لا يجيز تطبيق القواعد العامة للقضاء على خصومة التحكيم يستند إلى أن هناك فراغاً تشريعياً حمل بالفقه والقضاء للأخذ بقواعد المرافعات، ولكن بعد صدور عدد من قوانين التحكيم في بعض الدول، فقد اصبح الطابع القضائي المنظم لخصومة التحكيم هو الإصل وليس ماخوذا بالقياس خاصة وأن تلك الدول قد ضمّنت قوانينها التنظيمات الإجرائية التي تشبه التنظيم القضائي[٥]، كذلك الرأي القائل بان وظيفة المحكم هي وظيفة اجتماعية واقتصادية تهدف لتحقيق التعايش السلمي بين

١- د سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " اتفاق التحكيم " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٧١ ، د احمد محمد عبد البديع شتا ، المصدر السابق ، ص ٥٩-٦٠ .
٢- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٣٨ .
٣- د وجدي راغب فهمي ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ .
٤- د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .
٥- المحامي محمد نظمي محمد صعابنه ، المصدر السابق ، ص ٧٨ .

إلأفراد، فان هذا لا ينطبق عندما يكون المحكم ملتزما بتطبيق قواعد القانون الموضوعي، وقد يصدر حكما لا يرضي أحد الخصوم أو كلاهما معا[١].

وبعد استعراض النظريات إلاحادية والثنائية لطبيعة عمل المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، يتبين أن كل نظرية قد اصابت الحقيقية ولكن من زاوية واحدة ولم تنظر إلى جميع الزوايا، فلا يمكن القبول بأن طبيعة عمل المحكم هو ذات طبيعة تعاقدية بحته كما ذهبت النظرية العقدية؛ لأن إرادة الأطراف وأن كانت هي إلاساس في اتفاق التحكيم إلا أنها لا يمكنها بناء نظام متكامل للتحكيم، وأن دورها سيتلاشى بعد اتفاق التحكيم لتحل محلة سلطة المحكم الذي يفصل بالنزاع بحكم فاصل، والسبب هو أن الأطراف المتنازعة يطلبون من المحكم الكشف عن ارادة القانون لا عن ارادتهم، والأمر كذلك ينطبق على النظرية القضائية التي يرى اصحابها أن طبيعة عمل المحكم ذات طبيعة قضائية بحته إذ لا يمكن التسليم بها كليا؛ لأن عملية التحكيم ليست قضائية بالكامل لأنها تبدأ تعاقدية باتفاق الأطراف على التحكيم سواء كان شرط أم مشارطة، وكذلك فان عمل المحكم يختلف عن عمل القاضي فالمحكم ليس من أفراد السلطة القضائية ولا يملك سلطة الأمر ولا يتمتع بالحصانة التامة وأن قيامة بمهمة القضاء ليس اصلية أو دائميه وأنما يقوم بها بصورة استثنائية ووقتيه؛ لذا سمي بالقضاء إلاستثنائي، أما بالنسبة للنظرية المختلطة والتي ذهب أنصارها إلى أن عملية التحكيم تبدأ تعاقدية باتفاق التحكيم وتنتهي قضائية عند صدور حكم المحكم، لا يمكن الركون إليها أيضاً؛ لأنها اختارت الحل إلاسهل ولم تتصدى للمشكلة، اضافة إلى ايجادها لحد فاصل بين الطابعين إلاتفاقي والقضائي وهو خلاف الواقع؛ لأن الطابع إلاتفاقي والقضائي يسيران معا منذ إلاتفاق على التحكيم إلى صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه. لذا يمكن القول بان الطبيعة القانونية لعمل للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية هي ذات طبيعة قضائية خاصة، وذلك لأن قضاء التحكيم هو أسبق في الوجود من قضاء الدولة، ويتميز عن القضاء الوطني من حيث اسانيده القانونية واجراءاته ونظام تعيين المحكم فيه، وما يؤيد أن المحكم هو قاضي خاص هو قيامه بأداء دور حيوي ذات طبيعة قضائية في فض منازعات العقود الإدارية الدولية على الرغم من أن مهمته لا تبدأ إلا باتفاق التحكيم فهو أحد اطراف عقد التحكيم، وبأعتباره قاضي فهو يتمتع بسلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف على الرغم من كونه ليس من أفراد السلطة القضائية ولا يملك سلطة الأمر كالقاضي إلاداري أو العادي، اذن فالمحكم هو قاضي خاص، فهو قاضي؛ لأن عمل المحكم هو تحقيق العدالة، وهو خاص؛ لأن إرادة الأطراف حره في اختيار إلأسلوب الأمثل لفض منازعاتها بعيدا عن القضاء إلاداري أو العادي[٢].

---

١ ـ د علي سالم ابراهيم ، ولاية القضاء على التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٠٤ .
٢- د احمد محمد عبد البديع شتا ، المصدر السابق ، ص ٣٣ .

المطلب الثاني

أنواع المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

يعد التحكيم من الأنظمة المهمة والبديلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الدولية، وتلعب ارادة الأطراف المتنازعة الدور الإصلي في اختيار المحكم أو المحكمين، ويمكن تقسيم المحكمين بحسب طبيعة المنازعة التي يفصل فيها إلى المحكم الوطني وهو الذي يمارس التحكيم الداخلي من حيث أطراف النزاع والقانون الذي يطبق عليهم، والمحكم الإجنبي وهو من يمارس التحكيم عندما يكون أحد عناصره مرتبطاً بعوامل خارجية أو اجنبية، والمحكم الدولي فهو الذي يمارس عملية التحكيم بعيدا عن الأنظمة القانونية الوطنية، ويقسم كذلك المحكمون من حيث مدى التفويض الممنوح لهم إلى المحكم بالقضاء في منازعات العقود الإدارية الدولية وهو ما سيتم بحثه في الفرع الأول، والمحكم بالصلح في منازعات العقود الإدارية الدولية في الفرع الثاني، أما التقسيمات الأخرى فهي تقسيمات تنطوي تحت هذا التقسيم، وكما يأتي:

الفرع الأول

المحكم بالقضاء في منازعات العقود الإدارية الدولية

ويعرف المحكم بالقضاء بأنه (ذلك المحكم الذي يمارس عمله بموجب أحكام القانون واصول المرافعة مالم يعفَ منها صراحةً)[١]، ويطلق عليه أيضاً تسمية (محكمون حاكمون) أو (محكمون مفوضون بالحكم)، ويقصد بالمحكم بالقضاء هو الذي يلتزم بحسم النزاع طبقاً لقواعد القانون الموضوعي وإلاجرائي الذي يتفق علية الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها إذا لم يتفق عليه الأطراف، فمن حيث الموضوع فالمحكم بالقضاء لا يحق له نظر وحسم اي نزاع إلا الذي يتم تعيينه على سبيل الحصر في عقد التحكيم، نظراً للطابع إلاستثنائي للتحكيم، ولا يجوز للمحكم النظر في مسائل بعيدة عن عقد التحكيم إلا إذا كانت مرتبطة بموضوع النزاع ارتباطا لا يقبل التجزئة، أما من حيث إلاجراءات فالمحكم بالقضاء يكون ملزما باتباع إلاجراءات الواردة في قانون المرافعات المدنية إلاّ إذا تضمن اتفاق التحكيم أو اي اتفاق لاحق اتباع اجراءات أخرى متفق عليها، ويتضح أن المراد بالاجراءات هو اتباع ومراعاة القواعد الأساسية كأحترام حق الدفاع وتمكين كل طرف من إلاطلاع على إلأوراق والأدلة والمستندات التي

١- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصدر السابق ، ص ٥٣ ، ويطلق عليه المشرع اللبناني المحكم العادي وفق المادة (٧٧٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية الجديد .

يقدمها الطرف الأخر، ولم يقصد بها اتباع جميع كافة الإجراءات التي جاءت بها قانون المرافعات؛ لأن القول بغير هذا لا يؤدي إلى تحقيق الهدف من اللجوء للتحكيم كتوفير الجهد والوقت[١].

ويمكن الطعن في حكم هيئة التحكيم إذا التزمت بتطبيق القانون، أما بالاستئناف في القوانين التي تسمح بذلك كالقانون الفرنسي أو القانون الإنكليزي، وأما بدعوى البطلان عندما تستبعد هيئة التحكيم القانون الذي اتفق علية الأطراف أو خالفت القواعد الإجرائية الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم أو بضمانات التقاضي، ويعد هو الإصل مقارنة بالنوع الإأخر في اغلب القوانين المقارنة[٢].

وكذلك أخذ به المشرع العراقي عندما نص على أنه (يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الإتفاق على التحكيم أو اي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون)[٣].

وقد سار القضاء العراقي على ذات المسار حيث جاء بقرار محكمة التمييز بانه (لدى التدقيق والمداولة وجد بان الحكم المميز بالنظر لما استند إليه من اسباب صحيح وموافق للقانون؛ ذلك لأن المحكمة بعد أن اعترض المدعى عليه على الحكم الغيابي الصادر ضده، لاحظت أن المحكمين أصدروا قرار التحكيم دون جمع الطرفين وإلاستماع إلى اقوالهم ودفوعهم وذلك خلافا لقواعد قانون المرافعات المدنية التي يلزم على المحكمين اتباعها، ومن أجله فانها قررت إبطال قرار التحكيم المؤرخ ١٩٦٨/١٢/٧ الذي استند إليه الحكم الغيابي وتكليف المحكمين باتباع الإجراءات القانونية في التحكيم مجددا ، فقام المحكمون بالتحكيم مجددا واصدروا قرارهم المؤرخ ٥/ ٣ /١٩٧٣ الذي تناول الموضوع محل التحكيم بالبحث ووجهة نظر كل من الطرفين حوله... واذ أن المحكمة أخذت بحكمها المميز بحكم المحكمين المذكور والذي تراه المحكمة (محكمة التمييز) صحيحا شكلاً وموضوعاً فيكون الحكم المميز والذي قضى بتصديق حكم المحكمين والزام المدعى عليه بتاديته للمدعي (المميز) مبلغ ١٥٠٠ دينار ورد دعواه بالزيادة صوابا وتصبح الإعتراضات التي أوردها وكيل المميز في العريضة التمييزية غير وارده فقرر ردها وتصديق الحكم المميز وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق)[٤].

١- القاضي عبدالرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٤٦٣ .
٢- د احمد عبدالكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٠-٧١ .
٣- المادة (١/٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٤- قرار محكمة التمييز في القضية رقم ٨٢١ / مدنية ثانية / ٧٣ في ١٩٧٤/١١/٧ ، أشار إليه القاضي عبدالرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٤٦٧-٤٦٨ .

وقد أشار إليه المشرع الفرنسي في المادة (١٥١١) المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أنه (على هيئة التحكيم حسم النزاع على وفق القانون الذي اختاره الأطراف وفي حالة عدم الإتفاق فيكون وفقا للقانون الذي تراه محكمة التحكيم مناسباً) [١] .

وأشار إليه المشرع المصري في المادة (١/٣٩و٢) من قانون التحكيم التي تنص على أنه (١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينه اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك. ٢- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الإكثر اتصالا بالنزاع)[٢]، ويتبين أن المشرع المصري الزم هيئة التحكيم بالأخذ بالقواعد الموضوعية الإكثر اتصالا بالنزاع دون القواعد الخاصة بالتنازع سواء اتفق الأطراف أم لم يتفقوا.

ومن الإتفاقيات الدولية ومؤسسات التحكيم التي نصت عليه، اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥[٣]، وكذلك المادة (١/٧) من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ نصت على أنه (الفرقاء احرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه..)، ونصت عليه أيضاً قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧[٤]، وكذلك اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ أخذت به عندما أشارت إلى أن هيئة التحكيم تحسم النزاع وفق العقد المبرم بين الأطراف وأحكام القانون المتفق عليه صراحة أو ضمنا أن وجد وفي حالة عدم الإتفاق تطبق أحكام القانون الإكثر ارتباطا بموضوع النزاع مع مراعاة الإعراف التجارية الدولية المستقرة[٥]، وعلى ضوء ذلك فان المحكم بالقضاء عند تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على موضوع النزاع أنما يقوم باصدار حكم ملزم؛ لأن قواعد واعراف وعادات التجارة الدولية

١- المادة (١٥١١) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم المرقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ .

٢- وقد أشار المشرع اللبناني في المادة (٨١٣) إلى أنه " يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم وإلا فوفقا للقواعد التي يراها مناسبة وهو يعتد في جميع الإحوال بالاعراف التجارية) .

٣- نصت المادة (١/٤٢) على أنه " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد " .

٤- المادة (٢/٢١) تنص على " تأخذ هيئة التحكيم بعين الإعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين أن وجد ، كما تأخذ بعين الإعتبار اي اعراف تجارية ذات صلة " .

٥- المادة (١/٢١) تنص على "تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا، أن وجد وإلا فوفق أحكام القانون الإكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعي قواعد الإعراف التجارية الدولية المستقرة " .

هي قواعد ملزمة للأطراف على الرغم أن مصدرها لا يتخذ شكل القواعد التي تنظمها الدولة[١]، وقد أشار المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١ في المادة (٣٠) إلى التحكيم التجاري الدولي ، حيث أشار أولاً إلى تطبيق المحكم للقواعد التي اتفق عليها الأطراف، وكذلك أشار إلى تطبيق المحكم لقانون دولة معينة اختاره الأطراف، وبهذا قد فعل حسن وذلك بسبب ادراك المشرع العراقي لأهمية التحكيم في مجال العقود الدولية وخاصة بعد التحولات التي شهدها العراق بعد عام ٢٠٠٣ وحاجته لاستقطاب الإستثمارات الإجنبية لتحقيق اهداف التنمية الإقتصادية.

الفرع الثاني

المحكم بالصلح في منازعات العقود الإدارية الدولية

وهو المحكم الذي يفصل بالنزاع القائم أو الذي يقع مستقبلاً بين الأطراف المتنازعة بموجب قواعد العدالة والإنصاف، ولا يتقيد بالأخذ بالاجراءات والقواعد القانونية إلا فيما يتعلق بالنظام والإداب العامة والمبادئ الإساسية لأصول المحاكمات وخاصة تلك التي تتعلق بحق الدفاع وتحديد أسباب الحكم، ويسمى بالمحكم المطلق[٢]، ويجب أن تتجه ارادة الأطراف صراحة إلى تسمية المحكم بالصلح في وثيقة التحكيم أو في اتفاق مستقل، كما يتطلب توخي الدقة في تحديد هذه الإرادة ولا يجوز التوسع في تفسيرها، وهذا ما سارت علية اغلب التشريعات العربية[٣]، وهو ما أخذ به المشرع العراقي عندما نص على (إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقييد باجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام)[٤]، وهذا الموقف الذي تبناه المشرع المصري اذ نص على أنه (يجوز لهيئة التحكيم- إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضهما بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون)[٥]، وكذلك قانون التحكيم الفرنسي الجديد لسنة ٢٠١١ الذي نص في المادة (١٥١٢) على (لهيئة التحكيم الحكم وفق قواعد الصلح أن فوضها الأطراف ذلك)، واكده في المادة (١٤٩٧) المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي[٦]، وأخذت به اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات

١- م حسنين جبار شكير ، إلاسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه – دراسة في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١، بحث منشور في مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الإجتماعية بالعدد ٢٢ ، ٢٠١٦ ، ص ٣١٩ .

٢- المادة (٧٧٧) من لقانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ينص على أنه " ١- في التحكيم المطلق يعفى المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد القانون واصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى إلأنصاف . ٢- تستثنى من هذا إلاعفاء قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ إلاساسية لأصول المحاكمة ولا سيما المتعلقة بحق الدفاع وتعليل الحكم وأيضاً القواعد الخاصة بنظام التحكيم " .

٣- المادة (٣٦/د) من القانون إلاردني ، والمادة (٤٥٨) من القانون الجزائري ، المادة (٢٠٥) من القانون إلأماراتي .

٤- المادة (٢/٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٥- المادة (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

٦- المادة (١٤٩٧) تنص على " يفصل المحكم في النزاع كمحكم مفوض بالصلح إذا منحه اتفاق الأطراف هذه المهمة ".

الناشئة عن الإستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥ بالمادة (٣/٤٢) ونصت على أنه (لا تمس نصوص الفقرات السابقة (١و٢) قدرة المحكمة على الفصل بالعدل والإنصاف وهذا في حالة موافقة الطرفين)[١]، وكذلك أخذت به قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧[٢]، وأخذت به اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧[٣].

ويحق للمحكم بالصلح في منازعات العقود الإدارية الدولية استبعاد جميع القواعد القانونية التي تتضمنها القوانين الوضعية إذا كانت غير عادلة ومنصفة حسب منظوره وتطبيق قواعد العدالة والإنصاف، وبما أن العدالة والإنصاف كفكرة هي فكرة ذات مدلول شخصي ولا تزال إلى اليوم تنقصها الدقة والوضوح، لذا فان المحكم بالصلح يمكنه الإستعانة والرجوع إلى باقي قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية كالعادات والإعراف وإلى ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون، من أجل المساعدة في تأسيس حكمة عليها، وهو بذلك يمتلك سلطة تقديرية واسعة في اختيار الحلول والبدائل لموضوع النزاع بعيداً عن القوانين الوضعية[٤]، ويمتلك المحكم بالصلح سلطة واسعة في تفسير وتخفيف حدة الشروط العقدية التي اتفق عليها الأطراف على إلا يصل إلى حد أنشاء علاقة أو عقد جديد لا يتفق وارادة الأطراف، فله تفسير شروط العقد من خلال التعديل والتلطيف من حقوق والتزامات كلا منهم والقيام باجراء موازنة دقيقة بينهم من أجل الوصول لحلول مرضية لهم، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة لأنه تهدف إلى اعادة التوازن الإقتصادي للعقد كما اراد الأطراف، وهي سلطة لا تتعارض مع وظيفته القضائية بل تتركز في التحقق من الإدعاء، فالمحكم وفقا العدالة يفصل بين ادعاءين الأول يؤسس حرفية العقد والثاني على روح العقد، حيث يقوم بالتحقق من توافق المرجعة والتعديل مع التوازن الإصلي للعقد وفي هذه الفرض فحسب سيعطي الحق في هذه المطالبة[٥]، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى ضرورة استفادة المحكم بالصلح من السلطات الممنوحة له من خلال اعادة النظر بالعقد وتطبيق قواعد العدل والإنصاف في حكمها الصادر عام ٢٠١٢ حينما نصت على (يجب على المحكم المفوض بالصلح أن يبرز في حكمه أنه

١- المادة (١/٤٢و٢) تنص على أنه " ١- تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد . ٢- ليس للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها على اساس سكوت أو غموض القانون " .

٢- المادة (٣/٢١) تنص على أنه " تتمتع هيئة التحكيم بصلاحيات التحكيم بالصلح . أو تقرر وفقا لقواعد العدل والإنصاف ويكون ذلك فقط في حالة اتفاق الأطراف على منحها تلك الصلاحيات .

٣- المادة (٢/٢١) تنص أنه "على الهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك " .

٤- د عبد الرسول إلاسدي و حيدر عبدالحسين حسان ، سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية والسياسية ، العدد /٢ ، السنة /١٠ ، العراق ، ٢٠١٨ ، ص ٣٣-٣٤ .

٥- د ميثاق طالب عبد حمادي و د نهى خالد عيسى ، سلطة المحكم في اعادة التوازن الإقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة التربية الإساسية للعوم التربوية والإنسانية لجامعة بابل ، العدد/٤١ ، ٢٠١٨ ، ص ١١١٥ .

قد أخذ العدالة وإلأنصاف في اعتباره)، كذلك نجد هذا الموقف في قضاء التحكيم التجاري الدولي في القضية المرقمة (٢٩٧٢) لعام ١٩٨٩ عندما نصت على (المحكم المكلف بصفة محكم طليق "مفوض بالصلح" يرفض أن يأخذ في اعتباره الحقوق القانونية التي كفلها القانون الواجب التطبيق أو إلاتفاقية التي ضمنتها الرابطة العقدية لأحد الأطراف عندما يكون إلادعاء بالاستفادة منها سيعادل التعسف في استعمال الحق)[١].

والحكم الصادر من المحكم بالصلح لا يقبل الطعن فيه إلاّ إذا كان مخالفا للنظام العام وإلاداب، لأنه اختيار المحكم بالصلح يكون على اساس الثقة الكبيرة والخبرة والكفاءة التي أولاًها الأطراف بالمحكم، فالحكم يكون قابلا للتنفيذ ولا يمكن الرجوع عنه أو الطعن فيه[٢].

ويمكن القول أن المحكم بالصلح يتفق مع المحكم بالقضاء من حيث الغاية، باعتبار أن كل منهما يصدر حمكا يحوز حجية الأمر المقضي به، ويختلفان في الوسيلة حيث يعتمد المحكم بالصلح على قواعد العدالة وإلأنصاف والمبادئ العامة للقانون، والمحكم بالقضاء يعتمد على إلاجراءات والقواعد القانونية.

١- د ميثاق طالب عبد حمادي و د نهى خالد عيسى، المصدر السابق ، ص ١١١٧- ١١١٨ .
٢- المحامي حسين المؤمن ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

الفصل الثالث

النطاق القانوني لسلطات وألتزامات وحقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

الفصل الثالث

نطاق القانوني لسلطات وألتزامات وحقوق المحكم في المنازعات العقود الإدارية الدولية

حتى يتمكن المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية من القيام بالمهام الملقاة على عاتقه بعد قبوله بمهمة التحكيم باعتباره قاضي خاص يجب أن يخول السلطات اللازمة التي تخوله السير بالعملية التحكيمية والتي تبدأ من تحديد النظام الإجرائي على النزاع المعروض عليه وصولا إلى اصدار الحكم الفاصل في النزاع، وقد يكون مصدر هذه السلطات القانون أو أن يكون مصدرها اتفاق الأطراف، على خلاف القاضي العام الذي يستمد سلطاته من القانون فقط، إلا أن هذه السلطات الواسعة الممنوحة للمحكم قيدت ببعض الالتزامات القانونية وإلاتفاقية التي على المحكم مراعاتها والمتمثلة ببذل العناية المعتادة في دراسة الوقائع والمستندات للنزاع واصدار الحكم الفاصل في الميعاد المحدد مع مراعاة المبادئ إلاساسية في خصومة التحكيم، وفي مقابل هذا الجهد والعناء والوقت المبذول فان يحصل على بعض الحقوق المالية والمعنوية والتي تنبع من عقد التحكيم، وسيتم معالجة هذه المواضيع في مبحثين، سيخصص المبحث إلأول للسلطات إلاجرائية والموضوعية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، والمبحث الثاني التزامات وحقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

المبحث الأول

السلطات الإجرائية والموضوعية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

نظراً للأهمية التي يلعبها المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية فقد منح سلطات واسعة من أجل دعم مركزه القانوني واعطاءه القوة من أجل ممارسة دورة في السير بالعملية التحكيمية وحسم النزاع بين الأطراف بالسرعة الممكنة، وهذه السلطات الممنوحة للمحكم لها ضوابط يحددها أما اتفاق الأطراف المتنازعة أو القانون الذي يراد تطبيقه على المنازعة، وعلى المحكم إلالتزام بتلك الضوابط في جميع مراحل العملية التحكيمية وإلا كان حكمة عرضه للطعن فيه، وسلطات المحكم ليست مطلقة وأنما هي مقيدة بالنواحي المدنية والتجارية والإدارية، ولا يملك ايقاع الغرامات والجزاءات الجنائية بحق الأطراف أو الشهود أو الخبراء، إلا أنه على الرغم من ذلك يتمتع بسلطات واسعة تتميز بالمرونة مما يجعل عمله يختلف عن عمل القاضي الذي يكون اقل مرونة من حيث السلطات إلاجرائية والموضوعية، وقد تضيق هذه السلطات أو تتسع بحسب ما يحدده الأطراف، ويمارس المحكم هذه السلطات فور قبوله بالمهمة.

وهذه السلطات أما أن تكون سلطات اجرائية تبدأ من حيث بدء الخصومة مرورا بتنظيم الجلسات وتحديد المواعيد والسير بالاجراءات وتطبيق القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات، وأما أن تكون موضوعية تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وما يتفرع عنه وتنتهي بصدر حكم التحكيم، وعلية سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب إلأول سلطة المحكم من الناحية إلاجرائية، والمطلب الثاني سلطة المحكم من الناحية الموضوعية.

المطلب إلأول

السلطات إلاجرائية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

تعد اجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري لنظام التحكيم، وهي السياج الذي يضمن شرعيته؛ وذلك لأن مصير الحكم التحكيمي يتوقف على مدى تسهيل أو اعاقة تلك إلاجراءات، ويقصد بالاجراءات التحكيمية في منازعات العقود الإدارية الدولية هي تلك القواعد التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم وصولا إلى صدور الحكم في النزاع المعروض عليها[١]، وتلعب ارادة الأطراف المتنازعة دوراً رئيسياً في تحديد القواعد التي تحكم سير إلاجراءات في منازعات العقود الإدارية الدولية سواء كان التحكيم حراً أم

١- د ابو زيد رضوأن ، المصدر السابق ، ص ٨٧ .

مؤسسياً، ولا يحد من هذه إلارادة إلا القواعد الآمرة التي دائماً ما تشكل حدوداً على تلك إلارادة في مجال التحكيم، لأن خصومة التحكيم تقوم على مصالح متعارضة بين اطرافها فقد لا يتم إلاتفاق بين الأطراف على اجراءات التحكيم، لذا فقد اعطت معظم التشريعات للمحكم أو هيئة التحكيم السلطة الواسعة في وضع ما تراه مناسبا من إلاجراءات وبما لا يخل بالقانون الواجب التطبيق وقواعد النظام العام، ومن السلطات إلاجرائية للمحكم أو هيئة التحكيم هي سلطة السير باجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات والتدابير الوقتية والتحفظية، وسيتم بحثها في ثلاث فروع، الفرع إلأول سلطة المحكم في السير باجراءات التحكيم، وسلطة المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة واجراءات تحفظية في فرعٍ ثانٍ، وسلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في فرعٍ ثالث.

الفرع إلأول

سلطة المحكم في السير باجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

أن المحكم لا يملك سلطة الفصل إلا في النزاع المتفق على عرضه عليه، وأن سلطات المحكم تتحدد بعاملين هما اتفاق التحكيم والقانون، وقد تضيق سلطات المحكم تبعا لاتفاق التحكيم أو قد تتسع، ويتمتع المحكم بسلطات واسعة منحت إليه من قبل الأطراف، وبعض هذه السلطات يمارسها المحكم قبل السير باجراءات التحكيم، والقسم إلأخر يمارسها اثناء السير باجراءات التحكيم وكما ياتي:

أولاً- سلطات المحكم قبل السير باجراءات التحكيم

يتمتع المحكم بسلطات مهمة قبل السير في اجراءات التحكيم وأهمها التاكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته وتحديد مكان التحكيم ولغته:

١- سلطة المحكم في البت بوجود اتفاق التحكيم وصحته: أن أولى المهام التي يجب أن يقوم بها المحكم فور قبوله المهمة التحكيمية في منازعات العقود الإدارية الدولية هي التاكد من وجود صحة اتفاق التحكيم، لأن سلطات المحكم تستمد من اتفاق التحكيم، لذا يجب أن يكون هذا إلاتفاق واضحاً وصريحاً لا يقبل إلاجتهاد، سواء كان هذا إلاتفاق واردا كاحد بنود العقد إلاصلي (شرط التحكيم)، أو في وثيقة منفصلة عن العقد (مشارطة التحكيم). والتاكد من وجود وصحة اتفاق التحكيم من أهم اختصاصات المحكم التي يجب أن يقوم بها سواء كان ذلك من تلقاء نفسه، أو في حالة ما إذا دفع أحد الخصوم بعدم

وجود اتفاق التحكيم ، وهنا هو الذي يقرر فيما إذا كان هناك اتفاق تحكيم ام لا، كما له الحق أن يفصل بالمسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم وأن موضوع النزاع لا يتعلق بالنظام العام[١].

ومن الضمانات إلاجرائية في التحكيم الدولي لمنازعات العقود الإدارية الدولية هو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد إلاصلي، اي أن شرط التحكيم يكون مستقلاً تماماً عن العقد إلاصلي وعن المؤثرات التي تؤثر في صحته، مما يزيد في فاعلية التحكيم كضمانة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الدولية، وهذا يجعل عملية التحكيم مستمرة حتى بعد الدفع من قبل أحد الأطراف بعدم صحة العقد إلاصلي، وذلك لأن العقد إلاصلي يهدف إلى تحقيق التزامات وحقوق اطراف النزاع الموضوعية، بينما اتفاق التحكيم فهو عقد يتولى تحديد الجهة المختصة بفصل النزاع القائم، مما يعني أن البطلان الذي يلحق بالعقد إلاصلي لا يؤثر في صحة اتفاق التحكيم[٢]، ويعد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من المبادئ المستقرة والمعترف بها في القوانين الوطنية والدولية أو في المعاهدات أو لوائح التحكيم[٣].

ولم ينص المشرع العراقي على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد إلاصلي، مما يستوجب تدخل المشرع لأعمال هذا المبدأ المهم وخاصة في التحكيم الدولي، وقد أشار إليه قانون التحكيم المصري بالمادة (٢٣) بالنص على أنه (يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد إلأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته). أما القانون الفرنسي فقد أشار لهذا المبدأ بالمادة (١٤٤٧) من قانون التحكيم الجديد عندما نص على أنه (يستقل اتفاق التحكيم عن العقد الذي يحتويه ولا يتاثر بعدم صحة هذا العقد)، وهذا ما ايده القضاء الفرنسي في قضية (impex) والتي اثيرت فيها بطلأن العقد إلاصلي لعدم مشروعية السبب وبالتالي بطلأن اتفاق التحكيم، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قررت أن هذا الدفع لا يؤثر على اتفاق التحكيم، كونه مستقلاً من الناحية المادية، واكدته نفس المحكمة في قضية (Hecht)، وفي قضية (Gosset)[٤].

وتعدّ الكتابة شرطاً لأنعقاد اتفاق التحكيم وسلامة وجودهِ لا مجرد شرط لأثبات اتفاق التحكيم؛ لأن اتفاق التحكيم هو عقد يرتب على طرفيه التزامات متبادلة وبالتالي يجب توافر الشكلية فيه وهي الكتابة، والبطلان هو إلاثر المترتب على تخلفها[٥]، وهذا ما أخذ به المشرع المصري عندما نص على أنه (يجب

١- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ٢٥٢ .
٢- د علاء محي الدين مصطفى و د محمد ابراهيم خيري الوكيل ، المصدر السابق ، ص ٧٣ .
٣- المادة (٧) من قانون التحكيم إلأنكليزي لعام ١٩٩٦ ، المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ ، المادة (٢٢) من القانون إلاردني ، المادة (١٦) من القانون اليمني ، المادة (٥/٥) من القانون الفلسطيني .
٤- د علاء محي الدين مصطفى و د محمد ابراهيم خيري الوكيل ، المصدر السابق ، ص ٧٦-٧٧ .
٥- د احمد شرف الدين ، قواعد التحكيم ، شركة باس للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٦ .

أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً..)[١]، وكذلك مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي الذي نص بالمادة (٤/أولاً) على أنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلاً..).

أما المشرع الفرنسي فقد نص بالمادة (١٤٤٣) من قانون التحكيم الجديد على أنه (يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، ويقع باطلا كل اتفاق غير مكتوب ..)، ويرى البعض أن شرط الكتابة هو لصحة اتفاق التحكيم الداخلي وبالتالي لا يسري على التحكيم الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك[٢]. أما المشرع العراقي فقد نص في المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية على أنه (لا يثبت إلاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة...)، ويتبين أن المشرع قد جعل الكتابة شرطا للأثبات لا شرطاً للأنعقاد.

ويجب على المحكم أن يفحص اتفاق التحكيم من حيث وجوده ومن حيث موضوعه واطرافه واسبابه، وكذلك التحقق من كونه مختص بالنزاع، وهو ما يعرف بمبدأ إلاختصاص بالاختصاص، كما يحق للمحكم أو لهيئة التحكيم أن تفصل بالدفوع التي تتعلق بعدم اختصاصها وبعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلأنه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع[٣]، ويقصد بمبدأ "إلاختصاص بالاختصاص" هو أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو من يقرر إذا كان هناك اتفاق تحكيم ام لا، فهو لا يختص إلا إذا كان هناك اتفاق تحكيم صحيح[٤].

وقد أكد المشرع المصري على سلطة المحكم بالفصل باختصاصه عندما نص على أنه (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع)[٥]، ويتبين أن هذه المادة جاءت لتشمل جميع الدفوع المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم ومن ضمنها الدفع بعدم صحة العقد إلاصلي بين الأطراف. واكد كذلك على التمسك بهذه الدفوع حسب ما جاء بالمادة (١/٢٢) في موعد لا يتجاوز موعد تقديم دفاع المدعي عليه المشار إليه في المادة (٢/٣٠) من نفس القانون، وعندئذ يمكن لهيئة التحكيم أما أن تفصل بهذه الدفوع قبل الفصل بموضوع النزاع، وأما أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً وفق المادة

١- المادة (١٢) من القانون المصري ، المادة (١/١٠) من قانون التحكيم إلاردني ، والمادة (١/١٢) من قانون التحكيم العماني، المادة (٢/٧) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ .
٢- د علاء محي الدين مصطفى و د محمد ابراهيم خيري الوكيل ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .
٣- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، المحكم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص ٩٠ .
٤- د ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٩٨ .
٥- المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

(٣/٢٢)[١]. وقد اكد قانون التحكيم الفرنسي الجديد هذا المبدأ بالمادة (١٤٦٥) والتي تنص على أنه (تختص محكمة التحكيم وحدها بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها القضائي)[٢].

أما المشرع العراقي فلم يتناول مسالة سلطة المحكم في التاكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته، وأنما أشار فقط إلى المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية بالنص (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز بها الصلح ولا يصح إلا ممن له اهلية التصرف في حقوقه..)، وبالتالي متى ما وجد المحكم أن اتفاق التحكيم قد تضمن مسائل لا يجوز فيها الصلح أو مخالفة للنظام العام فعلية إلا يسير بالدعوى لبطلان اتفاق التحكيم، إلا أن مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي قد أخذ بهذا المبدأ في المادة (٢٢/أولاً)[٣]، وأخذت العديد من إلاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم بهذا المبدأ، وهو ما أكدته المادة (١/٢٣) من قواعد إلأونسيترال للتحكيم بصيغتها المعتمدة لعام ٢٠١٣[٤]، وكذلك المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥[٥].

٢- سلطة المحكم في تحديد مكان التحكيم: يعد مكان التحكيم هو المكان الذي تجري فيه العملية التحكيمية واصدار الحكم النهائي فيه[٦]، وقد اتفقت اغلب التشريعات ومراكز التحكيم أن ارادة الأطراف لها الدور الرئيسي في اختيار مكان التحكيم الذي تجري فيه منازعات العقود الإدارية الدولية، نظرا لطبيعة تلك العقود الدولية، وضرورة وجود التسهيلات التي تساعد في تسهيل مهمة المحكم وأن يكوم ملائما لأطراف النزاع واستقدام الشهود والخبراء وتتابع الجلسات وتوفير الوقت والجهد والنفقات، إلى جانب إلاعتبارات السياسية التي تحول دون وصول أحد الأطراف إلى مكان التحكيم، وفي كثير من إلاحيان يتم إلاتفاق بين الأطراف المتنازعة على أن يجري التحكيم في دولة ثالثة لا ينتمي إليها أحد الأطراف. ويمكن ملاحظة أن كثيراً من أحكام التحكيم والقضاء إلاجنبية تنفذ في بعض الدول بناء على وجود

١- المادة (٣/٢٢) تنص على أنه " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة إلأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلأن حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة (٥٣) من هذا القانون " .

٢- حسام احمد هلال منصور وأخرون ، المصدر السابق ، ص ٢٧ .

٣- المادة (٢٢/أولاً) تنص على " يجب على هيئة التحكيم أن تفصل من تلقاء نفسها أو بناءً على الدفوع المقدمة من أحد الطرفين بعدم اختصاصها قبل الدخول في اساس الدعوى إذا توفرت أي حالات عدم إلاختصاص بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوط أو بطلأنه أو عدم شموله بموضوع النزاع " .

٤- المادة (١/٢٣) تنص على أنه " تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها ، بما في ذلك اي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته ، ولهذا لغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد إلأخرى ، ولا يترتب تلقائيا على اي قرار لهيئة التحكيم ببطلأن العقد بطلأن بند التحكيم

٥- المادة (١/١٦) تنص على أنه " يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في اي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته ، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شرو العقد إلأخرى ، واي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطلأن العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلأن شرط التحكيم " ، ويقابلها المادة (٣٢) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات إلاستثمار لعام ١٩٦٥ ، المادة (٢٣) من نظام تحكيم في محكمة لندن للحكيم الدولي .

٦- د حمزة احمد الحداد، التحكيم في القوانين العربية، ج ١، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٧،ص ٢٩٣.

معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف، لذا من الأفضل اختيار مكان التحكيم في دولة ترتبط مع الدول التي يحتمل تنفيذ حكم التحكيم فيها بمعاهدة لتنفيذ قرارات التحكيم وأحكام القضاء[١].

أما عند الإتفاق بين الأطراف على التحكيم المؤسسي فيعتبر المكان الذي يتواجد فيه المركز أو هيئة التحكيم هو مكان التحكيم، لذا تتنافس تلك المراكز والمؤسسات التحكيمية على اصدار تشريعات أكثر مرونة وتقدم التسهيلات إلاجرائية وتقليل القيود على عمليات التحكيم الدولية من أجل جذبها إليها[٢].

أما عند غياب هذه إلارادة فان سلطة المحكم أو هيئة التحكيم هي من تتولى تحديد مكان التحكيم على أن يتم مراعاة ظروف الدعوى والأطراف[٣]، وهو ما سار عليه المشرع المصري حيث نص على أنه (لطرفي التحكيم إلاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم..)[٤]، وهو ما سارت قواعد إلأونسيترال لعام ٢٠١٢ في المادة (١/١٨)[٥].

أما في العراق فقد خلا قانون المرافعات المدنية من مكان التحكيم، إلا أن الراجح فقهاً أن يتم عقد الجلسات في منزل اكبر المحكمين سناً، أما إذا كان المحكم أو هيئة التحكيم من المحامين أو المهندسين ففي مكتب اقدمهم، أو في مكتب المحكم المرجح اي الثالث الذي اختاره المحكمان المعينين من قبل الأطراف، كما اجاز المشرع أن يتم عقد الجلسات في أكثر من مكان وأحد وفي اقات متخلفة خارج أوقات الدوام الرسمي أو أيام العطل الرسمية مالم يشترط غير ذلك[٦]، وقد أشار إليه مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي بالمادة (٢٨)، ولم يتناول المشرع الفرنسي مكان التحكيم الدولي.

ويعد تحديد مكان التحكيم من إلامور المهمة لأن الحكم النهائي يصدر فيه، ويتم فيه تحديد جنسية الحكم فيما إذا كان وطنياً أو دولياً، وتزداد أهمية مكان التحكيم عندما يكون قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم هو القانون المطبق على إلاجراءات وعلى موضوع النزاع، كما له أهمية في تحديد المحكمة التي يتم الرجوع إليها في بعض مسائل التحكيم، وكذلك تحديد المحكمة المختصة بالطعن في الحكم التحكيمي

١- د عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم إلالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٢٤ .
٢- د وفاء فاروق محمد حسني ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ .
٣- د فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ١٥٥-١٥٦ .
٤- المادة (٢٨) م القانون المصري ، المادة (٢٧) من القانون إلاردني ، المادة (٢٨) من القانون العماني ، المادة (١٦) من قواعد التحكيم التي وضعتها إلامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦ ، المادة (٢٠) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ ، المادة (١/١٨) من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧ ، المادة (١٦) من نظام تحكيم محكمة لندن .
٥- المادة (١/١٨) تنص على أنه " إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا مسبقا على مكان التحكيم تولت هيئة التحكيم تعيين مكان التحكيم أخذة ظروف القضية في إلاعتبار ويعتبر قرار التحكيم صادرا في مكان التحكيم
٦- القاضي كاظم حنتوش سلمان ، أحكام عقد التحكيم في التشريع العراقي، دراسة متخصصة مقدمة إلى المهعد القضائي، بغداد، ١٩٩٤، ص ١٠١ .

وتنفيذه هذا من جانب، ومن جانب أخر فان اختيار مكان التحكيم يدل ضمنيا عن اختيار قانون هذا المكان لتخضع له اجراءات التحكيم مالم يتم الإعلان صراحة عن اختيار قانون أخر[١].

ولا يعني نعقاد جلسات هيئة التحكيم خارج مكان التحكيم المحدد أن هيئة التحكيم قد غيرت مكان التحكيم ولو عقدت تلك الجلسات في دول مختلفة، مالم تعلن هيئة التحكيم عن تغيير المكان صراحةً، كما يحق للمحكم أو هيئة التحكيم من اتخاذ بعض اجراءات التحكيم في مكان أخر تراه مناسبا لأجراء المعاينة على البضائع أو إلأموال أو إلاطلاع على الوثائق والمستندات وتقارير الخبراء وإلاستماع إلى الشهود، على أن لا يتم إلافراط في تغيير مكان التحكيم بشكل يسيء إلى الأطراف، كما يمكن لهيئة التحكيم إلا تعقد جلسات بصورة دائمة وأنما تكتفي بالتبادل الكتابي للمستندات وتبادل الرأي بالمراسلة بين اعضائها[٢].

٣- سلطة المحكم في تحديد لغة التحكيم: لغة التحكيم هي لغة إلاجراءات التي يتم فيها التحكيم ابتداءً من بدء اجراءات وإدارة الجلسات مروراً بتقديم الوثائق والمستندات والدفاع وصولاً إلى حكم التحكيم، ويمكن أن تكون لغة التحكيم واحدة أو متعددة بحسب تعدد الأطراف وطبيعة النزاع والظروف المحيطة به[٣]، وتعد لغة التحكيم من المسائل بالغة إلأهمية من الناحية القانونية والنفسية في منازعات العقود الإدارية الدولية لتأثيرها على قدرة الأطراف في السير باجراءات التحكيم ومتابعته بدقة، وما يتحملانه من جهد ووقت وأموال بترجمة الوثائق والمستندات باللغة التي يجري فيها التحكيم[٤]، كما أن التحكيم بلغة لا يتحدث بها اطراف النزاع أو من ينوب عنهم أو شهودهم يخلق ضغطاً كبيراً على الأطراف، كما يؤدي إلى إنحسار رقعة البحث على المحكم القادر على أنجاز العملية التحكيمية بهذه اللغة[٥].

وإلاصل أن ارادة الأطراف هي من تحدد لغة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وعلى المحكم أو هيئة التحكيم إلالتزام بها، على أن اتفاق الأطراف على لغة التحكيم عند شرط التحكيم اي ضمن بنود العقد إلاصلي وإلا كانت لغة العقد هي لغة التحكيم، وهناك من يرى أن لغة التحكيم هي لغة الدولة التي تجري فيها عملية التحكيم مالم يتفق الأطراف على غير ذلك [٦].

أما عند عدم إلاتفاق بين الأطراف فان المحكم أو هيئة التحكيم هي من تقوم بتحديد اللغة أو اللغات التي تجري على هذه إلاجراءات، وهذا إلاتفاق يسري أيضاً على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة والمرافعات الشفهية، أو اي قرار تحكيم أو اي بلاغ يصدر من هيئة التحكيم مالم ينص إلاتفاق على غير ذلك، ويحق

١- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، المحكم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص ١٠٠ .
٢- د فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٣١٤ .
٣- د كرم محمد زيدأن النجار ، المصدر السابق ، ص ١٦٦ .
٤- د نادية محمد عوض ، التحكيم التجاري ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٣٩ .
٥- د صادق محمد محمد جبرأن ، المصدر السابق ، ص ١٠٢ .
٦- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ٢٨٤ .

للمحكم أو هيئة المحكمة أن تامر بارفاق ترجمة لأي مستند أو وثيقة مقدمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف أو التي حددها المحكم أو هيئة التحكيم.

وهذا ما ذهبت إليه اغلب التشريعات العربية والدولية[١]، حيث نص قانون التحكيم المصري في المادة (١/٢٩) على أنه (يجري التحكيم باللغة العربية مالم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى..)، وكذلك نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧ في المادة (٢٠) نص على أنه (إذا لم تتفق الأطراف على لغة التحكيم تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات التحكيم...).

أما قانون المرافعات المدنية العراقي فلم يتطرق إلى لغة التحكيم، ولكن المبدأ يدل أنه إذا جرى التحكيم في العراق فان اللغة العربية هي لغة التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك؛ لأن لغة التحكيم هي لغة البلد الذي يجري فيه التحكيم، إلاّ أن لغة التحكيم تم الأشارة إليها في المادة (٢٩/أولاً) من مشروع قانون للتحكيم التجاري الدولي العراقي[٢]، أما المشرع الفرنسي فهو الأخر لم يشير إلى لغة التحكيم، ولكنه أشار إلى ترجمة المستندات في حالة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مجال التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

ثانياً- سلطات المحكم اثناء السير باجراءات التحكيم

يمارس المحكم عدد من السلطات اثناء السير باجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية منها البدء في اجراءات التحكيم وإدارة الجلسات وتحديد المواعيد، وكما يأتي:

١- بدء اجراءات التحكيم: أن بدء الإجراءات التحكيمية في منازعات العقود الإدارية الدولية من المسائل المهمة التي ينبغي تحديدها بشكل واضح وصريح لما يترتب عليها من اثار اجرائية، اضافة لما لها من أهمية كبيرة في تحقيق السرعة في حسم النزاع والتي تعد من أهم المميزات التي ساعدت في اتخاذ نظام التحكيم طريقا بديلا لفض المنازعات التجارية الدولية بشكل عام ومنازعات العقود الإدارية الدولية بشكل خاص[٣]، وإلاصل أن إرادة الأطراف هي المعول عليها في بدء الإجراءات، وفي غياب تلك الإرادة فلهيئة التحكيم أو المحكم اتخاذ ما يراه مناسبا بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق وقواعد النظام العام، وقد اختلف التشريعات العربية والدولية في تحديد بدء اجراءات التحكيم في منازعات العقود

١- المادة (١/٢٨) من قانون التحكيم الإردني ، والمادة (١/٢٢) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ ، المادة (٢٨) م نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية ، المادة (١/١٧) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الإمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦ ، المادة (١٧) من نظام تحكيم محكمة لندن .

٢- المادة (٢٩/أولاً) تنص على أنه " يجري التحكيم باللغة العربية مالم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى ويسري حكم الإتفاق أو القرار على لغة اللوائح المكتوبة والمستندات وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو حكم تصدره مالم ينص اتفاق الطرفين أو تقرر هيئة التحكيم خلاف ذلك " .

٣- د مهند احمد الصانوري ، المصدر السابق ، ص ٩٥ .

الإدارية الدولية، حيث ذهب قانون التحكيم المصري في المادة (٢٧) إلى أنه (تبدأ اجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي مالم يتم يتفق الطرفان على موعد أخر)، ويجب أن يكون التسليم إلى المدعى عليه قانونيا وصحيحا حتى ينتج اثره القانوني في تحديد بدء الإجراءات، وهذا ما شارت الية المادة (٧) من القانون نفسه، وهو ما سار عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥في المادة (٢١) منه[١]، أما المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار فقد اعتمد يوم الإتفاق على التحكيم موعدا للبدء بالاجراءات[٢].

أما قانون المرافعات المدنية العراقي فلم يشر إلى تاريخ بدء الإجراءات التحكيمية، إلا أن مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي قد نص في المادة (٢٧) على أنه (تبدأ اجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)، أما المشرع الفرنسي فقد حدد تاريخ بدء اجراءات التحكيم بالمادة (١٤٥٦) من قانون التحكيم الجديد التي تشير إلى أنه (تنعقد محكمة التحكيم إذا قبل محكم أو اكثر مهمته الموكلة إليه ومن هذا التاريخ ينعقد النزاع)، وكذلك المادة (١/١٤٦٣) التي تنص على أنه (إذا لم يحدد اتفاق التحكيم مدة أنتهاء المنازعة فان مهمة محكمة التحكيم تعتبر محددة بستة اشهر تبدأ من تاريخ اللجوء إلى المحكمة)[٣]، ويتضح أن المشرع الفرنسي قد جعل تاريخ تشكيل هيئة التحكيم بعد موافقة المحكم إلاخير هي تاريخ البدء اجراءات التحكيم على أن لا تزيد على ستة اشهر.

٢- إدارة الجلسات وتحديد المواعيد: يتمتع المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بسلطة واسعة في إدارة الجلسات ولا تتقيد بالشكلية التي تحكم جلسات القضاء العادي أو الإداري، فلها الحق في عقد الجلسات في اي ساعة أو يوم وحتى ايام العطل الرسمية، ولا يقيدها سوى مبدأ احترام حقوق الدفاع حتى يتمكن كل طرف من تقديم حججه ودفاعه في مواجهة الطرف الأخر وتقديم عرض مفصل لموضوع النزاع، ويقع على عاتق المحكم أو هيئة التحكيم التاكد من ابلاغ الأطراف المتنازعة أو من ينوب عنهم بالمواعيد المحددة بفترة كافية، يقدرها المحكم أو هيئة التحكيم حسب سلطتها التقديرية وبدون طلب من الأطراف وحسب ظروف وطبيعة كل نزاع احترأما لمبدأ المواجهة؛ لأنه من النظام العام، وبخلافة يكون الحكم معرضا لبطلان الإجراءات[٤]، وهذا ما أخذ به قانون التحكيم المصري في المادة (٢/٣٣) إذ نص على (ويجب اخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والإجتماعات التي تقرر

١- المادة (٢١) تنص على أنه " تبدأ اجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ، مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك " ، المادة (٢/٣) من قواعد التحكيم التي وضعتها الإمم المتحدة لعام ١٩٧٦ تنص على أنه " تعتبر اجراءات التحكيم قد بدأت في التاريخ الذي يتسلم فيه المدعى عليه اخطار التحكيم " .

٢- المادة (٤٤) تنص على أنه " يتم السير في اجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم وتبعا لقواعد التحكيم السارية في يوم الإتفاق على التحكيم مالم يتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك ، وإذا عرضت مسالة تتعلق باجراءات غير مدرجة في هذا القسم أو في نظام التحكيم أو أي قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان فان المحكمة هي من تفصل في امرها " .

٣- حسام احمد هلال منصور وأخرون ، المصدر السابق ، ص ١٩-٢٤ .

٤- د مهند احمد الصانوري ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .

هيئة الحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كافٍ تقدره هذه الهيئة حسب الظروف)، وهو ما سارت عليه المادة (٢/٢٤) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥[١]، أما قواعد غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧ فقد ذهبت في المادة (١/٢٦) على أنه (إذا تقرر عقد جلسة مرافعة تستدعي هيئة التحكيم الأطراف للمثول أمامها في المكان والزمان اللذين تحددهما بعد اخطارهم بمهلة معقولة)، ويمكن للمحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية أن تكتفي فقط بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا ما أشار إليه قانون التحكيم المصري في المادة (١/٣٣) عندما نص على أنه (تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة....ولها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)، ويمكن لكل طرف أن يرفق بدعواه أو بمذكرة الدفاع صورة من المستندات والأدلة التي تدعم دعواه، ويمكن لهيئة التحكيم أن تطلب في اي وقت تكون عليه الدعوى بعض المستندات والوثائق التي يستند عليها اي من الطرفين في دعواه، وهذا ما ذهبت إليه المادة (٣/٣٠) من قانون التحكيم المصري، وعلى هيئة التحكيم التاكد من علاقة تلك المستندات والوثائق بموضوع النزاع، وفي حالة عدم ارتباط تلك المستندات بموضوع النزاع يمكن لأي طرف أن يقدم دليلاً أخر ضمانا لحق الدفاع[٢].

وعند تخلف أحد الأطراف في منازعات العقود الإدارية الدولية عن حضور الجلسات أو بسبب عجزه من تقديم المستندات والوثائق المطلوبة منه في محاولة منه للالتفاف على الطلبات والتاخير في السير بالاجراءات، عندئذ يحق للمحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية من اصدار حكم بالنزاع على ضوء ما قدمه الطرف الأخر من مستندات، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في المادة (٢٦٦) من قانون المرافعات المدنية التي نصت على أنه (يفصل المحكمون في النزاع على اساس عقد التحكيم أو شرطة والمستندات وما يقدمه الخصوم لهم وعلى المحكمين أن يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم، ويجوز الفصل في النزاع بناءً على الطلبات والمستندات المقدمة من جانب وأحد إذا تخلف الطرف الأخر عن تقديم ما لدية من أوجه الدفاع في المدة المحددة).

وهو ما سار عليه المشرع المصري[٣]، أما المركز الدولي المنبثق عن اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار لعام ١٩٦٥ فقد ذهب إلى أن فشل اي طرف في منازعات العقود

١- المادة (٢/٢٤ تنص على أنه " يجب اخطار الطرفين بموعد أي جلسة مرافعة شفهية واي اجتماع لهيئة التحكيم لأغراض معاينة بضائع أو ممتلكات أخرى أو لفحص مستندات وذلك قبل الأنعقاد بوقا كافٍ " .

٢- د ناص محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ٣١٣ .

٣- المادة (٣٥) من قانون التحكيم تنص على أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الإستمرار في اجراءات التحكيم واصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها"، وكذلك المادة (٢٥/ج) من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أنه" أن تخلف أحد

الإدارية الدولية من الحضور أمام المحكمة أو لم يتمكن من تقديم دعواه فلا يرتب حقا للطرف الأخر، أما عند عدم حضور أحد الأطراف أو فشل في تقديم دعواه يمكن للطرف الأخر أن يطلب من المحكمة أن تتخذ قرارا بحسم النزاع وعلى المحكمة أن تخطر الطرف المتخلف قبل اتخاذ اي قرار واعطاءه مهلة قضائية إلا إذا كانت هيئة التحكيم مقتنعة بان الطرف الغائب ليس في نيته المثول أمامها[١].

كما يحق لهيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية أن تعين خبيراً أو أكثر لتقديم تقارير مكتوبة أو شفهية بخصوص مسائل محددة ويثبت ذلك التقرير في محضر الجلسات[٢]، ويمكنها أيضاً الإستماع إلى شهادة الشهود، على أن يكون الإستماع للشهود والخبراء دون اداء اليمين؛ لأن سلطة تحليف اليمين لا تنعقد إلا للقاضي وهو ما يميز التحكيم عن القضاء، وهذا ما أشارت إليه المادة (٤/٣٣) من قانون التحكيم المصري بالنص على أنه (ويكون سماعة الشهود والخبراء بدون اداء يمين)، كما يمكن لهيئة التحكيم الأنتقال لمكان النزاع لأجل المعاينة والتاكد من الأموال أو البضائع أو مراحل تنفيذ المشروع.

وقد تحصل مسائل تعترض اجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية تخرج من ولاية هيئة التحكيم، أما لأنها غير قابلة لأعمال اجراءات التحكيم فيها أو لأنها غير خاضعة لاتفاق التحكيم، كأن يتم الطعن من قبل اي طرف بالتزوير في اي ورقة قدمت لهيئة التحكيم أو حصول اجراءات جنائية بتزويرها أو فعل جزائي أخر، فما هي سلطة المحكم أو هيئة التحكيم إزائها؟

وقد اختلفت التشريعات بصدد معالجة تلك المسائل، فالمشرع العراقي ذهب إلى أن يقوم المحكمون بايقاف عملهم ويصدرون قرارا للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع، على أن يتم وقف سريان المدة المحددة لحين صدور حكم المحكمة، وهذا ما نصت علية المادة (٢٦٨) من قانون المرافعات المدنية بالقول أنه (إذا عرضت خلال التحكيم مسالة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت اجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي أخر، يوقف المحكمون عملهم ويصدرون قرارا للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى أن يصدر حكم بات في هذه المسالة)، أما المشرع المصري فقد اتاح لهيئة التحكيم الإستمرار في اجراءات التحكيم، إذا وجدت أن مسالة تزوير الورقة أو الفعل الجنائي ليس له ارتباط بالفصل بموضوع النزاع، وإلا كان لها أن توقف الإجراءات حتى يتم صدور حكم نهائي بمسالة التزوير

الطرفين عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستنديه يجوز لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات واصدار قرار تحكيم بناء على الأدلة المتوافرة لديها " .

١- المادة (٤٥) من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار لعام ١٩٦٥ .

٢- المادة (٣٦) من قانون التحكيم المصري ، المادة (٢٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ .

من قبل محكمة استئناف القاهرة أو اي محكمة استئناف يتفق عليه الأطراف[١]، أما المشرع الفرنسي فقد اعطى هيئة التحكيم سلطة الفصل في التحقيق من وقوع التزوير بموجب المادة (١٤٧٠) التي تنص على أنه (مالم تشترط خلاف ذلك فالمحكمة التحكيم سلطة الفصل في وقائع التحقق من الكتابة والتزوير...).

وقد تتوقف جلسات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بسبب احوال طارئة وهذه الإحوال أما أن تؤدي إلى وقف الإجراءات أو إلى أنقطاعها:

١- وقف الإجراءات: وهي عملية وقف سير الإجراءات التحكيمية باتفاق الأطراف، وينقسم إلى نوعين:
أ- الوقف الإتفاقي: ويتم باتفاق الأطراف وعلى المحكم أو هيئة التحكيم الإستجابة لوقف السير بالاجراءات مع تحديد مدة للوقف مسبقاً على أن لا تتجاوز المدة المحددة قانونا لإصدار حكم التحكيم، وهو ما ذهب إليه المشرع العراقي بالمادة (٨٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على أنه (يجوز وقف الدعوى إذا اتفق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر من تاريخ اقرار المحكمة لاتفاقهم).

ب- الوقف التعليقي: ويتم بقرار من المحكم أو هيئة التحكيم وتتوقف الإجراءات حتى زوال السبب، وهي ظهور حالات تعرقل سير الإجراءات كوجود مسائل تخرج عن ولاية المحكم أو الطعن بالتزوير في ورقة قدمت للمحكمة أو اتخاذ اجراءات جزائية أو اي حادث جزائي أخر، وهو ما أشارت إليه المادة (٢٦٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي[٢]، أما المشرع المصري فعالجها في المادة (٤٦) من قانون التحكيم، والمشرع الفرنسي عالج الوقف التعليقي في المادة (١٤٧٢) من قانون التحكيم المعدل بالمرسوم لعام ٢٠١١[٣].

٢- أنقطاع الإجراءات: وهي عملية أنقطاع سير اجراءات التحكيم بقوة القانون، وأن أنقطاع اجراءات التحكيم هو تاكيدٌ لمبدأ حق الدفاع لأن موت أحد الأطراف أو فقدانه لأهلية الخصومة مما يجعل منه عاجزا عن الدفاع عن حقه، وعلى المحكم أو هيئة التحكيم أن تتخذ قرارا بقطع سير الإجراءات لحين

١- المادة (٤٦) من قانون التحكيم المصري تنص على أنه " إذا عرضت خلال اجراءات التحكيم مسالة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت اجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي أخر لهيئة التحكيم إلاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رات أن الفصل في هذه المسالة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجنائي إلأخر ليس لازما للفصل في موضوع النزاع ، وإلا أوقفت إلاجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذه الشأن ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم " .
٢- المادة (٢٦٨) تنص على أنه " إذا عرضت خلال التحكيم مسالة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت اجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي أخر ، يوقف المحكمون عملهم ويصدرون قرارا للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى أن يصدر حكم بات في هذه المسالة " .
٣- المادة (١٤٧٢) تنص على أنه " لمحكمة التحكيم أن توقف الفصل في النزاع ولهذا القرار اثر واقف لسير الخصومة للأجل أو الحدث الذي تحدده الهيئة ، ولهيئة التحكيم وفقا للظروف أن تلغي الوقف أو أن تعجله "

توافر البديل، ولكي يتحقق إلأنقطاع يجب أن تكون الوفاة أو فقدأن إلاهلية بعد بدء الخصومة، وقد أخذ به قانون المرافعات المدنية العراقي بالمادة (٨٤) عندما نص على أنه (ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده اهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه إلا إذا كانت الدعوى قد تهيات للحكم في موضوعها)، أما المشرع المصري فقد احال الأمر للقواعد العامة لقانون المرافعات المصري وفق ما جاء بالمادة (٣٨) من قانون التحكيم[١]، وقد عالج المشرع الفرنسي أنقطاع إلاجراءات في التحكيم الداخلي في المواد (١٤٧١و١٤٧٣و١٤٧٤) ولم يعالجها في التحكيم الدولي، ويمكن الرجوع فيها إلى القواعد العامة .

وموت المحكم أو عزلة أو اعتزاله أو فقدان اهليته يؤدي إلى أنقضاء خصومة التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم أخر وعندها تتوقف إلاجراءات لحين توفر المحكم البديل، أما إذا تعذر ذلك تنقضي خصومة التحكيم ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم مرة أخرى إلا بأتفاق جديد [٢].

ويجب على المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية أن تدون كل ما يجري في الجلسات بموجب محضر منظم وتسلم منه صوره إلى الطرفين مالم يتفقا على خلاف ذلك، وتجري هيئة التحكيم جلساتها بصورة سرية ومغلقة مالم يتفق الأطراف على غير ذلك حفاظا على إلاسرار التجارية والإدارية والفنية، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي[٣].

ويجب أن يقوم اعضاء الهيئة التحكيمية جميعا باجراءات التحقيق ويثبت بموجب محضر يتم التوقيع عليه من قبلهم جميعا مالم يكونوا قد أنابوا أحدهم للقيام باجراء معين وتم تثبيته في المحضر، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (٢٦٧) من قانون المرافعات المدنية، والمشرع الفرنسي في المادة (١/١٤٦٧) من قانون التحكيم الجديد[٤].

