

مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية - دار القرار
منظمة دولية إقليمية متخصصة

التحكيم في عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية

بالتطبيق على تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
وقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

(دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة للتحكيم في عقود البنية التحتية المبرمة بين الدول
والأشخاص الأجانب الخاصة) - الطبعة الأولى 2018

المستشار الدكتور
محمد عبد المجيد إسماعيل



التحكيم في

عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية

بالتطبيق على تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
وقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية - دار القرار
منظمة دولية إقليمية متخصصة

التحكيم في عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية

بالتطبيق على تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
وقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

(دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة للتحكيم في عقود البنية التحتية المبرمة بين الدول
والأشخاص الأجنبية الخاصة)

المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل

الطبعة الأولى 2018

رقم الناشر الدولي :

978-99958-79-02-0

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأية وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإلكترونية أم الميكانيكية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر.

ان جميع ماورد في هذا الكتاب من أبحاث وآراء فقهية وتعليقات وقرارات قضائية وخلاصاتها، هي من عمل المؤلف ولايتحمل الناشر أية مسؤولية بصدها . كما ان الناشر غير مسؤول عن الأخطاء المادية التي قد ترد في هذا المؤلف .

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written consent of the publisher.

رقم الإيداع لدى إدارة المكتبات العامة
2017/ د.ع / 678

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

2018

All rights reserved



دَاءُ الْقَرَارِ
مِنْظَرٌ لِلدَّوْلِ وَالْأَقْلَامِ الْمُتَخَصِّصَةِ

مركز التحكيم التجاري

لدول مجلس التعاون

لدول الخليج العربية

هاتف: +973 17278000

فاكس: +973 17825580

ص.ب: 16100 العدلية - مملكة البحرين

E-mail: info@gccac.org

www. gccac.org

كلمة دار القرار (الناشر)

لعل التحدي الإقتصادي لعالمنا العربي بات من الأهمية بمكان في السنوات الأخيرة لاسيما وأن دولنا العربية تسعى الآن لأن تجد لها مكاناً في الصدارة بين التكتلات الإقتصادية الدولية الكبرى التي أخذت تفرض نفسها على الساحة في العالم مؤخراً. ولقد أضحت معطيات النشاط الإقتصادي في العالم العربي ومنطقة الشرق الأوسط تفرض علينا الإهتمام بثورة البنية الأساسية في مختلف المجالات من عقود إنشاءات هندسية لمشروعات ضخمة كالطرق والجسور والأنفاق والموانئ البحرية والمطارات ومشروعات السكك القطارات الحديثة الضخمة التي تنتظر دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومشروعات الطاقة من بترول وغاز وكهرباء وطاقة متجددة ومشروعات شبكات الإتصالات السلكية واللاسلكية وغير ذلك من مشروعات البنية الأساسية التي تنفذها الشركات العملاقة والكيانات الإقتصادية الضخمة في العالم حيث تعين علينا ومن منطلق مسؤوليتنا كمنظمة دولية إقليمية متخصصة في التحكيم أن نمارس دوراً رائداً بمنطقة دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، إذ يتمثل هذا الدور في ضرورة خلق وإعداد كوادر متخصصة في علم التحكيم الدولي بدول مجلس التعاون الخليجي وأكثر تحديداً في التحكيم الهندسي الذي يحظى بأهمية كبرى بين منازعات التحكيم التجاري الدولي في دول العالم العربي والشرق الأوسط. ولعل التحول النوعي الكبير الذي تشهده إقتصاديات دول مجلس التعاون الخليجي التي ما إنفكت تطور إقتصادياتها من إقتصاد نفطي إلى إقتصاد رقمي معرفي (غير نفطي) له كل مقومات النجاح والتشعب والتباين في صور النشاط الإقتصادي، يشجع على الإستثمار في كافة القطاعات الإقتصادية بل ويدعم البيئة الإقتصادية والإستثمارية في دول مجلس التعاون لتصبح بيئة واعدة وجاذبة للإستثمار تتوافر بها كافة العوامل والضمانات المحفزة والمشجعة للإستثمار في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي. لعل ذلك كله من معطيات إقتصادية صارت واقعاً مفروضاً بدول مجلس التعاون يلقي علينا كمنظمة دولية إقليمية متخصصة في التحكيم لها دور متنامي

وفاعل بالمنطقة العربية واجب الإسهام بشكل جوهري في نشر ثقافة التحكيم والإهتمام بالأساس العلمي لكافة المشتغلين بالتحكيم في دول مجلس التعاون والدول العربية.

ولئن كانت منازعات التحكيم عادة ما تعالج مسائل عقدية أم غير عقدية إلا أن العقود الهندسية لها أهمية خاصة في منازعات التحكيم المحلية و الدولية حيث أن عقود المشروعات الهندسية - لاسيما الكبرى منها - تتسم علائقها الهندسية والمالية وبالتبعية العلائق القانونية الناشئة عنها بالتعقيد والتشابك بحيث يضحى عقد الإنشاءات الدولي أو الأشغال الدولي - إذا ما كانت الدولة طرفاً فيه - عقداً معقداً complex agreement وغالباً ما يكون عقداً طويل المدة Long term agreement . تثير العلائق القانونية بعقد الأشغال الدولي وصورته الأبسط وهي عقد الإنشاءات الدولي الكثير من المسائل الخلافية إبان حسم منازعاتها عن طريق التحكيم التي تستلزم إعداد محكم متخصص وهو بمثابة قاض متخصص (قانوني أم هندسي) لنظر المنازعة التحكيمية المعنية وإعداد فريق عمل قانوني وهندسي إلى جانب ذلك لتكفل المنازعة التحكيمية في نهايتها بإصدار حكم تحكيمي يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع.

ليس من شك أن العقود الهندسية وبهذه المثابة هي أهم أنماط العقود في مجال التحكيم التجاري المحلي والدولي على الإطلاق لذلك يقدم مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية - دار القرار- للقارئ في دول مجلس التعاون الخليجي خاصة والقارئ العربي عامة هذا المؤلف الذي يجمع بين دفتيه دراسة نظرية تطبيقية من منظور دولي مقارنة للتحكيم في عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية.

آملين من الله تعالى أن يكون مرجعاً نافعاً لهيئات التحكيم وللباحثين.

أحمد نجم عبد الله النجم
الأمين العام

كلمة المؤلف

أضحى التحكيم الدولي - سواء أكان تحكيمياً تجارياً دولياً أم تحكيمياً في منازعات الإستثمارات الدولية - من أهم متطلبات حركة التجارة العالمية وثورته البنية الأساسية في العالم كله بل وثورته البنية الأساسية في عالمنا العربي المعاصر بالأخص، فبات التحكيم الهندسي بأنماطه المختلفة وأهمها التحكيم في عقود الأشغال الدولية من أهم أنواع التحكيم الدولي على الإطلاق الأمر الذي يستلزم بالضرورة أن يفرد الفقه العربي وعلى غرار الفقه الإنجليزي والفرنسي المؤلفات الشارحة في سبيل إعداد المحكم القادر على الفصل في المنازعة التحكيمية على نحو سليم، الآخذ بأسباب العلم والمعرفة القانونية في الفقه والقضاء والتشريع المقارن، الملم بالأعراف الدولية كنماذج عقود الفيديك FIDIC وقواعد المراكز التحكيمية الكبرى في العالم.

ولقد شرعت في إعداد هذا المؤلف الشارح للتحكيم في عقود الأشغال الدولية مع إلقاء الضوء على التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية من منظور مقارن بالفقه والقضاء والتشريع المقارن في دول العالم المختلفة وذلك بالتطبيق على عقود الفيديك FIDIC وقواعد المراكز التحكيمية الكبرى في منطقتنا العربية وأهمها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية وكذلك المراكز التحكيمية الأخرى في دول العالم. وحيث أن البحث في هذا الفرع من فروع القانون بل في هذا المجال الخصب الثري بمفاهيمه القانونية الجديدة في العالم كله بات أمراً مهماً حيث يحتوي على أفكار قانونية جديدة في العالم العربي ما لبث الشراح والباحثون يحاولون سبر أغوارها من خلال مؤلفات جديدة يطرح بعضها أفكاراً قانونية مستحدثة لم تألفها المؤلفات النمطية التقليدية في المكتبة العربية. ولقد كان للعديد من المؤلفات في الفقه الإنجليزي المعاصر أثراً كبيراً وواضحاً خلال إعدادي لهذا المؤلف حيث مثلت هذه المؤلفات إثراءً فقهياً وتطبيقياً للمؤلف محل البحث.

أرجو من الله تعالى أن يجعل المؤلف الماثل مرجعاً نافعاً لكل متعطش للمعرفة في علم التحكيم الدولي بل وأتمنى أن يحقق للمشتغلين بالتحكيم والباحثين في علومه ما تصبو إليه أنفسهم من إثراء فكري يروي ظمأهم ونهمهم للمعرفة القانونية في مجال التحكيم الدولي.

أكرر الشكر لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية وللعاملين فيه الذين لم يدخروا جهداً ليظهر هذا المؤلف بالصورة التي هو عليها الآن.

والله ولي التوفيق ،،،

المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل

نائب رئيس مجلس الدولة المصري

مستشار هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين

زميل المجمع الملكي للمحكّمين الدوليين بالمملكة المتحدة

حائز على جائزة الدولة في القانون - 2011 - جمهورية مصر العربية

مقدمة

لم يبق في الفكر الإنساني من ينكر المشروعية أساساً للدولة الحديثة، فصي ذاكرة التاريخ، وحتى الآن، أن حماية المشروعية المتمثلة في تطبيق القانون والذود عنها هورسالة القضاة وجوهر ولايتهم، وهذا هو أخص ما يضطلع به القاضي أو المحكم الدولي إبان نظرهما منازعة تحكيمية أو قضائية، فكلاهما يضطلع بتطبيق القانون، وكلاهما يحكم بالقانون ولا يحكم على القانون.

فعلم القانون هو علم الحق، والعلم معرفة الحقيقة ومعرفة تصورها، وإدراكها جزء من هذا التصور، يقوم على إحاطة بالواقع ووضع الأصول مستخلصة من مبادئ عامة، ثم تطبيقها على هذا الواقع⁽¹⁾. فحقيقة هذا العلم وفقهه هو التكامل بين منهج استقراء الواقع ومنهج استنباط الأحكام⁽²⁾، ويتجلى الفن القانوني في تطبيق الأحكام المستنبطة على الوقائع المستقرة للوصول إلى الحكم القانوني السليم في المسألة المعروضة، وكذا في محاولة الإبداع في استنباط الأحكام بما يتلاءم مع حقيقة الواقع ومحاولة تطويع هذه الأحكام والتوفيق بين ما تعارض منها لإسباغ الوصف القانوني السليم على المسألة محل البحث.

والحق والعدل من صفات الله سبحانه وتعالى. وقد اختص المولى عز وجل كل من يقوم بمهمة العمل القانوني بالاضطلاع بأمر هو من أجل خصائصه وصفاته، وهو إقامة العدل بين الناس وذلك لكل من نيظ به العمل بالبحث القانوني المتعمق والإطلاع على التشريعات المقارنة بغية الوصول إلى منطق قانوني سائغ يحكم العلاقات القانونية المتشابكة في إطار موحد تسيير في فلكه كافة التشريعات في المجتمع، وذلك البحث العلمي أو التشريعي هو أيضاً أسمى مراتب العلم بصفة عامة، والبحث العلمي بصفة خاصة.

وتباشر جهة الإدارة عملها إما بالإرادة المنفردة عن طريق إصدار قرارات إدارية، وإما بتوافق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين وذلك عن طريق العقود الإدارية. وقد تكون تلك العقود الإدارية داخلية، وقد تكون أحياناً أخرى عقوداً دولية.

1- د. أحمد يسري - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص5.

2- د. أحمد يسري - المرجع السابق - ص5.

وليس من شك في أن عقود الأشغال العامة هي أهم العقود الإدارية على الإطلاق وهذه العقود - كما كانت دائماً في الماضي - عقوداً داخلية فإنها في الآونة الأخيرة ومع ظهور المتغيرات الاقتصادية الحديثة على الساحة الدولية أصبحت عقوداً دولية.

وتحتل عقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية مكانة كبرى في دولنا العربية لاسيما دول مجلس التعاون الخليجي بحسبان أن مشروعات البنية التحتية هي من الأهمية بمكان لهذه الدول في العقود الأخيرة التي ما إنفكت تنفذ مشروعات البنية التحتية الضخمة بمئات البلايين من الدولارات على مدى العقود المنصرمة، وما لبثت تنفذ مئات المشروعات في الحال وفي المآل وذلك في كافة قطاعات البنية التحتية بدول مجلس التعاون الخليجي حيث أبرمت الدول الأخيرة عقود الأشغال الدولية مع الأشخاص الأجنبية الخاصة وهي كبرى الشركات العالمية ذات الخبرة والسمعة العالمية في كافة التخصصات.

وعلى صعيد آخر فإنه مع النهضة الاقتصادية الحديثة لدول العالم الثالث بصفة عامة ودول أوروبا الشرقية وأمريكا اللاتينية بالأخص، ووضع برامج للإصلاح الإقتصادي لهذه الدول لتشجيع الاستثمار بها، وخصخصة هيكل القطاع العام بأوروبا الشرقية بغية الوصول نهضة إقتصادية شاملة، تزايدت حركة البنية الأساسية لإنشاء مشروعات كبرى تنهض بهذه الدول وبشعبوها لترفعها إلى مصاف الدول الكبرى، ومن هنا ظهرت عقود الأشغال الدولية التي تبرمها الدول مع الشركات الأجنبية الكبرى للاضطلاع بتنفيذ هذه المشروعات الضخمة، والتي لا تقوى الشركات الوطنية على تنفيذها من حيث الإمكانيات الفنية أو المالية لهذه الشركات الأخيرة . وظهرت عقود الأشغال الدولية لتحتل مكانة بارزة في مجال البحث القانوني على الساحة الدولية وعلى وجه الخصوص في دول النظام اللاتيني، والتي تقرد نظاماً قانونياً خاصاً للعقود الإدارية نتيجة وجود نظام متخصص بها هو تنظيم قضائي خاص لمعالجة المنازعات الإدارية ومنها منازعات العقود الإدارية لما تتصف به هذه المنازعات من أهمية خاصة بحسبانها تتعلق بعقود الدولة وإنشاء وتنظيم وتسيير المرافق العامة، ومن ناحية أخرى الحفاظ على المال العام والاقتصاد القومي لتلك الدول.

فعندما تستهدف الدولة إبرام عقد ويكون المتعاقد أجنبياً سواء فرداً أم شركة يكتسب العقد الصفة الدولية، ويترتب على ذلك آثار عدة سواء من حيث ما يضمنه الطرفان للعقد من شروط تتعلق بالثبات التشريعي Clauses de Stabilisation وشروط ثبات العقد Clauses d'intengebilite وكذا شرط القانون الواجب التطبيق وما يتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقد، وما قد تتضمنه هذه الوسائل من أساليب جديدة على فقه القانون العام، وذلك لحسم هذه المنازعات بعيداً عن ساحات القضاء توفيراً للوقت والنفقات.

كما يترتب على الصفة الدولية لعقد الأشغال العامة أن بعض هذه العقود ببعض الدول يمول تمويلياً أجنبياً في صورة منحة أو قرض وما يستتبعه ذلك من تطبيق شروط بعينها للتعاقد موضوعة سلفاً بواسطة الجانب الأجنبي كنتيجة لتمويل المشروع.

ولما كان العقد الإداري قد أصبح بهذه المثابة دولياً فإنه يتعين أن نطلق على هذا العقد (العقد الإداري الدولي) وأن نعلن مولد فرع جديد من فروع القانون العام في الفقه العربي هو القانون العام الدولي أو الإقتصادي، ذلك الفرع من فروع القانون الذي يعالج معاملات الدولة مع الأشخاص، أو الشركات الأجنبية على الصعيد الدولي إذا ما اصطبغت بالصبغة الإدارية... أي أنه ذلك الفرع من فروع القانون الذي يتعلق بروابط القانون العام على الصعيد الدولي.

نطاق الدراسة الماثلة :

تعنى هذه الدراسة بجانب مهم من الجوانب التي تنظم عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، وهو بيان الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود في ظل الشروط الجديدة التي تحتويها والتي تعد شروطاً دخيلة على العقد الإداري، قد تتناظر مع الإطار العام للنظرية الموضوعية لهذا العقد، كما تعنى هذه الدراسة ببيان الآثار المترتبة على هذه الطبيعة الجديدة من حيث الإخلال بالإلتزامات والجزاءات التي توقعها الدولة على المتعاقد الأجنبي، وكذا وسائل تسوية المنازعات الخاصة بهذه العقود من جواز تسوية منازعاتها بطريق التحكيم

ووسائل التسوية الأخرى دون اللجوء للقضاء، ومدى تأثر المشرع في دول مجلس التعاون الخليجي إبان سنه تشريعات التحكيم بالقانون النموذجي للأونسيترال UNCITRAL Model Law ، مع التطبيق على القواعد التحكيمية لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وكذلك المراكز التحكيمية الكبرى في العالم ومعالجة المشكلات الناتجة عن هذه الوسائل الحديثة ومقترحاتها في هذا الصدد.

والسؤال الذي سنعالج على هدي من إجابته كل ما تقدم هو:

هل عقد الأشغال في صورته الدولية الجديدة سيظل عقداً إدارياً وفقاً للنظرية التقليدية للعقد الإداري أم سيصبح عقداً ذي طبيعة مركبة (مختلطة) يتميز بأحكام خاصة؟

أو بعبارة أخرى هل تتضمن الشروط الجديدة على هذا العقد إخلالاً بفكرة العقد الإداري في صورتها التقليدية؟

فخلال هذه الدراسة سنرى أن شروط الثبات التشريعي التي تحمي المتعاقد الأجنبي من المتغيرات التشريعية في قوانين الضرائب والجمارك والتأمين الاجتماعي والأجور وخلافه من التشريعات التي قد تخل بالتوازن المالي للعقد، وكذا شروط ثبات العقد ستؤدي إلى تقليص نفوذ الدولة من حيث الحد من قدرتها على التعديل في هذا العقد بإرادتها المنفردة، وأيضا الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود - دون اللجوء إلى القضاء الوطني- ستؤدي إلى تغيير الطبيعة التقليدية للعقد الإداري. وهو ما يعرف في هذا المؤلف بإسم نظرية تحول العقد الإداري، ولقد دفعتنا إلى الكتابة في هذا الموضوع أسباب علمية قانونية وأخرى عملية واقعية نجلها فيما يلي:

أهمية البحث في الموضوع المائل،

1. ثورة البنية الأساسية التي زخرت بها دول مجلس التعاون الخليجي وأهمية عقود الأشغال ذات الطابع الدولي بهذه الدول في الآونة الأخيرة وما صاحب هذه الأهمية من كون التحكيم في عقود الأشغال الدولية هو موضوع الساعة

في محافل البحث العلمي القانوني، ليس بدول مجلس التعاون فحسب بل بكافة الدول العربية ودول العالم.

2. ندرة المؤلفات في الفقه العربي في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ففكرة العقد الإداري الدولي مازالت فكرة جديدة على فقه القانون العام في دول العالم العربي، الأمر الذي يستدعي أن يفردها الفقه العربي مؤلفات جديدة لبحث النظرية العامة لهذه العقود، وما تتطلبه من أحكام خاصة وذلك لطبيعتها المتميزة، ومشكلاتها المتشابكة على نحو ما سنعرض له في هذا المؤلف.