يتبين مما تقدم ان السلطات الاجرائية للمحكم في السير بأجراءات العملية التحكيمية سواء ما تعلق منها قبل السير او اثناء السير بالاجراءات ، ان المحكم يتمتع بسلطة تقديريه واسعة عند عدم الاتفاق بين الاطراف على هذه الاجراءات، ولا تقيد سلطته هذه الا بمراعاة النظام العام وظروف الدعوى وظروف المحتكمين.

١- المادة (٣٨) تنص على أنه " ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في إلاحوال وفقا للشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية ويترتب على أنقطاع سير الخصومة إلاثار المقررة في القانون المذكور ".

٢- د فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٤-٢٩٥ .

٣- المادة (١٤٧٩) من قانون التحكيم الفرنسي الجديد تنص على أنه " تكون مدأولأت محكمة التحكيم سرية " .

٤- المادة (٢٦٧) تنص على أنه " يتولى المحكمون مجتمعين اجراءات التحقيق ويوقع كل منهم على المحاضر مالم يكونوا قد ندبوا واحدا منهم لإجراءات معينة واثبتوا ذلك في المحضر " ، المادة (١/١٤٦٧) تنص على أنه " تقوم محكمة التحكيم كاملة باجراء التحقيقات اللازمة مالم يسمح الأطراف بتفويض أحد اعضائها للقيام بهذه المهمة "

الفرع الثاني

سلطات المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة واجراءات تحفظية وفي إلاثبات

بعد بيان إلاجراءات التي أنيطت بالمحكم أو هيئة التحكيم في السير باجراءات التحكيم سواء كانت قبل أم اثناء السير بتلك إلاجراءات التحكيمية، ويملك المحكم اضافة لما تقدم اتخاذ بعض التدابير المؤقتة وإلاجراءات التحفظية التي شرعت لمواجهة خطر التاخير في توفير الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية، كما ويملك بعض السلطات في مجال إلاثبات وهي التي تجري أمام المحكم كما هو الحال أمام القاضي مع وجود بعض إلاختلاف بينهم، وهو ما سيتم بحثه في هذا الفرع وكالأتي :

أولاً- سلطة المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة واجراءات تحفظية

عرفت محكمة عدل المجموعة إلأوروبية التدابير الوقتية والتحفظية بأنها (هي التدابير المخصصة للمحافظة على مركز واقعي أو قانوني بهدف حماية الحقوق المطلوب إلاعتراف بها من قاضي الموضوع الذي يفصل بالنزاع)، والهدف من التدابير الوقتية هو حماية مصلحة عاجلة لا يتسنى حمايتها بالطرق العادية بسبب البطء باجراءات التقاضي، وهي تهدف إلى حماية بديلة وقتية محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، ولا يراد منها الحصول على حكم سريع وحاسم في موضوع النزاع وتبقى قائمة إلى حين تحقيق الحماية العادية[١]، أما إلاجراءات التحفظية فهي مجموعة ما يؤمر به على وجه إلاستعجال بناءً على طلب صاحب المصلحة للمحافظة على الحق ودرء الخطر عنه تمهيدا لتحقيقه في المستقبل[٢]، مثل طلب الأمر بأجراء الصيانة الضرورية اللازمة للمصنع خوفا من توقفه وفقدان العملاء، وطلب الأمر بأتخاذ تدابير بالمحافظة على السلع والبضائع والمعدات موضوع النزاع أو طلب اثبات حالة واجراء معاينة، وتتسم إلاجراءات الوقتية والتحفظية بالتبعية؛ لأنها لا توجد إلا إذا كان هناك نزاع اتفق بشأنه على التحكيم.

وقد تقتضي طبيعة وظروف موضوع النزاع المعروض على المحكم أن يقوم بالسرعة الممكنة بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسه باتخاذ بعض التدابير الوقتية أو التحفظية أو إصدار بعض الأحكام الوقتية لتجنب حصول اضرار بالغة قد تلحق باحد الأطراف إذا ما أنتظر حتى صدور الحكم النهائي أو التي تجعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى[٣].

١- د ابو العلا علي ابو العلا النمر ، النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم ، دار النشر إلالكتروني ، القاهرة ، د س ، ص ١٦-١٧ .
٢- د احمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، المصدر السابق، ص ٩٣٤.
٣- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ٣٧٧ .

ويوجد هناك ثلاثة اتجاهات فقهية بشأن مدى سلطة المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية من اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم، الأول: يذهب إلى أن القضاء هو صاحب الإختصاص الإصيل في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية؛ لأن امكانية المحكم أو هيئة التحكيم محدودة ولا تستطيع التغلب على العراقيل والعقبات التي تعترضها إلا بمساعدة قضاء الدولة، اضافة إلى دراية القضاة بالقانون وقدرتهم على تطبيقه قد تستدعي الظروف اتخاذ بعض التدابير المؤقتة والتحفظية في غير أوقات أنعقاد هيئة التحكيم لأن جلسات هيئة التحكيم تنعقد بصورة متقطعة، كما أن اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية تتطلب السرعة وعنصر المفاجاة بينما اجراءات التحكيم تتطلب احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، وأن الأحكام الصادرة من المحكم لا تنفذ إلا من خلال القضاء، كما أن المحكم لا يملك سلطة الجبر[١]. والثاني: فيذهب إلى أن المحكم أو هيئة التحكيم بناء على ارادة الأطراف تملك السلطة الواسعة في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية؛ لأنها إلاقدر على تحديد مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه التدابير الوقتية والتحفظية مما يمنع الأطراف من التوجه إلى القضاء المستعجل، كما يؤدي إلى ضغط النفقات وتوحيد الجهة التي تفصل في النزاع، إلا أن هناك من يرى أن هذا إلاختصاص يمنح لهيئة التحكيم بعد تشكيلها إلا في حالتين، إلأولى عندما يحتاج الأمر الصادر من المحكم إلى الزام لتنفيذه ورفض الخصم تنفيذه طواعية، والثانية أن يكون إلاجراء المطلوب يتم في دولة أخرى حتى وأن لم يتضمن إلالزام، مما أدى إلى اضعاف هذا الرأي من قبل الفقه والقضاء[٢].

إلاتجاه الثالث: فيقوم على مبدأ إلاختصاص المشترك ما بين القضاء وهيئة التحكيم؛ لأن الطلب المقدم من أحد الأطراف باللجوء إلى القضاء لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية لا يتعارض مع اتفاق التحكيم؛ لأن اصل الحق يبقى قائماً للمحكم أو لهيئة لتحكيم، اضافة إلى أن استبعاد القضاء من النزاع لوجود اتفاق التحكيم يتعلق بالقضاء الموضوعي وليس الوقتي[٣]، وهو إلاتجاه الراجح الذي ينبغي على المشرع العراقي إلأخذ به عند قيامه بتشريع قانون خاص للتحكيم، كما أخذ به المشرع المصري في المادة (١٤) من قانون التحكيم[٤].

ولم يتناول المشرع العراقي في باب التحكيم الوارد في قانون المرافعات المدنية سلطة المحكم أو هيئة التحكيم باتخاذ مثل هذه إلاجراءات، ولكنه اجاز لأحد الأطراف بتقديم طلب إلى القاضي باتخاذ اجراءات تحفظية عن طريق الحجز إلاحتياطي أو عن طريق القضاء المستعجل وفق المواد (٢٣١-٢٥٠) من

١- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ٢٠١ .
٢- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصدر السابق ، ص ١٥١.
٣- د منير عبد المجيد ، إلاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢١٢ .
٤- المادة (١٤) تنص على أنه " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون أن تامر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء باجراءات التحكيم أو اثناء سيرها " .

قانون المرافعات المدنية، كما أشار المشرع في المادة (١٤١) إلى المحكمة المختصة بالقول (تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس باصل الحق)، ويتبين أن المشرع قد احال الأمر إلى القواعد العامة لقانون المرافعات، ويمكن القول بأمكانية لجوء أحد اطراف النزاع المعروض على التحكيم إلى القضاء لغرض اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، ولا يعد تعارضا مع اتفاق التحكيم ولا تنازل عن حقه في اللجوء إلى التحكيم، وقد تناول مشروع قانون التحكيم العراقي هذه إلاجراءات في المواد (٤٢/ أولاً و٤٢)[١]، أما المشرع المصري فقد اعطى الحق لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أن تتخذ ما تراه مناسباً من تدابير وقتية وتحفظية في المادة (٤٢) من قانون التحكيم التي نصت على أنه (يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها).

واعطت العديد من التشريعات الدولية المحكم أو هيئة التحكيم الحق في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية[٢]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بموجب المادة (١٤٦٨) من قانون التحكيم المعدل لعام ٢٠١١ والتي تنص على أنه (لمحكمة التحكيم أن تامر الأطراف في ضوء الشروط التي تحددها مع إلاحتفاظ بحقها في توقيع غرامة تهديدية عند الحاجة باتخاذ كافة التدابير التحفظية أو المؤقتة التي ترى أنها مناسبة ومع ذلك فان قضاء الدولة يعتبر المختص وحده بالأمر بالحجز التحفظي والتامينات القانونية كما يجوز لمحكمة التحكيم تعديل أو استكمال التدابير الوقتية أو التحفظية التي امرت بها)[٣].

ثانياً- سلطة المحكم في مجال إلاثبات

الأصل أن إلاثبات يتم بالوسائل التي يقدمها الأطراف إلى المحكم أو هيئة التحكيم ويطالبونها بمباشرتها، وللمحكم أو هيئة التحكيم الحرية في فحص وتقدير كل الأدلة والمستندات المقدمة إليه لتحديد ما يقبل منها أو يرفض، ويستمد المحكم أو هيئة التحكيم سلطاته من اتفاق التحكيم، وبناءً على ذلك فمن حق المحتكمين في منازعات العقود الإدارية الدولية أن يتفقوا على طرق إلاثبات وادلته والقانون الذي يحكم إلاثبات، وعلى المحكم أو هيئة التحكيم احترام هذا إلاتفاق وتطبيقه وإلا فان إلاختيار يقع على عاتق المحكم أو هيئة التحكيم، أو يتم إلاتفاق بين المحكم والأطراف على طرق إلاثبات وإلأدلة وإلأخذ

١- المادة (٢٤/أولاً) تنص على أنه " لطرفي التحكيم إلاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحدهما أو من تلقاء نفسها أن تامر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقته أو احترازية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان لتغطية نفقات التدابير التي تامر بها على أن يكون امرها مسببا " ، المادة (٤٢) تنص على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاما وقتية في جزء من الطلبات المقدمة من طرفي التحكيم وذلك قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها " .

٢- المادة (٢٣/أ) من قانون التحكيم إلاردني، المادة (١٧) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥، المادة (٤٧) من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن إلاستثمار لعام ١٩٦٥، المادة (١/٢٨) من قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧، المادة (١/٢٦) من قواعد إلأونسيترال للتحكيم لعام ٢٠١٣، المادة(٢٩) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري .

٣- حسام احمد هلال منصور وأخرون ، المصدر السابق ، ٢٨ .

بأفضلها[١]، ولا يكتفي المحكم أو هيئة التحكيم بالأدلة والمستندات التي يقدمها الأطراف بل يبحث بنفسه وبكافة الوسائل عن الأدلة التي يراها مناسبة للوصول إلى الحقيقة، كما يمكنها الإستعانة بكافة طرق الإثبات كتقديم المستندات والوثائق اللازمة لحسم النزاع أو الإستماع للشهادة أو الأنتقال للمعاينة أو تعيين الخبير. ويجب أن يكون اثبات الواقعة جدياً ومحدداً ومتصلاً بالدعوى ومنتجا فيها بحيث لو أنها ثبتت فانها تساهم في تكوين قناعة لدى المحكم بمنح الحماية المطلوبة، لهذا يشترط لقبول اثبات واقعة معينة أنه يمكن اثباتها [٢].

وقد أشار المشرع العراقي لمسالة الأنابة القضائية ومسالة طلب احضار الشهود، وبما أن المحكمون وفق قانون المرافعات المدنية العراقي لا يملكون صلاحية بهذا الشأن، لذا فالمشرع الزم هيئة التحكيم بالرجوع للمحكمة المختصة بنظر النزاع لاتخاذ القرار في الإجراءات التي تخرج عن سلطتها في موضوع الأنابات القضائية، والإجراء المتخذ من قبلها عند تخلف الشاهد عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة [٣]. ويملك المحكم أو هيئة التحكيم سلطات واسعة في مجال الإثبات ومن أهمها الإطلاع على أصول المستندات وسماع الشهود والإستعانة الخبراء واجراء المعاينة واستجواب الأطراف، وكما يأتي:

١- الإطلاع على المستندات: تعد المستندات من أهم عناصر الإثبات الرئيسية في منازعات العقود الإدارية الدولية، ويمكن للمحكم أو هيئة التحكيم أن تأمر أحد الأطراف بتقديم ما يمتلكه من اصول المستندات لغرض فض النزاع دون طلب من الطرف الأخر، كما يمكن لأحد الأطراف أن يطلب من المحكم أو هيئة التحكيم أن تامر خصمه بتقديم اي مستند يتعلق بالنزاع إذا ما توافرت أدله على ذلك وهذا ما أشار إليه قانون التحكيم المصري بالمادة (٣/٣) التي تنص على أنه (...ولا يخل هذا بحق هيئة التحكيم في اي مرحلة كانت عليها الدعوى في طلب تقديم اصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها اي من طرفي الدعوى)، وكذلك ذهبت المادة (٣/٢٤) من قانون الأونسيترال لعام ١٩٧٦ بالنص على أنه (لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرفين في اي وقت اثناء اجراءات التحكيم أن يقدما خلال المدة التي تحددها وثائق أو مستندات أو اي أدلة أخرى)، وكذلك المادة (٢/٢٠) من القانون النموذجي لعام

١- د مهند احمد الصانوري ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .
٢- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ٢٠٦ .
٣- المادة (٢٦٩) تنص على أنه "يجب على المحكمين الرجوع إلى المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع لإصدار قرارها في الأنابات القضائية التي قد يقتضيها الفصل في النزاع أو إذا اقتضى الأمر اتخاذ اجراء مترتب على تخلف الشهود أو الإمتناع عن الإجابة ".

١٩٨٥[١]، وكذلك ذهبت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري إلى حق هيئة التحكيم في طلب المستندات من الطرفين في اي مرحلة من مراحل الدعوى[٢].

٢- سماع الشهود: الشهادة هي قيام شخص من غير اطراف الخصومة بعد اداء اليمين بالادلاء في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول حقيقة تصلح محلا للأثبات، وتعد اداء الشهادة واجب يتطلب على من يجب عليه الحضور في المكان والزمان المحددين له، ويملك المحكم أو هيئة التحكيم سلطة استدعاء الشهود ومناقشتهم في اجواء تختلف عن تلك إلاجواء الموجودة أمام القضاء، وعلى المحكم أو هيئة التحكيم السماح بالشهود للأدلاء بشهاداتهم بحرية، وللشاهد أن يقدم شهادته شفوياً أو مكتوبه وللمحكم السلطة التقديرية في الأخذ بكل أو بعض هذه الشهادة أو تركها، ولم يشترط قانون التحكيم المصري اداء اليمين للشهادة وحسب ما جاء بالمادة (٤/٣٣) والتي تنص على أنه (يكون سماع الشهود والخبراء بدون اداء يمين)، على عكس من المشرع إلاردني الذي اشترط اداء اليمين قبل الشهادة[٣]. ومع ذلك يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم عدم إلاستماع إلى شهادة الشهود إذا توافر لدية ما يكفي من أدلة إلاثبات وأن الدعوى قد استكملت جميع جوأنبها إلاجرائية والموضوعية لإصدار الحكم فيها.

٣- إلاستعانة بالخبراء: الخبرة طريق من طرق إلاثبات المباشرة تتصل مباشرة وماديا بالواقعة محل إلاثبات[٤]، ويتم اللجوء إلى الخبرة لاستجلاء العناصر الفنية والهندسية والحسابية في النزاع التي لا يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم الوصول إليها بمفردهم، ويحق لهيئة التحكيم أن تعين خبيراً أو اكثر لغرض تقديم تقريراً مكتوباً أو شفهياً بعد تمكينه من إلاطلاع على الوثائق والمستندات وفحص ومعاينة البضائع وإلأموال وكل ما يتعلق بالنزاع. وتجري مناقشة تقرير الخبير في جلسة من قبل هيئة التحكيم والأطراف، وهذا ما ذهب إليه قانون التحكيم المصري في المادة (٣٦)[٥]. وعلى الأطراف تسليم

١- المادة (٢/٢٠) تنص على أنه "استثناء من أحكام الفقرة ١ من هذه المادة ، يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للمدأولة بين اعضائها ولسماع اقوال الشهود أو الخبراء أو طرفي النزاع أو لمعاينه البضائع أو غيرها من الممتلكات أو لفحص المستندات مالم يتفق الطرفان على غير ذلك "

٢- المادة (٢٥) تنص على أنه " يجوز للهيئة في ايه مرحله من مراحل الدعوى أن تطلب من الطرفين تقديم مستندات أو ادله أخرى وأن تجري أو تجري معاينه للمكان محل النزاع وأن تتخذ ما تراه ملائما من التحقيقات "

٣- المادة (٣٢/د) تنص على أنه " يكون سماع الشهود والخبراء بعد اداء اليمين وفق الصيغة التي تقرره هيئة التحكيم " ، وكذلك ذهبت في هذا إلاتجاه المادة (٢/٢٣) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري

٤- د احمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، المصدر السابق، ص ٩٢٣.

٥- المادة (٣٦) تنص على أنه "أ- لهيئة التحكيم تعيين خبيرا أو اكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفوي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينه تحددها وترسل إلى كل من الطرفين من قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير.ب- وعلى كل من الطرفين أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وأن يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخرى متعلقة بالنزاع وتفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم بين الخبير واحد الطرفين في هذا الشأن. ج- وترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير بمجرد ايداعه إلى كل من الطرفين مع اتاحة الفرصة له لأبداء رأيه فيه ولكل من الطرفين الحق في إلاطلاع على الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره وفحصها.٤- ولهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع اقوال الخبير مع اتاحة

المستندات والوثائق التي يحتاج إليها الخبير في عمله وإلا الزمته هيئة التحكيم بتسليمها؛ لأن عدم تسليمها يعد اقراراً منه بأدعاءات الطرف الأخر، وهذا ما سار عليه قانون التحكيم الفرنسي الجديد الذي نص في المادة (٣/١٤٦٧) على أنه (إذا كان هناك دليلاً من أدلة الإثبات بيد أحد من الأطراف جاز لهيئة التحكيم أن تلزمه بتقديمه وفقاً للأصول التي تحددها وعند الحاجه يجوز لها أن تفرض عليه غرامة تهديدية) التي نصت على أنه (لهيئة التحكيم تعيين خبيرا أو اكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة...). ولا يشترط اداء اليمين بالنسبة للخبير في التشريع المصري، وتعد مسالة تعيين الخبراء من أهم وسائل الإثبات التي نصت عليه التشريعات الوطنية والدولية[١]، فقد نصت المادة (١/٢٦/أ) من القانون النموذجي على أنه (يجوز لهيئة التحكيم أن تعين خبيراً أو اكثر من خبير لتقديم إليها بشأن مسائل تحددها الهيئة)، ويمتلك المحكم أو هيئة التحكيم السلطة التقديرية اتجاه تقرير الخبير.

الفرع الثالث

سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على التحكيم (هي مجموعة القواعد التي يرى المحكم أو هيئة التحكيم أنها الأكثر ملائمةً وأنطباقاً سواء كان مصدرها قانونا وطنيا ما ام كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية ام أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول)[٢].

وتعد مسالة تحديد وتطبيق القواعد الإجرائية التي تحكم سير منازعات العقود الإدارية الدولية المطروحة على التحكيم من المسائل بالغة الأهمية في فلسفة التحكيم التجاري الدولي؛ وذلك لأن اطراف النزاع يلجؤون إليه لتحاشي التعطيل الذي قد تتعرض له المنازعة إذا اتبعت الإجراءات المطبقة في القوانين الوطنية، وتفادي افشاء اسرار المنازعات الإدارية إذا ما عرضت على القضاء الداخلي وهو الأمر الذي لا ترغب فيه الشركات الإجنبية الكبرى المتعاقدة مع الدولة، وقد استقر كل من الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدولية على اعطاء مبدأ سلطأن الإرادة الدور الإصلي في تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في المنازعات التجارية الدولية بصورة عامة وبمنازعات العقود الإدارية الدولية بصورة خاصة.

الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره ولكل من الطرفين أن يقدم في هذه الجلسة خبيرا أو اكثر من طرفه لأبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك "

١- المادة (١/٢٧) من قواعد الأونسيترال لعام ١٩٧٦ تنص على أنه " يجوز لهيئة تعيين خبير أو اكثر لتقديم تقرير كتابي إليه بشأن مسائل معينه تحددها ، وترسل على الطرفين صورة من التفويض الذي اسند إلى الخبير كما حددته هيئة التحكيم" ، المادة (٣٤/أ) من قانون التحكيم الإردني ، المادة ٤/٢٥) من قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧ .

٢- د احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة ، جامعة الكويت ، العدد الأول والثاني ، السنه ١٧، مارس يونيو ١٩٩٣، ص ١٧٤.

وقد تتفق ارادة الأطراف على تطبيق القانون إلاداري للدولة المتعاقدة أو القانون إلاداري الخاص باحد القوانين الدولية أو القواعد أو اللوائح التابعة لأحد المراكز أو المؤسسات التحكيمية الدائمة كقانون المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن إلاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وقد لا يتمكن الأطراف من تحديد القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات أما بسبب عدم ادراك الأطراف المتنازعة لما قد يحصل من مسائل مستقبلية قد يثيرها النزاع، أو لقصور في معرفة قواعد التحكيم وبالتالي الخوف من التصادم ما بين القواعد إلاجرائية الأمرة مع القواعد المتعلقة النظام العام في دولة تنفيذ الحكم التي لا يجوز مخالفتها[١]، هنا تقع على المحكم أو هيئة التحكيم مسؤولية تحديد القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات، وتعد من المسائل المهمة والشاقة لأن المحكم أو هيئة التحكيم لا يملك قانون اختصاص (كما هو للقاضي) يمكنه الرجوع إليه في اختيار القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات.

ومسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات في منازعات العقود الإدارية الدولية لها أهمية عملية في رفد المحكم أو هيئة التحكيم بمجموعة القواعد القانونية التي تحسم المسائل إلاجرائية التي قد تنتج اثناء سير العملية التحكيمية كالمواعيد وتبادل المذكرات والشهود وغيرها من إلاجراءات وبالتالي لم تعد مسالة نظرية[٢].

ويختلف القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بحسب ما إذا كان يتعلق بتحكيم خاص أو مؤسسي، ففي حالة لجوء الأطراف إلى التحكيم المؤسسي وهو الغالب في منازعات عقود التجارة الدولية بشكل عام ومنازعات العقود الإدارية بشكل خاص فلا يجد المحكم أو هيئة التحكيم صعوبة في اختيار وتطبيق القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم؛ لأن الأطراف عند اتفاقهم على إحالة النزاع للتحكيم على أحد المراكز الدائمة فهو اقرار الأطراف بأنها ارتضت بتطبيق اللوائح والتعليمات لهذا المركز وبما يتضمنه من القواعد إلاجرائية، أما في التحكيم الخاص أو الحر فالمحكم أو هيئة التحكيم تملك من السلطات الواسعة بما يمكنها من تطبيق ما تراه مناسباً من اجراءات على عملية التحكيم أيا كان مصدرها على أن لا يخل بحقوق وضمانات الدفاع والمساواة والعدالة بين الأطراف[٣]، وقد يرى البعض أن على المحكم أو هيئة التحكيم عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف أن تبحث عن إلارادة الضمنية لهم، ويرى البعض عند غياب ارادة الأطراف تطبيق اجراءات التحكيم لقانون البلد الذي يوجد فيه مقر التحكيم، أو القواعد إلاجرائية المنصوص عليها في لوائح أحد

١- د ايناس الخالدي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٢ .
٢- د مهند احمد الصانوري ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ .
٣- د ابو زيد رضوان،المصدر السابق،ص١٠١، د مظفر ناصر حسين،القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية،بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية،المجلد/٢،العدد/٧،العراق،٢٠١٠،ص ١٣.

المراكز والمؤسسات التحكيمية الدائمة، إلا أن هذا الإتجاه قد أنتقد[١]، ويبقى الإتجاه الراجح هو عند عدم توافر ارادة الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية أو اغفالها لبعض الجوأنب الإجرائية.

وحتى لا يفقد التحكيم أهميته ذهبت اغلب التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية[٢] إلى ضرورة تمتع المحكم أو هيئة التحكيم بالسلطة الواسعة في اختيار القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لطبيعة النزاع سواء كانت بالرجوع إلى القانون الإداري للدولة المتعاقدة أو أحد القوانين الوطنية الداخلية للدول الأخرى والتي يرى فيها المحكم أو هيئة التحكيم أنها الأكثر ارتباطاً بالنزاع أو اي نظام قانوني أخر.

وقد نصت المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (١- يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الإتفاق على التحكيم أو اي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون. ٢- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقييد باجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام)، ويتبين أن المادة أوجبت اخضاع الإجراءات التي يطبقها المحكمون لقانون المرافعات أولاً، كما اعطى لإرادة الأطراف وضع اجراءات يسير عليها المحكمون، كما منح المحكم بالصلح الحرية افي اتخاذ ما يراه من اجراءات إلا ما يتعلق منها بالنظام العام، وكذلك ذهب المشرع المصري في المادة (٢٥) إلى اعطاء الحرية لهيئة التحكيم في اتخاذ ما تراه من اجراءات عند عدم اتفاق الأطراف على الإجراءات[٣]، وكذلك المادة (١٥٠٩) من القانون الفرنسي الجديد التي أشارت إلى أنه إذا لم يتفق اطراف النزاع على تنظيم اجراءات التحكيم، فان هيئة التحكيم هي من تتولى تنظيم اجراءات التحكيم سواء بطريق مباشرة أو بالإحالة إلى اي قانون معين أو لائحة تحكيم أو اختيار مجموعة من القواعد من هنا وهناك لتكون بمجموعها قواعد اجرائية يمكن السير بها للوصول إلى حكم نهائي[٤].

ومن التطبيقات العملية لهذا المبدأ التحكيم الذي حدث بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية الأمريكية للزيوت في قضية (ارامكو)، عندما جاء بالبند الربع في اتفاق التحكيم حرية المحكم أو هيئة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية، وقد قررت هيئة التحكيم أن القانون السعودي هو القانون الواجب

١- د عصام عبد الفتاح مطر، المصدر السابق ، ص ٤٣٦.

٢- المادة (٢/١٩) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ تنص على " فان لم يكن ثمة مثل هذا الإتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها " ، المادة (٤٤) من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار ، المادة (٢٤) من قانون التحكيم الإردني ، المادة (٢٥) من قانون التحكيم العماني .

٣- المادة (٢٥) تنص على أنه "لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في اخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار اجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " .

٤- د معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة جيل الإبحاث القانونية المعمقة ، العدد/١٩، لبنان ، ٢٠١٧، ص ٣٥.

التطبيق ، لكنها استبعدت القانون السعودي لكونه لا يتضمن قواعد كافية بعقود استغلال البترول وطبقت القانون الدولي؛ لأن أحد أشخاصه طرفاً في العقد[١].

يتبين مما تقدم أن للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة واسعة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على إلاجراءات أو تكملة تلك القواعد إلاجرائية، على أن عمل المحكم أو هيئة التحكيم لا يكون عملا عشوائيا وأنما هو مبني على اسس موضوعية، وأن هذه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم هي ليست سلطة مطلقة وأنما هناك بعض القيود منها الرقابة التي تمارسها السلطة المختصة في دولة مقر التحكيم، والمحكمة المختصة في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم، وهي سلطة تكميله أو احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا عند غياب قانون إلارادة أو اتفاق هذه إلارادة على تخويل هيئة التحكيم باتخاذ إلاجراءات التي تراها مناسبة على إلا تتعارض مع قواعد النظام العام. كما ان سلطتة الخاصة بأجراءات الاثبات والتدابير المؤقتة والتحفظية مقيدة أيضاً، حيث تلعب ارادة الخصوم دوراً بارزاً في تحديد تلك الاجراءات، لانه لا يمتلك أستعمال أجراءات محرمة عليه من قبل الاطراف المتنازعة، ولا يمكنه الاّ ان يقنع الاطراف بتلك الاجراءات.

المطلب الثاني

السلطات الموضوعية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

بعد بيان السلطات التي يتمتع بها المحكم من ناحية إلاجراءات سواء كان قبل السير أم أثناء السير بأجراءات التحكيم أم سلطته في اتخاذ التدابير المؤقتة وإلاجراءات التحفظية وفي إلاثبات وصولاً للقانون المطبق على إلاجراءات، في هذا المطلب سيجري الكلام بالسلطات الموضوعية التي تتجاوز إلاجراءات وتبحث في موضوع الخصومة ذاتها واطرافها وتحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع وصولا إلى حكم التحكيم وبيان نطاق سلطة المحكم في حكم التحكيم، وسوف يقتصر البحث في هذا المطلب في سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في الفرع الأول، وسلطة المحكم في اصدار حكم التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع إلأول

سلطات المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تُعدّ مسالة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية من ابرز المسائل التي تثيرها دراسة هذا النوع من العقود، ومن خلال استقراء إلاراء الفقهية والقضائية ومحاكم التحكيم الدولية نرى

١- د خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، ط ١ ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٢٥٤.

أنها تجمع على الدور الأصيل لمبدأ سلطأن إلارادة في تحديد القانون الذي يطبق على النزاع سواء كانت هذه إلارادة صريحة أم ضمنية، إذ يتمتع أطراف النزاع بالحرية الكاملة في تحديد القانون الذي يطبق على النزاع، وعند غياب هذه إلارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع فياتي الدور على المحكم أو هيئة التحكيم في تحديد القانون. وسيتم التفريق هنا بين حالتين هما، إلاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعدم إلاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وكما يأتي:

أولاً- إلاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

أن البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية لا يتخلف كثيراً عن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية؛ لأنه يعد نموذجاً متقدماً من عقود التجارة الدولية، لذا فان ارادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء كانت ارادة صريحة أو ضمنية من المسائل المسَلم بها والتي اقرتها إلاتفاقيات والتشريعات الوطنية والدولية، ولا يحد من هذه الحرية إلا مسالة أن تكون هذه القواعد متفقة مع قواعد النظام العام الدولي والوطني[١]، وهذا ما أشارت إليه المادة (٢/٥/ب) من اتفاقية نيويورك بشأن إلاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين إلاجنبية لعام ١٩٥٨ بالنص على أنه (يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها إلاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم أن ترفض إلاعتراف والتنفيذ إذا تبين أن في إلاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد).

ويجب على الأطراف أن تعبر عن هذا الحق صراحة أما بصورة بند في العقد إلاصلي أو في اتفاق مستقل، ويجب على الإدارة أن تجتهد كثيراً منذ البداية باختيار القانون الوطني لتطبيقه على العقد إلاداري الدولي أو باختيار قانون أخر يميز بين العقد إلاداري والعقد المدني، مما يحافظ على امتيازات الإدارة المقررة لها لتحقيق المصلحة العامة؛ لأن الحاجة للاستثمار والتنمية واستقطاب رؤوس إلأموال والشركات إلاجنبية في الدول النامية يجب إلا يكون على حساب المصالح الحيوية للدولة.
ويرى بعض الفقهاء أن مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة هي مسالة مهمة؛ لذا ذهب الفقيه (Niboyet) للقول "أن اغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى اخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف، وتساءل لماذا لا ندرج شرطا من سطرين في العقد يدل صراحة على اختيار القانون الذي يحكم العقد"[٢]، وأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق

١- يقصد بالنظام العام (مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامه سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع إلاعلى وتعلو على مصلحة إلأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه إلاتفاقيات مصالح فردية وذلك لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة)
٢- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٣١ .

على موضوع النزاع يلزم المحكم أو هيئة التحكيم بالتطبيق الإجمالي بهذا القانون، وقد يتفق اطراف النزاع صراحة على تفويض المحكم أو هيئة التحكيم بالصلح، ففي هذه الحالة على المحكم أو هيئة التحكيم أن تحكم بالنزاع وفقا لقواعد العدل والأنصاف ولا تتقيد بالقواعد القانونية المنصوص عليها.
وهذا ما أشار إليه قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢/٢٦٥) التي نصت على أنه (إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقييد باجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام)، وكذلك أشار إليه قانون التحكيم المصري في المادة (٤/٣٩) التي تنص على أنه (يجوز لهيئة التحكيم- إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون).
وعند اختيار الأطراف لقانون دولة معينة ليحكم النزاع الذي ينشأ عن تنفيذ العقد المبرم بينهم، يجب على المحكم تطبيق القواعد الموضوعية للقانون المختار دون القواعد المتعلقة بالتنازع، أي أن المحكم عند اتفاق الأطراف على قانون دولة معينة لتطبيقه على موضوع النزاع أن يطبق القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعدها الخاصة بالتنازع[١].

وقد أقرت غالبية التشريعات الوطنية والدولية وإلاتفاقيات ومراكز التحكيم الدولية حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع[٢]، حيث منح قانون المرافعات المدنية العراقي الحرية للأطراف في تعيين القواعد القانونية التي يتبعها المحكمون بموجب المادة (١/٢٦٥) التي تنص على أنه (يجب على المحكمين اتباع إلأوضاع وإلاجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن إلاتفاق على التحكيم أو اي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون)، وكذلك قانون التحكيم المصري في المادة (١/٣٩) التي تنص على أنه (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك).
وكذلك المشرع الفرنسي في المادة (١٥١١) من قانون التحكيم الجديد نص على أنه (تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون التي اختارها الأطراف، فإذا لم يكن هناك اختيار طبقا للقواعد التي تراها ملائمة)، ويتبين من خلال النصوص القانونية أن اطراف النزاع يمكنهم اختيار قانون اي

١- د خالد محمد القاضي ، المصدر السابق ، ص ٢٦١ .
٢- المادة (٨١٣/أولاً) من القانون اللبناني تنص على أنه "يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم..."، المادة (١/٢٨) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ تنص على أنه "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي اختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع .."، المادة (١/٤٢) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ لتسوية منازعات إلاستثمار تنص على أنه " تفصل هيئة المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة..)، المادة (١/٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، المادة (٣٣) من قواعد إلأونسيترال لعام ١٩٧٦، المادة (١/٥/أ) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، المادة (٧/أ) من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١.

دولة معينة أو القانون الدولي أو كما يمكنهم اختيار قواعد من عدة نظم قانونية، أو قواعد مشتركة بين القانون الوطني والقانون الدولي، وسواء كان هذا الإختيار صريحاً ام ضمنياً.

ومن الأحكام الصادرة من المحاكم التحكيمية التي سارت بهذا الإتجاه هو القرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في ١٩٨٥/٥/٢٢ في النزاع الحاصل بين العراق والشركة الفنلندية بخصوص أنشاء قصر المؤتمرات في بغداد، وقد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي اتفق عليه صراحة من قبل الأطراف وهو القانون البلجيكي.

وقد يصدر الحكم التحكيمي مخالفاً لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حينها اعطت بعض التشريعات الحق لأطراف النزاع في الطعن بالبطلان ضد هذا الحكم أو للمحكمة من تلقاء نفسها، وهذا ما ذهب إليه قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٤/٢٧٣) التي تنص على أنه (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الإحوال الأتية: ٤- إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار)، وأشار إليه أيضاً قانون التحكيم المصري بالمادة (٥٣/١/د) والتي نصت على (إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على النزاع موضوع النزاع).

ومن الأحكام التحكيمية التي قضت ببطلان حكم التحكيم لاستبعاده القانون المتفق عليه، حكم المحكمة الإبتدائية في باريس بتاريخ ٢٠٠٣/١/١٦ والذي الزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون المختار من الأطراف وبخلافه يكون قرارها معرضا للبطلان لتجاوزها المهمة المسندة إليها، واكدت هذا الإتجاه محكمة الإستئناف في القاهرة في قضية كرومالوي الشهيرة، اثر نزاع حصل بين شركة (كرومالوي الأمريكية) ووزارة الدفاع المصرية، وبعد تطبيق شرط التحكيم اصدرت هيئة التحكيم حكما بالتعويض لصالح الشركة، طعن بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة باسباب كثيرة ومن بينها أن هيئة التحكيم قد طبقت قانون أخر مخالفا للقانون الذي اتفقت عليه ارادة الطرفين، وفي عام ١٩٩٥ اصدرت محكمة الإستئناف حكما ببطلان حكم التحكيم لمخالفته ارادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو ما سارت عليه نفس المحكمة في قضية ايتالورك عام ١٩٩٩[١].

إلا أنه يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم عدم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم في حالتين هما: ١- إذا كان القانون المختار من الأطراف يخلو من النص القانوني الذي يمكن تطبيقه على النزاع. ٢- إذا كانت القاعدة القانونية في القانون المختار فيها مخالفة للنظام العام.

١- د ابراهيم العسري ، ضمانات التحكيم التجاري – دراسة مقارنه – اطروحة مقدمة إلى جامعة محمد الأول وجدة ، كلية العلوم القانونية وإلاقتصادية وإلاجتماعية ، المغرب ، ٢٠١٦ ، ص ٥٥-٥٦ .

ويجب على المحكم أن يرجع إلى الأطراف ويبين لهم اسباب ابعاد القانون الذي اختاروه ويبلغهم به احتراما لحق الدفاع[١]، ومن الأحكام التحكيمية التي استبعدت فيها هيئة التحكيم القانون الذي اتفقت عليه الأطراف الحكم الصادر في قضية حاكم قطر ضد شركة (International Marine Oil) وتتلخص القضية أن حاكم قطر قد ابرم عقدا مع الشركة اعلاه على أن يكون القانون القطري هو القانون الذي يطبق عند حصول اي نزاع ينشئ عن تنفيذ العقد، وعرض النزاع على المحكم (Sir Alfred Backnill) الذي أوضح أنه وعلى الرغم من هناك عوامل موضوعية وادلة قوية تشير إلى القانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أن المحكم قرر عدم تطبيق القانون المتفق بشأنه بحجة أن القانون الإسلامي لا يتضمن اي مبادئ قانونية يمكن أن تصلح لتفسير هذه النوعية من العقود، وأنتهى المحكم إلى تطبيق قواعد العدالة والإنصاف على العقد بدل القانون الإسلامي، وكذلك قضية شيخ ابو ظبي ضد شركة (P.D.F) الإنكليزية[٢].

أما عند غياب الإرادة الصريحة للأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق، يجب على المحكم أن يجتهد في تفسير دقيق لاستظهار الإرادة الضمنية من خلال الملابسات والظروف المرافقة للعقد والسلوك المتبادل والمواقف المشتركة للأطراف من خلال سلطته التقديرية، ويمكن للمحكم أن يهتدي إلى الإرادة الضمنية للأطراف من خلال بعض المؤشرات العامة والخاصة، ويعد مكان إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ مؤشرات عامة، أما محل اقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم واللغة ونوع العملة مؤشرات خاصة، كما أن اختيار محكم من دولة معينه يستخلص منه اتجاه نية الأطراف في تطبيق قانون هذا المحكم[٣]، ومن الأحكام التي صدر بالاعتماد على الإرادة الضمنية، قضية شركة (Amin Oil) ضد الحكومة الكويتية، حيث لم يكن العقد يتضمن أشارة صريحة للقانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أن محكمة التحكيم قد استخلصت ضمنيا أن القانون الكويتي هو الواجب التطبيق على العقد لأنه الإكثر ارتباطاً بالعقد.

ثانياً- عدم الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تبدو الصعوبة جلية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية عندما لا يوجد هناك اتفاق بين الأطراف، لذا يتولى المحكم الدولي هذه المهمة على وفق خطة محددة تمكنه من اختيار القانون الأفضل وتطبيقه على النزاع، إلا أن اختيار المحكم الدولي للقانون الواجب التطبيق يختلف عن اختيار الأطراف الذي يكون على اساس شخصي لا يقيده إلا النظام العام، فهو يقوم على اساس موضوعي مقيد أما بتطبيق قواعد الإسناد أو تطبيق القواعد القانونية، وقد اختلف الفقهاء في تحديد القانون الذي يطبق

١- د وفاء فاروق محمد حسني ، المصدر السابق ، ص ١٧٢.
٢- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٣٦-٣٣٧ .
٣- د مراد محمود المواجدة ، المصدر السابق ،ص ٣٤٤ .

على العقد إلاداري الدولي، فيرى البعض تطبيق قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ويرى الأخر اعطاء المحكم سلطة إلاختيار المباشر لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

واختلف إلاتجاه المنادي بتطبيق قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية في ماهية قواعد التنازع التي ينبغي على المحكم تطبيقها على النزاع، فالبعض ذهب بضرورة تطبيق قواعد التنازع في الدولة التي يحمل المحكم جنسيتها أو التي يقيم فيها اقامة دائمة، وذهب أخرون لتطبيق قواعد التنازع في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها، وذهب رأي ثالث إلى تطبيق قواعد التنازع في دولة مقر التحكيم، إلا أنها قد تعرضت جميعها للنقد.

وأنّ اعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين عند عدم تحديد اطراف العقد إلاداري الدولي للقانون الواجب التطبيق ادى إلى ظهور نظريات متعددة تحدد إلاسس التي ينطلق منها المحكم الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد إلاداري الدولي، ومن ابرز وأهم تلك النظريات هي نظرية إلاداء المتميز والتي قادها إلاستاذ (باتيفول) والتي تعتمد على فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا للظروف إلاكثر ملائمة للنزاع.

ويرى إلاستاذ (باتيفول) أن عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً فان الرابطة العقدية تستند إلى القانون إلأوثق صلة بهذه الرابطة والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في العملية العقدية[١].

وغالبا ما يؤدي التركيز الموضوعي للرابطة العقدية إلى تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها التنفيذ مالم يتضح أن هناك قانونا أخر اكثر صلة بالعقد[٢].

وقد نصت التشريعات الوطنية والدولية وإلاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء على تطبيق عناصر التركيز الموضوعي[٣]، وهو ما أخذ به قانون التحكيم المصري في المادة (٢/٣٩) التي نصت على أنه (وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه إلاكثر اتصالا بالنزاع)، ويلاحظ أن المشرع المصري قد اعطى لهيئة التحكيم الحرية الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق إلاكثر اتصالا بالنزاع.

وكذلك أخذت به المادة (٢/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ التي نصت على أنه (إذا لم يعين الطرفان اية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق).

١- د هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ، ص ٢٦٠ .

٢- د حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول وإلأشخاص إلاجنبية ، المصدر السابق ، ص ٥٠٨ .

٣- المادة (١/٣٣) من قواعد إلأونسيترال لعام ١٩٧٦ تنص على "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها الواجبة التطبيق في الدعوى"، المادة (١/٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، المادة (١/٢١) من قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية، المادة (٢/٢٢) من نظام التحكيم في محكمة لندن للتحكيم الدولي،المادة (٢/٣٩) من القانون العماني، المادة (٨١٣/أولاً /١) من القانون اللبناني،المادة (٣٦/ب) من القانون إلاردني.

ويرى بعض الفقه أن اعمال المحكم الدولي لعناصر التركيز الموضوعي للعقود الإدارية الدولية لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تجعله يختار قانون الدولة المتعاقدة لأنه يمثل مركز الثقل في العملية التعاقدية؛ لأن إبرام العقد وتنفيذه يتم فيها، ويرى البعض إلأخر أن المحكم الدولي يذهب إلى تدويل العقد إلاداري الدولي على اعتبار أن العلاقة القانونية هي تصرف قانوني دولي، وأن الكثير من المعاهدات الجماعية والثنائية تدعو للتدويل، كما أن الكثير من الشروط التعاقدية تدعم فكرة التدويل أيضاً. وسيتم تناول هذه المسائل وكما يأتي:

١- تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقود الإدارية الدولية: إن أولى الخطوات التي يجب على المحكم أن يقوم بها عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية هي القيام بعملية التركيز الموضوعي للعقود الإدارية الدولية في قانون معين، وأن عملية التركيز التي يقوم بها المحكم الدولي في العقود الإدارية الدولية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع دائما ما تذهب بالمحكم الدولي إلى تطبيق قانون وطني معين وغالبا ما يكون هو قانون الدولة المتعاقدة؛ لأنه يعد أفضل القوانين التي يمكن تطبيقها على العقود الإدارية الدولية استنادا إلى عملية إبرام العقد وتنفيذه تتم في هذه الدولة. وبعد إلأنتهاء من عملية التركيز الموضوعي على المحكم الدولي أن يقوم بعملية تصنيف للعلاقة القانونية محل النزاع على وفق قانون الدولة المتعاقدة، فإذا كان القانون الذي حددته عملية التركيز يعرف فكرة العقود الإدارية فيجب على المحكم حينها أن يقوم بتطبيق القانون إلاداري وخاصة إذا كانت الدولة تطبق النظام اللاتيني[١].

ويذهب جانب كبير من الفقهاء على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في العقود الإدارية الدولية إذا جاءت وثيقة العقد خإليه من إلأشارة الصريحة أو الضمنية إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، وفي هذا الصدد يقول الفقيه (أمادور) "أنه من المقبول حاليا في الفقه ومما يجري علية العمل أن العقود المبرمة بين حكومة أحدى الدول واحد إلاجانب يحكمها فيما يتعلق بنشأتها وتنفيذها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة وليس القانون الدولي العام"[٢].

ويرى بعض الفقه إلى أن عدم اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية سواء كان بصورة صريحة أم ضمنية يفسر على أن ارادة الأطراف تتجه كقاعدة عامة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، كما يرى البعض أن اختيار قانون الدولة المتعاقدة هو قانون إلارادة المفترضة وليس مجرد امتياز يقرر لمصلحة هذه الدولة [٣]، وأن هذا القانون هو القانون إلاداري استنادا لوجود الدولة صاحبة السيادة طرف في العقد.

١- د هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ، ص ٢٧١ .
٢- المصدر السابق ، ص ٢٥٥ .
٣- د ابو زيد رضوأن ، المصدر السابق ، ص ١٤٩ .

كما يرى البعض أن هذه العقود يستشف منها وجود قاعدة اسناد خاصة تفيد خضوعها لنظامها الوطني باعتبارها من عقود القانون العام، وتستمد قوتها إلالزامية من النظام الوطني للدولة المتعاقدة، والذي غالبا ما يتواجد عندما يغيب النظام القانوني الذي يتفق الأطراف على تطبيقه على النزاع، كما أن الدولة عند تعاقدها كشخص عام لا يفترض أنها تخضع لقانون أخر غير قانونها الوطني ولو كان تحت عنوان المحافظة على مصالحها العامة[١].

وتطبيق قانون الدولة المتعاقدة في منازعات العقود الإدارية الدولية عند خلوها من القانون الواجب التطبيق قد اكدته النصوص القانونية الوطنية والدولية وإلاتفاقيات ومراكز التحكيم الدولية .

وقد أشار المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ إلى تطبيق قانون الدولة التي تم توقيع العقد فيها إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف في المادة (١/٢٥) والتي نصت على (١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق الطرفان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر يراد تطبيقه)، حيث ذهب قانون كوريا الجنوبية رقم (٢٧٥٦) في ١٩٦٤/٩/٢٤ إلى اعتبار أن كل شرط يرد في العقود التي تبرمها الدولة يخالف القانون الوطني لكوريا الجنوبية يعد باطلاً[٢].

وتعد اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن إلاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول إلأخرى لعام ١٩٦٥ والتي صادق عليها العراق[٣]، من أهم إلاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع في المادة (١/٤٢) التي نصت على (تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع "بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين" وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد)، وكذلك أشارت لهذا المعنى اتفاقية روما المعقودة بين دول السوق إلأوروبية المشتركة لعام ١٩٨٠ التي دخلت حيز التنفيذ عام ١٩٩١[٤].

كما صدر عن المحكمة الدائمة للعدل الدولية عام ١٩٢٩ في قضية القروض الصربية- البرازيلية، قرارا ينص على (..ولما كان الطرف المقترض في عقد القرض هو ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون أخر غير قانونها)، ويتبين من حكم المحكمة أن العقود التي تعقدها الدولة تخضع لقانونها الوطني ولا تخضع للقانون الدولي مالم يثبت

١- د مراد محمود المواجدة ، المصدر السابق ، ص ٢١٣ .

٢- د عدلي محمد عبد الكريم ، المصدر السابق ، ص ٢٩٢ .

٣- صادق عليها العراق بموجب القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩ .

٤- المادة (١/٤) تنص على أنه " في حالة أنعدام اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد فانه يطبق قانون الدولة إلأوثق صله بالعقد ويفترض أن العقد يرتبط باوثق صله بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل إلاقامة المعتاد للطرف المدين بالاداء المميز أو مركز ادارته فيما لو كانت شخصا اعتباريا " .

العكس، وفي قرار ثاني لها في ١٩٦٩/٧/١٢ قضت بانه (لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص)[١].

وقد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية عندما ذهبت إلى أن (كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة)، وكذلك ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها بأن(كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة)[٢].

ومن الأحكام التحكيمية المؤيدة لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولي في باريس بشأن عقد إلامتياز الممنوح لأحد رعايا دولة بلجيكا بشراء منتجات المناجم المستخرجة في اقليم أحدى الدول إلافريقية ، وقد قامت الحكومة بالغاء عقد إلامتياز قبل أنتهاء أجله، وعند عرض النزاع على محكمة التحكيم قام المحكم بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على النزاع على الرغم من أن العقد هو عقدٌ دولي ووقع في مدينة بروكسل في بلجيكا وقد ذكر المحكم في حكمه " أن القانون الذي يطبق على موضوع النزاع هو قانون الدولة طرف العقد عند غياب إلاختيار الصريح للأطراف على الرغم من أن العقد قد ابرم في بروكسل ومع أحد الرعايا البلجيكيين وبالرغم من صفته الدولية "[٣].

وقد أصدرت عن إلامم المتحدة الكثير من القرارات التي دعمت بشمل أو بأخر إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقود التي تبرمها الدولة على نطاق التجارة الدولية بشكل عام، ومنها القرار رقم (١٨٠٣) الذي صدر في ١٩٦٢/١٢/١٤[٤]، ويتبين أن القرار قد اهتم بالثروات الطبيعية وضرورة اخضاعها للسيادة الدائمة للدولة وأن إلاستثمارات تخضع للقانون الوطني للدولة والقانون الدولي، واكد القرار أيضاً أن التاميم يجب أن يكون مبنياً على المنفعة العامة والمصلحة الوطنية وفق تعويض عادل يقدر وفق الدول التي أممت والقانون الدولي، ومن القرارات إلأخرى التي صدرت من إلامم المتحدة القرار المرقم (٣١٧١) في ١٩٧٣/١٢/١٧، الذي اكد على السيادة الكاملة للدولة على موارها الطبيعية، وكذلك القرار المرقم (٣٢٠١) في ١٩٧٤/٥/١ والذي تم الإعلان فيه عن النظام إلاقتصادي العالمي الجديد[٥]، وكذلك القرار المرقم (٣٢٨١) في ١٩٧٤/١٢/١٢ المسمى (ميثاق الحقوق والواجبات إلاقتصادية للدول). ويتبين من هذه القرارات أنها ادخلت قواعد المساواة في الحقوق، وكذلك حق

١- د ابراهيم العسري ، المصدر السابق ، ص ٦٢ .

٢- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٥٤ .

٣- قرار رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨ صادر من محكمة التحكيم في غرفة التجارة في باريس ، نقلا عن د ابو زيد رضوان ، المصدر السابق ، ص ١٥٠

٤- المادة (٤) تنص على أنه " يراعى استناد التاميم أو نزع الملكية أو المصادرة على اسس من المنفعة العامة أو إلامن العام أو المصلحة الوطنية المسلم برجحانها على المصالح الفردية أو الخاصة إلاجنبية أو الوطنية ، وللمالك في هذه الحالات الحق في الحصول على التعويض الملائم الذي يتم تقديره وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه إلاجراءات في ممارستها لسيادتها ووفقا للقانون الدولي " .

٥- المادة (٤) تنص على أنه " حق كل دولة في السيادة الدائمة والكاملة على مواردها الطبيعية وعلى جميع إلأنشطة إلاقتصادية فيها " .

الشعوب في تقرير مصيرها دون التدخل الخارجي، ومن حق الدول أن تحقق النمو الإقتصادي والإجتماعي والثقافي.

٢- تدويل العقود الإدارية الدولية: استنادا لرأي فقهاء القانون الدولي العام فان جميع المسائل تصلح لأن تكون محلاً للتنظيم الدولي وتطبيق قواعد القانون الدولي العام، وقد ظهرت نظريات تكيف العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الإجنبية كتصرفات في القانون الدولي العام؛ ولعل ابرز تلك النظريات هي نظرية (Weil) والتي سميت باسم مؤسسها الفقيه (Weil) والذي عدّ أن العقد الذي تبرمه الدولة هو عقد متاصل في النظام القانوني الدولي؛ لذا فهو تصرف قانوني دولي حقيقي كالمعاهدات، وقد استند هذا الإتجاه في رأيه للتدويل على ثلاث حجج: الأولى أن العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة من الشخص الإجنبي غالبا ما تتضمن شرط الثبات التشريعي وهو أشارة إلى تدويل العقد الإداري الدولي، والثانية هو تدويل شرط اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي لأن كثير من العقود الإدارية الدولية تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون، والثالثة وجود شرط التحكيم في العقد لأن اختيار التحكيم هو أنعكاس لإرادة الأطراف في استبعاد القانون الوطني. ودعموا رأيهم هذا ببعض المعاهدات الثنائية ومنها، المعاهدة الثنائية بين فرنسا والجزائر في ١٩٦٣/٧/٢٦ في مجال التحكيم، والإتفاقية الموقعة بين ايرأن والولايات المتحدة الأمريكية في ١٩/١/ ١٩٨١ للفصل في المنازعات الثنائية بينهم على وفق اتفاقية الجزائر عام ١٩٨١[١]. وقد استند اصحاب هذا الرأي على عدد من القواعد القانونية التي تؤدي إلى تدويل العقود الإدارية الدولية، ومن هذه القواعد القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون وعادات واعراف التجارة الدولية والقانون العابر للدول أو القواعد شبه الدولية، وهو ما سيتم بحثه وكالأتي:

أ - تطبيق القانون الدولي العام على العقود الإدارية الدولية: ذهب بعض الفقه إلى تطبيق قواعد القانون الدولي على منازعات العقود الإدارية الدولية؛ لأن القانون الدولي العام يتضمن الكثير من القواعد القانونية التي يمكنها أن تتصدى للمشاكل والعقبات التي يمكن أن تثيرها العقود الإدارية الدولية، وبالتالي فان المحكم لا يجد مشقة في التصدي للبحث عن حل لها في القوانين المختلفة الأخرى.

ويرى البعض أن تطبيق قواعد القانون الدولي العام على العلاقات العقدية هو لتفادي التغيرات التشريعية التي تقوم بها الدولة المتعاقدة لتشريعاتها مما يؤدي إلى حصول اخلال بالمراكز القانونية وبالتالي الحاق ضرر بالطرف الإجنبي المتعاقد، وعلى الرغم من نجاح شرط الثبات التشريعي الذي حد من هذه التغييرات إلى حد كبير، إلا أن القانون يشوبه الكثير من القصور في حل المنازعات العقدية بصورة

١- د هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ، ص ٣٣٥-٣٤٦ .

عامة والعقود الإدارية الدولية بصورة خاصة[١]، كما يرى البعض أن قواعد القانون الدولي العام وجدت من أجل تنظيم العلاقات القانونية بين الدول وليس بين الأفراد.

وابرز من نادى بهذه الفكرة هو الفقيه (Mann) الذي ذهب إلى أن العقود التي تبرمها الدولة تجد اساسها في القانون الوطني، ولكن توجد مبررات تدعو لتطبيق القانون الدولي العام لأنه الأنسب، ويبرر ذلك بان الدولة كثيراً ما ترفض الخضوع للقانون الإجنبي في مقابل رفض الأشخاص الخاصة الخضوع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، مما يجعل القانون الدولي العام هو الحل الأمثل الذي يوائم بين مصالح هذه الأطراف مع متطلبات نظام اقتصادي متطور[٢]، وذهب بعض الفقه إلى أن العقود الإدارية الدولية تتخذ شكل المعاهدات التي تبرمها الدول فيما بينها؛ لذا فلا يوجد عائق أمام تطبيق القانون الدولي العام على العقود الإدارية الدولية، إلا أن هذا إلاتجاه قد أنتقد لأن هذا التطبيق يفتقد للأساس القانوني، لأن قواعد القانون الدولي العام لا يمكن تطبيقها على المعاملات التي يكون أحد اطرافها أشخاص خاصة، كما أن القانون الدولي العام الوضعي لا يعترف بالطابع الدولي لهذه العقود ولا يتضمن قواعد معده مسبقا لتطبيقها على هذه العقود الدولية، فهو قانون ينطبق على المعاهدات الدولية ولا يمكن تطبيقه على العقود الإدارية الدولية[٣].

كما يرى البعض إلأخر ومنهم الفقيه (Bourquin) إلى أن العقود الإدارية الدولية تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام، وأن اي اخلال من جانب الدولة بالتزاماتها التعاقدية يعد اخلإلا بالتزام دولي، مما يترتب عليه المسؤولية الدولية لمخالفتها مبدأ إلاحترام المطلق للعقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كما أن قوة العقد تمنع الدولة من اجراء اي تعديلات على العقد أو أن تنهي العقد من طرف وأحد بارادتها المنفردة لأنها تتنازل عن جميع مزاياها السيادية بمجرد توقيعها على العقد[٤].

وقد أنتقد هذا إلاتجاه من عدة اتجاهات ومنها، أن هذا التوجه جوبه بصعوبات عملية ونظرية(٥)، كما أن قواعد القانون الدولي غير مكتملة على الرغم من توجه المركز الدولي لتسوية منازعات إلاستثمار المنبثق عن اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥، ولكي يحكم القانون الدولي العام العقود التي تبرمها الدولة يجب أن تكون قواعده محددة ومبادئه راسخة وقوية كما هو الحال في القانون إلاداري الفرنسي، كما أن العقود التي تبرمها الدولة بشكل عام والعقود الإدارية الدولية بشكل خاص ليست معاهدة فالفرق بينهما كبير جدا، لأن العقد لا يعد تصرفا قانوني بين دولتين حتى يخضع للقانون الدولي، كما أن الفرد إلاجنبي المتعاقد معها ليس من أشخاص القانون الدولي العام لأن المتفق عليه أن القانون الدولي العام لا يسري إلا

١- د مراد محمود المواجدة ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦ .
٢- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٥٠ .
٣- د حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول وإلأشخاص إلاجنبية ، المصدر السابق ، ص ٧٣٨ .
٤- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٥١ .
٥- د صادق زغير محيسن ، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا ، اطروحة مقدمة إلى جامعة بغداد- كلية القانون ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ١٠٢-١٠٧ .

على أشخاصه، ولا يمكن للفرد التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بوصفها قاعدة دولية؛ لذا يجب أن تستخلص القوة القانونية للعقد من القانون الداخلي للدولة المتعاقدة[١].

ب- تطبيق المبادئ العامة للقانون على العقود الإدارية الدولية: المبادئ العامة هي مجموعة القواعد العامة والأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة التشريع والعرف، بينما هي في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية وعدم التعسف، وبعضها يستخلص من النظام القانوني الدولي مثل مبادئ المساواة وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية[٢]. وتعد من أهم مصادر للقانون الدولي العام وحسب المادة (٣/٣٨) من النظام إلاساسي لمحكمة العدل الدولية.

ويرى بعض الفقه أن المبادئ العامة للقانون تشكل مصدراً مساعداً مهما لتلافي القصور الذي يعتري القانون الدولي العام بسبب قلة قواعده القانونية، كما تعد مهمة بالنسبة للقوانين الوطنية التي لم تواكب التطور في هذا المجال، وتمثل طوق النجاة بالنسبة للمحكم عند تطبيقها لمواجهة الحالات القانونية المستعصية، وأن عدم تحديد هذه المبادئ يجعل منها اداة فاعلة قابلة للتطويع بيد المحكم مما يساعده على تطبيق قواعدها الملائمة لموضوع النزاع [٣].

وقد نادى بهذه الفكرة الفقيه (Mc Nair) الذي يرى أن المحكم الدولي أخذ بتطبيق المبادئ العامة في الكثير من المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة مثل قضية (Gold Fields)، كما أوضح أن الدولة المتعاقدة أو الدولة التي ينتمي إليها الشخص الخاص عندما تمتلك أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي الذي يمكنها من أن تحكم هذا النوع من العقود، فعلى المحكم أن يختار بينهما أو أن يجمع بين النظامين عند الفصل في النزاع، أما عندما يكون النظام القانوني لكلا الطرفين غير مؤهل، فالنظام القانوني إلأفضل لحكم العقود الإدارية الدولية هي المبادئ العامة للقانون والمعترف بها من قبل جميع الدول المتمدنة، واجازت التوصية الصادرة من مجمع القانون الدولي في دورة أنعقاده في اثينا عام ١٩٧٩ للأطراف إلاتفاق على تطبيق المبادئ العامة للقانون بوصفها القانون الواجب التطبيق على العقد في المادة (٢) ونصت على أنه (للأطراف اختيار...واحد أو اكثر من القوانين الداخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات إلاقتصادية الدولية)[٤].

١- د هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ، ص ٣٧٣ .
٢- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٦٠ .
٣- د حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة وإلأشخاص إلاجنبية ، المصدر السابق ، ص ٧٠٣ .
٤- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٦١ .