3. ندرة المؤلفات - وإلى حد ما - التي تعالج التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي وتطوراته الراهنة والظفرة التشريعية بدول مجلس التعاون التي تجلت في ظهور عدد من تشريعات التحكيم بدول المجلس والتي تأثرت بالقانون النموذجي للأونسيترال أيما تأثير، وأهمها مؤخراً قانون التحكيم القطري الصادر بالقانون رقم 2 لسنة 2017، وقانون التحكيم البحريني الصادر بالقانون رقم 9 لسنة 2015، ونظام (قانون) التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24 هـ، بالإضافة إلى قانون التحكيم العماني الذي صدر بموجب المرسوم السلطاني رقم 47 / 97 بتاريخ 28 يونيو 1997. يضاف إلى ذلك الطبيعة الديناميكية لقواعد التحكيم المتضمنة بقوانين المرافعات بدولة الإمارات ودولة الكويت والتي تفصح عن إعلاء تشريعات التحكيم جميعها وتشريعات قوانين المرافعات بدول مجلس التعاون لمبدأ سلطان الإرادة ومواكبة دول مجلس التعاون للمتغيرات والتطورات التشريعية على الصعيد الدولي وأهمها تلك التي تمخضت عن قانون التحكيم الإنجليزي عام 1996، وقانون التحكيم الفرنسي المعدل في 13/1/2011 ليحذو المشرع بدول مجلس التعاون حذو هذه التشريعات الرائدة على الصعيد الدولي.

4. تثير العلائق القانونية بعقد الأشغال الدولي العديد من التساؤلات التي لم يجب الفقه العربي حتى اليوم عن العديد منها وذلك بحسبانه عقد معقد، متشابك في علاقاته القانونية، وهو كذلك عقد طويل الأمد Complex، long term agreement، حيث يستغرق تنفيذ الإلتزامات التعاقدية المتشابكة

والمتمدخلة به العديء من السنوات فضلاً عن ما يحدث غالباً بعقوء الأشغال الدولية المتصلة بمشروعات البنية التحتية من تأخر في التنفيذ وتوقيع غرامات تأخير على المقاول غالباً ما يحاول الأخير إنكارها والتصل منها إن كان لذلك مقتضى من الواقع أو القانون.

5. ما تثيره الطبيعة القانونية لعقوء الأشغال الدولية من تساؤلات بعد أن غزت هذه العقود شروطاً جديدة دخيلة على العقد الإداري كما أوضحنا سلفاً. فهل لا زالت الدولة في عالمنا العربي تحتفظ بسلطاتها تجاه المتعاقد معها بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود الشريعة العامة من عدمه؟ هل لا يزال هذا العقد يخضع للفصل في المنازعات الناشئة عنه وفي الدول العربية ذات القضاء المزءوج للقضاء الإداري كقضاء ديوان المطالم بالمملكة العربية السعودية في نص المادة الحادية عشرة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/78 بتاريخ 1428/9/19 هـ، وقضاء محكمة القضاء الإداري بسلطنة عمان حسب نص المادة (67) من قانون إنشائها الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم 91 / 99 بتاريخ 21 / 11 / 1999 ؟ هذا إلى جانب تساؤلات كثيرة نعرضها في حينها.

6. كثرة النماذج الموضوعة سلفاً لهذه العقود على الصعيد الدولي كعقد (الفيديك)، والتي تطبق على كثير من عقود الدولة في الآونة الأخيرة، والتي تحتاج إلى تحليل فني وخبرة خاصة من القانونيين العاملين في هذا الحقل من رجال القضاء العربي وهيئات التشريع والإفتاء في الدول العربية لاسيما دول مجلس التعاون الخليجي، وهم بحق مستشاري الدولة وناصحيها في المجال القانوني لاسيما مجال تعاقدات الدولة واحتياج أعضاء الهيئات والجهات القضائية بالدول العربية إلى إعداد خاص في سبيل ذلك للحفاظ على المصالح الوطنية أمام الطرف الأجنبي، وكذلك أعضاء الإدارات القانونية للوزارات والأشخاص المعنوية العامة وكذلك محامى الحكومة أعضاء جهاز قضايا الدولة بالدول العربية.

7. الاتجاه نحو مفهوم جديد للعقوء الإدارية الدولية ينظر لهذه العقود من الجانب الدولي ويوازن بين مصلحة الدولة من ناحية وعلاقة الدولة بالدول الأخرى من ناحية أخرى. فهل تتضمن الشروط الاستثنائية الخاصة بهذا النوع من العقود إخلالاً بالتوازن العقدي وإجحافاً بالمتعاقد الأجنبي؟ وهل هناك

إساءة لاستخدام هذه الشروط من جانب الجهاز الإداري للدولة ؟ وهل يمكن التنازل عن بعض هذه الشروط في سبيل تشجيع هذا المتعاقد وتحقيق نوع من التوازن العقدي من وجهة نظره، يوفر له الحماية ويكفل له تنفيذ المشروع في ظل أكبر قدر من التوازن المالي للعقد؟

8. تطوير أساليب تسوية المنازعات في العقود الدولية، وإن كانت إدارية، وما واكب هذا التطوير من صدور قوانين للتحكيم التجاري الدولي في دول مجلس التعاون الخليجي مؤخراً والتي أبحاث التحكيم في عقود القانون العام بصفة عامة، وذلك تطبيقاً لسياسة الدول في الإصلاح الإقتصادي، وجذب الاستثمارات العربية والأجنبية في عصر التكتلات الإقتصادية الدولية التي يشهدها العالم الآن، وتوفير وسيلة حاسمة وفعالة لتسوية المنازعات التجارية الدولية حتى يأمن المستثمرون العرب والأجانب على أموالهم بعالمنا العربي. وقد أنشأ المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية في ديسمبر 1993 كمعاهدة دولية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومقره مملكة البحرين، وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يوجد أكثر من أربعة عشر مركز تحكيم سواء تابع لغرف التجارة والصناعة أو مستقل، كما أنشأت غرفة تجارة وصناعة قطر في عام 2006 مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم، وأنشأت غرفة تجارة وصناعة الكويت مركز الكويت للتحكيم التجاري، وأنشأت مملكة البحرين بموجب المرسوم بقانون رقم (30) لسنة 2009 غرفة البحرين لتسوية المنازعات الإقتصادية والمالية والإستثمارية، وأخيراً صدور قرار مجلس الوزراء السعودي رقم 257 بتاريخ 14/6/1435 هجري بإنشاء المركز السعودي للتحكيم التجاري، ومهمة هذه المراكز توفير المناخ الملائم لتسوية منازعات العقود الدولية، بعيداً عن ساحات القضاء حيث تتأخر المنازعات لسنوات طوال، مما يجعل المستثمرون يهرعون بأموالهم خارج البلاد هرباً من طول مدة التقاضي، مما يكلفهم كثيراً من الوقت والجهد والنفقات، فضلاً عن إنخفاض القوة الشرائية للحق المحكوم به بعد تداول المنازعات لعدة سنوات أمام القضاء بمختلف درجاته حتى يحكم فيها بحكم بات. ولقد إنعكس هذا التطور بحق على عقود الأشغال الدولية، وختل المؤلفات الفقهية العربية من معالجة مسألة تسوية

المنازعات الناشئة عن هذه العقود دون اللجوء للقضاء الوطني، ولذلك فقد وجب علينا معالجة هذا الموضوع بمختلف جوانبه.

أن الضوابط التي تحكم علاقة قانونية بها العديدة من المتغيرات كعقد الأشغال الدولي، لا بد وأن تختلف عن الضوابط التي تحكم العلاقات القانونية الثابتة، فعلاقات عقد الأشغال الدولي علاقات ديناميكية Dynamic وليست علاقة إستاتيكية Static، لذلك فإن أحد أهم ما يميز هذه العلاقات، هو ضرورة وجود ضوابط ومعايير تحكم هذه العلاقة الديناميكية المتشابكة كالعلاقات بين رب العمل والمقاولين من الباطن وبين الأخيرين والمقاول الرئيسي وبين الموردين والمقاول من الباطن والموردون ورب العمل والموردين والمقاول الرئيسي إلى آخر هذه العلاقات المتشابكة. أن هذه الضوابط والمعايير هي أحد أهم ما يتطلبه عقد الأشغال الدولي، وهي أهم خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود.

9. ولما كان العقد الإداري قد أصبح بهذه المثابة دولياً في بعض الأحيان فإنه يتعين أن نطلق على هذا العقد (العقد الإداري الدولي)، وأن نعلن مولد فرع جديد من فروع القانون العام في الفقه العربي، هو القانون العام الإقتصادي، ذلك القانون الذي يعالج (معاملات الدولة مع الأشخاص أو الشركات الأجنبية الخاصة على الصعيد الدولي إذا ما اصطبغت بالصبغة الإدارية)، أي أنه يتعلق بروابط القانون العام الإقتصادية على الصعيد الدولي.

وأخيراً ، ففي ظل ثورة البنية الأساسية ، والمتغيرات الإقتصادية الدولية في ظل التكتلات الإقتصادية في العالم وإنعكاس ذلك على دول مجلس التعاون الخليجي، عسى أن تجد لها مكاناً على الساحة الإقتصادية الدولية، فقد شرعت دول مجلس التعاون الخليجي في القيام بمشروعات ضخمة للبنية الأساسية من بناء مطارات دولية وموانئ عملاقة وشبكة طرق سريعة وفتح أنفاق وإنشاء طرق علوية (كباري) وقطارات وغيرها لتوفير الرخاء للمواطن.

فهذه المتغيرات الإقتصادية التي تفرض نفسها على الساحة الدولية هي التي جعلت دول مجلس التعاون الخليجي تسعى إلى التنمية الإقتصادية الشاملة في ظل وجود دول أخرى من دول العالم الأول قطعت باعاً طويلاً في مجال التنمية

الإقتصادية، حيث توجد لدى الدول الأخيرة شركات عملاقة تقوم بتنفيذ مشروعات البنية الأساسية لدول العالم العربي.

هذه الشركات العملاقة - هي بالطبع - تتكون من أشخاص القانون الخاص بتلك الدول وقد كونت لديها كوادر فنية على درجة عالية من الخبرة والدراسة، هذه الكوادر هي التي سوف تقوم بتنفيذ تلك المشروعات الكبيرة بمساعدة أحدث ما وصل إليه العلم الحديث من تكنولوجيا، وآلات تساعد على إنجاز هذه المشروعات على نحو مناسب، وفي زمن قياسي الأمر الذي يكفل سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

أن هذه الدراسة تهدف إلى محاولة المزج بين الثقافتين اللاتينية والأنجلوسكسونية بكل ما تحمله كل منهما من أفكار سواء في مجال العقد الإداري أو في مجال تسوية المنازعات المتعلقة بهذا العقد ومحاولة وضع نظام قانوني جامع لهذه الأفكار حتى يمكن تسوية منازعاته بتلك الطرق التي أصبح العالم الخارجي بثقافته القانونية المتباينة يألفها لتسوية المنازعات في ظل الأعراف الدولية الجديدة الخاصة بهذه العقود الكبرى. تلك هي ظروف نشأة عقد الأشغال الدولي وهي أيضاً أحد أهم الأسباب الدافعة للبحث في هذا الموضوع القيم.

خطة البحث في المؤلف المائل:

تأتي الدراسة في العديد من فصولها وأبوابها وموضوعاتها بالتطبيق على الوضع بدول مجلس التعاون الخليجي، فنتناول بالبحث الطبيعة القانونية لعقود الأشغال الدولية وأثر هذه الطبيعة على الأحكام الخاصة بهذه العقود لاسيما الأحكام المتعلقة بالتحكيم في عقد الأشغال محلياً كان أم دولياً. ومن أجل ذلك نعرض بعد هذا التمهيد للباب الأول الذي نتناول فيه ماهية عقد الأشغال الدولي فنعرض لتعريف هذا العقد وخصائصه في مبحث أول والتميز بينه وبين العقود الإدارية المسماة في مبحث ثان، ثم الأشكال الجديدة له في مبحث ثالث، وأخيراً النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود وذلك في الفصل الأول.

وفي الفصل الثاني نعرض تفصيلاً للطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي لهذه العقود. فنعرض للطبيعة المركبة لعقود الأشغال الدولية وما يتضمنه هذا العقد من شروط جديدة ، نظرية تحول الطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي، والآثار المترتبة على ذلك، وفي الباب الثاني نتناول صور الجزاءات التي توقعها الدولة على المقاول كفسخ العقد ومصادرة التأمين، أو سحب العمل والتنفيذ على الحساب، وأثر الطبيعة القانونية الجديدة على هذه الجزاءات وما يترتب على وجود الأخيرة بهذا العقد على الرغم من تلك الطبيعة الجديدة.

وفي فصل ثالث نعرض لإستحالة تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد بسبب القوة القاهرة في المبحث الأول، ولعوارض التنفيذ، وأثر الطبيعة القانونية الجديدة على التوازن المالي للعقد، فتعالج نظرية عمل الأمير والظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة، ومحاولين بيان أثر الطبيعة القانونية الجديدة على هذه الأفكار الأصولية في فقه العقود الإدارية. وذلك كله في القسم الأول.

ولما كان من أهم الآثار المترتبة على الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود إمكان حسم منازعاتها بطرق جديدة لم تألفها هذه العقود من قبل فإنه يجب أن نتناول في القسم الثاني التحكيم في عقود الأشغال الدولية (بالتطبيق على دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والأعراف الدولية) حيث نشرح التحكيم في عقود الأشغال الدولية فنعرفه ونبين خصائصه ومزاياه وعيوبه في فصل أول، ونفرق بين التحكيم الداخلي والدولي في الفصل الثاني وفي الفصل الثالث نبين بشيء من التفصيل والتأصيل التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، وفي الفصل الرابع نتحدث عن المحكم في عقود الأشغال الدولية، ثم في الفصل الخامس نعرض للتحكيم المتعدد الأطراف في هذا النوع من العقود مع تطبيقات لذلك من القضاء المقارن والتحكيم الدولي بحسبان أن هذا النوع من التحكيم يحظى بأهمية خاصة في عقود الأشغال الدولية.

وأخيراً في الفصل السادس نتحدث عن وسائل تسوية المنازعات في بعض العقود الدولية للأشغال العامة بالتطبيق على عقد (الفيديك) الطبعة الرابعة فنبين دور المهندس في عقد الفيديك وفقاً للمادة 67 في مبحث أول، وفي

المبحث الثاني نتحدث عن الوضع في الطبعة الجديدة 1999، وفي المبحث الثالث نشرح الطبيعة القانونية للمواعيد المنصوص عليها في هذه المواد وما إذا كانت مواعيد تنظيمية أم مواعيد سقوط تؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي. ونختتم دراستنا ببيان أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها هذا المؤلف.

القسم الأول

**الطبعة القانونية الجديدة
لعقد الأشغال الدولي**

القسم الأول

الطبيعة القانونية الجديدة

لعقد الأشغال الدولي

في هذا القسم نتعرض للطبيعة القانونية الجديدة لعقود الأشغال الدولية بحسبان أن ذلك هو جوهر دراستنا وما يترتب على هذه الطبيعة من آثار من حيث الجزاءات التي يتضمنها، ودور هذه الطبيعة في حفظ التوازن المالي للعقد وبالتالي تقليص دور القاضي الإداري أو المحكم في إعادة هذا التوازن إلى نصابه، فنعالج صور الإخلال بالإلتزامات المتقابلة في هذا العقد والجزاءات المترتبة على ذلك واستحالة تنفيذ الإلتزامات المترتبة على هذا العقد ثم صعوبة تنفيذها وما صاحب ذلك من ظهور نظريات فقهية وقضائية في مجال العقود الإدارية وعقود الأشغال العامة بصفة خاصة موضحين آثار هذه الطبيعة القانونية الجديدة على تطبيق تلك النظريات.

وفي سبيل ذلك نقسم هذا القسم إلى باين نتناول في أولهما ماهية هذا العقد ثم في الباب الثاني أثر هذه الطبيعة الجديدة على الأحكام الخاصة بالعقد.

وتأتي الدراسة في هذا القسم في ضوء تعريف عقد المقاولة بالتشريعات المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي، مع دراسة قوانين الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص بدولة الكويت 2014، وإمارة دبي 2015 بشيء من التفصيل. كما جاءت الدراسة في هذا القسم مزودة بتطبيقات المحاكم العليا لدول مجلس التعاون الخليجي.

وذلك كله على النحو الذي سيلي بيانه.

الباب الأول

ماهية عقد الأشغال الدولي

لكي نعرض لماهية عقد الأشغال الدولي يتعين بدءاً أن نعرف هذا العقد. وفي سبيل ذلك نستعرض مفهومه في إطار القانون الخاص أساساً وابتداءً كعقد للمقولة ثم نبين خصائصه وصفة الدولية فيه ونقارن بينه وبين العقود الإدارية المسماة ونعرض لأشكاله وتقسيماته في ضوء المتغيرات الإقتصادية الدولية الجديدة مع بيان مصادر النظام القانوني لعقد الأشغال الدولي.

ونعرض في الفصل الثاني للطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود وهو محور دراستنا وكذلك فكرة تحول العقد الإداري وفقاً للشروط الجديدة التي أصبح يحتويها وهي شروط الثبات التشريعي *Clauses des stabilisation* وشروط ثبات العقد *Clauses d'intengebilite* وكذا شرط التحكيم في العقد الإداري وشروط القانون الواجب التطبيق.

ونبحث أثر هذه الشروط على تحول الطبيعة القانونية لعقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية.

الفصل الأول

تعريف عقد الأشغال الدولي

لكي نعرف عقد الأشغال الدولي يتعين أن نعرض لعقد المقاوله في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي ثم عقد الأشغال الدولي في الفقه المقارن وفي القضاء العربي والفرنسي، فنبين خصائصه تفصيلاً بحسبانه عقداً دولياً محله القيام بأشغال عامة ترد عادةً على عقار لحساب شخص معنوي عام، ويقصد تحقيق المنفعة العامة وبحسبانه أيضاً عقداً من العقود طويلة المدة ذات العلاقات القانونية المتشابكة.

ونتلو ذلك في مبحث ثان بالتمييز بين عقد الأشغال الدولي، والعقود الإدارية المسماة، وهي عقد التوريد، وعقد التزام المرافق العامة.

وفي المبحث الثالث نبين الأشكال، والتقسيمات المختلفة لهذا العقد في ظل المتغيرات الاقتصادية الدولية الجديدة.

وأخيراً، في المبحث الرابع نبين مصادر النظام القانوني لعقد الأشغال الدولي من نصوص تشريعية ومعاهدات دولية، وكراسات شروط عامة وخاصة وأحكام القضاء الإداري والتحكيم الدولي، وكذلك الأعراف الدولية، والمؤلفات الفقهية بحسبانه من المصادر الإستثنائية.

المبحث الأول

خصائص عقد الأشغال الدولي وتعريفه

تعريف عقد الأشغال الدولي :

إتخذ عقد الأشغال العامة العديد من الأشكال في العصر الحديث مع وجود الكثير من المتغيرات الإقتصادية الدولية التي فرضت أشكالاً جديدة له. إلا أنه لا يمكن إنكار وجود خصائص أساسية في هذا العقد وسمات لا تتغير بتغير أشكاله وأنماطه. ولقد كانت هذه السمات هي المعالم الأساسية لعقد الأشغال في صورته التقليدية.

ونبدأ ببيان عقد المقاولة في القوانين المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي وموضع عقود الإنشاءات منه، بحسبانها إحدى صوره، ثم نتطرق لبيان مفهوم عقد الأشغال العامة في الفقه المقارن والقضاء بدول مجلس التعاون الخليجي وفرنسا وأخيراً تعريف هذا العقد.

أولاً : عقد المقاولة في تشريعات دول مجلس التعاون :

وضعت القوانين المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي⁽¹⁾ تعريفات متماثلة لعقد المقاولة. فعلى سبيل المثال نصت المادة (584) من القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 أن المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه، أما المادة (682) من القانون المدني القطري الصادر بالقانون رقم (22) لسنة 2004 فقررت أن المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً للطرف الآخر لقاء أجر، دون أن يكون تابعاً لهذا الطرف أو نائباً عنه.

1- تركز القوانين المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي لتقنينات نابليون والقانون المدني الفرنسي شأنها شأن القانون المدني المصري والليبي والسوري وسائر القوانين المدنية العربية.

بينما ينص القانون المدني الكويتي في المادة (661)، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (67) لسنة 1980، على أن المقاوله عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه.

وقرر قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2013/29 بتاريخ 2013/5/6 في المادة (626) أن المقاوله عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بأن يصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر.