وقد أيد قضاء التحكيم هذا الإتجاه عندما ذهب في قضية شيخ أبي ظبي ضد شركة (P.D.F) الإنكليزية والذي أنتهى فيها المحكم البريطاني بتطبيق المبادئ العامة للأمم المتمدنة، وهي قواعد القانون الإنكليزي بحسب وجهة نظر المحكم .

إلاّ أن هذا الإتجاه تعرض لأنتقادات عديدة منها، أن المبادئ العامة للقانون لا يمكن أن ينظر إليها كنظام قانوني مستقل بذاته، وأنما ينظر إليها من خلال النظامين الوطني والدولي، كما أن اخضاع العقود الإدارية الدولية للمبادئ العامة للقانون يعني عدم خضوع هذه العقود لأي نظام قانوني مما يفسح المجال أمام المحكم الدولي بتوسيع سلطته التقديرية وقد يصل إلى حد التعسف[١]، لذا فان هذه المبادئ لا يمكن تطبيقها على العقود التي تبرمها الدولة إلا من خلال وجود شرط في العقد ينص على تطبيقها وغالبا ما تكون مقترنه بقانون أخر، أو بناء على ما يراه المحكم الدولي بانها الأفضل لتطبيقها على هذا النوع من العقود، وأن هذا الصيغة الشرطية هي ترجمة للواقع العملي لتطبيق المبادئ العامة للقانون، عليه فان هذه المبادئ لا تعد نظأما كاملا ومستقلا يمكن تطبيقه على هذه العقود[٢]، كما أوضح إلاستاذ (Level) أن المبادئ العامة للقانون الوضعي كالهيكل العظمي للكائن الحي الذي لا يمكنه العيش دون جسد واعضاء، كما أنها لا يمكن أن تشكل نظاماً قانونياً بمفردها، كما يرى إلاستاذ (Wengler) أن هذه المبادئ لا يمكنها أن توجد الحل لجميع المسائل الخاصة بتكوين العقد وصحته بسبب قلة هذه المبادئ، أضافة إلى أنها لا يمكن أن تحدد ما يمكن اعتباره قوة قاهرة[٣].

ج - تطبيق القانون العابر للدول على العقود الإدارية الدولية: يعرف القانون العابر للدول بانه القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة، ويتضمن قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، وكذلك القواعد التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون. ويرجع الفضل في هذه التسمية للفقيه الأمريكي القاضي (Jessup)[٤].

ويهدف هذا القانون إلى إيجاد قواعد قانونية تحكم العلاقة الناشئة بين أشخاص القانون الدولي من جهة وبين الأشخاص الخاصة الإجنبية من جهة أخرى، والتخلي عن قواعد تنازع القوانين والمعمول بها في القانون الدولي الخاص. ويتكون هذا القانون بشكل تلقائي بواسطة المتعاملين في اطار العلاقات التجارية

١- د هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ، ص ٣٨١ .
٢- د هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص ١٥٢ .
٣- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٦٣
٤- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٦٤ .

والمؤسسات الدولية بواسطة قضاء التحكيم وبدون تدخل من القواعد القانونية الوطنية أو الدولية، وأن تجدده الدائم يجعله بعيدا عن الجمود مما يتلاءم مع طبيعة العقود التي ينظمها[١].

ويرى إلاستاذ (La Live) أن هذا القانون في طور التكوين ويقع في منطقة وسط الطريق بين القانون الدولي والقانون الداخلي، ويستمد مضمونه من القانون الدولي ومن القانون الداخلي ومن المبادئ العامة، ويرى أن هناك قواعد قانونية يمكن استخلاصها من قواعد القانون العام وقواعد القانون إلاداري بصفة خاصة تساهم بشكل كبير في تطوير القانون العابر للدول، واقترح إلأخذ بالتقسيم الثلاثي للقانون وترك التقسيم الثنائي، وبالتالي عند تعذر اللجوء للقانون الدولي أو القانون الوطني يتم الذهاب لنظام ثالث وسط هو القانون العابر للدول[٢].

وأنتقد هذا إلاتجاه من قبل غالبية الفقه على اعتبار أن العقود التي تبرمها الدولة لا يمكنها أن تنشأ في ظل فراغ قانوني، اضافة إلى أن العقود الإدارية الدولية يجب أن تسند أو ترد إلى النظام القانوني الوطني أو النظام القانوني الدولي ولا يوجد نظام ثالث، كما أن هذا القانون لا يتضمن ضوابط خاصة لتوقيع الجزاءات على مخالفة قواعده، كما أنه لا زال مجرد محاولات ومقترحات فقهية لم تجد لها أساس في أحكام التحكيم، كما رفض مجمع القانون الدولي في دورته في باسلو عام ١٩٧٧ اعتماد القانون العابر للدول ضمن القوانين التي يحق للأطراف اختيارها[٣].

د - تطبيق قانون التجارة الدولية على العقود الإدارية الدولية: وهي القواعد التي تنشأ في وسط تجاري مهني واحد وتتميز بصفة التكرار ولا تنتمي إلى دولة معينة وكلما اختلف هذا الوسط اختلفت معه تلك القواعد، وحاول بعض الفقهاء اعطاء تعريف لهذه العادات وإلاعراف التجارية، حيث عرفها (جولمان) بأنها (هي قواعد من صنع ممتهني التجارة الدولية مباشرة ودون تدخل تشريعي، وتفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها الخاصة وخصائصها الملزمة على إلأشخاص الذين توجه إليهم)[٤].

وتلعب هذه العادات وإلاعراف التجارية الدولية دوراً مهماً في فض المنازعات التي يعهد بها اطرافها إلى المحكم الدولي على الرغم من أنها غير مكتوبة وغير مكتملة إلا أن ذلك لا يقف حائلا دون تطبيقها على العقود التي تبرمها الدولة والتي تتميز بعلاقاتها إلاقتصادية الدولية.

١- د حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول وإلأشخاص إلاجنبية ، المصدر السابق ، ص ٧٥٢ .
٢- د هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ، ص ٣٩٧ .
٣- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٦٦ .
٤- د خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق ، الجزائر ، ٢٠٠٩ ، ص ١٨٤ .

ولا يعد التحكيم وديا عندما يطبق المحكم الدولي عادات واعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع، لأن قواعد عادات واعراف التجارة الدولية هي قواعد قانونية ملزمة للطرفين، ولكن لا يتخذ الشكل الذي تتخذه القواعد التي تصدر من الدولة، وتعد هذه القواعد هي القانون الخاص بالمحكم (Lex fori)، وتعد من أهم المصادر التي يشتمل عليها القانون التجاري الدولي[١].

وأعطت التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم أهمية خاصة لعادات وأعراف التجارة الدولية[٢]، حيث أشار إليها قانون التحكيم المصري في المادة (٣/٣٩) التي نصت على أنه (يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع وإلاعراف الجارية في نوع المعاملة)، وأشار اليها المشرع الفرنسي بالمادة (١٥١١) من قانون التحكيم التي نصت على (تفصل محكمة التحكيم في النزاع..وقواعد وعادات التجارة واعرافها في جميع إلاحوال)، ومن إلاتفاقيات التي أشارت إلى عادات واعراف التجارة الدولية، إلاتفاقية إلأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١في المادة (١/٧) التي نصت على أنه (..وفي حال اغفال إلأشارة من قبل الفرقاء...فان المحكمين يأخذون بعين إلاعتبار أحكام العقد وإلاعراف التجارية)، وكذلك أشار إليها قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة إلامم المتحدة لعام ١٩٧٦في المادة (٣/٣٣) والتي نصت على أنه (وفي جميع إلاحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع على وفق شروط العقد وبمراعاة إلاعراف التجارية السارية على المعاملة).

ويلجأ المحكم إلى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع عادة بسبب عدم اتفاق الأطراف حول اختيار القانون الواجب التطبيق، وقد يستشف المحكم من الوقائع أن الأطراف المتنازعة ترغب في تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، وقد يكون لسد النقص أو تفسير الغموض الذي يعتري نصوص القوانين الوطنية التي اتفق الأطراف بتطبيقها على النزاع، وقد يستخدمها لأبعاد القوانين التي يختارها الأطراف؛ لأنها تتعارض مع فكرة النظام العام بمفهومة الدولي[٣].

ومن الأحكام التحكيمية التي طبقت إلاعراف والعادات التجارة الدولية الحكم الصادر في النزاع بين شركة يونانية ووسيط ايراني، وتتلخص القضية أن الوسيط إلايراني يحصل على توريدات من الحكومة إلايرانية لصالح الشركة مقابل عمولة قدرها ٢% على إلاقل لكل توريد، وخسرت الشركة نتيجة لقيام الثورة إلايرانية عام ١٩٧٩، وعلى اثرها قطعت جزء من العمولة، وبعد اللجوء للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في باريس وجد المحكم النمساوي غموضا بالعقد كونه محرراً بنسختين أحداهما باللغة

١- د ابو زيد رضوأن ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ .
٢- المادة (١/٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ، المادة (٣٨) من لائحة تحكيم اللجنة إلأوربية للأمم المتحدة "جنيف ١٩٦٦" ، المادة (٧/٤/أ) من لائحة اللجنة إلاقتصادية للأمم المتحدة لدول اسيا والشرق إلاقصى) .
٣- ابو زيد رضوأن ، المصدر السابق ، ص ١٨٢-١٨٤ ، د عبدالله عبدالكريم عبدالله ، عقود نقل التكنولوجيا ، مكتبة صادر ناشرون ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٣ .

الفرنسية تخلو من اي أشارة إلى القانون الواجب التطبيق، والثانية بالأنكليزية تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي دون تحديد مجال أنطباقه، وبعد دراسة القضية أنتهى بابعاد اي قانون وطني لأنعدام صلته بالموضوع وطبق ما اسماه بخلفيات المعاملات الدولية، وعدم اجابة الوسيط إلايراني[١].

يتبين أن تطبيق قواعد القانون العابر للدول أو القانون التجاري الدولي أو المبادئ العامة للقانون على العقود التي تبرمها الدولة مع إلأشخاص إلاجنبية هي مجرد أفكار ومقترحات ومحاولات من قبل الفقه ولم تتجاوز هذا إلاطار، كما يصعب تحديد هويتها وطبيعتها، ويقول الدكتور محمد عبد العزيز علي بكر "لا نرى مانعا من تطبيق قانون التجارة على عقود الدولة ولكن في حالة إلاختيار الصريح الضمني فقط من قبل اطراف العلاقة التعاقدية، أما في حالة أنعدام إلاختيار فيمكن اللجوء إلى فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، ولا نقر تطبيقه على كافة عقود الدولة بصفة مطلقة وأنما في الحالات السابقة فقط وعادة ما يكون ذلك فقط في الحالات التي تتعاقد فيها الدولة كالأشخاص الخاصة"[٢] .

الفرع الثاني

سلطات المحكم في صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

يعد صدور حكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية الدولية هو الغاية المرجوة من اللجوء إلى التحكيم، ويحصل بموجبه كل ذي حق على حقه ، ويصدر الحكم التحكيمي بعد إلأنتهاء من التحقق من الشروط الشكلية والموضوعية، ويجب على المحكم أو هيئة التحكيم من إصدار حكمها في الميعاد المحدد لها، كما يجب أن يتضمن شكلية معينة وأن يتم تسليمة وايدعه لدى المحكمة المختصة. وسيتم تناول هذه المسائل وكما يأتي:

أولاً- المداولة

ويقصد بها تبادل الرأي بين المحكمين توصلاً لإصدار الحكم بحيث يأتي الحكم ثمرة لتعاونهم[٣]، والمداولة تحقق الوصول إلى أفضل النتائج وتساهم في تقريب وجهات النظر بين إلاعضاء بخصوص المسائل المختلف عليها، وتعد من المبادئ الضرورية في العمل القضائي والتي لا تتطلب شكلاً معيناً حيث يمكن أن تتم شفوياً أو كتابة عند اجتماعهم، كما يجب أن تقتصر المداولة على اعضاء هيئة التحكيم وأن تكون سرية فلا يمكن لأحد غير المحكمين من حضورها سواء كان خبيراً أم كاتباً أم حتى رئيس الهيئة المنظمة للتحكيم المؤسسي، ولا يتطلب لأجراء المداولة في منازعات العقود الإدارية الدولية أن

١- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ٣٤٥ .
٢- د هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ، ص ٣٩٥ .
٣- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ٣٩٣ .

تجتمع هيئة التحكيم بكامل اعضاءها في مكان واحد؛ لأنه الأمر يبدو أكثر تعقيداً؛ لذا فقد تتم المداولة بين الإعضاء عن طريق المراسلات أو سائل الإتصال الإلكترونية الأخرى[١].

وقد يقوم رئيس هيئة التحكيم باعداد مشرع حكم التحكيم ويبعث بنسخه منه إلى المحكمين الأخرين المتواجدين في بلدان أخرى ليقوم كل منهم بابداء ما لدية من ملاحظات على مشرع الحكم بغية التوصل إلى صياغة نهائية له من قبل اغلبية المحكمين أو بالأجماع[٢]، هذا بالنسبة إلى المداولة التي تتم بين اعضاء هيئة التحكيم المشكلة من عدد من المحكمين، أما مداولة هيئة التحكيم المكونة من محكم واحد فهي مداولة مع النفس ويصدر بعدها الحكم منفرداً ولا تثير أي تعقيد.

وأشار قانون المرافعات المدنية العراقي إلى ضرورة اجراء المداولة القانونية بين اعضاء هيئة التحكيم في المادة (١/٢٧٠) التي تنص على أنه (يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو باكثرية إلاراء بعد المداولة القانونية فيما بينهم مجتمعين..)، وكذلك نص عليها قانون التحكيم المصري في المادة (٤٠) على أنه (يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من اكثر من محكم واحد باغلبية إلاراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك)، وتناول المشرع الفرنسي مبدأ سرية المداولة في المادة (١٤٧٩) من قانون التحكيم الفرنسي الجديد والتي تنص على أنه (تكون مداولات محكمة التحكيم سرية)، ويتبين من النصوص اعلاه أن المداولة هي اجراء ضروري وواجب والحكم الصادر يعد باطلاً إذا صدر دون مداولة لمخالفته قاعدة من القواعد إلاساسية لصدور الحكم.

ثانياً- ميعاد صدور الحكم

تتولى هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بعد إلأنتهاء من المداولة واعداد الصيغة النهائية لحكم التحكيم باصدار الحكم خلال الموعد المحدد، وصدور الحكم في الميعاد المحدد له أهمية في تحقيق الهدف المنشود من اللجوء للتحكيم وهي السرعة في فض النزاع والتي تعد أهم مميزات التحكيم، وتحديد الميعاد في إلاصل يتم من قبل الأطراف وعلى هيئة التحكيم إلالتزام في اصدار الحكم في الموعد المحدد، أو يتم تحديده بالإحالة إلى لائحة أحد المراكز التحكيمية.

وفرضت اغلبية التشريعات مواعيد محددة لصدور حكم التحكيم[٣]، قد تبدأ هذه المواعيد من تاريخ اختيار المحكم أو هيئة التحكيم أو من تاريخ البدء بالاجراءات أو من تاريخ إلأنتهاء من إلاجراءات وقفل

١- د فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٤٢٩ .

٢- د مهند احمد الصانوري ، المصدر السابق ، ص ١٥٩ .

٣- المادة (١/٧٧٣) من القانون اللبناني حدد المده بستة اشهر من تاريخ قبول أخر محكم لمهمته،المادة (١/٣١) من قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس حدد المده بستة اشهر من تاريخ أخر توقيع لهيئة التحكيم على المهمة،المادة (٢/٣١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري حددت المدة بستة اشهر من تاريخ إحالة الملف على هيئة التحكيم.

باب المرافعة، وحدد قانون المرافعات المدنية العراقي موعد صدور الحكم بستة اشهر اعتبارا من تاريخ قبولهم للتحكيم في بالمادة (٢/٢٦٢) التي تنص على أنه (إذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين وجب عليهم اصداره خلال ستة اشهر من تاريخ قُبولهم للتحكيم)، وحددها قانون التحكيم المصري باثني عشر شهرا من تاريخ بدء الإجراءات وفق المادة (١/٤٥) التي نصت على أنه (على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق علية الطرفان فان لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم...).

وقد تنتهي المدة المحددة لعملية التحكيمية ولم يصدر الحكم التحكيمي، عندئذ هل يجوز للأطراف أو لهيئة التحكيم تمديد مدة العملية التحكيمية؟

أعطى المشرع العراقي الحق للخصوم بمراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع باضافة مدة جديدة، في المادة (٢٦٣) والتي تنص على أنه (إذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحدد في القانون أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة...)[1]، أما المشرع الفرنسي فقد اجاز للأطراف بالاتفاق على تمديد العملية التحكيمية وإذا تعذر إلاتفاق فبواسطة المحكمة إلابتدائية في باريس وفق ما جاء في المادة (٢/١٤٦٣) من قانون التحكيم الفرنسي المعدل التي تنص على أنه (يجوز مد إلأجل القانوني أو إلاتفاقي بموجب اتفاق الأطراف وعند عدم إلاتفاق عن طريق قاضي الدعم).

أما قانون التحكيم المصري فقد اجاز لهيئة التحكيم تمديد المدة التحكيم على أن لا تزيد على ستة اشهر مالم يتفق الطرفان على مدة اطول من ذلك، أما إذا لم يصدر الحكم خلال هذه المدة حينها اجاز لأي من الأطراف مراجعة محكمة استئناف القاهرة أو اي محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان لتمديد المدة أو أنهاء إجراءات التحكيم، في المادة (١/٤٥و٢) منه التي تنص على أنه (١-...وفي جميع إلاحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة اشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. ٢- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة "٩" من هذا القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد اضافي أو بأنهاء اجراءات التحكيم...).

ويتضح أن المشرع قد اعطى الحرية للأطراف ابتداءً في تحديد مدة التحكيم تجسيدا لمبدأ حرية الأطراف في اتفاق التحكيم، إلا أنه وأنسجاماً مع هدف اللجوء للتحكيم وهو السرعة في إلاجراءات واصدار الحكم النهائي قام بتحديد السقف الأعلى للميعاد الذي ينبغي اصدار حكم التحكيم خلاله وهو أمر مستحسن.

١- المادة (٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

ثالثاً- تاريخ صدور حكم التحكيم وإيداعه

يعد الحكم التحكيمي صادراً من هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بأعلانه وتسليمه لأطراف النزاع، ويعد التاريخ الحقيقي لصدور حكم التحكيم هو تاريخ أنتهاء الولاية عليه من قبل هيئة التحكيم؛ لأن بقائه في اروقة هيئة التحكيم لا يصدق علية صفة الحكم وأنما هو مشروع حكم ولهيئة التحكيم سلطة الحذف أو التعديل أو الإضافة، ويصدر حكم التحكيم بالاغلبية. وهو ما نصت عليه اغلب التشريعات الوطنية والدولية[١]، وأخذ به قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (١/٢٧٠) التي تنص على (يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو باكثرية إلاراء...)، وكذلك قانون التحكيم المصري في المادة (٤٠) التي تنص على أنه (يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من اكثر من محكم واحد باغلبية إلاراء...)، واكده قانون التحكيم الفرنسي الجديد في المادة (١٥١٣) التي تنص على (إذا لم ينص في اتفاق التحكيم يصدر حكم التحكيم باغلبية إلاصوات).

ويتم إيداع الحكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية الدولية بعد صدوره في أحدى المحاكم القضائية للدولة التي جرى التحكيم فوق اراضيها، وذهب قانون المرافعات المدنية العراقي في هذا إلاتجاه عندما نص في المادة (٢٧١) على أنه (بعد أن يصدر المحكمون قرارهم على الوجه المتقدم يجب عليهم اعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع اصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة أيام التالية لصدوره وذلك بوصلٍ يوقع عليه كاتب المحكمة).

وإيداع حكم التحكيم خلال ثلاثة أيام من صدوره يهدف إلى تمكين المحكمة المختصة من تحديد عقد جلسة يبلغ فيها الطرفان لنظر حكم التحكيم أما بالمصادقة عليه أو إبطاله كلياً أو جزئياً، كما يهدف إلى تفعيل رقابة القضاء على حكم التحكيم[٢]، أما قانون التحكيم المصري فقد نص في المادة (٤٧) على أنه (يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحة إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها أو ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادرا بلغة اجنبية وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة، ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع ويجوز لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر)، أما المشرع الفرنسي فقد جعل مسالة ايداع حكم التحكيم في قلم المحكمة القضائية أمر غير وجوبي[٣].

١- المادة (١/٣٣) من قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس لعام ٢٠١٧، المادة (١/٣٣) من قواعد الأونسيترال لعام ٢٠١٣ ، المادة (١/٤٨) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ .
٢- القاضي عبدالرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٤٧٩ .
٣- د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٧٤ .

رابعاً- شكل الحكم التحكيمي

غالبا ما يصدر الحكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية الدولية بشكل مكتوب، وهذ ما نصت عليه المادة (١/٤) من اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الإجنبية، والتي ورد فيها ما يفيد أنه على من يطلب الإعتراف والتنفيذ يجب أن يقدم مع الطلب أصل الحكم الرسمي أو صورة من الإصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند، وتنص أغلب التشريعات الوطنية والدولية على صدور حكم التحكيم كتابةً[١]، وهو ما نصت عليه المادة (١/٢٧٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي بالقول (...ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب فيها الحكم الذي يصدر من المحكمة)، وهنا أوجب المشرع قاعدة أساسية واجبة الإتباع من قبل هيئة التحكيم وهي كتابة حكم التحكيم كما يكتب القرار الصادر من القضاء، اي يجب أن يتضمن ملخص لأقوال الأطراف والوثائق و المستندات وأسباب الحكم ومكانه وتاريخه ومنطوقة ويبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق، كما أشار قانون التحكيم المصري إلى ضرورة أن يكون حكم التحكيم مكتوباً في المادة (١/٤٣) التي تنص على أنه (يصدر حكم التحكيم مكتوباً ويوقعه المحكمون...)، ولم يتطرق المشرع الفرنسي إلى الشكل الذي يصدر فيه حكم التحكيم على الرغم من إشتراطه للكثير من البيانات التي يجب أن يحتويها الحكم والتي نص عليها في المادة (١٤٨١) من قانون التحكيم الفرنسي الجديد، ونصت على كتابة حكم التحكيم المادة (٢/٤٨) من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة الإستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الإخرى لعام ١٩٦٥[٢].

ويجب أن يتضمن حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية على ملخص للوقائع ويجب على هيئة التحكيم أن توضح طبيعة النزاع وأسماء أطرافه وعناوينهم وأسماء المحامين وأسماء هيئة التحكيم وصفاتهم وكيفية تعينهم وكيفية بدء الإجراءات ومكان التحكيم وتاريخه وتطورات الإحداث كافة، ولهذه البيانات أهمية كبيرة في أنها تمكن قاضي المحكمة المختصة بأعطاء أمر التنفيذ بعد صدور الحكم من معرفة مدى صحة اتفاق التحكيم وصحة تعين هيئة التحكيم وحدود ولايتهم في نظر النزاع، ويجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً، كما يجب أن يتضمن الحكم جزءاً هاماً وهو منطوق الحكم الذي يوضح نتيجة الحكم والطرف الذي صدر لصالحه الحكم، وما يرتبه من التزامات وحقوق وتعويضات ومسؤوليات الطرفين ومعرفة نفقات التحكيم وكيفية توزيعها، ويجب أن يكون الحكم موقعاً من قبل هيئة التحكيم سواء كان صادراً بالاجماع وهو ما يتطلب توقيع جميع اعضاء هيئة التحكيم أو بالأغلبية وهو ما يتطلب توقيعه من قبل الموافقين علية، ويجب أن يصدر حكم التحكيم في الميعاد المحدد وبالطريقة التي ارادها

١- المادة (٢/٣٤) من قواعد الإونسيترال لعام ٢٠١٣ تنص على أنه "تصدر كل قرارات التحكيم كتابةً وتكون نهائية وملزمه للأطراف"، المادة (١/٢٦) من نظام التحكيم في محكمة لندن للتحكيم الدولي تنص على أنه "تنظم المحكمة التحكيمية حكم التحكيم كتابة ويجب أن يكون معللا مالم يتفق كافة الأطراف على خلاف ذلك كتابة".

٢- المادة (٢/٤٨) تنص على أنه "يصدر الحكم كتابة وموقع عليه من اعضاء المحكمة الذين اعطوا رأيهم في صالح هذا الحكم".

الأطراف، وأن يكون الحكم ملزما ومنهيا للنزاع ومؤكداً لا يدع مجالاً للشك والتردد، وهذا ما نصت علية المادة (٢/٢٧٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على أنه (يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين)، وكذلك المادة (٤٣) من قانون التحكيم المصري، وكذلك المواد (١٤٨٠و١٤٨١) من قانون التحكيم الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.

ويتمتع الحكم التحكيمي منذ صدوره بحجية الأمر المقضي فيه بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه، وهو ما جاء بالمادة (٥٥) من القانون المصري التي تنص على (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون)، وكذلك أخذ به قانون التحكيم الفرنسي الجديد في المادة (١/١٤٨٤) التي تنص على أنه (يكون لحكم التحكيم من وقت صدوره حجية الأمر المقضي به بالنسبة إلى الوقائع التي تم الفصل فيها).

أما المشرع العراقي فقد اشترط مصادقة المحكمة المختصة لنفاذه، بطلب من أحد الطرفين على وفق المادة (١/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ- سواء كان تعينهم قضاءً أو اتفاقا- مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة).

ويتبين مما تقدم ان على المحكم الدولي ان يختار قانون الدولة المتعاقدة عند عدم وجود اتفاق بين الاطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقود الإدارية الدولية ؛ لأنه القانون الاكثر اتصالاً بموضوع العقد ويمثل مركز الثقل في عملية التعاقد من حيث إن محل الابرام والتنفيذ يجري فيها، فضلاً عن ان هذه الطائفة من العقود هي من عقود القانون العام وبالتالي فالدولة عند التعاقد كشخص عام يجب ان تخضع لقانونها الوطني، وهو ما اكدته النصوص القانونية الوطنية والدولية والاتفاقيات والمنظمات الدولية ومراكز التحكيم الدولية، اما تدويل منازعات العقود الإدارية الدولية فيجب عدم الذهاب أليه ألاّ عندما يكون هناك أتفاق بين الاطراف.

ويجب أن يصدر حكم التحكيم بعد الانتهاء من التحري والتحقيق في كافة الشروط الموضوعية والشكلية وبعد اجراء المداولة بين هيئة التحكيم إذا كانت مكونة من اكثر من محكم، وأن يصدر الحكم في الميعاد المحدد بين الاطراف، وأن يسلم الى الاطراف ويجب ان يصدر الحكم بطريقة مكتوبة وأن يتضمن كافة الوقائع المتعلقة بموضوع النزاع واجراءات المحكم أو هيئة التحكيم.

المبحث الثاني

ألتزامات وحقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

تتولد جملة من الالتزامات القانونية والتعاقدية للأطراف على عاتق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية بموجب العقد المبرم بينه وبين الأطراف، وتهدف هذه الالتزامات إلى توفير الحد الإدنى من الضمانات القانونية للأطراف في الحصول على حكم عادل، ومقابل هذه الالتزامات التي تعد بمثابة حقوقا للأطراف فان المحكم يحصل بعض الحقوق المالية والحقوق المعنوية والتي قد تكون أبلغ أثراً وأشد نفعاً والتي تعد التزاماً على الأطراف، وسيتم في هذا المبحث تناول التزامات المحكم في العقود الإدارية الدولية في المطلب إلأول، وحقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية في المطلب الثاني.

المطلب إلأول

التزامات المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

نظراً لحجم السلطات الواسعة التي يتمتع بها المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، فان غالبية التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية قد قيدت هذه السلطات بمجموعة من الالتزامات القانونية وإلاتفاقية والتي يلتزم بها المحكم ابتداءً من مرحلة قبوله لمهمة التحكيم وحتى صدر الحكم، ولبيان هذه الالتزامات سيتم بحثها في فرعين، الفرع إلأول الالتزامات القانونية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، والفرع الثاني الالتزامات إلاتفاقية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

الفرع الأول

الالتزامات القانونية للمحكم في مناعات العقود الإدارية الدولية

يقع على عاتق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية العديد من الالتزامات القانونية والتي نصت عليها غالبية التشريعات الوطنية وإلاتفاقات الدولية ورتبت على مخالفتها الطعن بالبطلان في الأحكام الصادرة، ومن هذه الالتزامات ضرورة افصاح المحكم عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك في حيادة واستقلاله، وقبوله للمهمة التحكيمية، ومراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي والنظام العام وإلاستمرار في اداء مهمته وإلالتزام بالمسائل الواردة في إلاتفاق وتسبيب القرار، وكما يأتي:

أولاً- مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي

يلتزم المحكم بأحترام المبادئ الأساسية في التقاضي؛ لأنها تعد حجر الزاوية للقضاء العادي أو قضاء التحكيم، وقد اكدت عليها التشريعات الوطنية والدولية، ويعد مبدأ المساواة بين الخصوم والمواجهة واحترام حق الدفاع من أهم هذه المبادئ التي على المحكم إلالتزام بها وكما يأتي:

١- مبدأ المواجهة: وهو من المبادئ المهمة التي يجب أن يحرص عليها المحكم اثناء الفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية ، ويقصد بمبدأ المواجهة قيام كل طرف باطلاع الطرف إلأخر بكل إلاجراءات وعناصر الخصومة الواقعية والقانونية التي يعتمد عليها، أي أن يراعي المحكم مواجهة الخصوم بعضهم ببعض في ادعاءاتهم ودفوعهم[١]، ويراد به ضرورة علم كل طرف بما يقدمه الطرف إلأخر من المستندات والوثائق وأدلة إلاثبات وما يصدر اثناء اجراءات سير الخصومة من قرارات وطلبات وخلال مدة مناسبة ليتمكن من مناقشتها واعداد الدفوع اللازمة للرد عليها، ولا يقتصر مبدأ المواجهة على جلسات المرافعة وأنما يمتد لجلسات التحقيق واتخاذ اجراءات إلاثبات، كما يجب على المحكم أن لا يجري اتصالاً مع أي اطرف دون علم الطرف الأخر؛ لأن هذا إلاتصال يعد اخلالاً بمبدأ المواجهة، ويرى جانب من الفقه أن مبدأ المواجهة يعد قيدا مفروضا على الحرية الواسعة لمبدأ سلطأن إلارادة أولاً وعلى حرية سلطة هيئة التحكيم ثانياً خلال إلاجراءات المتبعة في عملية التحكيم، وعند إلاخلال بالمبدأ فان مصير حكم التحكيم البطلان[٢].