فالعقد المقاوله هو عقد رضائي لا يشترط في إنعقاده شكل معين، وهو عقد ملزم للجانبين، وهو كذلك من عقود المعاوضه⁽¹⁾، وعقد المقاوله من العقود الواردة على العمل. ويقع التراخي على عنصرين أساسيين هما: العمل المطلوب تأديته، والأجر الذي يتعهد به رب العمل.

وقد يبرم عقد المقاوله مع النجار لصنع قطعة من الأثاث، أو مع مثال لصنع تمثال، أو رسام لرسم لوحة إلا أن ما نعنيه في هذا المقام هو عقد الهندسة المدنية في إطار القانون العام أو بعبارة أكثر إيضاحاً عقود الإنشاءات في إطار هذا الفرع من فروع القانون بحسبانها إحدى صور عقود المقاولات. فعقد المقاوله يرد على عمل مادي *acte matériel* فالعمل في عقد الإنشاءات عمل مادي مؤداه القيام بالأعمال الإنشائية اللازمة لإتمام المشروع.

1- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع - المجلد الأول - العقود الواردة على العمل - الطبعة الثانية - ص 8.

ثانياً : عقد الأشغال الدولي في الفقه المقارن⁽¹⁾ :

لوضع تعريف جامع مانع لهذا النوع من العقود يتعين بدءاً أن نعرض للخصائص المميزة لهذه العقود كما أوضحها الفقه المقارن ونجملها في الآتي:

1. أن يكون محل عقد الأشغال عقاراً.
2. أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة.
3. أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام.
4. صفة الدولية في عقد الأشغال العامة.
5. عقد الأشغال الدولي من العقود طويلة المدة.

وسوف نعرض لهذه السمات كالتالي:

1. أن يكون محل عقد الأشغال عقاراً

لكي يوصف عقد ما بأنه عقد أشغال عامة، فلا بد أن يكون محل هذا العقد عقاراً وليس منقولاً⁽²⁾. ومن أمثلة ذلك إنشاء طرق عامة أو خطوط سكك

1- في تعريف عقد الأشغال العامة في الفقه الإنجليزي أنظر مؤلفنا في المملكة المتحدة والذي كتب مقدمته فخامة القاضي

همفري لويد :

Mohamed AM Ismail, Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries, Routledge, 2011, and 2016. With a foreword by HH Humphrey Lloyd QC.

في تعريف عقد الأشغال العامة وعناصره في الفقه الفرنسي أنظر :

F-El- Attar, Les Marchés de Travaux Publics, Thèse, Paris, 1955 P.11.

F- Sabiani, Marchés publics de travaux, 5e édition, P.9.

Audby et bon, Droit administratif des biens, 3e édition 1955 , P. 188.

De Laubadère, Venezia Gaudement, Traité de droit administratif, Tome 2, 10e édition P. 434.

Jean Dufau, Le droit des travaux publics, Tome 1, P. 31.

David Chabanol, Jean – Pierre Jouguelet, Marchés publics de travaux, Deuxième édition, 1994, P.12.

Khaled Kadiki, contrats internationaux de travaux publics et developpement en Libye, Tome 1, P. 68 et P.72.

Jacques clément et Daniel Richer, les Marchés publics de travaux des collectivités Territoriales, 2e édition, P. 8 et ss.

- وفي الفقه العربي أنظر :

- د. محمد عبد المجيد إسماعيل – عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – منشورات الحلبي الحقوقية- 2003 .

- د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – 1991 – ص 125

- د. سعاد الشرفاوي – العقود الإدارية – 1995 – ص 106 .

- د. محمد سعيد أمين – دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها – 1992 – ص 174 .

- د. عمر حلمي فهمي – الأحكام العامة للعقود الإدارية – المرجع السابق – ص 111 .

2- Yves Brard, Droit administratif des biens et de la fonction publique, ch. 1, p. 147,

وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنظر :

حديدية أو قناطر أو سد أو بناء كوبري أو مطار أو مترو أنفاق وخلافه مما قد يرد على العقار من أعمال إنشائية.

ويستوي أن ترد الأشغال العامة على عقار بطبيعته، أو على عقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء⁽¹⁾. أما إذا كان موضوع العقد من المنقولات فلا يمكن اعتبار العقد من عقود الأشغال العامة، وأن أمكن اعتباره عقداً إدارياً تحت مسمى آخر.

وقد أكد القضاء الإداري قديماً أن فكرة الأشغال العمومية تتصل اتصالاً وثيقاً بالعقارات، وأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بها كصيانة وتطهير الطرق وأعمال الهدم والردم وخلافه من الأعمال دون أن يأخذ في الاعتبار أهميتها وصفتها الدائمة أو المؤقتة⁽²⁾ إلا أن هناك رأي له وجهته في الفقه الإنجليزي يرى أن عقود الأشغال يتسع مفهومها لتشمل كافة عقود البنية الأساسية ولو لم تتصل بعقار مثل عقود شبكات الاتصالات اللاسلكية.⁽³⁾

2. أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة:

لعل تحقيق النفع العام *Utilité Générale* هو إحدى خصائص عقد الأشغال العامة في الفقه العربي⁽⁴⁾ والمقارن⁽⁵⁾ وكذا في القضاء العربي⁽⁶⁾ والفرنسي.

- CE 12 october 1973 , commune de saint – Brévin – Les Pins , Rec LEBON P.567

1- أنظر : د. عيسى عبد القادر الحسن – التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 1997 – ص 7.

وأنظر كذلك :- El Attar. Thèse . OP. Cit . . p.13

2- أنظر : فتوى مجلس الدولة (إدارة الرأي) 28 مايو سنة 1950 – السنن الرابع والخامسة – ص 868 ، ومحكمة القضاء الإداري – القضية 284 لسنة 8ق – س 11 – ص 104 – 23 ديسمبر 1956 ، وأنظر كذلك : De Laubadère, Venezia Gaudement, Droit administratif, T-2, 10e édition, P.435.

3- وفي إتساع مفهوم عقود الأشغال لتشمل شبكات الاتصالات أنظر فخامة القاضي همفري لوييد الأستاذ بجامعة لندن – كلية كوين ماري – في مقدمته لمؤلفنا بالملكة المتحدة:

Mohamed AM Ismail, Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries, Routledge, 2011, and 2016, with a foreword by HH Humphrey Lloyd QC.

4- أنظر : د . سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – الطبعة الخامسة – 1991 – ص 127 ، محمد عبد المجيد إسماعيل – عقود الأشغال الدولية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت 2003 – .

المحكمة الإدارية العليا – طعن رقم 954 – 12 (1997/4/11) ، 43 ، 264 – مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً – المكتب الفني لمجلس الدولة ، أعدت بمناسبة إلى وييل الذهبي لمجلس الدولة ، ص 307 – 308 .

5- وفي القضاء الفرنسي :

- TRIB – Conf. 2 MAI 1988, Caisse D'assurance Mutuelle du Batiment, REC. LEBON, P.1088; TRIB – Conf. 11 October 1993, Societe centrale siderurgique Richemount.

6- حكم محكمة التنازع في 24 أكتوبر سنة 1942 – مجموعة سييري – سنة 1945 – القسم الثالث – ص 10 – مشار

وقد اقتضت فكرة عقد الأشغال العامة في البداية على فكرة الدومين العام، فكانت عقوداً للأشغال العامة، تلك العقود التي يكون محلها عقارات تدخل في الدومين العام بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل في نطاق الدومين الخاص لما اعتبر العقد إدارياً. إلا أن هذه الفكرة عدلت عنها محاكم التنازع في فرنسا وعلت ذلك باستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة، فالأعمال التي ينفذها شخص عام تكتسب الصفة العامة إذا ما تمت على عقارات لحساب شخص خاص من أجل تنفيذ مهمة المرفق العام.

وكذلك تستقل فكرة الأشغال العامة عن المرفق العام، فمجلس الدولة الفرنسي في عام 1921 قد اعتبر أن مرفق العبادة مرفق عام منذ قانون 9 ديسمبر سنة 1905 الخاص بفصل الكنيسة عن الدولة إلا أن الأشغال التي تنفذ في الكنيسة (وهي ليست من المرافق العامة) لحساب شخص عام ومن أجل النفع العام تعتبر من الأشغال العامة. مما يبين معه أهمية فكرة النفع العام في إضفاء وصف الأشغال العامة.

ويرتب الفقه على الفصل بين الأشغال العامة والمرفق العام نتيجة مزدوجة وهي:

الأولى: أن تخصيص العقارات محل الأشغال لمرفق عام، لا يستتبع بالضرورة أن تكتسب الأعمال التي تجري عليها صفة الأشغال العامة.

الثانية: أن مجلس الدولة الفرنسي أضفى صفة الأشغال العامة على الأعمال التي تتم بقصد تحقيق مصلحة عامة على عقارات ليست مخصصة للمرفق العام.

وبذلك تكون فكرة الأشغال العامة قد ارتبطت بفكرة المصلحة العامة ارتباطاً وثيقاً، فطالما تحقق هذه الأشغال مصلحة عامة ولو لم تدخل في نطاق الدومين العام، أو المرفق العام فهي من الأشغال العامة، فبناء مساكن للمواطنين من قبل البلدية من الأشغال العامة طالما استهدفت الأشغال تحقيق مصلحة عامة.

إليه في د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص 128 .

في فرنسا أنظر : Auby et Bon· Op· Cit·· P·190 .

De Laubadere,venezia, Gaudement, Traité de droit de droit administratif, T-2,10e édition P.436· Daniel Chabanol et Jean – Pierre Jouguelet, Marchés publics de travaux, 1994, Deuxième édition, P

إستقلال المصلحة العامة في مجال الأشغال العامة والمصلحة المالية للإدارة أو الأفراد:

لا تعد المصلحة المالية للإدارة من قبل المصالح العامة التي تسبغ على الأشغال الصفة العامة. فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي ذلك، وأضاف أنه إذا ما استهدفت الإدارة أغراضاً عدة من بينها المصلحة المالية فإن المعول عليه في هذا الخصوص هو الباعث الرئيسي. فلو استهدف العقد تحقيق المصلحة العامة فإنه يعتبر من عقود الأشغال العامة ولو ترتب عليه بالتبعية تحقيق مصلحة مالية للإدارة⁽¹⁾. ويتوسع القضاء الفرنسي في بيان فكرة الأشغال العامة، فيلحق بها الاتفاق على نقل المواد الخاصة بالأشغال العامة – دون توريدها – وعقد إيجار الخدمات (العمل) والتي تبرمها الإدارة مع المهندسين الذين يقومون بالرقابة والإشراف على الأعمال أثناء التنفيذ، وكذلك الاتفاق على تقديم مساعدات مالية أو عينية بقصد المساعدة على إنجاز الأشغال العامة.

استقلال المصلحة العامة في نطاق الأشغال العامة عن المنفعة العامة في مجال نزع الملكية:

يتعين تقرير المنفعة العامة بشكل مسبق في مجال نزع الملكية على خلاف عقود الأشغال العامة التي تستطيع الإدارة فيها تنفيذ الأشغال العامة دون تقرير المنفعة العامة، كتفويض أشغال على عقارات تم اكتسابها بشكل ودي دون نزع ملكيتها. إلا أن القضاء العربي وكذلك القضاء الفرنسي توسعوا جميعهم في مفهوم المنفعة العامة بحث أصبح مرادفاً لفكرة المصلحة العامة⁽²⁾ (3).

1- د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص 129 .

2- د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص 129 .

3- أنظر :

– المحكمة العليا – 1 فبراير 1975 – مجموعة أحكام المحكمة العليا – الجزء الأول من 1970 – 1976 – ص 205.

– د. عزت صديق طنبوس – نزع الملكية للمنفعة العامة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – 1988 – ص 36 وما بعدها.

– د. نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية – 1993 – ص 10 وما بعدها.

– د. محمد عبد اللطيف – نزع الملكية للمنفعة العامة – 1988 – ص 22 وما بعدها.

ويذهب الفقه إلى أن المفهوم الجديد للأشغال العامة يرتبط بمهمة تنفيذ المرفق العام ولونفذهما شخص عام على عقارات لحساب شخص خاص. وهذا المفهوم الجديد يعتبر من الأشغال العامة تلك المنفذة لحساب شخص عام من أجل المصلحة العامة، وتلك التي ينفذهما شخص عام في إطار مرفق عام⁽¹⁾.

3. أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام:

يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام ولو كان العقار خاصاً لكي يمكن أن نسبغ الصفة العامة على عقد الأشغال، ويكون العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام في هذه الحالة إذا كان للشخص المعنوي العام إشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع الدعوى، أو كان مآل العقار إلى الشخص العام بعد مدة معينة⁽²⁾.

وقد أقر القضاء الفرنسي الصفة العامة لعقود الأشغال التي يبرمها أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن أحد الأشخاص العامة. فقد لا تظهر الإدارة في عقد من العقود، ومع ذلك يعتبر العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الإدارة⁽³⁾.

4. صفة الدولية في عقد الأشغال العامة:

لعل تطور الأوضاع المحيطة بعقد الأشغال العامة في العصر الحديث يجعل لهذا العقد أهمية كبرى ومكانة بارزة على صعيد العلاقات الدولية⁽⁴⁾. ومن

1- انظر :

- د. أحمد يسري - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - 1991 - ص 500 وما بعدها.

- د. محمد سعيد أمين - دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها - المرجع السابق ص 187 وما بعدها.

2- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 127.

3- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 72 ، 73.

وفي الفقه الفرنسي أنظر :

De Laubadère, Venezia, Gaudement, D. Administratif, Op. Cit., T-2, 10e édition, P.439.

Auby et Bon, Op. Cit., 3e édition, P. 192.

René Chapus, Op. Cit. P. 482.

Chabanol, Jouguelet, Marchés Publics de Travaux, Deuxième édition, 1994, P.17.

Jean Dufau, Op. Cit., P.65.

وفي القضاء الفرنسي أنظر :

- Trib. Conf. 17 Janvier 1972, SNCF C / Entreprise SOLON et Barrault, REC. LEBON, P.944.

4- في فكرة دولية ومفهوم العقد الدولي ودور العقد على صعيد العلاقات الدولية أنظر :

المسلم أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين إلا أن محاولة وضع تعريف للعقد الدولي أو وضع معيار جامع مانع تتحدد به صفة الدولية فيه باتت من أدق الأمور التي تواجه الفقه في الوقت الحاضر، وتبدو أهمية بيان صفة الدولية في العقد الدولي للأشغال العامة في أنه إذا كان هذا العقد داخلياً فلا يوجد شك في أنه سيخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة إلا أنه إذا كان العقد دولياً فإن ذلك قد يكون محلاً لإجتهاادات كثيرة حول إمكانية خضوع هذا النوع من العقود لقانون أجنبي يختلف عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة وهو أحد مقتضيات الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على حسب ما سنبين في دراستنا .

ويكاد الفقه يجمع على صعوبة تحديد مفهوم العقد الدولي فيري الأستاذ Pommer⁽¹⁾ أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي بينما يؤكد الأستاذ Lagarde أن أية محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي سيفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة ذلك أنه من ناحية أولى يتعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على جميع أنواع العقود الدولية، وأنه إذا استثنينا غموض التعريفات المقترحة فإن عموميتها لن تكون مفيدة لأن خصوصية بعض أنواع العقود الدولية قد يؤدي للتأثير على التعريف المقترح ومن ناحية أخرى فإن تحديد معيار جامد تتحدد به صفة الدولية في العقد يتعين أن يأخذ في الاعتبار تعدد وتعدد أشكال هذه العقود بالإضافة إلى أن ذلك قد يؤدي إلى عدم إنطباق المعيار على عقد غير نمطي Un contrat atypique على الرغم من توافر صفة الدولية فيه.

ولقد تعددت المحاولات الفقهية والقضائية لتحديد صفة الدولية في العقد وأسفرت هذه المحاولات عن اتجاهين رئيسيين أولهما هو المعيار القانوني وهو ذلك المعيار المستمد من تحليل العلاقة التعاقدية الدولية وردها إلى عناصرها الرئيسية من أطراف ومحل وسبب وذلك عن طريق محاولة إثبات توافر صلة

موحند إسماعيل - القانون الدولي الخاص (باللغة الفرنسية) ترجمة فائز أنجق - الجزائر - 1989 - ص 11 وأنظر كذلك: Batiffol (Henri), Le pluralisme des methodes en droit international Privé, Recueil des cours - La Haye 1973 , tome 139 ,126-
1- Jean Christophe Pommer, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, 1992, p. 141.

أورابطة بين أحد هذه العناصر وأكثر من نظام قانوني وطني حتى يعد العقد دولياً. أما المعيار الإقتصادي فهو ذلك المعيار المستمد من تأثير العقد على إقتصاديات أكثر من دولة.

أولاً : المعيار الإقتصادي⁽¹⁾ :

أ. فكرة المد والجزر للبضائع عبر الحدود الدولية:

ظهرت هذه الفكرة أول ما ظهرت على يد المحامي العام Matter وذلك بمناسبة قضية Plissier du Besst والتي طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 17/5/1927. ولقد كان السؤال المطروح في هذه القضية يخلص في بحث مدى صحة شرط الثبات التعاقدية المتعلق بوسائل الدفع النقدي في العقود الدولية، وقد كان هذا الشرط باطلاً في فرنسا عقب صدور قانون 5/8/1914، وقد إنتهت المحكمة إلى عدم سريان هذا البطلان على العقود الدولية إذا ما تضمنت هذا الشرط.

ولكن السؤال الآن متى نكون بصدد عقد دولي حتى نتجنب القول ببطلان شروط الثبات النقدي؟

إرتأى السيد Matter المحامي العام أن العقد يكون دولياً إذا ترتب عليه تحركات للأموال عبر الحدود أو بعبارة أخرى أن ينشئ العقد عملية تبادل حركي بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية. وقد إنتهت المحكمة إلى عدم سريان هذا البطلان على العقود الدولية وأخذت بتحليلات السيد Matter في صدد تعريف العقود الدولية.

ب. العقد الذي يرتبط بعملية دولية تجتاز النطاق الإقتصادي الوطني:

طورت محكمة النقض الفرنسية فكرة السيد Matter في حكمها الصادر بتاريخ 14/2/1934 فقررت أن العقد يكون دولياً إذا كان خاصاً بعملية تجاوز نطاق الإقتصاد الوطني⁽²⁾. ولم يستمر هذا المعيار طويلاً حيث إرتأت محكمة

1- من مؤيدي المعيار الإقتصادي :

- Berger, International Economic Arbitration ,1993, p-69 72.

- Dely, International Business Law and Lex mercatoria , 1992,P-2126.

2- Cass- 14I2I1934, D.P.,1934-

النقض الفرنسية وجوب فحص العملية في مجملها لتحديد صفة الدولية وذلك للوصول إلى حكم أدق على العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

ج. العقد الذي يراعي مصالح التجارة الدولية:

نشأت هذه الفكرة أيضاً في رحاب القضاء الفرنسي حيث ذهب في العديد من أحكامه إلى إتباع فكرة جديدة مفادها أن العقد يكون دولياً إذا كان يأخذ في الاعتبار مقتضيات التجارة الدولية⁽²⁾.

ويرى البعض أن هذه الفكرة ليست محددة المعالم، كما يرون أنها تتبع من ذات فكرة السيد Matter فالفكرة تتحقق في الوقت الذي ينشئ فيه العقد تحركات للأموال والخدمات أو مقابلها النقدي عبر الحدود الدولية. ولكن هذه الفكرة تبدو أكثر مرونة من تلك التي قام بها السيد Matter لكونها تستلزم وجود إحدى الحركتين ولا تشترط أن تأتي الحركة الثانية في شكل مادي محسوس⁽³⁾. ويرى البعض أن هذه الفكرة أكثر اتساعاً فضلاً عن أنها تترك لقضاة الموضوع تحديد ما إذا كان العقد يراعي أو يأخذ في الاعتبار مصالح ومقتضيات التجارة الدولية من عدمه ومن ثم اعتبار العقد عقداً دولياً يخضع لقواعد متميزة أم داخلياً يظل تحت سطوة قانون وطني محدد⁽⁴⁾.