وتحرص أغلب التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية على ضمان مبدأ الموجهة[٣]، وقد أشار إليه قانون المرافعات المدنية العراقي بصورة غير مباشرة في المادة (٢/٢٦٥) التي نصت على أنه (إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقييد باجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام)، وحيث أن مبدأ المساواة تعد من المبادئ إلاساسية للتقاضي في عملية التحكيم والتي لا يجوز مخالفتها؛ لأنها تعد من النظام العام، وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قضائها الحديث في أن مبدأ المساواة بين الخصوم اثناء سير خصومة التحكيم من المبادئ المتعلقة بالنظام العام[٤]، وهو ما اكده قانون التحكيم الفرنسي الجديد في المادة (١٥١٠) التي تنص على (تضمن محكمة التحكيم المساواة بين الأطراف أيا كانت إلاجراءات المختارة واحترام مبدأ المواجهة)، كما حرص قانون التحكيم المصري على إلأخذ بهذا المبدأ في المادة (٣١) التي تنص على أنه (ترسل صورة مما يقدمه أحد

١- د ابو العلا علي ابو العلا النمر ود احمد قسمت الجداوي ، المصدر السابق ، ص ١٠٥ .

٢- د علي اسماعيل دياب غازي ، موسوعة المحكم في التحكيم، دار الفتح، إلاسكندرية، ٢٠١٥ ، ص ١٩٨.

٣- المادة (٢/٥/ب) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، المادة (٣/٢٤) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥.

٤- نقض مدني فرنسي ٧ /١٩٩٢/١، منشور في مجلة التحكيم ، عدد ١٩٩٢، ص ٤٧، نقلا عن د ابو العلا علي ابو العلا النمر و د احمد قسمت الجداوي ، المصدر السابق ، ص ١٠٤.

الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الأخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة).

٢- مبدأ المساواة بين الخصوم: وهي من المبادئ التي المهمة التي ينبغي على المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية مراعاتها اثناء سير الإجراءات التحكيمية، وقد تناولها كل من القانون والقضاء والدين، ويقصد بهذا بمبدأ المساواة بين الخصوم أن يتم منح الأطراف فرصا متساوية لإبداء ما لديهم من دفوع وطلبات، ويعد مبدأ تحقيق المساواة بين الأطراف تطبيقاً عملياً لمبدأ حياد المحكم أو هيئة التحكيم واستقلالهما؛ لأن المحكم المحايد والمستقل هو الذي لا يتحيز لطرف على حساب الطرف الأخر فهو يعدل بينهما في المسائل الإجرائية[١]، ويتطلب مبدأ المساواة بين الخصوم إلا يقوم المحكم أو هيئة التحكيم بأجراء تفضيلي لطرف على حساب الطرف الأخر كمنح أحد الأطراف موعدا لتقديم مذكرة بدفوعه وتعطي الطرف الأخر موعداً أطول أو أقصر، ويقتصر هذا المبدأ على الحقوق الإجرائية من خلال منح كل طراف فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه والدفاع عنها، ولا ارتباط له بالمحكم أو هيئة التحكيم في ما تقضي به بموجب سلطتها التقديرية من تقدير للأدلة أو الدفوع المقدمة من الأطراف[٢]، وبطلان حكم التحكيم هو الإجراء المترتب على مخالفته من قبل المحكم أو هيئة التحكيم.

واكدت التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية[٣] على مبدأ المساواة بين الخصوم، وقد ورد النص عليه في المادة (٢٦) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه (يعامل طرفاً التحكيم على قدم المساواة وتهيا لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه)، وقد أشار إليه قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢/٢٦٥) كما ذكر في الفقرة السابقة، وأيضاً نص عليه في المادة (٢/٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أنه (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو إلاداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في القانون)، وقد أشار لهذا المبدأ أيضاً قانون التحكيم الفرنسي في المادة (١٥١٠) التي تنص على أنه (تضمن محكمة التحكيم المساواة بين الأطراف أيا كانت إلاجراءات المختارة واحترام مبدأ المواجهة).

٣- احترام حق الدفاع: حق الدفاع هو اعطاء المدعي الحق في الدفاع عن دعواه وحق المدعي عليه في الرد على الدعوى المرفوعة ضده، وتمكين كل من المدعي والمدعى عليه من تقديم كافة الدفوع

١- د عصام عبد الفتاح مطر، المصدر السابق ، ص ٤٦١ .

٢- د فتحي والي، المصدر السابق ، ص ٣٠٣-٣٠٤ ، فهد بجاد الملافخ ، تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا (دراسة في القانون المصري ونظام التحكيم السعودي) ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٣٨.

٣- المادة (١٨) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ تنص على أنه "يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن تهيا لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته".

وإلاسانيد القانونية المؤيدة لحق كلا منهم، ومن أهم هذه الحقوق هو حق الدفاع وحق المرافعة، وحق الإثبات، وحق كل طرف بالعلم باجراءات الدعوى، والحق في طلب مهلة لغرض تقديم دفوعه، وحقه في الحضور لكافة جلسات المرافعة. ويعد حق الدفاع من الحقوق الممنوحة للأطراف وليس واجباً عليهم؛ لذا فأن المحكم أو هيئة التحكيم غير ملزمين بتنبيه الأطراف إلى أستعمال هذا الحق[١].

ولا يعد إخلالاً بحق الدفاع قيام أحد الأطراف بتوكيل محامي للدفاع عنه، كذلك لا يعد إخلالاً عدم عقد المحكم أو هيئة التحكيم مرافعات شفويه وإلاكتفاء بتقديم المستندات والوثائق المكتوبة مالم يتفق الأطراف على غير ذلك، كما لا يعد اخلإلا لحق الدفاع رفض المحكم المستندات التي قدمها أحد الأطراف بعد أنتهاء الميعاد المحدد لتقديمها[٢].

وحق الدفاع هو من الحقوق المتعلقة بالضمانات الأساسية للعملية التحكيمية والتي يجب على المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية أن يكفلها ويحترم تطبيقها؛ لأنه يضمن صدور حكم عادل في النزاع المعروض، واي خرق متعمد لهذا الحق من قبل المحكم أو هيئة التحكيم يعرض حكم التحكيم للطعن بالبطلان. وأخذت به معظم التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية نظرا لأهميته.

وأشار إليه قانون التحكيم المصري في المادة (١/٣٣) التي تنص على أنه (تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وادلته ولها إلاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)، وهو ما اكده المشرع العراقي في المواد (٢/٢٦٥ و٢/٢٧٣) السابق ذكرها في الفقرات السابقة.

ثانياً- مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام

يجب على المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام، ويقصد بالنظام العام هو مجموع إلاسس إلاقتصادية وإلاجتماعية والدينية والسياسية والتي يراد بها الحفاظ على المصالح العليا للدولة، ويعبر النظام العام عن القواعد الأمرة في النظام القانوني والتي تستهدف الحفاظ على إلاسس التي يبنى عليها النظام القانوني وإلاجتماعي للدولة، ويستهدف النظام العام تلك المسائل التي تهم كيان الدولة بالدرجة إلاصلية والمباشرة اكثر مما تهم الفرد العادي، لذا فلا يمكن للأطراف إلاتفاق على مخالفتها؛ لأن هذا إلاتفاق يعد باطلا ولا يعتد به، وعلى المحكم أو هيئة التحكيم تجنب إصدار الأحكام التحكيمية المخالفة لقواعد القانون إلاداري في الدولة المراد فيها تنفيذ الحكم الذي يعد مظهرا من مظاهر النظام العام؛ لأنها ستكون عرضة للبطلان، والبطلان الناشئ عن مخالفة النظام

١- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ٢٤٤ .
٢- د علي اسماعيل دياب غازي ، المصدر السابق ، ص ١٩٦ .

العام يحق لأي طرف من الأطراف التمسك به، وللمحكمة أيضاً اثارته من تلقاء نفسها في اي مرحلة تكون عليها الدعوى[١]. وتعد قواعد النظام العام بانها قواعد نسبية ووقتية متغيرة بتغير الزمان والظروف كما أنها تتميز بكونها ذو طابع وطني يختلف من دولة إلى أخرى كونها متعلقة بالمصالح والمثل العليا المستقرة في ضمير شعب كل دولة، ومفهوم النظام العام الذي يجب أن يخضع له حكم التحكيم هو النظام القائم وقت ممارسة دور الرقابة وهو ما يطلق عليها مبدأ وقتية النظام العام [٢] .

وتوجد إلى جانب قواعد النظام العام الداخلي قواعد تتعلق بالنظام العام الدولي ومصدرها ما استقر عليه التعامل الدولي واقرته أحكام التحكيم المختلفة وهي متفقة مع قواعد الإخلاق وإلاداب العامة في التعامل ما بين التجار[٣]، ويجب على المحكم أو هيئة التحكيم أن يأخذ بنظر الإعتبار قواعد النظام العام الدولي عندما يتعلق الأمر بتطبيق القانون على موضوع النزاع؛ لأن مخالفته هذه القواعد من الأطراف يؤدي إلى بطلان العقد موضوع النزاع، أما عند اصدار حكم التحكيم فعلى المحكم أو هيئة التحكيم مراعاة قواعد النظام العام الداخلي للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها؛ لأن مخالفة الحكم لهذه القواعد سيؤدي إلى عدم تطبيق الحكم مما يجعله عرضة للبطلان، وهو ما نصت علية المادة (٢/٥/ب) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨[٤]، على أن فكرة النظام العام الداخلي تتسع كثيراً عن فكرة النظام العام الدولي؛ لأن القواعد القانونية الأمرة الداخلية لا تتعلق بالنظام العام الدولي[٥].

ولأهمية وخطورة هذا المبدأ وإلاثار المترتبة على مخالفته فقد نصت عليه اغلب التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية، فالمشرع العراقي اجاز للأطراف التمسك ببطلان الحكم المعروض على المحكمة المختصة، كما أعطى الحق للمحكمة المختصة من تلقاء نفسها أن تبطل حكم التحكيم إذا جاء مخالفاً لقواعد النظام العام أو إلاداب، وحسب ما ورد في المادة (٢/٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو إلاداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في القانون)[٦]، كما أشار إليه قانون التحكيم المصري في المادة (٢/٥٣) التي تنص على أنه (تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن

١- المستشار ايمن بهي الدين ، المصدر السابق ، ص ٨٦ .

٢- د حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص ٤٧٩ .

٣- د محمد داود الزعبي ، دعوى بطلأن حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٢٠٣ .

٤- المادة (٢/٥/ب) تنص على أنه " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها إلاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم أن ترفض إلاعتراف والتنفيذ إذا تبين أن في إلاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد "

٥- فهد بجاد الملافخ ، المصدر السابق ، ص ١٤١ .

٦- وكذلك نصت المادة (٢/٢٦٥) من نفس القانون على أنه " إذا كان المحكمون مفوضون بالصلح يعفون من التقييد باجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام " .

ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية)، أما المشرع الفرنسي فذهب في المادة (١٥٢٠) من قانون التحكيم الجديد إلى (لا تكون دعوى البطلان مقبولة إلا إذا كان تنفيذ حكم التحكيم أو الإعتراف به مخالف للنظام العام الدولي)، كما عدّ قضاء محكمة النقض الفرنسية مبدأ المساواة من المبادئ المتعلقة بالنظام العام وفرعت عن هذا عدم جواز التنازل عنه إلا بعد بدء الخصومة[١].

ثالثاً- التزام المحكم في عمله حتى أنتهاء مهمته

يجب على المحكم أو هيئة التحكيم أن يلتزم باتمام المهمة والفصل في النزاع المعروض حتى اصدر الحكم الفاصل فيه، وهي من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المحكم أو هيئة التحكيم، وليس للمحكم أن يعتزل ويترك المهمة التي كلف بها من قبل الأطراف أو من قبل القضاء أو من قبل أحد مراكز التحكيم الدائمة بدون سبب شرعي، وهذا ما أخذ به قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢٦٠) التي تنص على أنه (لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير عذر مقبول...)، كما ذهب أيضاً قانون التحكيم الفرنسي الجديد في المادة (١٤٥٧) التي نصت على أنه (على المحكم أن يقوم لإكمال مهمته إلى أنتهاء أجلها مالم يتم استبعاده أو وجود سبب شرعي لامتناعه أو لاستقالته).

وفي حالة استقالة أو اعتزال المحكم وعدم إلاتفاق بين الأطراف على تعيين محكم أخر، فعلى الأطراف اللجوء إلى القضاء لتعيين محكم بديلا عنه، ويحق للأطراف هنا مطالبة المحكم المعتزل بالتعويض إذا كان اعتزاله لسبب غير مبرر، كما يمكن مساءلة المحكم بموجب قواعد المسؤولية العقدية عند عدم اكماله مهمة التحكيم لأنه يلتزم مع الأطراف بعقد التحكيم للفصل في النزاع حتى صدور حكم التحكيم، لذا فان اي اخلال بهذا إلالتزام يترتب عليه مساءلته طبقا لقواعد المسؤولية العقدية[٢].

رابعاً- إلالتزام بالمسائل الواردة في اتفاق التحكيم

على المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية إلالتزام بالمسائل الواردة في اتفاق الأطراف وتجنب النظر في العناصر إلأخرى التي لم ترد في إلاتفاق، فلو اتفق الأطراف على التحكيم في موضوع عقد معين فلا ينبغي للمحكم أن ينظر إلى عقد أخر ولو كان مرتبطا بالعقد المتفق عليه وبين الأطراف أنفسهم؛ لأن إلارتباط الذي لا يقبل التجزئة يجعل نظر الدعويين من اختصاص المحاكم[٣]، وتطبيق لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأنه (لا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد أخر لم

١- نقض مدني فرنسي في ١٩٩٢/١/٧، نقلا عن د ابو العلا علي ابو العلا النمر ود احمد قسمت الجداوي، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .
٢- د سحر عبد الستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ١١٠ .
٣- د سحر عبد الستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ١١٧ .

ينصرف ارادة الطرفين إلى فضه عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لاحق)[١]، ولذا لا يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم أن تحكم بأقل أو بأكثر مما أتفق عليه الأطراف، لأن صدور قرار المحكم في مسالة لم تدخل في اتفاق التحكيم يعد باطلاً إلا إذا كان بالامكان فصل اجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الإجزاء الإخيرة وحدها، وهذا ما ذهب إليه قانون التحكيم المصري[٢].

وقد أكد المشرع العراقي على التزام المحكم أو هيئة التحكيم بوجوب احترام اتفاق الأطراف وهو ما ذهبت إليه المادة (١/٢٧٣) التي نصت على أنه (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله...إذا كان القرار قد خرج عن حدود الإتفاق)، وهو ما أكده أيضاً قانون التحكيم المصري في المادة (٢٥) بالقول أنه (لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم)، أما المشرع الفرنسي فقد جعل من اسباب قبول دعوى البطلان هو عدم مراعاة هيئة التحكيم لاتفاق الأطراف وذلك في المادة (٣/١٥٢٠) من قانون التحكيم الجديد التي تنص على أنه (لا تكون دعوى البطلان مقبولة إلا إذا كانت محكمة التحكيم قد فصلت دون أن تراعي المهمة التي عهد بها إليها).

خامساً- الإلتزام بتسبيب حكم التحكيم

يقصد بالتسبيب بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي ينبني عليها الحكم، وتنقسم اسباب الحكم إلى أسباب قانونية وهي القواعد والحجج التي يصدر الحكم استنادا إليها والخطأ فيها لا يؤثر على صحة الحكم، واسباب واقعية وهي الأدلة والوقائع التي يستند إليها الحكم لتقرير وجود أو عدم وجود الحق المطالب به، والخطأ فيها يبطل الحكم[٣].

ويعد التسبيب من أهم الضمانات التي يتحلى بها نظام التحكيم لتاكيد الثقة فيه كنظام لفض المنازعات، كما يعد أحدى ادوات الرقابة على عمل المحكمين لضمان مدى حسن ادائهم لعملهم، كما يرى البعض من الفقه على ضرورة التزام المحكم أو هيئة التحكيم بتسبيب الأحكام التي يصدرها تحقيقاً للعدالة بين الأطراف؛ لأن التسبيب يعد معيارا لتحديد مدى التزام المحكم بحقوق الدفاع والقواعد الموضوعية والإجرائية وقواعد الإثبات، كما يدفع التسبيب إلى التأني والتفكير طويلاً من قبل المحكم وعدم

١- الطعن بالنقض رقم ١٦٤٠ س ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٤ ، نقلا عن د علي اسماعيل دياب غازي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٦ .

٢- المادة (١/٥٣/و) تنص على أنه " إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق ومع ذلك إذا امكن فصل اجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الإجزاء الإخيرة وحدها "

٣- المستشار ايمن بهي الدين ، المصدر السابق ، ص ١١٣ .

الإستعجال في إصدار الحكم، كما يلعب دواً كبيراً في ادخال الشعور بالرضا والعدل لدى الطرف بالذي لم يصدر الحكم لصالحة[١]. ونظراً لأهميته فقد حرصت أغلبية التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية على الأشارة إليه[٢]. وأشار إليه قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢/٢٧٠) التي تنص على أنه (يجب أن يشتمل القرار...واسباب القرار ومنطوقه)، وكذلك أشار إليه قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في المادة (٢/٤٣) التي تنص على أنه (يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفاً التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم).

ويتضح أن المشرع المصري جعل هناك أصلاً واستثناءً، الأصل هو تسبيب الحكم والإستثناء عدم التسبيب في حالتين، أولاً- اتفاق الأطراف على عدم التسبيب، وثانياً- أن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يشترط تسبيب الحكم، أما المشرع الفرنسي فأنه اشترط تسبيب الحكم في المادة (٢/١٤٨٢) التي تنص على (يشترط في الحكم التحكيمي أن يكون مسببا)، على الرغم من أن هذه المادة تشمل التحكيم الداخلي، إلا أن المشرع قد أوجب تطبيها على التحكيم الدولي بموجب المادة (٤/١٥٠٦) من نفس القانون.

ويتبين أن هذه ألتزامات يجب الأخذ بها من قبل المحكم؛ لأن بعضها يعدّ من النظام العام ولا يجوز مخالفتها؛ لان الحكم الصادر يكون عرضة للبطلان، والبعض الاخر منها يرتب مسألة المحكم طبقاً للمسؤولية العقدية، وهناك من يساعد في تأكيد الثقة بالتحكيم كنظام لفض المنازعات الإدارية الدولية.

الفرع الثاني

الالتزامات إلاتفاقية للمحكم في مناعات العقود الإدارية الدولية

يعد اتفاق التحكيم هو إلاساس الذي يستند إليه المحكم أو هيئة التحكيم في مماسة مهمته التحكيمية، وأن قيام المحكم أو هيئة التحكيم بممارسة عملية التحكيم دون وجود هذا إلاتفاق يجعل من إلاجراءات وحكم التحكيم باطل لأنه فاقد الولاية، لذا فان هذه الولاية التي يتمتع بها المحكم تقتصر على ما تعرضه عليه ارادة الأطراف، وينتج عن عقد التحكيم العديد من الالتزامات التي يجب على المحكم أو هيئة التحكيم إلالتزام بها والتي تنبع أساسا من اتفاق الأطراف، ومن هذه الالتزامات:

١- د طارق فهمي الغنام ، المصدر السابق ، ص ٢٥٤ .

٢- المادة (٢/٣١) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ تنص على أنه "يبين في قرار التحكيم ألاسباب التي بنى عليها القرار مالم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان ألاسباب أو مالم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة ٣٠"، المادة (٤١/ب) من قانون التحكيم إلاردني.

أولاً- المحافظة على اسرار الخصوم

من أهم الضمانات الأساسية التي تميز نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية هي السرية والكتمان، وهذه السرية لا تقتصر على بدء الإجراءات ولكنها تمتد إلى ما بعد صدور حكم التحكيم الذي لا يمكن تلاوته علناً أو نشره إلا بعد موافقة الأطراف، وهذا ما أشار إليه المشرع المصري[١]، وهذه السرية تشمل كل ما يبرزه الأطراف واطلع عليه المحكم أو هيئة التحكيم من مستندات ووثائق وكتب رسمية وما دار اثناء المرافعات من نقاشات وأراء وتقارير خبراء، وهذا التزام من المحكم بسرية المستندات تشمل حتى المساعدين أو القائمين على المراكز التحكيمية والتي يعمل فيها المحكم[٢].

وعلى الرغم من أن العلانية هي من مبادئ الجوهرية في التقاضي أمام القضاء العادي أو الإداري، إلا أنه لا يمكن تطبيقها في التحكيم وخاصة عندما يتعلق النزاع بالعقود الإدارية الدولية المتعلقة بتوريد بعض المواد التكنولوجية أو الحربية الحساسة حفاظاً على تلك الإسرار الصناعية المهمة؛ ولذا تفضل بعض الشركات العملاقة خسارة الدعوى على أن تكشف اسرارها التجارية والصناعية، وبناءً على ذلك يجب أن تكون جلسات التحكيم مقتصرة على الأطراف أو من يمثلهم حفاظا على سرية المعلومات[٣].

وهذا إلالتزام الذي يقع على عاتق المحكم أو هيئة التحكيم يعد من الالتزامات العامة التي حرصت بعض التشريعات الدولية ومراكز التحكيم على النص عليها، ولا يقتصر على كونه إلتزاماً إتفاقياً فقط[٤]. ويترتب على عدم التزام المحكم أو هيئة التحكيم بالسرية مسؤوليته طبقا لقواعد المسؤولية العقدية؛ لأن أساس عمل المحكم هو عمل اتفاقي بموجب عقد التحكيم الذي يفرض عليه المحافظة على سرية العملية التحكيمية برمتها.

ولم يتناول المشرع العراقي التزام المحكم أو هيئة التحكيم بالسرية بنصوص صريحة إلا أنه يمكن الإستدلال عليها بطريق غير مباشر في ما ذهبت إليه المادة (١/٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي[٥] والتي اجازت للمحتكمين الإتفاق في عقد التحكيم أو في اتفاق مستقل لاحق بوضع إجراءات معينه يسير عليها المحكم أو هيئة التحكيم.

١- المادة (٢/٤٤) من قانون التحكيم المصري تنص على أنه"ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر اجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم".

٢- د ابو العلا علي ابو العلا النمر و د احمد قسمت الجداوي ، المصدر السابق ، ص ١١٢ .

٣- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصدر السابق ، ص ١٨٢ .

٤- د علي اسماعيل دياب غازي ، المصدر السابق ، ص ١٨٧ .

٥- المادة (١/٢٦٥) تنص على أنه "يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الإتفاق على التحكيم أو اي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون".

ثانياً- التزام المحكم بمباشرة المهمة بنفسه

كما يجب على المحكم القيام بمباشرة مهمته بنفسه؛ لأن شخص المحكم هو محل اعتبار في عقد التحكيم، على اعتبار أن اختيار الأطراف للمحكم يتم على ضوء ما يتوافر فيه من كفاءة وثقة وأمانه؛ ولذا لا يمكن للمحكم أن ينوب عنه في نظر النزاع شخص لا يعرفه الأطراف؛ لأنه لا يملك تفويض الغير في إداء المهمة والفصل في النزاع باعتبار أن ولايته مستمدة من اتفاق الأطراف مما يجعل صدور الحكم من شخص لا يحمل هذه السلطة باطلاً[١].

ويرى جانب من الفقه أن صدور الحكم من المحكم الذي اسندت إليه مهمة التحكيم يعد من المبادئ الأساسية؛ لذا لا يمكنه اشراك محكم أخر معه لأن مهمته هي ذات طابع شخصي، ويعد هذا الإلتزام من الالتزامات التي تفرضها طبيعة عملية التحكيم والفلسفة التي يقوم عليها من غير حاجة للنص عليها.

ثالثاً- التعاون مع زملائه من المحكمين

يقع على عاتق هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية إلالتزام بضرورة إلاشتراك والتعاون فيما بينهم وخاصة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من عدد من المحكمين، ويتمثل هذا التعاون بأجراء المشاورات وطرح إلاراء وإلافكار وإدامة إلاجتماعات من أجل الوصول إلى الوصول إلى حكم حاسم يحقق العدالة للأطراف، ولا يقصد بهذا التعاون أن تكون آرائه وأفكاره مطابقة للأعضاء إلأخرين وأنما يحق له إلاصرار والتمسك برأيه إذا كان نابعا عن قناعته، وله الحق في بيان رأيه مستقلاً عن المحكمين الأخرين وإلا يوقع مع قرار إلاغلبية، كما لا يتطلب هذا التعاون وإجراء المشاورات أن يتم في مكان التحكيم على الرغم من أنه له إلاثر الكبير على سرعة إجراء المداولات بين إلاعضاء بما ينعكس ايجابياً على سرعة صدور الحكم[٢]. أما إذا رفض أحد المحكمين التعاون من زملائه في حضور المشاورات وفي المداولات وفي صياغة القرار، فهذا لا يؤثر على سير المشاورات وإلاجتماعات التي تجري بين بقية إلاعضاء من أجل صياغة القرار وإصداره بالاغلبية.

وقد تبرز هناك اشكالية في صدور حكم التحكيم تتمثل في أن القوانين المعمول بها تتطلب حضور جميع اعضاء الهيئة التحكيمية في عملية المداولات والمشاورات وفي إصدار الحكم، وتجاوزت غالبية

١- د سحر عبد الستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ .
٢- د ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، المصدر السابق ، ص ١١٧ .

التشريعات الوطنية وإلاتفاقات الدولية هذه إلاشكالية من خلال إلأخذ برأي إلاغلبية، وهو ما أشار إليه قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (١/٢٧٠)[١].

علماً إنه يوجد هناك التزامات قانونية واتفاقية أخرى تقع على عاتق المحكم أو هيئة التحكيم قد تم بحثها في الفصل الثاني كضرورة افصاح المحكم عن اي ظروف من شأنها اثارة الشكوك في حيادة واستقلاله، وشرط الحياد وإلاستقلال وقبول المحكم لمهمته.

المطلب الثاني

حقوق المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

يرتب عقد التحكيم المبرم بين المحكم واطراف النزاع في منازعات العقود الإدارية الدولية التزامات على عاتق الأطراف المتنازعة والتي تعد حقوقا للمحكم أو هيئة التحكيم، وتنقسم هذه الحقوق ما بين الحقوق المالية والتي تشمل حق المحكم في الحصول على إلاتعاب مقابل اداءه لمهمة التحكيم، وحقة في الحصول على المصاريف أو النفقات الخاصة بالسفر أو إلاقامة، وحقة في الحصول على التعويض، والحقوق المعنوية التي تشمل حق المحكم في إلاحترام والتوقير من قبل الأطراف، وتقديم المساعدة له من أجل فض النزاع، وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع إلأول: الحقوق المالية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، والثاني: الحقوق المعنوية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

الفرع الأول

الحقوق المالية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

يستحق المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بعض الحقوق المالية كمقابل لما يبذله من جهد وعناء ووقت في فض النزاع المعروض عليه، ومن أهم الحقوق المالية هي حق المحكم في الحصول على إلاتعاب أو إلاجر، وحقة في المصاريف، وحقة في الحصول على التعويض وكما يأتي:

١- المادة (٤٠) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، المادة (١٥١٣) قانون التحكيم الفرنسي الجديد المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ ، المادة (١/٤٨) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥

أولاً- حق المحكم في الحصول على إلاتعاب

إلاتعاب هي الاجر المالي الذي يستحقه المحكم مقابلاً لما يبذله من الجهد والعناء في نظر الدعوى مالم يكن قد تنازل عنها، وتقدر هذه إلاتعاب بحسب المدة التي تستغرقها عملية التحكيم، والمعوقات التي تواجهها وما يبذله المحكم من عناء وجهد ووقت في نظر النزاع، وقيمة الدعوى، والمركز إلاجتماعي والمالي والثقافي للمحكم، مع إلاعتداد بالعرف الجاري أن كان موجوداً في هذا الباب[١]، وهذا التحديد الجديد للأتعاب بدل التحديد السابق الذي يعتمد على إلاقتصاد في النفقات القضائية هو نتيجة لظهور منازعات تجارية دولية كمنازعات العقود الإدارية الدولية التي تحتوي قيم مالية ضخمة مما يتطلب توافر خبرات خاصة جديدة لدى المحكم، الأمر الذي ساعد في خلق مبادئ وأسس جديدة لتحديد قيمة إلاتعاب تعتمد على قيمة الدعوى اكثر من إلاعتماد على الجهد المبذول فيها[٢]، ويعد حق المحكم بالحصول على إلاتعاب من أهم الالتزامات التي تترتب على اطراف النزاع، وأن مسالة حصول المحكم على إلاتعاب هو أمرٌ حتمي ويقره الواقع العملي؛ لأنه لا يعمل بلا مقابل، فضلاً عن أن هذه إلاتعاب هي الدافع في موافقة المحكم على قبول المهمة.

والأصل أن تقدير إلاتعاب تتم بالاتفاق بين المحكم أو هيئة التحكيم وبين اطراف النزاع سواء كان في اتفاق التحكيم أم في اتفاق مستقل، فإذا كان هيئة التحكيم مكونه من ثلاثة محكمين يتفق كل طرف مع المحكم الذي اختاره على مقدار إلاتعاب ومن ثم يتفق الطرفان مع رئيس الهيئة ويتحملان اتعابه بالتضامن، أما إذا كانت هيئة التحكيم مكونه من محكم وأحد فيتفق الطرفان معه ويتقاسمان إلاتعاب بينهما[٣]، وعند عدم وجود اتفاق بين الأطراف والمحكم على إلاتعاب فهناك خلاف في الرأي، حيث يرى جانب من الفقه أن تحديد إلاتعاب يقع على عاتق المحكم فهو يقوم بتقديرها وتحديد الطرف الذي يدفعها وطريقة دفها بالنص عليه في حكم التحكيم وفي هذه الحالة لا يلزمهم إلا إذا قبلوا به، بينما يرى جانب آخر أن المحكم لا يحق له أن يصدر قراراً بتحديد اتعابه ونفقاته في حكم التحكيم؛ لأن ذلك يجعله حكما وخصما وهو لا يجوز وأنما عليه الذهاب إلى القضاء لتحديدها[٤]، كما أن تقدير المحكم لأتعابه في الحكم يجعل من هذه إلاتعاب غير حائزة لحجية الأمر المقضي به، والقول بغير ذلك يعني إلاعتراف للمحكم؛ بأنه يصطنع لنفسه سند تنفيذي[٥]، بينما يذهب جانبا من الفقه الفرنسي إلى أن إلاتعاب التي تدفع

١- القاضي كاظم حنتوش سلمان ، المصدر السابق ، ص ١١٠ .
٢- د ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ .
٣- د فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ .
٤- المستشار ايمن بهي الدين ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .
٥- د سحر عبد الستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .

للمحكم أو هيئة التحكيم يتحملها الأطراف بالتضامن[١]، ويمكن القبول بالرأي الذي يوجب اللجوء للقضاء من أجل الحصول على اتعاب المحكم عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف والمحكم، لأن تحديد المحكم لأتعابه في الحكم لا يدخل ضمن ولاية المحكم كما لا يعد جزءاً من حكم التحكيم.

وتظهر هذه الإشكالات عادة عند اللجوء إلى التحكيم الحر، أما في التحكيم المؤسسي فنجد أن المراكز والمؤسسات التحكيمية لديها جداول خاصة لتقدير الإتعاب التي يستحقها المحكم مسبقاً، الأمر الذي قد يؤدي إلى حماية الأطراف من التعسف والمبالغة في الإتعاب، إلا أنه من جانب أخر يجعل ارادة المركز هي المتحكم في تحديد هذه الإتعاب وفق الجدأول والشروط المعدة مسبقا والتي لا تقبل التفاوض، مما يجعل الأطراف أمام خيارين أما القبول أو الرفض[٢]. وكقاعدة عامة يستحق المحكم أو هيئة التحكيم الإتعاب عند الأنتهاء العملية التحكيمية واصدار الحكم المنهي للخصومة من قبل الأطراف بالاتفاق، أو عن طريق اللجوء إلى القضاء لاستحصالها.

ولكن ما مصير الإتعاب عند ابطال الحكم التحكيمي من المحكمة المختصة؟ يمكن القول أن المحكم لا يستحق الإتعاب وما أنفقه من مصاريف إذا ابطل الحكم التحكيمي لسبب يرجع إلى قصور أو أهمال المحكم؛ لأنه تعمد اهدار وقت الأطراف وجهدهم، ولا أهمية لما اضاعه هو من وقت وجهد، أما إذا كان ابطال الحكم التحكيمي يرجع لسبب لا يد للمحكم فيه، عندئذ يستحق المحكم كامل الإتعاب[٣].

ومع ذلك قد تنتهي عملية التحكيم بحكم غير مُنه للنزاع فهل يستحق المحكم أو هيئة التحكيم الإتعاب؟

نعم يستحق المحكم اتعابه وما أنفقه من مصاريف حتى ولو أنتهت عملية التحكيم دون صدور حكم مُنهٍ للنزاع، كما لو قضى المحكم أو هيئة التحكيم بعدم الإختصاص بنظر النزاع أو أنتهت الإجراءات بسبب تسوية النزاع وديا بين الطرفين[٤]، أو بسبب أحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٤٨) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، أو أنتهاء الإجراءات بأمر من المحكمة المختصة (محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى في مصر) وفق ما جاء بالمادة (٢/٤٥)[٥].

١- المحامي محمد نعيم علوه ، المصدر السابق ، ص ٩٥ .
٢- د ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٢١.
٣- د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، المصدر السابق ، ص ٦٢ .
٤- المادة (٤١) من قانون التحكيم المصري تنص على أنه "إذا اتفق الطرفان خلال اجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبا اثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وينهي الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ".
٥- د فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٢٩١ .

ويعد إلالتزام بدفع اتعاب المحكم من قبل الأطراف بموجب عقد التحكيم التزام تعاقدي، يرتب المسؤولية وفقا لقواعد المسؤولية التعاقدية عند عدم الوفاء به، ويمكن للمحكم مقاضاة الأطراف أمام القضاء للحصول على إلاتعاب[١].

ولا يستحق المحكم إلاتعاب إذا لم ينجز المهام الموكلة إليه، سواء كان بالامتناع عن القيام بها أو بالتأخير في اتمامها مما ادى إلى أنقضاء المدة المحددة لعملية التحكيم دون عذر مشروع، مما يبرر مطالبة الأطراف له بالتعويض عند توافر شروط المسؤولية[٢].

وقد حرصت بعض التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم[٣] على تثبيت حق المحكم في الحصول على إلاتعاب، وقد أشار قانون المرافعات المدنية العراقي بالمادة (٢٧٦)[٤] إلى حق المحكم في الحصول على إلاجر، ويتم تحديده أما بالاتفاق بين الأطراف سواء كان في عقد التحكيم أم اتفاق مستقل، وعندما لا يوجد اتفاق فيتم عن طريق المحكمة المختصة بنظر النزاع سواء كان في حكمها أم في قرار مستقل بناءً على عريضة يطلب فيها المحكم تحديد إلاجر وذلك تجنبا لإقامة دعوى بها، ويعد قرار المحكمة المستقل من قبيل إلأوامر على العرائض الذي يقبل التظلم منه خلال (٣) ايام من صدوره أو من تاريخ تبلغة، ويكون القرار نتيجة التظلم تابعا للطعن وفق المادة (٢١٦) من نفس القانون، ويتحمل الطرف الخاسر مصاريف التحكيم[٥]، ولم يتطرق المشرع المصري أو الفرنسي إلى مسالة حق المحكم أو هيئة التحكيم في الحصول على إلاتعاب أو إلاجور في قانون التحكيم الخاص بكل منهم؛ وذلك لأن حصول المحكم على إلاتعاب هي من البديهيات؛ لأنه لا يعمل دون مقابل، ويمكن للمحكم إلاتفاق مع الأطراف عليها في اي مرحلة من مراحل الدعوى.

ثانياً- حق المحكم في المصاريف

يحق للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية استرجاع جميع المبالغ المالية التي تم أنفاقها وصرفها اثناء عملية التحكيم اضافة لحصولة على إلاتعاب، وتشمل هذه المصاريف اجور السفر وإلأنتقال لأجراء المعاينة وإلاقامة والبريد وايجار مقر التحكيم واتعاب المترجم أو الكاتب ومصاريف الطباعة، أضافة إلى

١- د علي اسماعيل دياب غازي ، المصدر السابق ، ص ٢٥٣ .
٢- د سحر عبد الستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ١٣٥.
٣- المادة (٤٠) من قواعد إلأونسيترال لعام ٢٠١٣ ، المادة (٣٨) من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٧ ، المادة (٢٨) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي ، المادة (١/٣٢) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ، المادة (٤١/د) من قانون التحكيم إلاردني .
٤- المادة (٢٧٦) تنص على أنه " تُحدد اجور المحكمين باتفاق الخصوم عليها في عقد التحكيم أو في اتفاق لاحق وإلا فتحددها المحكمة المختصة بنظر النزاع في حكمها أو بقرار مستقل يقبل التظلم والطعن تمييزا وفقا لما هو مقرر في المادتين ١٥٣ و٢١٦ من هذا القانون " .
٥- القاضي عبدالرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص ٥٠٢ .

أجور المساعدين والمستشارين القانونين والفنيين والمثمنين وتنقلات وأقامة الشهود ونفقات المكالمات الهاتفية ومراسلات إلأنترنيت وغيرها من المصروفات الخاصة بالامور الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم والتي لا يمكن للمحكم أن يضمنها في حكم التحكيم لأنه لا يمكنه أن يصطنع دليلاً لنفسه، وتقتضي هذه إلاجراءات الحصول على مصاريف لتغطيتها على أن تكون لازمة للسير بالعملية التحكيمية بالاتجاه الصحيح وتحقيق هدف اللجوء للتحكيم، وهذا يفرض على الأطراف التزاماً بضرورة تحمل ما أنفقه المحكم اثناء العملية التحكيمية من مصروفات بالتضامن والتي لا تعد من قبيل إلاتعاب، وأن كان واقع العملي يثبت أن المحكم أو هيئة التحكيم لا تسير بالمهمة إلا بعد أن يقوم الأطراف بوضع مبالغ مالية تحت الحساب لتغطية هذه المصاريف[١].

ويمكن أن تحدد المصاريف التي أنفقها المحكم اثناء عملية التحكيم باتفاق الأطراف في التحكيم الحر أو بموجب أنظمة ولوائح المراكز التحكيمية في التحكيم المؤسسي، وعند عدم إلاتفاق يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم أن يحددوا تلك المصاريف ومن يتحمل دفعها، وإذا كان هناك خلاف بين الأطراف في تحمل دفعها فيمكن للمحكم اللجوء إلى القضاء لتقديرها وتحديد من يتحمل دفعها.

ويجوز للمحكم أن يسترد ما أنفقه من مصروفات حتى مع القيام بمهمته دون اتعاب؛ لأن هذه المصروفات لا تعتبر من قبيل إلاتعاب، ويجري عليها ما يجري على إلاتعاب من إجراءات بالاتفاق، أما عند عدم وجود إلاتفاق فبامكان المحكم اللجوء للقضاء عن طريق رفع دعوى عادية طبقا للقواعد العامة[٢].

ومن ابرز التشريعات الوطنية التي عالجت هذه المسالة صراحة هو قانون إلاجراءات المدنية إلايطالي في المادة (٨١٤) التي نصت على (للمحكم الحق في استرداد ما أنفقه من مصاريف ومكافاة مقابل ما قام به من عمل، ويلتزم طرفا التحكيم بدفع هذا المبلغ بالتضامن مع عدم إلاخلال بحق أحدهما في الرجوع على إلأخر في حالة التزام أحدهما فقط بدفع هذا المبلغ بموجب إلاتفاق)، وكذلك المشرع الفلسطيني في المادة (٣٤) التي نصت على أنه (يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر الزام الأطراف ايداع اي مبلغ تراه مناسباً لتغطية المصاريف التي قد تنشأ عن التحكيم شريطة أن ينص اتفاق التحكيم صراحة على قبول هذا المبدأ، فإذا لم يقم الأطراف أو أحد منهم بدفع المبلغ يحق للمحكم أو لهيئة التحكيم الطلب من المحكمة المختصة اصدار امر بذلك)[٣]، ومن التشريعات الدولية التي عالجت هذه المسألة قواعد إلأونسيترال

١- د علي اسماعيل دياب غازي ، المصدر السابق ، ص ٢٦٦ .
٢- المصدر السابق ، ص ٢٦٧ .
٣- المادة (٣٤) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠٠ .

المعدلة لعام ٢٠١٣ في صلب المادة (٤٠) وتحت عنوأن تكاليف التحكيم[١]، وكذلك نظمها بالتفصيل الفصل الخامس من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي النافذة اعتبارا من ٢٠١١/٣/١ في المواد (٤٢ - ٤٨)، وكذلك عالجها المركز الدولي لاتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار لعام ١٩٦٥ في المواد (٢/٦١،٦٠،٥٩)، ولم يتناول المشرع العراقي والمشرع المصري مسألة المصاريف وهو ما يدعو إلى المعالجة.

ثالثاً- حق المحكم في الحصول على التعويض

يعد المحكم كقاضي خاص في ممارسة الفصل في النزاع المعروض عليه، وقد يصدر خلال عملية التحكيم تصرف من أحد اطراف النزاع أو من كليهما يسيء للمحكم، بما يلحق به ضرراً مادياً أو معنوياً نتيجة هذا السلوك، كما لوطلب رده دون مبرر قانوني، أو كان الرد يرتكز على سوء النية بقصد التشهير، فهل يحق له المطالبة بالتعويض؟

كما يمكن مساءلة المحكم والزامه بدفع التعويض لأحد الأطراف أو لكليهما عن الضرر الذي أحدثه لهم نتيجة أهماله أو خطأه أو سوء نيته، فاللمحكم الحق بالمقابل في مساءلة الأطراف أو أحد منهم والزامهم بدفع التعويض عن اي اساءه إليه بالقول أو الفعل، وبما أن قوانين التحكيم ولوائح مؤسسات ومراكز التحكيم الدائمة لم تتطرق صراحة إلى هذا الحق؛ فأنه لا يوجد ما يمنع المحكم من رفع دعوى المسؤولية ضد الطرف المسيء ومطالبته بالتعويض وفقا للقواعد العامة[٢]. كما يحق للمحكم رفع دوى التعويض ضد أحد الأطراف أو كليهما عن اي تصرف أو فعل ضار يلحق ضرراً مادياً أو معنوياً كما لو تضمنت عريضة دعوى بطلان حكم التحكيم عبارات من شأنها الإعتداء على شرفه أو تمثل سب أو قذف له[٣].

ويعدّ حق المحكم في الحصول على الأتعاب والمصاريف والتعويض من الأمور البديهية فهو لا يعمل بالمجان؛ لأنه يقضي الكثير من الوقت والجهد في نظر موضوع النزاع والوصول الى حكم حاسم، وخاصة إذا تعلق التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

١- المادة (٤٠) تنص على أنه " ١- تحدد هيئة التحكيم تكاليف التحكيم في قرار التحكيم النهائي وكذلك في قرار أخر إذا رأت ذلك مناسبا . ٢- لا يشمل تعبير – التكاليف – إلا ما ياتي: أ- اتعاب هيئة التحكيم وتبين تلك الإتعاب فيما يخص كل محكم على حده وتحددها الهيئة بنفسها وفقا للمادة ٤١ . ب- ما يتكبده المحكمون من نفقات سفر ونفقاتٍ أخرى معقوله. ج- ما تتطلبه مشورة الخبراء وغيرها من المساعدات اللازمة لهيئة التحكيم من تكاليف معقوله . د- ما يتكبده الشهود من نفقات سفر ونفقات أخرى معقوله ما دامت هيئة التحكيم توافق على تلك النفقات . ه- ما يتكبدة الأطراف من تكاليف قانونية وتكاليف أخرى تتعلق بالتحكيم ما دامت هيئة التحكيم ترى أن مبلغ تلك التكاليف معقول . و- أي اعاب ونفقات لسلطة التعيين وكذلك اتعاب ونفقات الإمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة . ٣- فيما يتعلق بتفسير أي قرار تحكيم أو تصحيحه أو تكميله بمقتضى المواد ٣٧ إلى ٣٩ يجوز لهيئة التحكيم أن تطالب بالتكاليف المشار إليها في الفقرات ٢ ب إلى و ، ولكن بدون اتعاب اضافية " .

٢- د ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، المصدر السابق ، ١٢٣ .

٣- د ناصر محمد الشرمان ، المصدر السابق ، ص ٤٨٥ .

الفرع الثاني

الحقوق المعنوية للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية

يتمتع المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية ببعض الحقوق إلادبية إلى جانب الحقوق المالية، وتشمل حق المحكم في إلاحترام والتوقير، وحقه في التنحي، وحقة في مطالبة الأطراف بالمساعدة، وكما يأتي:

أولاً- حق المحكم في إلاحترام والتوقير من قبل الأطراف

إلاحترام والتوقير من قبل الأطراف من أهم الحقوق الأدبية التي يتمتع بها المحكم أو هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية سواء تم تعينه بالاتفاق من الأطراف أم من قبل أحد مؤسسات التحكيم الدائمة أم من قبل القضاء، ويجب على الأطراف احترام حق المحكم في قبول مهمة التحكيم أو عدم قبولها وإلابتعاد عن كل ما يخدش كرامته وعدالته وأمانته ويعامل طبقا لطبيعة مهمته كقاضي خاص، فتكون صفته هذه محل اعتبار؛ لأنه الشخص الذي تم اختياره من قبل الأطراف بالاتفاق بناءً على كفاءته ونزاهته وخبرته ليفصل بينهم في النزاع[١]، لذا يرى بعض من الفقه بامكانية توجيه النقد إلى المحكم بالحدود التي تسمح به المبادئ العامة باعتباره قاضٍ خاص وليس قاضٍ عام، ومن أهم الالتزامات التي تقع على الأطراف هي أحترام المحكم واتباع ما يقرره من تعليمات، لأنه يتنظر منهم التعاون والسلوك الذي يتسم بالنزاهة[٢]. وهناك من يرى من الفقه أن على الأطراف إلالتزام بقواعد المجاملة وإلاحترام والتوقير اثناء الحديث والتعامل مع المحكم أو هيئة التحكيم.

ويوجد عدد من الهيئات التحكيمية المؤسسية في فرنسا تفرض جزاءات ذات طابع تأديبي توقع على من يخالف ذلك، وتخضع الهيئة عند تطبيقها لهذه الجزاءات لرقابة القضاء[٣]، وفي هذا المسار ذهب المشرع السوري في قانون التحكيم رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨ بالمادة (١٥) التي تنص على أنه (كل من يعتدي على محكم خلال ممارسته مهمة التحكيم أو بسببها يعاقب بالعقوبة التي يعاقب لها فيما لو كان إلاعتداء على قاض).

ولا يتمتع المحكم بالضمانات التي يتمتع بها قاضي الدولة فيما يخص تطبيق النصوص المتعلقة بالجرائم التي تقع اثناء الجلسات أمام المحكم أو هيئة التحكيم، حيث لا يحق للمحكم أو هيئة التحكيم أن تعاقب بالحبس أو بالغرامة الشخص المخل بنظام جلسة التحكيم سواء كان بالتقليل من هيبتها واحترامها أو

١- د سحر عبد الستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص

٢- د ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٢٣ .

٣- د عزمي عبد الفتاح عطية ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ .

بالاعتداء على أحد اعضائها، وأنما تكتفي بتنظيم محضر بالحادثة وأحالتها إلى الجهة المختصة في الدولة التي يجري التحكيم فيها وحسب ما تقرره قواعد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، ولضمان الحفاظ هيبة التحكيم واستمراره يمكن للأنظمة القانونية الوطنية والتشريعات الدولية منح المحكم أو هيئة التحكيم بعض السلطات الممنوحة للقضاة كسلطة الأمر والجبر، وحتى يتحقق ذلك مستقبلا يحق للمحكم المطالبة بالتعويض وفقا للقواعد العامة عما اصابة من ضرر[١].

ثانياً- حق المحكم في التنحي

حق المحكم في التنحي في منازعات العقود الإدارية الدولية من الحقوق المكفولة والتي نصت عليها اغلب التشريعات[٢]، كما يمكن للمحكم التنحي بعد قبوله المهمة التحكيمية وقبل البدء بأجراءات التحكيم، كما له الحق في التنحي بعد البدء بالاجراءات طالما كانت هناك اسباب جدية دفعته إلى ذلك، كما لو كانت هناك ظروف أو علم بظروف قد تسبب له الحرج من الإستمرار في مماسته لمهمة التحكيم أو قد تؤدي به إلى الإنحياز لطرف على حساب الطرف الإخر، أو قد يتعرض لمانع يجبره على التنحي سواء كان لمرض أم قوة قاهره أم سفر بعيد مما يحول دون اكمال المهمة في الميعاد المحدد لها الأمر الذي يتعارض مع أهم اهداف التحكيم وهي السرعة[٣].

ويرى جانب من الفقه أن مسألة تنحي المحكم كانت تواجه العديد من العقبات حتى عهد قريب عندما أصبح من حق المحكم التنحي من تلقاء نفسه لأي سبب مقبول وخاصة في الوقت الحاضر الذي اصبح فيه التحكيم التجاري الدولي يكلف المحكم الكثير من الجهد والوقت، كما يحق للمحكم التنحي ولو كان التحكيم اجبارياً[٤]. وتنتهي علاقة المحكم بعملية التحكيم بالتنحي أو بعزل نفسه عن اداء مهمة التحكيم أستنادا للطبيعة التعاقدية للتحكيم لأنه من العقود التي يمكن أنهائها من جانب واحد على أن لا يلحق الضرر بالأطراف، ويمكن مسالة المحكم إذا تبين أن التنحي كان لاسباب غير مشروعة من قبل الأطراف. ولا يحق للمحكم بعد التنحي من اتخاذ اي اجراء، ويقع على الأطراف العمل لإيجاد البديل المناسب لإكمال المهمة[٥].

١- د علي اسماعيل دياب غازي ، المصدر السابق ، ص ٢٦٩ .

٢- المادة (١/١٤) من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ تنص على أنه " إذا اصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على اداء وظائفه أو تخلف عن القيام بمهمته تنتهي ولايته إذا تنحى عن وظيفته أو إذا اتفق الطرفان على أنهاء مهمته ...)، المادة (٢/١٥) من قواعد غرفة التجارة الدولية للتحكيم الدولي لعام ٢٠١٧ ، المادة (٢/١٢) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ .

٣- د ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .

٤- د عدنان يوسف الحافي ، حقوق المحكم طبقا لقانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠، بحث منشور في مجلة جامعة إلازهر – غزة ، سلسلة العلوم الإنسانية ، المجلد ١٦، العدد ١، فلسطين ، ٢٠١٤ ، ص ٢٧٤.

٥- د وفاء فاروق محمد حسني ، المصدر السابق ، ص ٢٢٧.

وقد أشار المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية إلى هذا الحق في المادة (٢٦٠) التي تنص على أنه (لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير عذر مقبول..)، كما تطرق المشرع المصري في قانون التحكيم في المادة (٢٠) التي تنص على (إذا تعذر على المحكم اداء مهمته أو لم يباشرها أو أنقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تاخير لا مبرر له في اجراءات التحكيم ولو يتنح..)، وكذلك نص على هذا الحق المشرع الفرنسي في المادة (١٤٥٧) من قانون التحكيم الجديد التي تنص على أنه (يجب على المحكم أن يقوم بمهمته حتي نهايتها ما لم يكن هناك مانع مشروع أو سبب مشروع للامتناع أو الإستقالة).

ويتبين من هذه النصوص القانونية اعلاه أن المحكم يملك الحق قانوناً في التنحي وأن علقت هذا التنحي على شرط وجود عذر مقبول لكي لا يتضرر اطراف النزاع .

ثالثاً- حق المحكم في مطالبة الأطراف بتقديم المساعدة

يحق للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية مطالبة الأطراف من أجل تقديم ما لديهم من المعلومات والأيضاحات وإلأدلة اللازمة والتي تساهم في إظهار الحقيقة وتعجل في أنهاء النزاع، ويجب على الأطراف مد يد العون للمحكم في أنجاز المهمة التحكيمية بالسرعة الممكنة مما يحقق الغاية المرجوه من التحكيم وهي السرعة[١].

وهذا إلالتزام الذي يقع على عاتق الأطراف ورد في المادة (٣/١٤٦٧) من قانون التحكيم الفرنسي الجديد المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ التي نصت على أنه (إذا كان هناك دليلاً من أدلة إلاثبات بيد أحد الأطراف جاز لهيئة التحكيم أن تلزمه بتقديمه وفقا للأصول التي تحددها وعند الحاجة يجوز لها أن تفرض علية غرامه تهديدية)، كما أشار إليها قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٢٦٦) التي تنص على (يفصل المحكمون في النزاع على أساس عقد التحكيم أو شرطه والمستندات وما يقدمه الخصوم لهم وعلى المحكمين أن يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم..)، وكذلك ورد النص عليها في المادة (٣/٣٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أنه (.. ولا يخل بهذا حق هيئة التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من طرفي الدعوى).

ويجب على الأطراف إلالتزام بتقديم المساعدة للمحكم في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وأن أي عرقلة أو تقصير من الأطراف في تقديم المستندات وإلأدلة إلى المحكم من شأنه التأخير في فض النزاع، كما أنه يقف عائقاً أمام المحكم أو هيئة التحكيم في تكوين فكرة واضحة على موضوع النزاع مما يدفعه إلى إلاعتذار أو التنحي عن أكمال المهمة بسبب قصور الأطراف في أداء التزاماتهم[٢].

١- د علي اسماعيل دياب غازي ، المصدر السابق ، ص ٢٧٠ .

٢- د سحر عبد الستار أمام يوسف ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ .

الخاتمة

ختاما وبعد أن أنتهينا بحمد الله وتوفيقة من تناول دراستنا الموسومة (المركز القانوني للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية)، لابد من بيان أهم النتائج التي تم التوصل إليها وتقديم بعض التوصيات التي نأمل أن تكون مفيدة ونافعة، وكما يأتي:

أولاً- النتائج

١- تعد فكرة العقود الإدارية الدولية من الظواهر الحديثة نسبياً في مجال العلاقات الدولية التي ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية من أجل استقطاب الإستثمارات الإجنبية لتحقيق تنمية اقتصادية شاملة وخاصة في الدول النامية التي يعجز فيها رأس المال الوطني من الإستجابة لمتطلبات الحياة وتحقيق النمو الإقتصادي السريع .

٢- العقود الإدارية الدولية هي عقود طويلة الإمد تبرمها الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية مع شخص اجنبي تتعلق باستغلال الثروات والموارد الطبيعية لتحقيق التنمية الإقتصادية وتتضمن شروطاً غير مألوفة في العقد العادي أو المدني، واختلف الفقه والقضاء في تحديد معيار تمييز العقود الإدارية الدولية ما بين المعيار القانن والمعيار الإقتصادي والمعيار المختلط، ويتم إبرامها وفق طرق واجراءات معينة كالمناقصة العامة والمحدودة والمناقصة والممارسة والتعاقد المباشر والشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة وغيرها، وتتخذ هذه العقود صور مختلفة كعقود الإشغال العامة الدولية وعقود البوت وغيرها.

٣- أن الأثر الأهم المترتب على الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية هو امكانية حسم منازعات بالوسائل البديلة كالتحكيم الذي يعد بديلا للقضاء الوطني، اضافة إلى أن نظام التحكيم يعد في الوقت الحاضر مطلبا من متطلبات التنمية الإقتصادية وخاصة في الدول النامية والتي لا يستطيع فيها رأس المال الوطني تلبية احتياجاتها الرئيسية، وهو ما شجع غالبية الدول من تشرق قوانين للتحكيم وإلأنضمام للاتفاقيات الدولية الخاصة به. كما يعد كذلك مطلبا للمتعاقد إلاجنبي بما يوفره من مزايا وضمانات.

٤- اتخذ المشرع الفرنسي منذ البداية موقف الحظر من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية مستندا إلى نصوص المادتين (٨٣ و١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام ١٨٠٣، ثم المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الصادر عام ١٩٧٢، وسانده في هذا الموقف بعض الفقه وقضاء مجلس الدولة؛ لأنه يسلب من الإدارة أهم الإمتيازات الممنوحة لها بوصفها سلطة عامة ، إلا أن المشرع الفرنسي قد أورد بعض الإستثناءات المهمة والتي كان على رأسها وأهمها قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٦ والذي سمح فيه للدولة والمؤسسات العامة والإقليمية باللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها مع

الشركات إلاجنبية على خلفية قضية مدينة والت ديزني، إلا أنه قيد التعاقد بشروط ثلاث، أن يكون العقد مبرماً مع شركة اجنبية، وأن يتعلق العقد بمشروع ذي نفع عام، وموافقة مرسوم مجلس الوزراء.

٥- لم يبين المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨في المواد المتعلقة بالتحكيم من (٥٠١ – ٥١٣) موقفه بصورة مباشرة من مسالة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، مما أدى إلى اختلاف بين الفقهاء امتد إلى اقسام مجلس الدولة (الجمعية العمومية للفتوى والتشريع والقضاء إلاداري)، واستمر هذا إلاختلاف حتى مع صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ٩٩٤، مما اضطر المشرع إلى التدخل وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي اجاز فيه التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، إلا أنه قيده بشروط ثلاث، موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه، وأخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الي تتجاوز قيمتها خمسة إلاف جنية، وضرورة استمرار العقد في التنفيذ.

٦- أخذ المشرع العراقي بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، إلا أنه لم ينص عليه بصورة مباشرة في قانون خاص ومستقل كما هو الحال في كل من فرنسا ومصر، بل تناوله في أماكن مختلفة ضمن قوانين متعددة، حيث جاء النص عليه في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المواد من (٢٥١-٢٧٦)، وكذلك في المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولأت اعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨، والقسم (١٢) من قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤، والمادة (٤/٢٧) من قانون إلاستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ المعدل، والمادة (٨/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لعام ٢٠١٤، مما اثار إلأنقسام وإلاختلاف بين الفقهاء حول اقتصار هذه النصوص الواردة في القوانين اعلاه على التحكيم الداخلي فقط ام يشمل التحكيم الدولي.

٧- المحكم هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يناط به مهمة الفصل في النزاع الحاصل بين الأطراف أو المحتمل الوقوع بينهم، أو الذي يتم تعينه من قبل المحكمة المختصة استناداً لإرادة الأطراف وحسب السلطات الممنوحة له ويتمتع بالصفات القانونية وإلاتفاقية. وتتميز عمل المحكم عن عمل كل من كالقاضي والخبير والوكيل والوسيط والمصالح والموفق، وهو أما يكون محكما بالقضاء إذا كان ملتزماً بالقواعد القانونية الواردة في قوانين التحكيم أو محكما بالصلح إذا كان يحكم وفق قواعد العدل وإلأنصاف، على أن يلتزم بمراعاة النظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

٨- أنقسمت النظريات الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم نوعين، النظريات إلاحادية والتي يرى بعض اصحابها أن عمل المحكم هو ذات طبيعة تعاقدية والبعض إلأخر يرى أنه ذات طبيعة قضائية، والنظريات الثنائية والتي يرى بعض اصحابها أن عمل المحكم ذات طبيعة مختلطة (تعاقدية وقضائية)، ويرى البعض الأخر أنها ذات طبيعة مستقلة والخاصة أنما يرجع لصعوبة في تحديد المركز

الذي يشغلة المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، إلا أنه اجمالاً يمكن القول من خلال التطبيق العملي لطبيعة عمل المحكم هو ذات طبيعة قضائية خاصة يحكم بالنزاع بحكم فاصل وملزم للطرفين.

٩- تلعب ارادة الأطراف المتنازعة الدور إلاصيل في اختيار المحكم أو هيئة التحكيم سواء كان ذلك في التحكيم الحر أم المؤسسي، ويلعب القضاء دور إلاحتياط في تعينه عند حدوث بعض العقبات التي تعترض طريق تشكيل هيئة التحكيم، كما اشترطت التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية وبعض مراكز التحكيم المؤسسي توافر بعض الشروط القانونية وإلاتفاقية التي يجب أن يتحلى بها المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

١٠- يمكن للدولة أوأحد أشخاصها المعنوية العامة أن تتمسك بإدراج المبادئ القانونية التي تحكم العقود الإدارية في وثيقة العقد وبموافقة المتعاقد إلاجنبي لكي تتمكن من المحافظة على خصائص هذه العقود إذا ما تم اللجوء إلى التحكيم.

١١- تستطيع الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة أن تصر على على تطبيق القانون الوطني على موضوع النزاع عند عدم إلاتفاق على القانون الواجب التطبيق استنادا إلى إلاصل الذي يقضي بخضوع العقود الإدارية لأحكام ومبادئ نظرية العقد إلاداري، كما يعد هو القانون إلأوثق صلة بقانون العقد، وهو الموقف ايدته القرارات الصادرة من إلامم المتحدة، ومحكمة العدل الدولية، واتفاقية واشطن لتسوية منازعات إلاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام ١٩٦٥، واتفاقية (روما لعام ١٩٨٠).

١٢- يقوم المحكم بتطبق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع في ظل غياب ارادة الأطراف المتنازعه الصريح والضمني في منازعات العقود الإدارية الدولية، وهذا يعني تطبيق القانون إلاداري وخاصة في الدول التي تأخذ بازدواج القوانين والقضاء، اضافة إلى أن هذه العقود يستشف منها وجود قاعدة اسناد خاصة تفيد خضوعها لنظامها الوطني بوصفها من عقود القانون العام، وهو إلاتجاه الذي سارت علية معظم التشريعات الدولية وايدته الكثير من أحكام التحكيم ، إلا أن هناك من الفقهاء يرى بضرورة تدويل العقودالإدارية الدولية واخضاعها للقانون الدولي تارةً، وللمبادئ العامة للقانون ولقانون التجارة الدولية وللقانون العابر للدول تارة أخرى، إلا أن تلك إلاراء لم يكتب لها النجاح لأنها لازالت أفكار يصعب ترجمتها على أرض الواقع بالنسبة لهذا النوع من العقود.