ونتفق مع هذا الرأي ذلك أن فكرة الأخذ في الاعتبار مصالح ومقتضيات التجارة الدولية فكرة مرنة جداً وغير محددة المعالم وتضع الأمر كله في أيدي قضاة الموضوع ذلك أن مقتضيات التجارة الدولية كثيرة ومتعددة وقد لا يصلح بعضها - إذا ما توافر وحده - لوصف العقد بالدولية، فضلاً عن إمكان إيجاد أكثر من وصف لاعتبارات ومقتضيات التجارة الدولية غير محدد المعالم الأمر الذي يصعب معه وضع معايير ثابتة لذلك تكون محل اتفاق الأطراف.

1- Cass. Comm 27 / 4 / 1964

2- Mohamed AM Ismail, Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries, Routledge, 2011 and 2016, with a foreword by HH Humphrey Lloyd QC.

3- Eric Loquin , note sous arret de cour d'appel de Paris; 13 decembre 1975, Clunet no- 11977-,p.106 a 114, surtout p. 109.

- Philippe Fouchard, Quand un arbitrage est - il international ? Revue de l'arbitrage, 1970 , P.74.

4- د محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، 2003.

ثانياً: المعيار القانوني؛

ويقضي هذا المعيار باعتبار العقد دولياً متى اتصل عن طريق أحد عناصره الرئيسية بصلات أو روابط بأكثر من نظام قانوني ومن ثم فقد أطلق على هذا المعيار (المعيار القانوني). ويذهب العميد Batiffol إلى أن «يعتبر العقد دولياً إذا كانت الأعمال المتعلقة بإنعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو مجال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه يتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني»⁽¹⁾. ويرى البعض في الفقه العربي أن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي⁽²⁾، ومفاد ذلك أنه إذا كان أي من عناصر العقد يتصف بالدولية فيمكن أن يكون العقد دولياً⁽³⁾. بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه ذلك العقد الذي يستمد صفته من طبيعة العلاقة التي يحكمها بمعنى أنه لكي يكون العقد دولياً يتعين أن يحكم هذا العقد علاقة دولية.

وخلاصة القول في هذه التعريفات أنه يلزم القول لتوافر صفة الدولية في العقد توافر صلة أو رابطة بين هذا العقد وأكثر من نظام قانوني عن طريق أحد عناصر العقد الرئيسية سواء الرضا أو المحل أو السبب.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن العناصر الواردة في تعريف العميد Batiffol ليست متماثلة فالبعض منها يعد من عناصر الواقع والبعض منها على العكس يعد من عناصر القانون، فعلى سبيل المثال تكون عناصر اختلاف جنسية الأطراف واختلاف مجال إقامتهم أو منشأتهم من العناصر القانونية وإن كانا يرتبطان بالواقع، وفي المقابل فإن عنصري مكان الإنعقاد ومكان التنفيذ يعدان من عناصر الواقع وإن كانا يثيران العديد من المشاكل القانونية⁽⁴⁾.

1- Heneri Battiffol, Encyclopedie Juridique – Dalloz – repertoire de droit international – tome 1 – 1968 – contrats et conventions no. 9,p.564.

2- د.فؤاد رياض ، د. سامية راشد ، الموجز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – 1988 – ص 245.

3- د. سمير الشرقاوي – العقود التجارية الدولية – دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع – ص 17.

4- Antoine Kassis ، Le nouveau droit europeen des contrats internationaux, L.G.D.J., Paris ,1993,p.24.

ويرى جانب من الفقه العربي⁽¹⁾ أنه يتعين طرح التساؤلين التاليين:

أولاً: هل يعد اتصال العقد – عن طريق أي عنصر من العناصر الواردة في تعريف العميد Batiffol – بأكثر من نظام قانوني شرطاً كافياً وضرورياً لإسباغ صفة الدولية عليه؟

ثانياً: هل تعداد العناصر الوارد في تعريف العميد Batiffol يعد تعداد جامع مانع، أي تعداد حصري لا يقبل الحذف أو الإضافة؟

ويرى البعض⁽²⁾ أنه فيما يتعلق بإجابة السؤال الأول أنه يكفي توافر أي عنصر من هذه العناصر لإسباغ صفة الدولية على العقد، في حين يذهب البعض الآخر⁽³⁾ إلى أنه قد لا يكون لبعض هذه العناصر أدنى أثر في منح العقد صفة الدولية بخاصة عنصرى إختلاف جنسية الأطراف ومكان إنعقاد العقد وما إذا كان توافرها يؤدي إلى إضفاء صفة الدولية على العقد من عدمه.

أما التساؤل الثاني فهو متعلق بما إذا كانت العناصر الواردة بتعريف العميد Batiffol تشمل كافة العناصر القانونية المتصورة لربط العقد بأكثر من نظام قانوني.

نرى مع الفقه أن هذا التعداد لعناصر العقد الدولي لا يعدو سوى أن يكون أمثله لما يمكن أن يكون عناصر قانونية لتحديد صفة الدولية بالعقد. فهذه العناصر يتعين النظر إليها بقدر كبير من المرونة حتى تواكب التطور السريع لنظرية العقد على المستوى الدولي.

وحرى بالإشارة أنه في تشريعات التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي نص المشرع في قوانين التحكيم بدولة قطر 2017 ، ومملكة البحرين 2015 و المملكة العربية السعودية 2012 و سلطنة عمان 1997 على دولية التحكيم

1- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .

2- أنظر

- Alfonsin (Q), Contribution a l'etude de la relation Juridique en droit international prive, Melanges offerts a Maury (Jacques), Tome I.p.28 et ss.

مشار إليه في د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .

3- د. هشام صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – ص 61 وما بعدها.

في مواده إلا أننا نرى إن المنطق القانوني السليم يقتضي ألا نحدد دولية العقد بناء على دولية التحكيم وإنما العكس هو الصحيح فالتحكيم يكون دولياً إذا كان العقد دولياً.

فالتحكيم يكون دولياً إذا ما كان بصدد عقداً دولياً، ذلك أن الفرع يتبع الأصل ويأخذ حكمه وليس العكس، ويستتبع ذلك بالضرورة أن منطق قانون المرافعات الفرنسي منطقاً معكوساً ولا يستقيم مع ما يجب أن يكون عليه الحال⁽¹⁾. فالتحكيم عملية أو آلية إجرائية لاحقة تتعلق بتسوية نزاع ما نشب عن العقد بمناسبة تنفيذه أو تفسيره، هذا النزاع قد يتعلق بشق من العقد أو بالعقد كله، وقد يكون بمناسبة منازعة غير عقدية، أما العقد فهو العلاقة الموضوعية الأساسية بين طرفي أو أطراف النزاع.

ويرى جانب من الفقه أن اتفاقية روما المبرمة سنة 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في بداية أبريل سنة 1991 وهي بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود في نطاق دول الإتحاد الإقتصادي الأوروبي ومنها فرنسا - هذه الاتفاقية إعتنقت المعيار القانوني دون المعيار الإقتصادي ونسخت ضمناً الحكم الوارد في قانون المرافعات المدنية الفرنسي وأصبح تحديد صفة الدولية في العقد وكذا نطاق التحكيم الدولي يحدد على أساس المعيار القانوني وليس المعيار الإقتصادي⁽²⁾.

وفي عقود الأشغال الدولية كسائر العقود الدولية يكون العقد دولياً إذا كانت أحد عناصر العقد تتصل بطرف أجنبي حيث أن موقع الأعمال ينصب دائماً على عقار داخل البلاد. فإذا ما توافرت في عقد الأشغال العامة الخصائص السابقة بجانب صفة الدولية فإنه يكون عقداً من عقود الأشغال الدولية.

5. عقد الأشغال الدولي عقد معقد طويل المدة:

لعل أهم خصائص عقد الأشغال الدولي أنه عقد معقد متشابك في علاقته القانونية، ويحتاج مدة طويلة لتنفيذه. فعندما تبرم الدولة عقد أشغال مع أحد

1- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

2- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

الأشخاص الأجنبية الخاصة لتنفيذ أحد مشروعات البنية الأساسية الكبرى فقد يستغرق المشروع عدة سنوات لتنفيذه. وبمقتضى هذا العقد تنشأ عدة التزامات وحقوق على عاتق عدة أطراف. فبصفة مبدئية تنشأ التزامات متبادلة على عاتق الدولة، والمتعاقد الأجنبي وذلك لتنفيذ الأعمال على نحو معين وإنهائها وتسليمها في ميعاد معين وذلك كله لقاء ثمن محدد بالعقد.

وتنشأ بعد ذلك بين المتعاقد الرئيسي (المقاول الرئيسي) ومقاولو الباطن التزامات وحقوق. ثم تنشأ أيضاً التزامات وحقوق بين البنوك المقرضة والمتعاقد الرئيسي، وكذلك قد تكون الدولة طرفاً في هذه الحقوق والالتزامات إذا ما حول المقاول حقه في مستحقاته المالية (المستخلصات) إلى تلك البنوك لسداد ما حصل عليه من قروض لتنفيذ المشروع، وذلك بموجب حوالة الحق المنصوص عليها في التشريعات المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي، وكذلك عند تقديمه التأمين المنصوص عليه في قوانين المناقصات والمزايدات العربية.

وقد يحصل مقاولو الباطن على قروض لتمويل عملية تنفيذ الأعمال المكلفين بتنفيذها من قبل المتعاقد الرئيسي، فتنشأ التزامات وحقوق متبادلة بينهم وبين المقاول الرئيسي، وكذا مع هذه الجهات المقرضة. وكذلك شركات التأمين، تنشأ سلسلة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بينها وبين المتعاقد الرئيسي ومع الدولة مع بدء تنفيذ المشروع وحتى تسليمه تسليمًا نهائيًا. والمهندس الاستشاري والذي يلعب دوراً خطيراً في تنفيذ هذه العقود، والذي يظل مسئولاً مع المقاول وفقاً لأحكام القانون المدني لمدة عشرة سنوات تاليه (أحكام المسؤولية العشرية Decennial Liability تواترت في التقنينات المدنية العربية، وعلى سبيل المثال لا الحصر م/ 615 من القانون المدني البحريني).

وهكذا، تنشأ مجموعة من الحقوق والالتزامات المتشابكة مع مولد عقد من هذه العقود، وتستمر لفترة طويلة، الأمر الذي يجب معه توافر آلية Mechanism لتسوية المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ العقد وحتى التسليم النهائي للمشروع. هذه الآلية يجب أن يرتضيها الأطراف مقدماً وتمنح اختصاصاً لحسم هذه المنازعات مع مراعاة تشكيلها من أطراف ذوي خبرة خاصة، نظراً لما تتصف به هذه المنازعات من طبيعة خاصة⁽¹⁾.

1- أنظر القسم الثاني من هذا المؤلف، وما بعدها.

ولما كانت هذه العقود تحتوى على استثمارات ضخمة، مع استمرارها عدة سنوات، فغالباً ما يطلب المتعاقد تثبيت أسعار الضرائب المحلية والجمركية، وأسعار بعض المواد الخام اللازمة لتنفيذ الأعمال كالحديد والأسمنت والأخشاب وخلافه وكذلك أسعار الكهرباء وبعض الخدمات الأخرى.

وهذا ما يعرف بشروط الثبات، والتي هي أحد نتائج هذه الخاصية لعقود الأشغال الدولية والتي سنعالجها في موضعها من هذا المؤلف⁽¹⁾.

تعريف عقد الأشغال الدولي:

هذه هي الخصائص التي تتصف بها عقود الأشغال الدولية في صورتها الجديدة والتي تسهم في وضع معالم تعريف هذه العقود.

فقد الأشغال الدولي هو «توافق إرادتي جهة الإدارة، وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال معينة، لحساب شخص معنوي عام، وتحقيقاً لمصلحة عامة، على نحو معين ولقاء ثمن معين». وهذا التعريف يتفق مع التعريفات المستقرة لعقد الأشغال الداخلي فقها وقضاء⁽²⁾ مع إضفاء صفة الدولية عليه.

ويبرز هذا التعريف خصائص عقد الأشغال الدولي من حيث كونه يبرم مع طرف أجنبي، لتنفيذ أعمال غالباً ما ترد هذه الأعمال على عقار لحساب جهة الإدارة بهدف تحقيق المصلحة العامة. ويتعين أن يتم ذلك وفقاً للشروط المتفق عليها بالعقد لقاء ثمن معين.

1- أنظر الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الأول من هذا المؤلف.

2- في ذلك أنظر:

- د سليمان الطماوي - المرجع السابق - 1991 - ص 125.

- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - المرجع السابق - ص 106.

وفي الفقه الفرنسي أنظر:

- Khaled Kadiki, Op-Cit., p. 72.

- Auby et Bon, Droit administratif des biens, 3e edition, 1995, p. 218.

- De Laubadere, Venezia et Gaudement, Droit administratifs, T-2, P.462.

- El Attar, These, P.11.

وأنظر:

- محكمة القضاء الإداري - حكم 284 لسنة 8 القضائية في 23 ديسمبر سنة 1956 - السنة 11 - ص 104 ، فتوي الجمعية العمومية لتقسي الفتوي والتشريع رقم 2025 في 16/12/1992 - جلسة 1992/2/6 مجموعة الأربعين عاماً ص 317 وما بعدها.

ويرى البعض أن الثمن هو العنصر المميز لعقد الأشغال العامة عن عقد التزام المرافق العامة. ففي العقد الأخير يتقاضى الملتزم مكافأته مع المنتفعين عن طريق رسم يؤديه المنتفعون بالمرفق العام للملتزم الذي قام بإنشاء المرفق ومثال ذلك عقد التزام إنشاء وإدارة قناة السويس⁽¹⁾.

وسنعالج ذلك في موضعه من هذا المؤلف.

1- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص 106.

المبحث الثاني

التمييز بين عقد الأشغال الدولي والعقود الإدارية المسماة

أولاً: التمييز بين عقد الأشغال الدولي وعقد التوريد:

لعل أهم العقود الإدارية على الإطلاق بعد عقد الأشغال العامة هي عقود التوريد و عقود التزام المرافق العامة، وهي ما يطلق عليها العقود الإدارية المسماة. فعقد التوريد كما عرفه الفقه⁽¹⁾ هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين. فموضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة من بضائع وخلافه من المنقولات⁽²⁾. وعقد التوريد كأى عقد إداري آخر لا بد وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الشريعة العامة⁽³⁾. كما أن عقود التوريد من العقود الإدارية المسماة بحسب المستقر في الفقه والقضاء العربي⁽⁴⁾.

وإن كان كل من العقدين التوريد والأشغال العامة عقوداً إدارية متى توافرت فيها شروط هذا العقد إلا أن هناك تبايناً كبيراً في عناصر كل من العقدين. فعقد الأشغال هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص طبيعي أو اعتباري من أشخاص القانون العام أو الخاص بمقتضاه يتعهد المقاتل بالقيام بعمل من أعمال البناء لحساب هذا الشخص المعنوي العام مقابل ثمن يحدده العقد، بينما عقد التوريد هو في حقيقته عقد بيع لمنقولات لازمة للمرفق العام يقوم شخص أو شركة بتوريدها للشخص المعنوي العام في ميعاد معين ولقاء ثمن معين متفق عليه.

1- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 135.

2- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 135.

3- محكمة القضاء الإداري - القضية رقم 1609 لسنة 10 ق - 16 ديسمبر 1956.

4- محكمة القضاء الإداري - القضية رقم 1827 لسنة 10 ق - 17 مارس 1957.

ففقء الأشغال العامة هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، هو القيام بعمل من أعمال البناء أو الإنشاءات مقابل أجر وهو إحدى صور عقد المقاولة بينما نرى أن عقد التوريد هو إحدى صور عقد البيع⁽¹⁾ ولكن في نطاق القانون العام بما إستته هذا النظام القانوني من أصول وقواعد تسبغ عليه الصفة الإدارية وتجعله عقداً من عقود التوريد في إطار القانون العام.

وببين من ذلك جلياً الخلاف بين كلا العقدين ففي القوانين المدنية العربية وبالأخص التقنيات المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي تعد عقود المقاولة من العقود الواردة على العمل، وعلى العكس عقد البيع الذي يعد من العقود المدنية المسماة يختلف من حيث موضوعه والإلتزامات المتبادلة فيه بين البائع والمشتري عن تلك الملقاة على عاتق رب العمل والمقاول في عقد المقاولة⁽²⁾.

ولبيان حقوق والتزامات المتعاقدين في عقد البيع، نحيل إلى المؤلفات العامة في القوانين المدنية العربية والتي عنيت بتنظيم العقود المدنية المسماة ومنها عقد البيع⁽³⁾.

ثانياً : التمييز بين عقد الأشغال الدولي وعقد التزام المرافق العامة :

لاشك في أن التزام المرافق العامة⁽⁴⁾ وعقد الأشغال العامة من أقدم صور العقود الإدارية⁽⁵⁾ فالملتزم بموجب عقود الإلتزام يضطلع بتحقيق مهمة معينة متحملاً مخاطر المشروع مقابل رسم يتحمله المنتفعون بالمرفق هو ثمن العقد. وكان الفقه يعرف عقد التزام المرافق العامة تعريفاً تقليدياً مفاده أن هذا العقد اتفاق تحمل فيه الإدارة الملتزم معها وهو شخص من أشخاص القانون الخاص

1- د. سعاد الشرقاوي - العقود الإدارية - 1995 - ص 200.

2- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع - العقود الواردة على العمل - الطبعة الثانية - المجلد الأول - 1989.

3- أنظر :

- د. خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - البيع والتأمين والإيجار - الطبعة الثانية - 1984.

- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية - المجلد الأول - البيع والمقايضة - 1960.

- د. جميل الشرقاوي - شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة - 1966.

4- De Laubadere, Moderne, Delvolve, Traite des contrats administratifs, T- 1, 1984, P.285.

5- De Laubader, Moderne, Delvolve, Op. Cit., P. 284.

بإدارة وتسيير مرفق عام على مسؤوليته ومتحملاً مخاطره مقابل الحصول على رسم من المنتفعين بالمرفق⁽¹⁾.

إلا أن الفقه الفرنسي يقترح تعريفاً أكثر جدة لهذا العقد يتماشى مع ما لحقه من تطور عناصر جديدة فيه كأطرافه، وأسلوب إدارة الإلتزامات المتقابلة به. فالنزاهة المرافق العامة وفقاً لذلك يكون اتفاقاً يكلف بمقتضاه شخص عام شخصاً آخر باستغلال مرفق عام مقابل مكافأة محددة بناءً على النتائج المالية لاستغلال المرفق⁽²⁾. وهذا التعريف الجديد يتسع لشمول كون المتعاقد مع الإدارة شخصاً من أشخاص القانون العام بجانب إمكان أن يكون من أشخاص القانون الخاص، كما يشمل كون الإلتزام متعلقاً بمرفق صناعي أو تجاري وكذلك جعل أسلوب مكافأة المتعاقد مزيجاً من رسوم يدفعها المنتفعون أو مبالغ يدفعها آخرون أو تمويلًا من جهة الإدارة أو غيرها⁽³⁾.

وقد عرفه العميد الدكتور سليمان الطماوي بأنه «عقد إداري يتولى الملتزم فيه - فرداً كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الإمتياز»⁽⁴⁾.

فالعقد الإلتزام ليس إقليماً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح.

فالإلتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه وغايته الأساسية إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محددة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين⁽⁵⁾.

1- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص 123.

2- De Laubader, Traite des contrats administratifs T-1, 1984, P. 290 - 291.

3- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص 124.

4- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - 1991 - ص 108.

5- محكمة القضاء الإداري في حكمها رقم 146 لسنة 8، الصادر بجلسة 1956/3/25، السنة العاشرة، ص 259.

وعلى ذلك، فإن عقد التزام المرافق العامة غايته إدارة مرفق عام لقاء مبلغ معين وعلى نحو معين وفي إطار نظم معينة استنتها المشرع وجهة الإدارة وكل ذلك سعياً إلى غاية مفادها سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

وليس من شك أن عقود الإلتزام تختلف عن طريق الإدارة المباشرة أو الاستغلال المباشر، ذلك أن عقد الإلتزام يتميز بخصائص تجعل جهة الإدارة بمنأى عن الإدارة المباشرة للمشروع فيحل الملتزم محلها، ويقدم الأموال والعمال اللازمين لإدارة المشروع حيث لا تتكلف السلطة العامة شيئاً من النفقات، ولا يعتبر العمال القائمون على إدارة هذا المرفق موظفين عموميين بل يخضعون في علاقتهم بالملتزم لقواعد القانون الخاص وتتنظر أمور منازعاتهم المحاكم العادية⁽¹⁾.

وقد نصت الدساتير العربية المتعاقبة على طرق منح التزامات المرافق العامة ولم تترك هذا الأمر للقانون العادي مما تختلف معه عقود الأشغال وبهذه المثابة عن هذا النوع من العقود اختلافاً كبيراً.

ففقده الأشغال العامة - على ما سيرد بيانه - يبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها ولا يستلزم صدور تشريع لذلك وإنما قد يكتفي ببعض القرارات الإدارية التي تنظم إسناد العملية المراد تنفيذها من خلال هذه القرارات وذلك على عكس منح التزام المرافق العامة الذي لا يكون إلا بتشريع⁽²⁾.

1- د. سعاد الشرفاوي - القانون الإداري - 1995 ص 234 .

2- في التزامات وحقوق المتعاقدين في عقد التزام المرافق العامة أنظر :

- Tawfik Chehata, La concession de service public, (1941) , P.83 et suiv.

وأنظر كذلك :

- د. سعاد الشرفاوي - المرجع السابق - ص 138 وما بعدها.

- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 470 وما بعدها.

المبحث الثالث

الصور الجديدة لعقود الأشغال الدولية

أولاً: عقود تسليم المفتاح:

تأخذ عقود الأشغال صورة عقد تسليم المفتاح⁽¹⁾ Turn Key Contract أو Clé en main عندما يتعلق الأمر بأحد المشروعات الكبرى. فيتعهد المقاول (فرد أو شركة أو كونسورتيوم شركات) بالقيام بالعمل كله ليسلم جهة الإدارة الأعمال الإنشائية والأعمال الأخرى سواء كانت كهربائية أو ميكانيكية وخلافه ويسلمها المشروع في صورته النهائية مستعداً للعمل فور تسلمه.

وهذا ما يطلق عليه عقد تسليم المفتاح. ويعد عقد تسليم المفتاح أقدم هذه الصور الجديدة في مجال عقود الأشغال الدولية. فالدولة تتعاقد مع مقاول رئيسي واحد ليقوم بتنفيذ كافة الأعمال على اختلاف أنواعها سواء مباشرة بنفسه أو عن طريق مقاولي الباطن الذين يتعاقد معهم هذا المقاول الرئيسي كل في تخصصه لإنجاز الأعمال في صورتها النهائية وتسليمها في مواعيدها المحددة على النحو المطلوب.

ويلتزم المقاول في هذا العقد بعدة التزامات أهمها الإلتزام بنقل التكنولوجيا إذا كان المقاول مورداً كذلك لها، وبالطبع الإلتزام بإنشاء المصنع وتجهيزه (في حالة ما إذا كان التعاقد على إنشاء منشأة صناعية)، والإلتزام بتقديم المساعدة الفنية، والإلتزام بالتسليم، وأخيراً الإلتزام بالضمان⁽²⁾.

ثانياً: عقود البوت BOT، BOOT:

تعرف عقود الـ BOOT بأنها منح امتياز من الأصيل إلى منتفع يسمى بالملتزم أحياناً وهو مسئول عن إنشاء وتمويل وتشغيل وصيانة خدمة Facility خلال مدة الإلتزام قبل التسليم النهائي، وذلك دونما تكلفة على الأصيل⁽³⁾.

1- في عقد تسليم المفتاح أنظر:

الأستاذ الدكتور/ محسن شفيق - عقد تسليم مفتاح - نموذج من عقود التنمية- دار النهضة العربية - بدون تاريخ.

2- في تفصيل هذه الإلتزامات أنظر د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص 34.

3- A. Merna, Hapayne, N.J. Smith, Benefits of a structured concession agreement for Build -

وعقود التزام الأشغال العامة فيعرفها دولوبادير بأنها اتفاق يكلف به أحد أشخاص القانون العام شخصاً آخر لتنفيذ أحد الأشغال العامة واستغلال ناتج العمل العام الذي تم إنجازه مقابل مكافأة يتم تحصيلها من العائد المالي للاستغلال⁽¹⁾.

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية :

يقصد بالبوت B.O.T البناء Build والتشغيل Operate ونقل الملكية Transfer ويعرفها بعض الفقه بأنها المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنيه كانت أو أجنبية وسواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص (شركة المشروع) وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة⁽²⁾ ⁽³⁾. إلا أن هناك جانباً من الفقه يعرف نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بأنه: « نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل (شركة المشروع) بموجب إتفاق بينهما يسمى (اتفاق الترخيص) تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الإقتصادي ، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص».

Own – Operate – Transfer ("BOOT") Projects,

- وفي عقود ال Bot و Boot أنظر أيضاً .

- David Bateson, New China Bot Regulations, I.C.L.R., I.C.L.R., Vol. 14, Part 1, 1997.
- Gosta Westring Arlandabonan – AS. : Swedish experiment in selecting a BOT contractor using public procedures, I.C.L.R.Vol. 14 Part 1, 1997.
- George Verveniots, The concession agreement (BOT) legislation-Recent Developments, I.C.L.R., Vol. 11, Part, 1994.
- Stephen W. Stein, Build –operate – Transfer (BOT) – A re-evaluation, I.C.L.R., Vol. 11, 1994, P.2.

1- انظر :

- Andre de laubadere, cont. adm., Op. Cit., T.1, P.309 .

وأشار إلى هذا التعريف في الفقه العربي :

- د. سعاد الشرفاوي – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص 157
- 2- د. جابر جاد نصار – عقود البوت BOOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام – دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام – دار النهضة العربية – 2002 ص 38 .
- 3- د. هاني صلاح سري الدين – التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – 2001 ، ص 44.

وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص بالأوضاع والشروط المبينة بإتفاق الترخيص.

فقد تزايدت أهمية مشروعات البنية الأساسية الكبرى التي تقام عن طريق عقود البوت في السنوات الأخيرة وذلك لتعاضد دور القطاع الخاص في تمويل هذه المشروعات الكبرى فلم يقتصر تمويل هذه المشروعات على أجهزة الدولة فحسب في الآونة الأخيرة ، فأصبح القطاع الخاص يضطلع بدور كبير في تمويل هذه المشروعات حتى يخفف من عبء تمويل هذه المشروعات الملقى على عاتق الدول النامية⁽¹⁾ ولهذا التمويل الخاص أثر كبير على الدول النامية فهو يكفل معالجة قصور التمويل الحكومي، توفير العملة الأجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المنشودة، ونقل التكنولوجيا الحديثة للدولة المضيفة مع رفع كفاءة التشغيل والخدمات الفنية للمرفق وخلق فرص عمل للأفراد والشركات الوطنية⁽²⁾ ويشترك القطاع الخاص في هذه المشروعات الكبرى في مختلف مرافق الدولة من طرق وكباري ومطارات وخطوط سكك حديد ومحطات كهرباء ومشروعات بترول وغاز وخلافه.

وليس من شك في أن فكرة المرفق العام قد بدأت تتطور في الآونة الأخيرة لتسمح بذلك بل أن قواعد القانون الإداري والتنظيم الدستوري والتشريعي لهذه المشاركة من جانب القطاع الخاص تطورت بشكل كبير - وأكثر تحديدا في جمهورية مصر العربية - حيث أيدت المحكمة الدستورية العليا في مصر في قضاء حديث لها بتأكيدا بأنه لا يوجد في ذلك مخالفة للدستور بل أن هذه المشاركة تكريس للقيم التي يدعو إليها الدستور وفي مقدمتها أن الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية ويرتبط دوماً بالدائرة التي يعمل فيها، وعلى تقدير أن القطاعين العام والخاص شريكان متكاملان، فإنهما لا يتزاحمان ولا يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها⁽³⁾.

1- د. هاني صلاح سري الدين - التنظيم القانوني والتعاقد لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT - كتاب الاهرام الاقتصادي - العدد - 177 سبتمبر 2002 - ص 3 .

2- د. هاني صلاح سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 185 وما بعدها.

3- المحكمة الدستورية العليا - جلسة 1997/2/1 - قضية رقم 7 لسنة 16 القضائية.

وفي هذا أرست المحكمة الدستورية العليا في تأصيل سديد وقضاء مستنير فكرة تمويل القطاع الخاص لهذه المشروعات والنهوض بأعباء إنشائها وإدارتها ونقل ملكيتها بعد ذلك. وبالبناء على ما تقدم فقد تطور دور القطاع الخاص بالمشاركة في مشروعات البنية الأساسية ليس في مصر فحسب وإنما زادت المشاركة في بلدان شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية فضلاً عن وجود هذا النظام بالبلدان الصناعية الكبرى منذ أمد طويل .

وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) تعرف كذلك ويضاف إليها صورة أخرى - ضمن صور عدة - هي عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية Built - Own - operate - Transfer .

ويعدد الفقه الأشكال المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وهي عقود الخدمة، عقود الإدارة، عقود الإيجار، عقد التزام المرافق العامة، عقود البناء والتملك والتشغيل والتمويل، وعقد الخصخصة وسنتناول ما يتناسب مع دراستنا من هذه الأنماط في موضعه من هذا المؤلف .

ويمر المشروع عادة بعدة مراحل⁽²⁻¹⁾ هي أولاً المرحلة التحضيرية والإعداد للمشروع واختيار المستثمر والتي يتم فيها تحديد المشروع ومواصفاته وسبل تمويله، إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والمالية والاجتماعية الأولية ثم إعداد المستندات والدعوة للعطاءات وقيام المتنافسين بالتحضير للعطاءات وتقديمها والقيام بالدراسات اللازمة والاختيار وقرار الإرساء .

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التنمية وهي تبدأ بتكوين شركة المشروع (شركة أموال) وإبرام إتفاق الترخيص أو الإلتزام ثم إتفاقات وعقود التمويل وإبرام عقود المقاوله والتوريد والتأمين والتشغيل وأخيراً الإقفال المالي .

أما المرحلة الثالثة فهي مرحلة تشييد المرفق وتحضيره للتشغيل التجاري، وإختبار المرفق وقبوله .

1- في تفصيل هذه المراحل أنظر : د. هاني صلاح سري الدين - التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 2001 - ص 76 وما بعدها .

2- د. هاني سري الدين ، المرجع السابق .

والمرحلة الرابعة فهي المتعلقة بالتشغيل التجاري فتشمل التشغيل والصيانة خلال مدة الترخيص والإلتزام، ودور الدولة في المعاينة والرقابة والتدريب ونقل التكنولوجيا الحديثة. وأخيراً المرحلة الخامسة فهي نهاية المطاف والمتعلقة بإنهاء مدة الترخيص أو الإلتزام ونقل الأصول فتشمل إجراءات النقل وتسلم المشروع خالياً من كافة الرهون والمديونيات وفقاً للحالة المتفق عليها وتسوية أية أمور مالية.

ولكن هل عقود البوت (BOT – BOOT) من قبيل عقود الإلتزام أم أنها أقرب في طبيعتها إلى عقود الأشغال العامة؟

يذهب جانب من الفقه إلى أن مكافأة الملتزم بالأشغال العامة تسهم في تحديد العقد، فدفع مقابل الأشغال العامة بواسطة الإدارة ينفي عن العقد صفة أنه عقد التزام أشغال عامة إذ أنه يعتبر في هذه الحالة عقداً من عقود مقاولات الأشغال العامة.

وعلى عكس التزام المرافق العامة فمن المتصور أن يكون المستفيد الوحيد من الأشغال العامة هو الملتزم نفسه، كالملتزم بتوليد الكهرباء من مساقط المياه إذا كان المستفيد الوحيد من الكهرباء المولدة هو الملتزم، ففي هذه الحالة لا يتصور وجود رسوم تفرض على المنتفعين، لأنه لا يوجد منتفع من الكهرباء المولدة إلا الملتزم^{(1) (2)}.

إن هذه العقود تتضمن تنفيذ أشغال عامة في مدينة معينة، ووفقاً لمواصفات معينة، فضلاً عن أن الإنشاء والتمويل والتشغيل والصيانة يتحملها جميعاً الملتزم خلال مدة معينة وقبل التسليم إلى الدولة.

ونحن نرى أنه حتى ولو تم دفع مقابل الأشغال من جانب منفذي المشروع، وجهات تمويلية أخرى تموله كالبنوك المقرضة التي تمويل المشروع، فإن هذا العقد يمكن اعتباره عقد أشغال عامة فمحله القيام بأعمال إنشائية على نحو معين وفي مدة محددة وتحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية.

1- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - 159 ، 160.

2- د. سعاد الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص 161 .

ففعوى عقد الإلتزام في صورته التقليدية، إدارة مرفق عام ذي طبيعة إقتصادية، أي أن الإلتزام الأساسي الملقى على عاتق الملتزم جوهره القيام بعمل من أعمال الإدارة للمرفق العام لقاء جعل معين وذلك على عكس الإلتزام الأساسي في عقود الأشغال العامة الذي محله القيام بتنفيذ الأشغال والأعمال الإنشائية المكلف بها مقاول المشروع. وفي عقود البوت تكون الإدارة Operation بجانب التنفيذ وهو الإلتزام الأساسي والجوهري، وذلك ليحصل منفذ المشروع قيمة ما تقاضاه من تكاليف إنشائية ويسدد ما اقترضه من تمويل من البنوك المقرضة. فجوهر الإلتزام هو القيام بالأعمال الإنشائية وهو ما يغلب على عنصر إدارة المشروع Operation.

يضاف إلى ذلك أن المرفق العام محل التزام المرافق العامة هو مرفق ذي طبيعة إقتصادية بينما قد يكون محل عقد البوت مثلاً تنفيذ مطار من المطارات أو استغلال مساقط المياه في توليد الكهرباء، أو أي مرفق عام على اختلاف طبيعته.

أما عن الغاية من التعاقد ومن القيام بالمشروع، فهو رغبة جهة الإدارة في إنشاء مطار أو ميناء بحري أو محطة توليد كهرباء وغير ذلك من المرافق التي تهدف الدولة من وراء المشروع إلى إنشائها، فالباعث الرئيسي من القيام بالمشروع هو إنشاء أحد مرافق الدولة على اختلاف طبيعتها، أما إدارتها لأي فترة زمنية من قبل منفذ المشروع فذلك لا ينفي عن هذه الإدارة أن القصد من ورائها هو تحصيل ما تكبده من مصروفات في سبيل القيام بالأعمال بجانب ما قد يحصل عليه من ارباح طيلة مدة الإدارة للمشروع.

وفي تقديرنا أن ما ذهب إليه الفقيه أندريه دولويادير من أن التزام الأشغال العامة اتفاق يكلف به أحد أشخاص القانون العام شخصاً آخر لتنفيذ أحد الأشغال العامة واستغلال ناتج العمل العام الذي تم إنجازه لقاء مكافأة يتم تحصيلها من العائد المالي للإستغلال⁽¹⁾ هو محل نظر، فهو ليس بالتزام وإنما هو عقد عادي للأشغال العامة ولا يغير من هذا النظر أن المقاول يتقاضى

1- De Laubadere, Moderne, Delvolve, Cont. adm., Op. Cit., T.1, P.309.

أجره من العائد المالي للاستغلال فهو في هذه الحالة ليس إلا وكيلاً عن الدولة في قبض أجره من جمهور المنتفعين بالخدمة وتسليمه لنفسه ويحكم قيامه بهذا العمل عقد الوكالة في التشريعات المدنية العربية وفكرة حوالة الحق في ذات التشريعات .

ونتقل الآن لبيان سمات هذا العقد ثم نعرض بعد ذلك إلى إلتزامات الأطراف به.

السمات الرئيسية لعقد المقاوله المبرم بنظام الB.O.T:

أولاً: عقود البوت عقود معقدة طويلة الأمد Complex، logterm : agreements

ليس من شك في أن عقود البوت تضم منذ مراحلها الأولى في بدايتها وحتى نهاية مدة الترخيص سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية فهي صورة من صور عقود الأشغال الدولية التي تتسم بمجموعة من العلاقات المرتبطة والمتشابكة بين الجهة مانحة الترخيص أو الإلتزام والجهة الحكومية المتعاقدة وشركة المشروع والمقاول أو مجموعة المقاولين، والمورد أو مجموعة الموردين، وجهات التمويل التي غالباً ما تكون جهات تمويل دولية كبرى، وشركات التأمين المحلية والأجنبية، والشركة التي تقوم بالتشغيل. ولا يجب أن نغفل المساهمين في المشروع والاتفاقات التعاقدية التي تنشأ بينهم.

يضاف إلى ذلك أن هذا العقد بمراحلة فهو مجموعة من الاتفاقات التعاقدية طويلة المدة التي تبدأ بالإعداد للمشروع وإختيار المستثمر مروراً بمرحلة التنمية ثم تشييد المرفق وتحضيره للتشغيل التجاري وتشغيله وصيانته لمدة طويلة حتى المرحلة النهائية وهي مرحلة إنتهاء الترخيص أو الإلتزام ونقل الأصول مرة أخرى للدولة.

ثانياً: عقد المقاولة في هذه الحالة غالباً ما يكون عقد تسليم مفتاح:
يأخذ عادة عقد المقاولة في هذه الحالة غالباً شكل عقد تسليم المفتاح. ويكون الأثر القانوني المترتب على ذلك المسؤولية الكاملة للمقاول⁽¹⁾ ⁽²⁾ عن المشروع منذ بدايته وإعداد التصميمات اللازمة للمشروع وأية عيوب قد تشوب التصميم بالتوريدات اللازمة لعملية التشييد والبناء ونقل التكنولوجيا إن كان له محل وعيوب التنفيذ وأخطاء مقاولي الباطن التي يسأل عنها المقاول الرئيسي والتأخير في التنفيذ الأمر الذي يؤدي إلى إلقاء تبعه المخاطر المرتبطة بتشبيد المشروع كلية على عاتق المقاول.

ثالثاً: الثمن في عقد المقاولة المبرم بنظام البوت:

القاعدة أن يحدد الثمن في هذا العقد ك مبلغ إجمالي Lump sum ولا يجوز للمقاول طلب إعادة النظر في تقدير الثمن إلا في حالات معينة ترد بالعقد على سبيل الحصر. فعادة مثلاً ما ينص الإتفاق على زيادة ثمن العقد عند التغيير في شروط التعاقد بمعرفة رب العمل أو نتيجة زيادة أسعار المواد الخام والآلات كأثر للتعديلات التشريعية بالدولة المتعاقدة ويظهر ذلك في حالة ما إذا وجدت شروطاً للثبات التشريعي تكفل إعادة التوازن الإقتصادي والمالي العقدي إلى نصابه في حالة إختلاله على نحو ما سيأتي بيانه بهذه الدراسة.

صور عقد المقاولة بنظام البوت:

أولاً: نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT:

ووفقاً لهذا النظام فإن الدولة تقوم بمنح أحد الأشخاص الخاصة (غالباً ما يكون أحد الأشخاص الاجنبية الخاصة) ترخيصاً لإقامة أحد المرافق العامة الكبرى المتعلقة بالبنية الأساسية وتحويله على نفقته الخاصة وتملك أصوله وتشغيل المرفق وصيانتته وتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد ما أنفقه على المشروع وتحقيق هامش ربح معقول. ويتحمل المستثمر كافة المخاطر التجارية

1- د. هاني سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 307.

2- د. هاني سري الدين - المرجع السابق.

للمشروع طوال مدة الترخيص التي قد تمتد إلى عقود. وفي المرحلة الأخيرة وعند نهاية مدة الترخيص يلتزم المستثمر بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة أو إلى أي من أجهزتها المعنية وذلك بعد تخليصه من كافة الرهون والمديونيات، ووفقاً للشروط الواردة بإتفاق الترخيص⁽¹⁾.

ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين الصورتين B.O.T و B.O.O.T بينما يميز آخرون بينهما على أساس أن الفارق الأساسي في ذلك يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله في حين تكون هذه الملكية لشركة المشروع في عقد B.O.O.T ثم تنقل مره أخرى إلى الدولة بعد إنتهاء فترة الإمتياز، فإنها تكون للجهة الإدارية في عقد B.O.T ذلك أن المشروع يبنى لحسابها⁽²⁾.

ويختلف نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية عن نظام إلزام المرافق العامة من ناحيتين أساسيتين:

1. تكون ملكية المشروع خلال فترة الترخيص خالصة للقطاع الخاص، الذي يمول المشروع ويقوم بتصميمه وتشبيده وتشغيله وصيانته مع تحمل كافة المخاطر الناجمة عن ذلك، وهو ما لا يتحقق في نظام الإلتزام حيث تظل الملكية للدولة المالكة.

2. لا يخضع تشغيل المرفق لهيئة السلطة العامة أو الإدارة العليا في إطار المرافق الخاصة ذات النفع العام وإن ظلت الرقابة للسلطة العامة بقدر معقول⁽³⁾.

ويرى الفقه إنه بينما يكون إلزام المرافق العامة عقداً إدارياً فإن إتفاقات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية تكون من عقود القانون الخاص ولا تتضمن الشروط الإستثنائية التي يتضمنها العقد الإداري كما أنها لا تحيل إلى أي نظام قانوني إستثنائي⁽⁴⁾.

1- د. هاني سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 21.

2- د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 46.

3- د. هاني سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 22.

4- د. هاني سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 22.

ثانياً: إلتزام المرافق العامة (إحاله):

ونحيل⁽¹⁾ في صدد بيان هذا العقد وماهيته والإلتزامات الناشئة عنه إلى موضع سابق في هذا المؤلف. إلا أننا نؤكد في هذا الصدد ضرورة تطوير الشروط اللائحية التي تنظم المرفق بصورة كبيرة حتى تتواءم مع التطور الكبير الذي تشهده عملية تعاقدات الدولة لاسيما مع كبرى الشركات العالمية التي قد تجد ما يخالف توقعاتها من ناحية الشروط اللائحية التي تنظم المرفق وكذلك التعريف (سعر العقد) التي يتعين أن تتواءم مع المتغيرات الإقتصادية ومع التوقعات الإقتصادية للجهات التي تقدم الخدمة⁽²⁾.

ثالثاً: البناء والإيجار ونقل الملكية : Build، Lease and Transfer B.L.T

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم تأجيره إلى الدولة التي إما أن تقوم بتشغيله بنفسها أو عن طريق آخرين.

رابعاً: البناء ونقل الملكية والتشغيل : Build، Transfer and Operate B.T.O

في هذه الصورة تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وتكفل بتمويله ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص وهي صورة ذات طبيعة مختلطة Hybrid nature تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فضلاً عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير⁽³⁾. وغالباً ما تتبع هذه الصورة في إدارة المشروعات العامة في مجالات الفنادق والمشروعات السياحية.

وننتقل الآن لبيان إلتزامات الأطراف في عقد تشييد المرفق العام بنظام البوت وهو ما يعيننا في هذه الدراسة.

عقد تشييد المرفق العام بنظام البوت BOOT (تسليم المفتاح):

تلجأ جهة الإدارة المتعاقدة في أحوال كثيرة في مشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية وكذلك في نظام إلتزام المرافق العامة والأشغال العامة إلى هذا النظام، ففقد تسليم المفتاح مؤداه تبادى العيوب والمخاطر التي تقع على عاتق جهة الإدارة وينتقل عبء تحمل هذه العيوب والمخاطر إلى المقاول في جميع مراحل العقد.

1- نحيل في هذا الصدد إلى الفصل الأول من الباب الأول في القسم الأول من هذا المؤلف.

2- د. هاني سري الدين المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 20.

3- د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص 48.

في هذا النظام تختلف مسئولية المقاول عن مسئوليته في عقود الأشغال التقليدية حيث يلتزم هنا من بداية المشروع بإعداد التصميمات للمشروع والإضطلاع بتنفيذه وتنتقل مخاطر التصميم والتنفيذ إلى المقاول كما يتحمل الأخير عبء تأخره في التنفيذ، ويقع عليه عبء التنسيق بين المقاولين المتعددين والموردين فيسأل المقاول عن العمل ككل بدءاً من التصميم وحتى تمام التسليم. وفي هذا المجال نبين إلتزامات الأطراف في هذا النوع من العقود التي تتشابه إلى حد كبير مع إلتزامات الأطراف في عقود الأشغال الدولية ونبدأها بإلتزامات جهة الإدارة أو الدولة المتعاقدة ثم نعرض بعد ذلك لإلتزامات المقاول.

1. إلتزامات رب العمل (جهة الإدارة) :

ليس من شك في أن الإلتزام الرئيسي الملقى على عاتق رب العمل هنا هو الثمن أو المقابل النقدي الذي يؤديه رب العمل لقاء الإلتزامات التي يفرضها العقد على المقاول. ويحتاج تقدير الثمن إلى العديد من الدراسات التي تأخذ بعين الإعتبار كافة الظروف والمتغيرات في أسعار المواد الخام والمعدات التي سيتم توريدها والهبوط في سعر العملة المحلية والعديد من المتغيرات المحلية والعالمية من الناحية الإقتصادية بحسبان أن تنفيذ المشروع سوف يستمر لأعوام طويلة. ويلتزم رب العمل بسداد الثمن في المواعيد المحددة بالعملة المتفق عليها⁽¹⁾.

ويلتزم بتسليم الموقع للمقاول في الموعد المناسب حتى لا يترتب على التأخر في تسليم الموقع التأخر في تنفيذ الأعمال والإخلال بالجدول الزمني للأعمال⁽²⁾. وتلتزم جهة الإدارة المتعاقدة بتسليم الموقع خالياً من العقبات والموانع التي تحول دون التنفيذ سواء كانت مادية أو قانونية، وكذلك تسليم موقع الأعمال خالياً من إدعاء ملكيته من قبل الغير⁽³⁾. ويلتزم رب العمل إضافة إلى ذلك بمعاونة المقاول في الحصول على التصاريح والتراخيص المطلوبة وتوصيل الخدمات الأساسية اللازمة لإتمام العمل مثل (المياه والكهرباء والهاتف).

1- د. هاني سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 365 ، 336.

2- المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 862 لسنة 9 القضائية - جلسة 1967/6/3 - مجموعة العليا في 15 سنة .

3- محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم 45/4831 القضائية - جلسة 1995/6/11 - غير منشور.

وكذلك تجدر الإشارة إلى حكم تحكيم هضبة الأهرام الشهير :

- Sigrand Jarvin & Yves Derains, Collection of ICC Arbitral Awards - 1974 - 1985, p 124 .

2. إلتزامات المقاول؛

يلتزم المقاول في هذا العقد بإلتزامات متعددة تبدأ من إعداد التصميمات والرسومات ثم القيام بالأعمال الإنشائية والإلتزام بنقل التكنولوجيا وتجهيز المرفق بالمعدات اللازمة. فتبدأ إلتزامات المقاول منذ لحظة إعداد التصميمات اللازمة للمشروع وبالتالي فهو يسأل عن هذه التصميمات إذا ما كانت لا تفي بالغرض اللازم للمشروع. وإلتزام المقاول هنا إلتزام بتحقيق غايه (نتيجة) وليس إلتزام ببذل عناية⁽¹⁾.

أما الإلتزام الثاني الملقى على عاتق المقاول وهو القيام بالأعمال الإنشائية اللازمة للمشروع وعلى نفقته بإعتباره الممول لهذه الأعمال. ويتعين على المقاول أن ينفذ الأعمال وفقاً للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها وفي الأجل المحدد لتنفيذ المشروع وذلك إعمالاً للمبدأ المستقر الذي يقضي بسير المرفق العام بإنتظام وإطراد، فحتى ولو كان المقاول هو الذي سيتحمل التأخير في تنفيذ الأعمال فإن المبدأ الأخير يحتم عليه إنجاز الأعمال المنوط به القيام بها في آجال معقولة.

ويلتزم المقاول بتجهيز المرفق بالمعدات اللازمة عن طريق الموردين المتخصصين وتصنيع الآلات والمعدات اللازمة وتنقل ملكية هذه الآلات والمواد إلى رب العمل بمجرد إبرام العقد وتعيين المعدة أو الآلة ويجوز الإلتفاق على موعد آخر لنقل الملكية متى كان ذلك لا يتعارض مع النظام العام. وتتص نماذج عقود تسليم المفتاح عادة على إنتقال ملكية المعدات والآلات إلى رب العمل عند توريدها إلى الموقع إلا أن تبعة الهلاك تظل على عاتق المقاول إلى أن يتم تسليم المعدة وتشغيلها وتسليم الأعمال إلى رب العمل⁽²⁾.

ويلتزم المقاول بتركيب هذه الآلات وتشغيلها بنماذج في موقع الأعمال. كما يلتزم المقاول كذلك بنقل التكنولوجيا⁽³⁾ إن كان لذلك موجب في خصوص

1- د. هاني سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 347.

2- د. هاني سري الدين - المرجع السابق - دار النهضة العربية - ص 355.

3- فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا أنظر: د. يوسف عبد الهادي الإكبابي - النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص - 1989

- د. جلال وفاء محمددين - الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة

الأعمال المتعاقد عليها والآلات والمعدات الموردة. كما يلتزم بتقديم التأمينات النقدية كخطابات الضمان غير المشروطة مثل خطاب الضمان الإبدائي، وخطابات ضمان الدفعات المقدمة، وكذلك خطابات الضمان الخاصة بخصم دفعات الثمن إذا كان رب العمل يخصم جزء من الثمن من دفعات المقاول لضمان عيوب التنفيذ وقد لا يقوم رب العمل بالخصم وإنما يحصل على خطاب ضمان بهذه القيمة التي كان يتعين عليها خصمها من كل دفعه مقدمه⁽¹⁾. ويلتزم المقاول أخيراً بتسليم المشروع بعد إنشائه وتجهيزه حيث يقابل هذا الإلتزام إلتزام رب العمل بالتسليم وتنقل الملكية كاملة إلى رب العمل ويبدأ سريان فترة الضمان التي يسأل فيها المقاول عن معالجة العيوب التي قد تظهر لفترة معينه بالمشروع كلية أو ببعض المعدات والآلات أو الوحدات به.

عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص

Public-Private Partnerships PPPs

تمهيد:

لعل نظام عقود الشراكة (PPP) من الأنظمة الحديثة لأنماط مشاركة القطاع الخاص في مشروعات الدولة وتخفيف الأعباء المالية عن كاهل الموازنة العامة، وليس هذا في الدول النامية فحسب وإنما كذلك في الدول الأوروبية كما هو الحال في المملكة المتحدة حيث نشأ هذا النظام بداءة ثم نشأ في فرنسا في وقت لاحق. وفي مقام الخوض في هذه المسألة التي تكتنفها الحداثة في الأنظمة القانونية العربية لاسيما مع عدم وجود تشريع ضابط لأحكامها في معظم الأحوال نعالج المسألة الماثلة حيث نعرف عقود (PPP) Public-Private Partnerships ونوضح ماهيتها، وأساس هذه التسمية في النظام القانوني الإنجليزي، وفي القانون الفرنسي، ونبين نشأة عقود (PPPs) في المملكة المتحدة، وفي فرنسا وفي إمارة دبي ودولة الكويت حيث توجد تشريعات حديثة لتنظيم عقود الشراكة، ثم نعرض لمزايا هذا النمط التعاقدية وعيوبه، ونميز كذلك بين نظام

الجديد (200) - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2000.

- د. هاني صلاح سري الدين - عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد - القاهرة - 2001.

1- Sigrard Jarvin, Yves Derains, Jean - Jacques Arnaldehy, Collection of ICC Arbitral Award, 1986/1990- case no- 3790- P.9.

(PPP) و عقود البوت (BOOT) و (BOT) السالف بيانها موضحين أوجه الشبه والاختلاف بينهما. ونعالج الإلتزامات التعاقدية للمتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد، ونوضح تقديرنا لهذا النظام في فرنسا والمملكة المتحدة والنظرة المقترحة لهذا النمط التعاقدية في الأنظمة القانونية العربية.

ماهية عقود الشراكة (PPP) :

يعرف عقد الشراكة⁽¹⁾ بين الدولة والقطاع الخاص بأنه عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة تتعلق بتمويل مشروع من مشروعات المرفق العام وإنشائها وإدارتها واستغلالها وتشغيلها، وصيانتها تبعاً لذلك، طوال مدة العقد مقابل جعل مادي تدفعه إليه جهة الإدارة بشكل متتالي طوال مدة العقد أو يتم تحصيله من جمهور المنتفعين⁽²⁾. ولعل هذا العقد (PPP) هو أحد الصور والمستجدات بالقانون العام (الإداري) الإقتصادي. وكان يسمى هذا العقد في النظام القانوني الإنجليزي Private Finance Initiative ويسمى في القانون الفرنسي . Partenariat Public Prive (PPP)

ولقد أثرنا أن نسمية بهذا المؤلف (PPP) Public- Private Partnership وهي التسمية الدقيقة المستقرة بالفقه الأنجلو أمريكي - للشراكة بين الدولة والقطاع الخاص بحسبان أنها ليست شراكة بين شركاء Shareholders وفقاً للمصطلحات القانونية السليمة وإنما هي بالتعريف المتقدم نوعاً من المؤازرة والتعاون بين القطاع الخاص الذي يقوم في الأساس بتمويل المشروع المتعلق

1- أنظر الباحثين المنشورين لنا في ألمانيا (برلين) ، بالإنجليزية في الدورية الأوروبية لعقود الشراكة عام 2010 ، و 2011 وذلك بعنوان:

Mohamed AM Ismail, Legal Globalization and PPPs in Egypt, European PPP Law Review, Lexxion, Berlin, 1/ 2010.

Mohamed AM Ismail, International Infrastructure Agreements and PPPs in Developing Countries: Substantive Principles, With spacial reference to Arab and Latin American countries, European PPP Law Review, Lexxion, Berlin, 3/ 2011.

وبالعربية أنظر مؤلفنا الحاصل على جائزة الدولة في القانون من جمهورية مصر العربية والمنشور ببيروت تحت عنوان: القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 .

2- في تعريف قريب من ذلك يسبغ وصف العقد الإداري على عقد الشراكة أنظر د. رجب محمود ، عقود الشراكة (PPP) ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص(1) ويقرر أن عقود الشراكة (PPP) هي آخر حلقات التطور القانوني في رحاب القانون الإداري الإقتصادي.

بالمرفق العام واستغلاله وإدارته وترد جهة الإدارة هذه الكلفة عن طريق المبالغ التي تدفعها له مقابل الحصول على عوض مالي يأخذ صورة إيجار يرتبط أحيانا بطبيعة الاستثمار والإنشاءات التي يقيمها المتعاقد وما يبذله من غاية لإنجازها.

ولعل هذه العقود نشأت بدءاً في كنف النظام القانوني الإنجليزي في تسعينيات القرن الماضي وانتقلت منه إلى النظام القانوني الفرنسي في عام 2004 فهو يخفف العبء عن كاهل ميزانيات الدول حيث تعاني دول العالم الثالث من عجز في موازنتها في الأغلب الأعم من الأحوال الأمر الذي تجد هذه الدول عوناً في هذا النظام من القطاع الخاص إذ يمول الأخير أساساً في هذا النظام مشروعات البنية الأساسية وغيرها من مشروعات المرافق العامة الأمر الذي يسهم في دعم خطة الدولة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

نشأة نظام الشراكة (PPP) في المملكة المتحدة وفرنسا :

نشأ هذا النظام بدءاً في المملكة المتحدة حيث بدأ في مطلع التسعينيات مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة بإنشائها واستغلالها (إدارتها)، وصيانتها تبعاً لذلك، لقاء جعل مادي يحصل عليه من جهة الإدارة في صورة مبالغ متتالية تحصل بصورة دورية. ولقد بدأ التطبيق الفعلي لهذه العقود في عام 1992 بعد إلغاء الحكومة للقواعد التي كانت سارية في عام 1989 التي كانت تجعل العبء الأكبر في تمويل الإنشاءات العامة للأموال العامة وليست للقطاع الخاص⁽¹⁾. حيث أصبح الاتجاه يذهب إلى تمويل القطاع الخاص لمثل هذه المشروعات دون اللجوء إلى ميزانية الدولة مما قد يدفعها إلى الاقتراض.

وقد ثبت أن ريادة الدولة لإقتصاديات المرفق العام أتى بنتائج سلبية على المدى الطويل الأمر الذي إرتأى معه إطلاق العنان لمبادرات القطاع الخاص للمشاركة في هذه المسيرة بتوفير خدمة أفضل لجمهور المنتفعين. ويسمح هذا النظام للدولة باللجوء إلى التمويل الخاص في الإنشاء والاستغلال مع الاستفادة من كفاءته الفنية المالية والإدارية في تشغيل المرفق وهذه هي الطرق الحديثة في إدارة المرفق دون أن تفقد إشرافها على المرفق وعلى دور القطاع الخاص في إنشاء وإدارة وتشغيل المرفق.

1- http://www.museesmontreal.org/site/c/sdamm/file_db/SDMM-ppp-2.pdf ، Rapport de la société des directives des murées montréalais (mm): partenariat public-privé (ppp) le cas de ppp appliqués au domaine de la culture ، mai 2005.

ويذكر الفقه (1) أنه في مجال البنية الأساسية أمكن رصد ثلاثة نماذج في غضون عام 1995 : أولاً : مشروعات النفع العام كما في مجال الطرق والكباري والتي تمول بالكامل بواسطة القطاع الخاص، ثانياً : المشروعات المرتبطة بالمرافق العامة كالمستشفيات والسجون والتي تمول بالكامل عن طريق الأموال العامة ، ثالثاً : مشروعات الشركات المختلطة (الشراكة العامة الخاصة) والتي تمول مشاركة مثل ذلك المتعلق بمشروع نفق المانش (بين المملكة المتحدة وفرنسا) .

ويضيف أن مجال الصحة كان دافعاً كبيراً للإسراع في تطبيق نظام PFI في المملكة المتحدة. ولقد أنشئت في ظل حكومة حزب العمال عدة مؤسسات إدارية في مجال عقود الشراكة أهمها (Partnerships UK) حيث أنشئت عام 2000 ويمتلك القطاع الحكومي 49 % من رأسمالها بينما يمتلك القطاع الخاص 51 % من رأس المال.

وتقوم هذه المؤسسة بدور التمويل للمشاركة برأس المال في المرافق الإنشائية التي يتم الموافقة عليها لتنفيذ مشاركة بين القطاع الخاص والحكومة ، كما أنها تدخل كطرف متعاقد يتحمل كافة حقوق والتزامات المتعاقدين مع الإدارة. وأنشئت كذلك مؤسسة Public Private Partnerships Programmer في عام 1996 لتقديم العون الفني للإدارات المحلية للمشروعات والمرافق التي تتم بنظام الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص. كما أنشئت مؤسسة Project Review Group للتنسيق بين الوزارات التي تبرم عقود PFI لضمان تنفيذ مثل هذه العقود حيث تتولى هذه المؤسسة بحث إمكانية التنفيذ الفعلي للإنشاءات المزمع تنفيذها بهذا النظام. وأنشئت على صعيد آخر وحدة مركزية للوزارات الكبرى تسمى Private Finance Units في الحكومة البريطانية حيث تقوم هذه الوحدة بتقديم المشورة للوزارات ودراسة كل مشروع جيداً للتأكد من جدواه ومدى إمكانية تحقيقها فنياً واقتصادياً.

ويرى جانب من الفقه (2) أن هذا العقد وأن نشأ في النظام الإنجليزي الذي لا يعرف نظام القضاء الإداري يقوم بتكييف هذا العقد أنه عقد من عقود

1- د. رجب محمود ، المرجع السابق ، ص 13.

2- د. رجب محمود ، المرجع السابق ، ص 20.

الدولة Contracts d'Etat إلا أن الدولة تظل تباشر دورها الرقابي لاعتبارات المصلحة العامة وتظل الغلبة لقواعد القانون العام.