١٣- إلاصل أن المحكم يقوم بتطبيق النظام إلاجرائي المتفق علية بين الأطراف بدءً من تقديم الطلبات وإلاجراءات وحتى صدور الحكم، إلاّ إذا كان مخالفا للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، أما في حالة عدم إلاتفاق بين الأطراف فأن المحكم يطبيق ذات القواعد إلاجرائية التي يطبقها في منازعات عقود التجارة الدولية، والتي نصت عليها أغلب التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية سواء كان قبل البدء بأجراءات التحكيم أم اثناءها، وكذلك اتخاذ تدابير مؤقته وبعض إلاجراءات التحفظية، وفي مجال إلاثبات، وفي اختيار القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات، وفي صدور حكم التحكيم؛ وذلك بسبب

عدم وجود تنظيم اجرائي مستقل للسلطات الإجرائية التي يتمتع بها المحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية.

١٤- قبول المحكم لمهمة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية يرتب علية بعض الالتزامات القانونية والتي نصت عليها التشريعات الوطنية وإلاتفاقيات الدولية، وهي بالمقابل تمثل حقوقاً للأطراف ومنها مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي (حق المواجهة وحق الدفاع والمساواة)، ومراعاة قواعد النظام العام في الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها، والتزاماته بالمهمة حتى أنتهاء عمله، والتزاماته بالمسائل الواردة في اتفاق التحكيم، وتسبيب الحكم الصادر، فضلاً عن الالتزامات إلاتفاقية كالمحافظة على اسرار الخصوم، والمباشرة بمهمته بنفسة، والتعاون مع زملائه من المحكمين، وبالمقابل فان المحكم يحصل على بعض الحقوق المالية والمعنوية.

ثانياً- التوصيات

في ضوء النتائج التي تمخض عنها بحث المركز القانوني للمحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، نرى ضرورة تقديم عدد من المقترحات التي نأمل أن تساهم في تلافي بعض إلاشكالات القانونية وملء الفراغ التشريعي الموجودة في القوانين الحالية وهي كما يلي:

١- بسبب حاجة العراق إلى جذب إلاستثمارات إلاجنبية وتحقيق التنمية إلاقتصادية نرى ضرورة قيام المشرع العراقي بتشريع قانون جديد متكامل مستقل للتحكيم التجاري الدولي يتناسب مغ متغيرات العصر واقتصاديات السوق على غرار القوانين النافذة في كل من فرنسا ومصر وبعض البلدان إلأخرى، أو اكمال تشريع مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي كي يساهم في توحيد النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم وسهولة الرجوع إليها؛ لأن قانون المرافعات المدنية النافذ لا يمكنه مواكبة التطورات الحاصلة في مجال التحكيم التجاري الدولي.

٢- خلق البيئة المناسبة والجاذبة للمتعاقد إلاجنبي من خلال تشريع بعض القوانين التي تعطي الطمانينة والثقة للمتعاقد إلاجنبي في إلاستثمار وضخ المزيد من الأموال في مشاريع التنمية إلاقتصادية وخاصة البنى التحتية التي يحتاج إليها العراق بالوقت الحاضر.

٣- ضرورة قيام المشرع العراقي بالنص صراحة وبصورة واضحة لا تقبل التاويل على جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، على أن يكون ذلك مشروطاً بموافقة مجلس الوزراء أو الوزير المختص، ومجلس الدولة وأن يكون موضوع العقد متعلقا باحد مشاريع التنمية إلاقتصادية الضرورية.

٤- ضرورة أن يكون إلاتفاق باللجوء إلى التحكيم واضحا ومحدداً من قبل الإدارة سواء كان بصورة شرط أم مشارطة، كما يجب على الإدارة التمسك وإدراج نص في إلاتفاق بان يكون القانون العراقي هو

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع بصورة واضحة ودقيقة. وإذا كان هناك من يعترض على هذا الشرط بحجة أن المتعاقد الإجنبي لا يوافق وبالتالي حرمان البلد من تحقيق متطلبات التنمية الإقتصادية ، إلا أن واقع الحال غير ذلك في ضوء المنافسة القوية بين الشركات العالمية وحالة الركود الإقتصادي الذي تعيشة تلك الشركات يمكن للدولة أن تجد من يقبل بهذا الشرط.

٥- ضرورة قيام المشرع بالأنضمام إلى اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الإجنبية الموقعة في ٦/١٠ ١٩٥٨ مع ابداء بعض التحفظات التي تتعلق بمنح الإعتراف لأحكام التحكيم للدول المنضوية فيها ومعاملتها بالمثل، وأن تقتصر تلك الإعترافات بالأحكام التي تتعلق بالمنازعات التجارية حسب القانون العراقي. مما يساهم في بث الطمانينة لدى الشركات الإجنبية العملاقه واستقطاب الإستثمارات التي تحقق النمو الإقتصادي وخاصة في مجال البنى التحتية؛ لأن اغلب القوانين العراقية كقانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ قد اجازت اللجوء إلى التحكيم الدولي.

والله ولي التوفيق ...

المراجع

*** القرآن الكريم.**

أولاً- المعاجم اللغوية:

١. أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج ٢.

٢. محمد بن مكرم بن منظور إلافريقي المصري جمال الدين ابو الفضل ، لسان العرب ، ج ١٢ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٦٨.

ثانياً- الكتب:

١. ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الوضع في المواد المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩١ .

٢. احمد طلال عبد الحميد البدري ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية ، دار ميزوبوتاميا ودار ومكتبة عدنان ، بغداد ، ٢٠١٣.

٣. احمد محمد عبدالصادق ، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي ، ط ١ ، دار ابو المجد ، مصر ، ٢٠٠٨ .

٤. ايمن بهي الدين ، المركز القانوني للمحكم، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠١٥.

٥. جبار جمعة اللامي ، التحكيم التجاري في القانون العراقي وإلاتفاقيات الدولية ، مطبعة السيماء ، بغداد ، ٢٠١٥ .

٦. حسام احمد هلال منصور و حسين ابراهيم خليل و هبة الله عماد و قانون التحكيم الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥ .

٧. حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، ١٩٧٧.

٨. خليل ابراهيم البنا ، في محراب القضاء ، ط ١ ، دار امواج ، إلاردن ، ٢٠١١ .

٩. د ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧.

١٠. د ابراهيم رضوان الجغبير ، بطلان حكم المحكم ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ .

١١. د ابراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨١.

١٢. د ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

١٣. د ابو العلا علي ابو العلا النمر ، النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم ، دار النشر إلالكتروني ، القاهرة ، د س .

١٤. د ابو العلا علي ابو العلا النمر ، د احمد قسمت الجداوي ، المحكمون دراسة تحليلية لأعداد المحكم ، دار ابو امجد ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
١٥. د ابو زيد رضوان ، إلاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ١٩٧١ .
١٦. د احمد ابو الوفا ، التحكيم إلاختياري وإلاجباري ، منشأة المعارف ، ط ٩ ، إلاسكندرية ، ١٩٨٨.
١٧. د احمد ابو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، دار المطبوعات الجامعية ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٧.
١٨. د احمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية ، ط١ ، المؤسسة الفنية ، ٢٠٠٤ .
١٩. د احمد سلامه بدر ، العقود الإدارية وعقود ال BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٢٠. د احمد عبدالكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات الداخلية والدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
٢١. د احمد عبدالكريم سلامة ، العقود الدولية للاستثمار والتنمية إلاقتصادية ، دون دار نشر، القاهرة ، ١٩٨٤.
٢٢. د احمد عبدالكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع وإلاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، ط ١ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٩٦.
٢٣. د احمد عبدالكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
٢٤. د احمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم المصري ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
٢٥. د احمد مليجي ، قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، ط ١، مؤسسة دار الكتب ، الكويت، ١٩٩٦.
٢٦. د احمد هندي ، تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠١ .
٢٧. د اسعد فاضل منديل ، أحكام عقد التحكيم واجراءاته (دراسة مقارنه) ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، د س .
٢٨. د اشرف حسن عباس إلاعور ، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية ، شركة ناس للطباعة ، ط ١ ، ٢٠١٥ .
٢٩. د اشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الإدارية واثاره القانونية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، إلاسكندرية ، ٢٠١٠ .
٣٠. د السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تاثره بسيادة الدولة ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٣١. د ايناس الخالدي ، التحكيم إلالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٣٢. د بشار جميل عبد الهادي ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ط ١ ، دار وائل ، إلاردن ، ٢٠٠٥ .
٣٣. د بشار محمد إلاسعد ، عقود إلاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦.
٣٤. د بشار محمد إلاسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، ط ٢ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١.
٣٥. د ثروت بدوي ، النظرية العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
٣٦. د جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
٣٧. د جابر جاد نصار ، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد إلالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
٣٨. د جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء الية لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.
٣٩. د حسام الدين فتحي ناصف ، التحكيم إلالكتروني في منازعات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
٤٠. د حسام الدين فتحي ناصيف ، عقود الوسطاء في التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
٤١. د حسين عثمان محمد عثمان ، اصول القانون إلاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
٤٢. د حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول وإلأشخاص إلاجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣.
٤٣. د حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ .
٤٤. د حماده عبدالرزاق حماده ، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠١٢ .
٤٥. د حمدي علي عمر ، التحكيم في عقود الإدارة ، ط ١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
٤٦. د حمدي ياسين عكاشه ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ١٩٩٣ .
٤٧. د حمزة احمد الحداد ، التحكيم في القوانين العربية ، ج ١ ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

٤٨. د حميد لطيف نصيف ، تنفيذ مشاريع البنية الإساسية باستخدام عقود البناء والتشغيل والنقل ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، ٢٠١٢ .

٤٩. د خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢ .

٥٠. د خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، ط ١ ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٢.

٥١. د خالد منصور اسماعيل ، تسبيب أحكام التحكيم التجاري ، ط ١، مكتبة الإقتصاد والقانون ، الرياض ، ٢٠١٥ .

٥٢. د دويب حسين صابر ، عقود ال B.O.T وكيفية حسم منازعاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

٥٣. د رمضأن محمد بطيخ ، د نوفان منصور العجارمة ، مبادئ القانون إلاداري ، دار اثراء ، عمان ، ٢٠١٢.

٥٤. د ريم علي احسان محمد العزأوي ، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٧.

٥٥. د سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " اتفاق التحكيم " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

٥٦. د سحر عبدالستار أمام يوسف ، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

٥٧. د سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

٥٨. د سعيد حسين علي ،العقد إلاداري إدارة تمويل المشروع العام ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٦ .

٥٩. د سلامه فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ، ط ١ ، مكتبة كلية الحقوق جامعة عين شمس ، إلاسكندرية ، ١٩٩٩.

٦٠. د سليمان محمد الطماوي ، إلاسس العامة للعقود الإدارية ، ط ٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٤٨ .

٦١. د سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون إلاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٨ .

٦٢. د سهيلة بن عمرأن ، الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ط١ ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٧ .

٦٣. د سيد احمد محمود ، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات ، ط ٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

٦٤. د سيد احمد محمود، نظام التحكيم - دراسة مقارنه بين الشريعة إلاسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري - ، ط ١ ، مؤسسة دار الكتاب ، الكويت ، ٢٠٠٤ .

٦٥. د شريف يوسف خاطر ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٦٦. د شريف يوسف خاطر ، مبادئ القانون إلاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ .
٦٧. د صادق محمد محمد الجبرأن ، التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
٦٨. د صفاء فتوح جمعه ، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسوية منازعاتها ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، إلاسكندرية ، ٢٠١٧ .
٦٩. د طارق فهمي الغنام ، التنظيم القانوني للمحكم (الشروط – الواجبات – الالتزامات – المسؤولية) ط ١ ، مركز الدراسات العربية ، ٢٠١٥.
٧٠. د علي اسماعيل دياب غازي، موسوعة المحكم في التحكيم، دار الفتح، إلاسكندرية، ٢٠١٥.
٧١. د عادل ابو هشيمة ، عقود خدمات المعلومات إلالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٤.
٧٢. د عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٧.
٧٣. د عامر الكسوأني ، تنازع القوانين ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، د ن .
٧٤. د عبد الباسط عبد المحسن ، دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
٧٥. د عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية إلاقتصادية في القانون الخاص ، مكتبة النصر، القاهرة ، ١٩٩١.
٧٦. د عبد السلام منصور الشبوي ، القضاء والتحكيم الدولي ، ٢٠١٠ ، ص ٨٦ .
٧٧. د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، إلاسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٧٨. د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠١١ .
٧٩. د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨.
٨٠. د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد إلاداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيما ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٩ .
٨١. د عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون إلاداري ، ط ٢ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، د س.

٨٢. د عبد الله طالب محمد الكندري ، النظام القانوني لعقود ال BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٨٣. د عبد المنعم الصدّه، اصول القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
٨٤. د عبدالرحمن رحيم عبدالله ، دراسات قانونية ، ط ١، مطبعة شهاب ، اربيل ، ٢٠١٠ .
٨٥. د عبدالفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
٨٦. د عزمي عبد الفتاح عطية ، قانون التحكيم الكويتي ، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت ، دولة الكويت ، ١٩٩٠.
٨٧. د عزيزه الشريف ، القانون إلاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
٨٨. د عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم إلالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٩ .
٨٩. د عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
٩٠. د علاء العناني ، العقود الإدارية الحديثة ذات الطابع الدولي والتحكيم فيها ، ط ١ ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٩.
٩١. د علاء محي الدين مصطفى ، ود محمد ابراهيم خيري الوكيل ، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي وإلأنظمة المقارنة ، ط١ ، مكتبة القانون وإلاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٤.
٩٢. د علاء محي الدين مصطفى ابو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، إلاسكندرية، ٢٠١٢.
٩٣. د علي سالم ابراهيم ، ولاية القضاء على التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
٩٤. د علي محمد بدير و د عصام عبدالوهاب البرزنجي و د مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون إلاداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
٩٥. د علي نجيب حمزة ، بحوث في القانون العام ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨.
٩٦. د عمر احمد حسبو ، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام ال BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٩٧. د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط ١، منشأة المعارف، إلاسكندرية ، ٢٠٠٧.
٩٨. د فهد بجاد الملافخ ، تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا (دراسة في القانون المصري ونظام التحكيم السعودي) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
٩٩. د فؤاد محمد العطار ، القانون إلاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤.

١٠٠. د فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ط ٥ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠.
١٠١. د قحطأن عبدالرحمن الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ط ١ ، دار الفرقان ، عمان ، ٢٠٠٢ .
١٠٢. د كرم محمد زيدأن النجار، المركز القانوني للمحكم، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٠ .
١٠٣. د لزهر بن سعيد و د كرم محمد زيدأن النجار ، التحكيم التجاري الدولي ، ط ١ . دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠.
١٠٤. د ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.
١٠٥. د ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم ، الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠.
١٠٦. د مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
١٠٧. د ماهر صالح علأوي الجبوري ، مبادئ القانون إلاداري ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٦.
١٠٨. د ماهر محمد حامد ، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١.
١٠٩. د مجدي الشامي ، سلطة القاضي إلاداري في حسم منازعات العقود الإدارية المبرمة باسلوب المناقصة في مصر وفرنسا والكويت ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، إلاسكندرية ، ٢٠١٧ .
١١٠. د محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧.
١١١. د محمد السيد عرفه ، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي ، ط ١ ، جامعة نايف العربية للعلوم إلامنية ، الرياض ، ٢٠٠٦ .
١١٢. د محمد المتولي ، إلاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١١٣. د محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
١١٤. د محمد بهجت عبدالله قايد ، اقامة المشروعات إلاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية نظام (BOT) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (BOOT)، دار النهضة العربية، القاهرة.
١١٥. د محمد جمال الذيبات ، الوجيز في القانون إلاداري ، ط ٢ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١ .
١١٦. د محمد جمال مطلق ذنيبات ، العقد إلاداري ، مكتبة القانون وإلاقتصاد ، الرياض ، د س .
١١٧. د محمد حسن حامد ، نظام التحكيم الحديث ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

١١٨. د محمد داود الزعبي ، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١١ .

١١٩. د محمد سعيد حسين امين ، تنفيذ العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .

١٢٠. د محمد سعيد حسين أمين ، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٧.

١٢١. د محمد سليم العوّا ، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٨ .

١٢٢. د محمد طه سيد احمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء النظام القانوني المصري والفرنسي والكويتي ، ط ١، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٧.

١٢٣. د محمد عبد الخالق الزعبي ، شرح قانون التحكيم الإردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ ، ط ١ ، دار ايداع للنشر ، عمان ، ٢٠٠٩ .

١٢٤. د محمد عبد الخالق عمر ، النظام القضائي المدني ، ج ١ ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ .

١٢٥. د محمد عبدالعزيز بكر ، العقد الإداري عبر الحدود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

١٢٦. د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة ، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٤ .

١٢٧. د محمد عبدالمجيد اسماعيل ، عقود الإشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٣.

١٢٨. د محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها ، إبرامها ، تنفيذها)، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان، ٢٠١٠.

١٢٩. د محمد محمد بدرأن، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

١٣٠. د محمد نور شحاته ، النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للتحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د س.

١٣١. د محمود السيد التحيوي ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٧.

١٣٢. د محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٩ .

١٣٣. د محمود السيد عمر التحيوي ، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .

١٣٤. د محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠.
١٣٥. د محمود عاطف البنا ، مبادئ القانون إلاداري – وسائل وأساليب النشاط إلاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د س .
١٣٦. د محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٤.
١٣٧. د محمود مختار احمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٣٨. د محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٣٩. د مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان، ٢٠١٠.
١٤٠. د مصطفى عبد المحسن الحبشي ، التوازن المالي في عقود إلأنشاءات الدولية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
١٤١. د مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ .
١٤٢. د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي، ط ١، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٢.
١٤٣. د مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، الوافي في المحكم التجاري ، ط ١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٧.
١٤٤. د مفلح عواد القضاة ، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في إلاردن ، ط ١ ، دار الثقافة، عمان ، ٢٠٠٤.
١٤٥. د منير عبد المجيد ، إلاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٠ .
١٤٦. د مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥.
١٤٧. د نادية محمد عوض ، التحكيم التجاري ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
١٤٨. د ناصر محمد الشرمان ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ط ١ ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٥.
١٤٩. د نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٥٠. د نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط ٢، دار الجامعة الجديدة ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٥.

١٥١. د نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات إلالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة ، ط ١، عمان ، ٢٠٠٩.
١٥٢. د نجلاء حسن سيد احمد، التحكيم في المنازعات الإدارية ، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٥٣. د نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٠
١٥٤. د نواف كنعان ، القانون إلاداري (الكتاب الثاني) ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠.
١٥٥. د هاني سرى الدين ، التنظيم القانوني التعاقدي لمشروعات البنية إلاساسية الممولة - عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.
١٥٦. د هاني محمود حمزه ، النظام القانوني الواجب إلاعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
١٥٧. د هدى محمد مجدي عبدالرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
١٥٨. د هشام خالد ، ماهية العقد الدولي ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٧.
١٥٩. د هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعرف ، إلاسكندرية ، ١٩٩٥.
١٦٠. د هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، إلاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٦١. د وائل أنور بندق ، موسوعة التحكيم إلاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية ، دار الفكر الجامعي ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٦٢. د وضاح محمود الحمود ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزأماتها ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠.
١٦٣. د يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
١٦٤. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج ٤، مطبعة الزهراء، بغداد ، ١٩٩٠.
١٦٥. قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة إلاسلامية، ط ١، دار الصميعي، الرياض، ٢٠٠٩.
١٦٦. محمد نظمي محمد صعابنه ، مسئولية المحكم المدنية (دراسة مقارنه) ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

١٦٧. محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي العام التحكيم، ج ١٢، ط ١، مكتبة زين الحقوقية – مركز الشرق إلأوسط الثقافي – بيروت ، ٢٠١٢ .
١٦٨. محمود محمد علي صبره، اعداد وصياغة العقود الحكومية، ط ٤، مكتب صبره، مصر، ٢٠٠٧.
١٦٩. محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوأن المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٦.
١٧٠. نبيل عبدالرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
١٧١. وائل عز الدين يوسف ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠.
١٧٢. وليد حسن جاسم الحوسني، إلاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات إلاستثمار والمؤسس بموجب اتفاقية واشنطن عام ١٩٥ ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠.

ثالثاً- إلاطاريح:

١. د ابراهيم العسري، ضمانات التحكيم التجاري- دراسة مقارنه- اطروحة مقدمة إلى جامعة محمد إلأول وجدة ، كلية العلوم القانونية وإلاقتصادية وإلاجتماعية ، المغرب، ٢٠١٦.
٢. د احمد حسن مطأوع، التحكيم في العقود الدولية للأنشاءات، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، مصر، ١٩٨٨.
٣. د خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق ، الجزائر ، ٢٠٠٩ .
٤. د هارون عبد العزيز الجمل، النظام القضائي للجزاءات في عقد إلاشغال العامة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، ١٩٧٩ .
٥. د دويب حسين صابر عبد العظيم، إلاتجاهات الحديثة في عقود إلالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة اسيوط ، ٢٠٠٦.
٦. د سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة ، ١٩٩٨.
٧. د صادق زغير محيسن، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد- كلية القانون، بغداد، ٢٠٠١.
٨. د صبرينه جبايلي، اثر التحكيم على خصوصية العقد إلاداري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي ام البوادي، ٢٠١٧.

٩. د عاطف بيومي محمد شهاب، الإختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، مصر ، ٢٠٠١ .
١٠. د عدلي محمد عبدالكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة وإلأشخاص إلاجنبية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، ٢٠١٠.
١١. د عدنان يوسف الحافي، النظام القانوني للمحكم طبقا لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠، اطروحة دكتوراه مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
١٢. د عمامره حسان، التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع القانونيين الفرنسي والمصري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجزائر١، الجزائر ٢٠١٦.
١٣. د عيسى عبد القادر الحسن ، التزأمات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد إلاشغال العامة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة ، ١٩٩٧.
١٤. د ماهر محمد حامد احمد، النظام القانوني لعقد ال BOT، اطروحة مقدمة لجامعة الزقازيق، ٢٠٠٤.
١٥. د نضال سالمي، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون إلاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، اطروحة مقدمة إلى جامعة وهرأن /٢، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦.
١٦. د وفاء فاروق محمد حسني، مسئولية المحكم (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، مصر ، ٢٠٠٠.
١٧. د وليد محمد عباس يوسف ، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، ٢٠٠٨ .

رابعاً- إلابحاث:

١. د ابو بكر احمد عثمان ، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد /١٠، العدد ٣٨ ، ٢٠٠٨.
٢. د ابو بكر احمد عثمان النعيمي، إلأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد إلاشغال العامة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، العراق، السنة السابعة ، العدد /٢٧، ٢٠١٥.
٣. د احمد السمدأن، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة ، جامعة الكويت ، العدد إلأول والثاني ، السنه ١٧، مارس يونيو ١٩٩٣ .
٤. د احمد القشيري، إلاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٢١ ، ١٩٦٥.

٥. د احمد خورشيد حميدي ، التحكيم في العقود الإدارية ومدى جواز الأخذ به في التشريع العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة كركوك للعلوم الإنسانية ، المجلد /٤ ، العدد / ١ ، ٢٠٠٩ .
٦. د جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الإجنبي في القانون الداخلي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد /٤ ، السنة ١١.
٧. د سامي منصور، جواز التحكيم في عقود الإدارة، بحث منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، بيروت ، العدد ٢١ ، ٢٠٠٢.
٨. د طراري ثاني مصطفى، التحكيم التجاري الدولي الجزائري، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، العدد / ، دار القبة للنشر ، الجزائر ،٢٠٠٢ .
٩. د عارف صالح مخلف د علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة إلأنبار، العراق، المجلد /١، العدد إلأول، ٢٠١٠.
١٠. د عبد الرسول إلاسدي و حيدر عبدالحسين حسان، سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية والسياسية، العدد /٢ ، السنة /١٠ ، العراق ، ٢٠١٨.
١١. د عدنان يوسف الحافي، حقوق المحكم طبقا لقانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠، بحث منشور في مجلة جامعة إلازهر-غزة، سلسلة العلوم إلأنسانية، المجلد ١٦، العدد١، فلسطين،٢٠١٤.
١٢. د عز الدين عبد العال، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد /١٩ في ١٩٧١/٤/٦.
١٣. د عكاشة محمد عبد العال، المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد /٣ ، ١٩٩٩.
١٤. د علي احمد حسن اللهيبي، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد / ٢٢ ، العدد / ١ ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٧.
١٥. د محمد رفعت عبد الوهاب ، التحكيم في العقود الإدارية ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية وإلاقتصادية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠.
١٦. د مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد /٢ ، العدد/٧ ، العراق ، ٢٠١٠.
١٧. د معين عمر المومني ، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على إلاجراءات في التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة جيل إلابحاث القانونية المعمقة ، العدد/١٩ ، لبنان، ٢٠١٧.

١٨. د ميثاق طالب عبد حمادي و د نهى خالد عيسى، سلطة المحكم في اعادة التوازن الإقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة التربية الإساسية للعوم التربوية والأنسانية لجامعة بابل ، العدد/٤١ ، ٢٠١٨ .

١٩. د ندى زهير الفيل و ياسر سبهأن حمد، وسائل حسم المنازعات التي تنشأ عن عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية ال (M.O.O.T) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد / ١٨، العدد / ٦٢ السنة ٢٠.

٢٠. د وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد إلأول، السنه ١٧، الكويت، ٢٠٠١.

٢١. د وسام صبار العاني، القيود الواردة على اجراءات التعاقد باسلوب المناقصة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، الجزء إلأول، ٢٠١٧.

٢٢. رضوأن عبيدات، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام القانون إلاردني والمقارن، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٥، العدد /١ ، إلاردن ، ٢٠٠٨ .

٢٣. كاظم حنتوش سلمان، أحكام عقد التحكيم في التشريع العراقي، دراسة متخصصة مقدمة إلى المعهد القضائي، بغداد، ١٩٩٤.

٢٤. حسنين جبار شكير، إلاسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه – دراسة في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١، بحث منشور في مجلة لارك للفلسفه واللسانيات والعلوم إلاجتماعية ، العدد ٢٢، ٢٠١٦ .

خامساً- الدساتير والقوانين الداخلية:

١- الدساتير:

- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

٢- القوانين:

❖ القوانين العراقية

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون المرافعات العراقي رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- قانون إلاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- قانون العقود العامة الصادر من سلطة الإئتلاف المؤقت رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.
- مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي لسنة ٢٠١١.
- قانون العقود الحكومية العراقي وتعليمات تنفيذها رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

❖ **القوانين العربية**

- القانون المدني المصري رقم١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- قانون اصول المحاكمات المدنية السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ .
- قانون المرافعات الليبي لسنة ١٩٥٤.
- قانون المرافعات المدنية التونسي رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٩.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنمة ١٩٨٠ .
- نظام التحكيم السعودي رقم ٤٦ لسنة ١٤٠٣ هجري .
- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.
- قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.
- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٩٢.
- قانون التحكيم التونسي لسنة ١٩٩٣ .
- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
- قانون التحكيم الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ .
- قانون التحكيم العماني لسنة ١٩٩٧.
- قانون تعديل قانون التحكيم المصري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠.
- قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ .
- قانون التحكيم الإردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

❖ **القوانين الاجنبية**

- قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي لعام ١٩٢٥ .
- قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر في ١٤ اب ١٩٨٠.
- قانون المرافعات الايطالي لسنة ١٩٩٤ .
- قانون التحكيم الإنكليزي لسنة ١٩٩٦.
- قانون التحكيم الإسباني لسنة ٢٠٠٣ .
- قانون التحكيم الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ .

سادساً- الإتفاقيات الدولية:

- اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الإجنبية لعام ١٩٥٨.
- الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي في جنيف لعام ١٩٦١.
- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥.
- اتفاقية روما الخاصة بالالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ .
- الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٨١.
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧.

سابعاً- أنظمة التحكيم الدولية:

- قواعد تحكيم (الأونسترال) الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي في الإمم المتحدة عام ١٩٧٦المعدل .
- القانون النموذجي الصادر عن لحنة القانون التجاري الدولي في الإمم المتحدة عام ١٩٨٥ .
- قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.
- قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام ١٩٩٨.
- قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي والنافذة في تشرين الثاني ٢٠٠٢.
- نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية لعام ٢٠٠٤.
- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية(ICC) لعام ٢٠١٧.

Abstract

The issue of the permissibility of resorting to arbitration in disputes of international administrative contracts concluded by the state or one of its public entities with the foreign contractor to achieve economic growth and attract foreign capital raised a legislative hesitation, because the basic principle was prohibiting the use of arbitration in international administrative contracts, but it is the result of legal and practical problems It was permitted to resort to arbitration, and was followed by a jurisprudential debate regarding the arbitration in international administrative contracts in conflict with the sovereignty of the state and an assault on the jurisdiction of the administrative judiciary and its contradiction with the foundations and principles underlying the theory of administrative contracts and its conflict with the idea of public order and the injustice of arbitrators, and accompanied by a variation in the rulings of the judiciary, Between the hard-line refusal represented by the position of the Council of State in both France and Egypt, and the position to authorize resort to arbitration is represented by the position of the ordinary judiciary. However, soon these ideas rejecting arbitration turned into supportive ideas for him through the issuance of many national legislations and international agreements organizing it.

It can be said that the nerve of the arbitration process is the arbitrator, whose jurisdiction derives from the arbitration agreement, so it must be able from his tools to reach a final ruling to settle the dispute, and the arbitrator is that natural person who the parties choose by their will and who enjoys their confidence. On the other hand, such as the judge, expert, agent, conciliator, interests, mediator, and the arbitrator, whether he is an arbitrator in the judiciary or an arbitrator in conciliation, and the arbitrator is chosen in specific ways topped by the principle of the will of the will and according to certain conditions, and there was a division between doctrinal theories about the nature of the arbitrator’s work between unilateral theories and bilateral theories, where Some proponents of unilateral

theories see that the work of the arbitrator is of a contractual nature, others believe that it is of a judicial nature, while some supporters of bilateral theories see that the work of the arbitrator is of a mixed nature, others believe that it is of an independent nature, and the arbitrator also has procedural powers, whether before Or during the course of the arbitration procedures or authorities by taking temporary measures and precautionary measures or determining the law to be applied to the procedures when the parties do not agree, and also has objective powers as The law that is applicable to the subject of the contract is ironed out in the absence of the will of the will. He has the right to apply the national law of the contracting state as the law most closely related to the law of the contract, which was endorsed by the decisions of the United Nations, the International Court of Justice, the Washington Convention of 1965, and the Rome Convention of 1980, and there are those who see the need to internationalize These contracts are subject to international law, general principles of law, international trade law, or transnational law, and these broad powers entail legal obligations and an agreement with the arbitrator in exchange for obtaining some financial and moral rights.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Misan
College of Law

The Legal status of the arbitrator In to international administrative contract of disputes

A thesis submitted by

Abd Al-Reda Yasser Ghaylan

To the council college of law- University of Misan

A part of the Requirements for obtaining a master degree in public law

Supervision by prof . Dr .

Sadeq Zghaer Mohaesn

1142 A.H **2020 A.D**