وفي فرنسا نشأت هذه العقود منذ نشأة الأمر رقم (559-2004) الصادر في 17 يونيو 2004 وتعديلات يوليو 2008. ولعل الفقه⁽¹⁾ يعتبر عقود الشراكة أحد أنواع العقود الإدارية في القانون الفرنسي والتي قسمها إلى ثلاثة طوائف وهي عقود الأشغال العامة، عقود تفويض المرافق العامة، وعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص (PPP).

ولعل أهم المؤسسات الفرنسية في هذا المجال تسمى لجنة المساعدة على تفعيل أو تطبيق عقود الشراكة:

La Mission d'arrui a la realization des contracts de partenarais
2 MAPPP

وهي من الهيئات التابعة لوزارة الإقتصاد والمالية مكلفة بتقديم الخبرة في مجال عقود الشراكة مثل تقديم المعونة للأشخاص المعنوية العامة في المراحل التمهيديّة والمفاوضة والمتابعة في تنفيذ هذه العقود كما تقدم المعونة في مجال إعداد العقود وكراسات الشروط وفي مجال التفاوض.

ولقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي التشريعات المتعلقة بالتعاقد بنظام (PPP) الذي يمثل الرقابة الدستورية السابقة على دستورية التشريعات⁽³⁾. ولم يقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعون التي أقيمت أمامه عام 2004 (2004/10/29) حيث تعلقت بمشروعية الأمر الصادر في 2004/6/17 ومدى تجاوزه للسلطة من عدمه. وإنتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن النصوص المذكورة لا تخالف المادة السادسة من قانون 2 يوليو 2003.

1- د. رجب محمود، المرجع السابق، ص 22.

2- <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/MAPPP.htm>

3- أنظر موقع المجلس الدستوري الفرنسي :

www.conseilconstitutionnel.fr

www.conseil-etat.fr/jurispd/index_ac_1d0442_shtml

الطعون : 2713620-271357-271119-269814

ولقد صدر القانون رقم 735 لسنة 2008 في شأن عقود الشراكة في فرنسا معدلاً الأمر الصادر في يونيو 2004 حيث قرر أحكام مهمة وجديدة أهمها إمكان أن يتضمن عقد الشراكة المبرم بين أطرافه مكنة اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاته.

عقود الشراكة في دول مجلس التعاون الخليجي:

قانون الشراكة بإمارة دبي:

اصدرت دبي القانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص وهو يعد الأحدث في العالم من حيث جدته، ومن حيث الأحكام المتطورة التي يتضمنها والتي تعد بهذه المثابة أحد العوامل الرئيسية لزيادة ضخ الإستثمارات الأجنبية المباشرة FDI بدبي في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي، حيث جاء القانون معنوناً بعنوان "قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي رقم (22) لسنة 2015" وذلك بحسب المادة الأولى من هذا القانون التي حددت مسماه. ولقد جاء هذا القانون سابقاً بين تشريعات الشراكة في دول العالم حيث تضمن قواعد إجرائية وقواعد موضوعية بين دفتيه وذلك خلافاً للعديد من تشريعات العالم.

ونصت المادة الثالثة من القانون على أهداف القانون وهي تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتشجيع القطاع الخاص على المشاركة في المشاريع التنموية، وزيادة الإستثمار في مجالاتها المختلفة بما يخدم التنمية الإقتصادية والإجتماعية في الإمارة، وتمكين الحكومة من تنفيذ مشروعاتها الإستراتيجية بكفاءة وفعالية، والإستفادة من الطاقات والخبرات المالية والإدارية والتنظيمية والفنية والتكنولوجية المتوافرة لدى القطاع الخاص، بما يمكن أفراد المجتمع من الحصول على أفضل الخدمات وبأقل التكاليف. ويهدف القانون كذلك إلى زيادة الإنتاجية وتحسين جودة الخدمات العامة مع ضمان إدارة فعالة لتطوير تلك الخدمات، ونقل المعرفة والخبرة من القطاع الخاص إلى القطاع العام وتدريب وتأهيل موظفي الجهات الحكومية من مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة على إدارة وتشغيل المشاريع، وتنفيذ المشاريع التي تؤدي قيمة

مضافة للمال العام بمستوى متميز، وتخفيف الأعباء التمويلية عن الموازنة العامة للحكومة في تحمل تكاليف المشاريع سواء في مرحلة إنشائها أو تشغيلها أو تكاليف صيانتها، ويهدف القانون كذلك إلى تقليل عبء المخاطر المالية عن الحكومة، التي قد تترتب على تنفيذ بعض المشاريع ذات المخاطر المالية، كما يهدف إلى التحول في إدارة بعض مشاريع البنية الأساسية والخدمات العامة من التنفيذ والتشغيل والإدارة المباشرة إلى أشكال أخرى من الأداء الحكومي ترتبط بإقرار السياسات ومراقبة جودة تقديم الخدمات العامة وفقاً لمتطلبات الحوكمة، وكذلك توفير قدرة تنافسية أعلى للمشاريع في الأسواق المحلية والإقليمية والعالمية، وأخيراً تعزيز مبادئ الحوكمة عند إدارة النشاط الإقتصادي وتفعيل إجراءات إدارة الموارد المالية.

وحددت المادة الرابعة نطاق التطبيق لأحكام قانون الشراكة بإمارة دبي فقررت تطبيقاً على الجهات الحكومية الخاضعة للموازنة العامة للحكومة مع جواز أن تضيف اللجنة العليا أية جهة حكومية غير خاضعة للموازنة العامة للحكومة لهذا القانون، كما قررت هذه المادة تطبيق هذا القانون على كافة المشروعات التي تكون محلاً للشراكة بين القطاعين العام والخاص والتي تبرمها الجهات الحكومية سائلة الذكر مع إستثناء تطبيق أحكام هذا القانون على مشاريع الشراكة المتعلقة بإنتاج الكهرباء والمياه المشمولة بأحكام القانون رقم (6) لسنة 2011 المشار إليه، وعقود الأشغال وتوريد المواد والخدمات المشمولة بالقانون رقم (6) لسنة 1997 المشار إليه، وأية عقود أخرى تحددها اللجنة العليا بموجب قرارات صادرة عنها في هذا الشأن.

ونصت المادة الخامسة من القانون المذكور في فقرتها (أ) على أن تتم الشراكة بين القطاعين العام والخاص بموجب عقد الشراكة، ووفقاً لأحكام هذا القانون، بما مفاد أن الأولوية في التطبيق لنصوص العقد (عقد الشراكة ما لم يصطدم بقاعدة قانونية أمر) ثم تأتي الأولوية لنصوص قانون الشراكة. وأضافت المادة الخامسة أنه يشترط لإبرام عقد الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون أن يكون المشروع ذو جدوى إقتصادية ومالية وفنية وإجتماعية. ووضع القانون في المادة السادسة شروطاً لإختيار المشروع مفادها أنه يراعى عند

إختيار المشروعات التي تكون محلاً للشراكة ما يلي:

1. مدى تحقيق المشروع لمصلحة الحكومة، والمنفعة العامة لأفراد المجتمع.
2. الجدوى الإقتصادية للمشروع ومدى تأثيره الإيجابي على خطط التنمية المعتمدة للإمارة.
3. حجم المخاطر التي يمكن أن تتجم عن تنفيذ المشروع بواسطة الشراكة، وعلى وجه الخصوص في المجال البيئي.
4. حجم الإستثمار الرأسمالي والخبرات الفنية التي من شأنها المساهمة بفعالية في تحسين أداء المرافق العامة، وضمان جودة الخدمات.
5. أفضل الممارسات العالمية في مجال تنفيذ المشاريع بواسطة الشراكة.
6. أولوية المشروع وأثره التشغيلي، ومدى تلبيةه للإحتياجات المطلوبة في الإمارة.

كما حدد القانون أساليب الشراكة في المادة السابعة حيث نص على أن تتم الشراكة من خلال إتباع أي من الأساليب التي اشار إليها القانون وهي إنشاء الشريك المشروع وتمويله وتملكه والإنتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عنه ونقل ملكيته بالكامل للجهة الحكومية عند انتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة، وكذلك إنشاء الشريك للمشروع وتمويله للإنتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عن حق الإنتفاع به للجهة الحكومية عند إنتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة، وأضاف القانون إنشاء الشريك للمشروع والتنازل عن ملكيته للجهة الحكومية مع الإحتفاظ بحق الإنتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، وأضاف كذلك طريقة أخرى ألا وهي نقل منفعة المشروع من الجهة الحكومية إلى الشريك لغايات تمكينه من الإنتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة المتفق عليها في عقد الشراكة. وفي الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون أضاف المشرع أي أسلوب آخر تقره اللجنة العليا بناء على توصية الجهة الحكومية والدائرة بما في ذلك صيانة أو توسعة أو تأهيل أي مشروع قائم وهو ما يفيد مرونة المشرع في تحديد أنماط وأساليب الشراكة.

وحدد القانون في المادة الثامنة منه السلطة المختصة بإعتماد المشروع، وفي المادة التاسعة حدد اختصاصات الدائرة (دائرة المالية) التي تكفل المشاركة الفعالة في توفير البيئة الملائمة للإستثمار في مشاريع الشراكة والترويج لها داخل وخارج الإمارة وإقتراح تحديث وتطوير التشريعات المنظمة للشراكة، بالإضافة إلى وضع السياسة العامة لتنظيم مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ورفعها إلى اللجنة العليا لإعتمادها، مع تذييل كافة الصعوبات التي يمكن أن تعترض عمل شركة المشروع بالتنسيق مع الجهات الحكومية المعنية، وإقتراح التدابير اللازمة لتطوير الشراكة. وفي المادة العاشرة حدد القانون إختصاصات الجهة الحكومية وفي المادة الحادية عشر حدد القانون تشكيل لجنة الشراكة.

وتضمن القانون الأحكام الإجرائية المهمة المتعلقة بأسس إختيار الشريك وذلك في المادة الرابعة عشرة منه. وتضمن القانون في المواد التالية الأحكام الإجرائية لإختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد الشراكة كما تضمن الأحكام الموضوعية لعقد الشراكة، وأضاف القانون ألا تزيد مدة عقد الشراكة عن ثلاثين عاماً تبدأ من تاريخ توقيع العقد أو التاريخ الذي تحدده لجنة الشراكة. ونص القانون على مبدأ مهم من مبادئ القانون العام ونظرية المرفق العام في الدول العربية وهو المساواة بين المنتفعين من الخدمات التي يقدمها المشروع، وكذلك بالتشريعات المنظمة لتقديم الخدمة، وبشروط عقد الشراكة المتعلقة بهذا الشأن. وأضاف القانون في المادة الثانية والثلاثون إلتزامات شركة المشروع.

وقرر القانون كذلك في المادة الثالثة والثلاثون منه أنه يجوز للجهة الحكومية أن تباشر بنفسها أو من خلال طرف آخر تختاره تنفيذ عقد الشراكة في حال إخلال شركة المشروع إخلالاً جوهرياً أو جسيماً بتنفيذ إلتزاماتها أو عجزها عن تحقيق مستويات الجودة المقررة بموجب هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه أو عقد الشراكة المبرم معها، وذلك بعد إخطار شركة المشروع بجوانب الإخلال والقصور في أدائها وعدم قيامها بتصويب أوضاعها خلال المدة المحددة لها في الإخطار.

ولقد تضمنت المادة الخامسة والثلاثون نصاً أمراً يتعلق بوجوب خضوع عقد الشراكة لقوانين إمارة دبي، على أن تتم تسوية منازعات عقد الشراكة داخل

إمارة دبي، وقررت هذه المادة إعتبار كل نص مخالف لذلك باطلاً وغير ملزم. ومفاد ذلك أنه لا يجوز أن يكون التحكيم بصدد عقود الشراكة خارج دبي الأمر الذي يفهم منه - وبمفهوم المخالفة - إمكان أن يجرى التحكيم بصدد عقود الشراكة ولكن داخل دبي فقط وفي إطار القواعد الآمرة السالف بيانها.

وحرى بالإشارة أنه قد صدر القانون رقم (6) لسنة 2011 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في إنتاج الكهرباء والمياه في إمارة دبي، وأن المادة التاسعة والثلاثون من قانون الشراكة رقم (22) لسنة 2015 تنص على أن يلغى أي نص في أي تشريع آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه وأحكام هذا القانون بما مفاده أن نصوص القانون رقم (6) لسنة 2011 سارية فيما لا يتعارض مع نصوص قانون الشراكة. يضاف إلى هذا النظر أن قانون الشراكة، وبهذه المثابة، هو القاعدة العامة فيما لم يرد به نص بأي قانون آخر ينظم موضوعات الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص.

قانون الشراكة بدولة الكويت:

صدر قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم 116 لسنة 2014 بدولة الكويت، وإلى نص في مادته الثانية على تشكيل اللجنة العليا لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي يرأسها وزير المالية، وتحل محل اللجنة العليا للمشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية المنشأة بموجب المرسوم رقم (145) لسنة 2008، حيث تضمن القانون بين دفتيه العديد من الأحكام الإجرائية والموضوعية والتي من شأنها التشجيع والتحفيز على الإستثمارات بدولة الكويت وزيادة ضخ الإستثمارات الأجنبية المباشرة FDI في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي.

وحددت المادة الثالثة إختصاصاتها وأهمها وضع السياسات العامة للمشروعات والمبادرات ذات الأهمية الإستراتيجية للإقتصاد الوطني وتحديد أولوياتها وإعتماد الوثائق التفصيلية المتعلقة بها وكذلك الموافقة على طلب الجهة العامة المعنية لطرح أحد المشروعات وفقاً لنظام الشراكة، وإقتراح مشروعات الشراكة على الجهات العامة، ومنح الموافقة على طلب تخصيص

الأراضي الضرورية لتنفيذ مشروعات الشراكة بالتنسيق مع الجهات المختصة، وإعتماد الدراسات والأفكار الخاصة بمشروعات الشراكة والموافقة على طرحها وفقاً لنظام الشراكة، وإعتماد المستثمر الفائز بناءً على توصية الهيئة، وإعتماد عقود الشراكة التي تقوم الجهات العامة بالتوقيع عليها، والبت في طلب الجهة العامة المتعاقدة بشأن فسخ عقد الشراكة أو إنهائه للمصلحة العامة، وكذلك النظر في التقرير النصف سنوي بشأن مشروعات الشراكة بالإضافة إلى ذلك فإن اللجنة تمارس كافة الإختصاصات الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون.

ونصت المادة الرابعة من القانون على أن تنشأ هيئة عامة تسمى هيئة مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص تلحق بوزير المالية ونصت المادة السادسة على إختصاص الهيئة بالتعاون والتنسيق مع الجهات العامة لتنفيذ مشروعات الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون.

أما المادة الثامنة فقد تناولت المسائل الإجرائية المتعلقة بالإعلان وإجراءات طرح المشروعات وهو ما يفصح بأن القانون تضمن المسائل الإجرائية إلى جانب المسائل الموضوعية. وحددت المادة الثامنة عشرة مدة الإستثمار وأيلولة المشروع للدولة حيث نصت على أن تكون مدة الإستثمار وفقاً لهذا القانون خمسين سنة تبدأ من التاريخ المحدد بالعقد لإكمال أعمال البناء والتجهيز أو لإتمام أعمال التطوير. ونصت كذلك المادة الثالثة والعشرين على أنه من ضمن الأحكام الموضوعية المهمة أنه لا يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع بيع أو رهن الأرض المقام عليها المشروع ولكن يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع لغرض تمويل تنفيذ المشروع رهن وإنشاء ضمانات عينية على أي أصول يملكها من بين الأصول التي يشملها المشروع.

وتضمنت المادة التاسعة والعشرين نصاً مهماً يتعلق بوجود خضوع مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقودها لأحكام قانون الشراكة ولائحته التنفيذية كما تخضع للقوانين السارية بدولة الكويت بما لا يتعارض وأحكام هذا القانون بما مفاده أن هذا القانون هو بمثابة قانون خاص وما لم يرد به نص بهذا القانون يطبق في شأنه الأحكام السارية بدولة الكويت.

ولقد جعلت هذه المادة كأصل عام إختصاص القضاء الكويتي بنظر ما ينشأ من منازعات هذه المشروعات ، إلا أنه يجوز - إستثناءً - اللجوء إلى التحكيم وذلك بعد موافقة اللجنة العليا على الإتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما بطريق التحكيم. ويعد هذا النص وإن أجاز تسوية المنازعات بطريق التحكيم - ولو إستثناءً - من النصوص المحفزة والمشجعة للإستثمار والتي تخلق جواً من الطمأنينة لدى المستثمر الأجنبي بل وجواً من الثقة في دول مجلس التعاون الخليجي بشكل عام ودولة الكويت بشكل أخص كدول جاذبة للإستثمار، وكبيئة محفزة ومشجعة لجذب الإستثمارات الأجنبية المباشرة (Foreign Direct Investments- FDI) لاسيما فيما يتعلق بمشروعات الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص.

وأضافت المادة الثالثة والثلاثون نصاً مهماً يتعلق بسلطة تعديل شروط العقد حيث منح الجهة العامة المتعاقدة مكنة تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد الشراكة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو إستغلاله لشركة المشروع متى إقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله أو إستغلاله، بما فيه أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا، ودون إخلال بحق شركة المشروع في التعويض بحسب الأحوال طبقاً للأسس والقواعد التي يبينها العقد وهو ما يفيد إعلاء المشرع الكويتي لمبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy، وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر.

وأكدت المادة على جواز الإتفاق على تعديل عقد الشراكة طبقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد ، وذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد الشركة، بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام هذا العقد والتي يترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد الأمر الذي يكفل تطبيق النظريات المستقرة في صدد إعادة التوازن المالي للعقد إلى نصابه حال إختلاله، وكذلك يكفل تطبيق شروط الثبات التشريعي Stabalization Clauses بصدد عقود الشراكة وهو ما يعد إنتهاجاً للمشرع الكويتي لأحدث الإتجاهات التشريعية في صدد عقود الدولة والتي تؤكد خلق بيئة جاذبة

للإستثمار بدولة الكويت في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي. كما تؤكد هذه الإتجاهات التي إنتهجها المشرع الكويتي تبنيها للطبيعة القانونية الجديدة لعقود الدولة – والتي لم تعد بهذه المثابة عقوداً إدارية بالمفهوم التقليدي – وذلك على النحو الذي سيأتي بيانه بهذا المؤلف.

مزايا التعاقد بنظام الشراكة (PPP) وعيوبه :

للتعاقد بنظام الشراكة مزايا عديدة فالجوانب الإقتصادية التي يعالجها لا يمكن إغفالها فهو يخفف العبء عن موازنة الدولة حيث يسمح بنقل العبء المالي لتمويل المشروعات المتعلقة بالقطاع العام إلى عاتق القطاع الخاص بدلاً من الدولة سواء أشخاص أجنبية خاصة أم أشخاص محلية خاصة وذلك دون لجوء دول العالم الثالث إلى الاقتراض وبخاصة خارجياً من المؤسسات المالية الدولية. ويعد ذلك من جانب آخر وسيلة لضخ الإستثمارات الأجنبية المباشرة Foreign Direct Investments (FDI) لدول العالم النامي مما يساهم في توفير العملة الصعبة والمساعدة على استقرار سعر صرف العملات الوطنية أمام العملات الأجنبية.

ولا شك أن هناك جوانب إجتماعية تتمثل في خلق فرص عمل وخفض معدل البطالة فضلاً عن أن المستثمر الأجنبي عادة ما يجلب معه تكنولوجيا حديثة وتقنية فنية عالية، فنقل التكنولوجيا من أهم معالم هذا النظام شأنه شأن نظام البوت فضلاً عن الإعداد الجيد لأبناء الدول العربية المضيفة من الكوادر الوطنية التي تعمل بهذه المشروعات بحيث تصبح دولنا العربية بعد ذلك دولة مصدرة للخبرات في هذه المجالات.

ويضاف إلى ذلك ما يقدم من خدمات لجمهور المنتفعين بالمرافق العام حيث أن هذه الخدمات حين تقدم من مستثمر ذو خبرة عالمية فإنها تقدم على درجة عالية من الكفاءة والجودة والبعيد عن البيروقراطية إلا أن كل ذلك قد يتكلف كثيراً لاسيما في حالات التمويل الخارجي عن طريق البنوك ومؤسسات التمويل الدولية للقطاع الخاص.

وهنا يسعى المرفق لرفع قيمة مقابل الخدمة لتعويض نفقاته في الإنشاء والتشغيل والخبرة والإدارة والصيانة بالإضافة إلى فوائد البنوك. كل هذه التكلفة تتحملها الدولة والمرفق وأن كنا نتصور أنها بشكل أخف من عقود البوت.

التمييز بين نظام الشراكة (PPP) وعقود البوت (BOOT) :

يوجد أوجه تشابه بين كلا النظامين فكلاهما يخضعان لمبدأ العلانية وحرية المنافسة في اختيار المتعاقد فضلاً عن أن كلاهما يعد من العقود الإجمالية المركبة⁽¹⁾ التي تتشابه علائقتها التعاقدية في العديد من المراحل فهما يهدفان إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد مع ضمان المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق.

وتتفق عقود الشراكة (PPP) وعقود البوت بأن كليهما عقود تمويل وإدارة. حيث أن المتعاقد ومن خلال عقد إجمالي يلتزم بتمويل انشاءات البنية الأساسية والتشغيل والصيانة في مقابل حصوله على مبالغ مالية دورية من جهة الإدارة بالهدف الأساسي من عقود الشراكة (PPP) هو التمويل لإنشاء مشروعات البنية الأساسية عالية الكلفة لرفع العبء عن موازنة الدولة وعدم لجوئها للإقتراض. وهذه المشروعات تتمثل في الطرق والسكك الحديدية ومشروعات المياه والصرف الصحي. ويمكن للمستثمر إدارة المرفق الذي أنشأه إذ تم الاتفاق على ذلك بحسبان أن عقود الشراكة ترتبط أكثر بالتمويل وتكون الإدارة أثر لهذا التمويل.

أما عقود البوت فهي عقود ترتبط بنظام تعاقد Contractual Regime متكامل منذ التمويل والإنشاء والتشغيل والملكية وانتهاء بإعادة الأصول إلى الدولة مرة أخرى. فنقاط الاختلاف بينهما في نظرنا يحددها النظام التعاقدى الحاكم للعملية التعاقدية والتي تختلف من عقود البوت BOT إلى عقود الشراكة PPP كل بحسب ما يتم الاتفاق عليه في العملية التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، كل حالة على حدة.

1- د. رجب محمود، المرجع السابق، ص 107.

وتكمن أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقود الشراكة (PPP) في أن عقود الشراكة تعد بالأساس عقود تمويل لإنشاء المرفق العام، إلا أن تكييف العقد يختلف بحسب كل وثيقة تعاقدية فالحكم على نوع العقد أو توصيفه يكون مرجعه الأساسي الوثيقة التعاقدية ومضمون الإلتزامات التعاقدية بها فهما المحددان الأساسيان لوصف العقد بأنه إما عقد شراكة PPP أم من عقود البوت.

النظام التعاقدى لعقود الشراكة :

ونعالج النظام التعاقدى Contractual Regime الحاكم لعقود الشراكة حيث نوضح الإلتزامات التعاقدية المتبادلة الرئيسية للمتعاقدين أثناء دخول العقد حيز التنفيذ أولاً، وننترق أخيراً إلى تقديرنا لنظام الشراكة PPP بصفة عامة.

الإلتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد (المستثمر) في عقود PPP :

يولد عقد الشراكة (PPP) شأنه شأن سائر العقود التزامات متبادلة على عاتق الطرفين المتعاقدين [الدولة - المستثمر]. فالمستثمر يلتزم كغيره من المتعاقدين مع جهة الإدارة بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة ووفقاً للشروط المحددة بالوثيقة التعاقدية، وأن ينفذ العقد بحسن نية ووفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها، وألا يتنازل عن العقد إلا بموافقة جهة الإدارة.

وتضمن الدولة للمتعاقد (المستثمر) الإلتزام بنصوص العقد، وأداء مقابل المادي الدوري له. بالإضافة إلى ذلك تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية تزيد عن تلك التي تتمتع بها في عقد البوت. ففي فرنسا تعتبر الدولة هذا العقد (PPP) من العقود الإدارية. وبالتالي فهو يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد الإداري (الرقابة-التعديل-الجزاءات-الفسخ) وذلك إعمالاً لاعتبارات المصلحة العامة.

ولسلطتي التعديل والفسخ أساس قانوني من وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي بحسبان أن ذلك تطبيق للقواعد العامة في العقود الإدارية التي تنطبق دون نص، ولا يؤثر نص عقدي بعدم إجازتها على حق الإدارة في ممارستها حيث تبرر ذلك المصلحة العامة⁽¹⁾.

1- د. رجب محمود ، المرجع السابق ، ص 181 وما بعدها .

وبين لنا مما تقدم أن عقد الشراكة (PPP) في القانون الفرنسي وقضاء مجلس الدولة الفرنسي عقداً إدارياً يخضع للنظرية العامة للعقد الإداري وما يترتب عليها من آثار، إذ يبقى للدولة سلطة الرقابة والتعديل والجزاءات والفسخ، ولا يخفي ما لهذه السلطات إذا ما طبقت في نظامنا القانوني والقضائي بدول مجلس التعاون الخليجي من آثار إقتصادية سلبية من إحجام المستثمرين الأجانب عن المشاركة في هذه العقود، والإحجام عن تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة FDI في هذا المجال.

تقديرنا لنظام الشراكة (PPP) :

لئن كان نظام الشراكة (PPP) في تمويل وإدارة المشروعات العامة من العقود الإدارية في النظام القانوني الفرنسي إلا أننا نرى أن تطبيق الأفكار الأصولية في العقد الإداري في دول العالم الثالث من فسخ وتعديل العقد بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة قد يكون له بعض السلبات حيث أن كافة الدول تسعى دائماً إلى جذب الاستثمارات الأجنبية لتمويل مشروعات البنية الأساسية ولعل نشأة هذا النظام (PPP) في كنف النظام القانوني الإنجليزي الذي لا يعرف فكرة العقد الإداري لن يجعل المتعاقدون (من المستثمرين الأجانب) يحجمون عن تمويل مشروعات البنية الأساسية بطريق الشراكة (PPP) ودولنا العربية على سبيل المثال في أمس الحاجة إلى هذا التمويل لتخفيف العبء عن الموازنة العامة للدولة، وعدم الإقتراض الحكومي من المؤسسات الدولية مما يثقل كاهل الميزانية العامة للدولة بالدين الخارجي. ولعل هذه الطبيعة القانونية للعقد في النظام الفرنسي من أنه عقد إداري سوف تسفر عن إحجام الاستثمارات الأجنبية المباشرة (FDI) عن الورد إلى عالمنا العربي للمشاركة في هذا النظام وتمويل وإدارة مشروعات البنية الأساسية.

وتعد صدور تشريعات جديدة حاکمة لعقود الشراكة في الدول العربية من أهم آثار العولمة الثقافية القانونية التي نقلت أفكاراً قانونية جديدة إلى ثقافتنا القانونية العربية لها آثاراً إيجابية وذلك حيث بات الدور الرئيسي في تمويل وإدارة المشروع للمستثمر الأجنبي مع الإحتفاظ للدولة بدور المراقب على نشاط المستثمر الأجنبي من الناحية الفنية والمالية والإدارية شأنه شأن عقد البوت وأن

يخضع الجُعل الذي يتقاضاه المستثمر للوثيقة التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة دون التدخل في إقتصاديات العقد بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة حتى لا يخالف ذلك توقعات المستثمر الإقتصادية ودراسة جدواه الفنية والإقتصادية والتي دخل العملية التعاقدية بناءً عليها. ولعل من مزايا التشريعات العربية الحديثة في مجال الشراكة ما جاء به تشريع دبي من وجوب حسم كافة منازعات عقد الشراكة داخل إمارة دبي ووفقاً لقوانينها وهو ما يضمن حماية المصالح الوطنية إذ أن ذلك من شأنه خلق التوازن بين تشجيع القطاع الخاص والإفادة من إستثماراته وخبراته من جانب والحفاظ على المصالح الوطنية من جانب آخر. كذلك جاء التشريع الكويتي متضمناً النص على أن قوانين دولة الكويت هي الواجبة التطبيق، ونص كذلك على إختصاص القضاء الكويتي - كأصل عام - بحسم منازعات عقود الشراكة.

المبحث الرابع

النظام القانوني لعقود الأشغال الدولية

يمكن تعريف النظام القانوني⁽¹⁾ لعقد الأشغال الدولي بأنه تلك المجموعة من القواعد التشريعية واللائحية، والوثائق العقدية التي يخضع لها هذا العقد فتحكم انعقاده وتنفيذه وتفسير نصوصه، وكذا تسوية المنازعات الناشئة عنه. كما يضاف إلى هذه المصادر عدة مصادر أخرى على الصعيد الدولي وأهمها أحكام التحكيم الدولي الصادرة عن المراكز التحكيمية الكبرى، وقواعد التحكيم والتوفيق والوساطة الصادرة عن هذه المراكز، والأعراف الدولية الأخرى، ومنها على سبيل التمثيل لا الحصر معاهدة واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول والمستثمرين من رعايا الدول الأخرى 1965، ومعاهدة نيويورك للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958، ومعاهدات الإستثمار الثنائية بين الدول BITS، وكذلك أحكام القضاء لاسيما دول القانون الطبيعي Common Law Jurisdictions والتي تأخذ بنظام السوابق القضائية Case Law لاسيما أحكام القضاء الإنجليزي الرائدة في المملكة المتحدة.

ونتناول بالشرح النصوص التشريعية واللائحية التي تحكم هذا النوع من العقود ثم دور وثائق العقد من بنود وملاحق، وإذا ما حدث اختلاف بين تلك الوثائق وقانون المناقصات والمزايدات في أي دولة عربية على سبيل المثال قانون المناقصات البحريني رقم 36 لسنة 2002، وأي منها أجدد بالتطبيق في هذه الحالة ونبين كذلك دور القضاء الإداري في الدول العربية في هذا الصدد، سواء كان النظام القضائي للدولة يأخذ بنظام القضاء الموحد أو القضاء المزدوج، بحسبانه قضاء انشائي ابتكاري نيط به إرساء قواعد العقود الإدارية في الفقه والقضاء العربي على السواء حيث توالى المبادئ القضائية في الظهور في كافة الدول العربية لاسيما دول مجلس التعاون الخليجي.

1- في النظام القانوني لعقود الأشغال العامة أنظر :

- El - Attar, Thèse, Op., Cit., P. 20 et suiv.

- De Laubadere, Gaudement, Venezia, Traite de droit administratif, T-2, 10e Edition, P.468.

وفي الفقه العربي أنظر : د. عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 20 وما بعدها.

أولاً : النصوص التشريعية :

كان عقد الأشغال العامة في صورته الدولية، كعقد الأشغال العامة الداخلي يخضع لأحكام قوانين المناقصات والمزايدات إبان تعاقد الدولة، فقد نظمت هذه القوانين ولأئحتها التنفيذية إجراءات تعاقد الدولة وإجراءات تنفيذ العقود. وفي فرنسا، تم تقنين النصوص التشريعية واللائحية التي تحكم عقود الأشغال العامة في مجموعة العقود العامة Code des Marchés Publics⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة العامة لعقود الأشغال هي نصوص المواد 584 وما بعدها من مواد القانون المدني البحريني والمواد النظرية بالقوانين المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي وكذلك النصوص النظرية في التشريعات المدنية لدول العالم العربي حيث تركز التشريعات المدنية العربية كافة إلى القانون المدني الفرنسي وتشريعات نابليون. وهذه المواد هي التي نظمت الأحكام العامة لعقد المقاوله بحسبانها من العقود الواردة على العمل، فكانت بمثابة الشريعة العامة لهذا النوع من العقود. وتعد قوانين المناقصات والمزايدات بالدول العربية هي الآلية الحاكمة والقواعد الإجرائية التي تحدد كيفية إختيار المتعاقد مع الدولة في عقود الأشغال الدولية وهي نصوص أخص وواجبة التطبيق على العقد وذلك فيما لم يرد به نص في القوانين المدنية العربية لاسيما فيما يتعلق بالجزاءات - إن وجدت بقانون المناقصات - والتي لا تتضمنها عادة القوانين المدنية. ونصوص قوانين المناقصات والمزايدات بهذه المثابة هي نصوصاً خاصة تقيد النص العام وهي قواعد القانون المدني، وتكون هي الأولى بالتطبيق إعمالاً لقاعدة «الخاص يقيد العام ما لم يرد ما يخصه». ويصدق هذا النظر على قوانين المناقصات والمزايدات بالدول العربية ومنها على سبيل التمثيل لا الحصر المرسوم بقانون المناقصات البحريني رقم 36 لسنة 2002 ، إلا أن قانون المناقصات البحريني لم يتضمن جزاءات بين دفتيه.

ولا شك أن المعاهدات الدولية التي صدقت عليها دول مجلس التعاون وأصبحت بمثابة التشريع الداخلي لها هي أحد مصادر النظام القانوني لعقود الأشغال الدولية. فمعاهدة واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول والمستثمرين

1- André de Laubadère, Venezia, Gaudement, Traité de droit administratif, T-2, 10e Edition, P.468.

من رعايا الدول الأخرى والتي أنشئ بمقتضاها مركز تسوية منازعات الإستثمار التابع للبنك الدولي (ICSID) تعد على سبيل المثال جزءاً من التشريع الداخلي وهي واجبة التطبيق أن إقتضى الأمر ذلك وكذلك معاهدة نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين 1958 واجبة التطبيق وبمثابة جزء من التشريع الداخلي لدول مجلس التعاون منذ التصديق عليها.

أما ما يستقر عليه القضاء الإداري سواء في دول النظام القضائي الموحد أم النظام القضائي المزدوج من قواعد تواترت في التطبيق بصدد هذه العقود وخالفت أحكام القانون المدني فتكون هذه القواعد المستقرة قضائياً بمثابة قواعد واجبة الإحترام للقضاء الوطني وأكثر تحديداً للمحاكم الأدنى درجة. وعلى سبيل المثال من القواعد المستقرة في صدد العقد الإداري والتي إبتكرها القضاء وتخالف قواعد القانون المدني هي قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في عقد الأشغال العامة إنفاذاً لمبدأ دوام سير المرافق العامة في القانون الإداري حيث أن هذه القاعدة القضائية تخالف القاعدة المستقرة في القوانين المدنية العربية من تخويل المتعاقدين مكنة الحق في الحبس كطريق لتعليق الإلتزام وليس كطريق من طرق إنقضاء الإلتزام. وحرى بالذكر أن المحاكم الأدنى درجة لها مكنة مخالفة هذه القواعد القضائية المستقرة إذا ما عن لها ذلك مع إلتزامها بتسبب قضائها الذي يعد في هذه الحالة مبدأ قضائياً جديداً.

ثانياً: كراسات ودفاتر الشروط العامة والخاصة :

- كراسة الشروط الإدارية العامة في فرنسا:

Cahier de clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux CCAG.

أصدر المشرع الفرنسي كراسة الشروط العامة الإدارية (CCAG) المتعلقة بعقود الأشغال العامة في 21 يناير 1976 وقد ورد عليها عدة تعديلات آخرها في 2009⁽¹⁾. وقد صدرت هذه الكراسة بالنسبة لجميع وزارات الدولة، وهيئاتها العامة والوحدات المحلية وأضحت مصدراً مهماً من مصادر

1- Chabanol et Jouguelet, Op. Cit., P.343.

النظام القانوني لعقود الأشغال العامة⁽¹⁾. وقد حدد الفقه الطبيعة القانونية لهذه الشروط باعتبارها ذات طبيعة عقدية بالنسبة للمقاول فيما يتعلق بتنفيذ العقد وذات طبيعة لائحية بالنسبة لجهة الإدارة أي أنها يتعين عليها احترامها عند التعاقد⁽²⁾.

وقد رتب الفقه على هذا التكييف نتائج مهمة منها :

1. يتعين الإشارة إلى دفتر الشروط العامة حتى تستطيع جهة الإدارة أن تتمسك بتلك الشروط في مواجهة المتعاقد بعد ذلك. وعلى ذلك، فإنه إذا اشير في عقد من عقود الأشغال إلى بعض الشروط الواردة في دفتر الشروط العامة، فإن هذه الشروط وحدها هي التي تطبق.

2. تستطيع جهة الإدارة عند إبرامها لعقد من عقود الأشغال الدولية أن تشير إلى دفتر شروط عامة خاص بوزارة أو بمصلحة أخرى، مما يبين معه أن هذه الدفاتر لا تعدو أن تكون نماذج. كما نرى أن الوزارة أو المصلحة إذا ما أبرمت هذا العقد، فيمكنها أن تشير إلى بعض الشروط الواردة في دفتر شروط عامة تخص عقداً آخر كعقد التوريد مثلاً.

3. لئن كانت إرادة المتعاقدين قد إنصرفت إلى كراسة الشروط العامة السارية والمطبقة وقت إبرام العقد فأشاروا إليها بالعقد، فإنه إذا عدلت هذه الشروط من جانب جهة الإدارة فإن دفتر الشروط العامة القديم هو الذي يحكم العلاقة التعاقدية لتلك الشروط في مواجهة المقاول⁽³⁾.

أما الشروط التي تتعلق بإبرام العقد فهي توضح كيفية إبرام العقد وإجراءات تعاقد الدولة، وهي بطبيعة الحال ذات طبيعة لائحية بحسبانها قرارات صادرة من الوزير المختص.

1- د. عيسى عبدالقادر الحسن - المرجع السابق - ص 21 وما بعدها.

- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 378.

2- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 379.

- د. ثروت بدوي - النظرية العامة في العقود الإدارية - 1991 - ص 114.

وفي الفقه الفرنسي أنظر :

- De Laubadere, Venezia et Gaudement, Traité droit administratif, T=2, 10e Edition p. 468,469.

3- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 380.

- د. عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 21، 22.

ويرى الفقه أن إجراءات التعاقد مبينه عادة في القرارات واللوائح الخاصة بالمزايدات والمناقصات العامة. أما ما يرد في كراسات الشروط العامة، فهو من قبيل الأوامر والإجراءات الداخلية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد، وأن عرضت مخالفتها للمساءلة الإدارية⁽¹⁾.

كراسة الشروط الفنية العامة:

Cahier des Clauses Techniques Générales (CCTG)

وتحتوي هذه الكراسة على القواعد الفنية التي تحكم عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الواحدة كأعمال الأشغال المتعلقة بالبناء والحفر والصيانة.

كراسة الشروط الإدارية الخاصة:

Cahier des Clauses Administratives Particulierès (CCAP)

وهذه الكراسة تحتوي على النصوص الإدارية الخاصة بكل عقد على حدة، وهي تكمل ما لم يرد به نص في الكراستين السابقتين. كما أن هذه الكراسة تستطيع تعديل الأحكام العامة الواردة بهما ما يكيف شروطهما وفقاً لموضوع التعاقد المحدد وذلك في الحدود المسموح بها⁽²⁾.

- العقد وملاحقه:

تعتبر وثائق العقد من النصوص التي يحتوي عليها العقد وتوضح ما توافقت عليه إرادة أطرافه وكذا الوثائق المختلفة من أمر إسناد العملية وكراسة الشروط والمواصفات ورسومات، وملاحق العقد من جداول أسعار ومقاييسات وجداول لتنفيذ المشروع على مراحل زمنية متتالية.

إلا أن ثمة تساؤلاً مهماً يطرح نفسه، وهو أي النصوص أجدر بالتطبيق:

نصوص العقد أم نصوص قوانين المناقصات والمزايدات بالدول العربية إذا ما حدث تعارض بينهما؟ ولإجابة على هذا التساؤل يتعين أن نوضح ما إذا كانت قواعد قوانين المناقصات والمزايدات من قبيل القواعد الآمرة أو من قبيل القواعد المكملة؟

1- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 380 ، 381.

2- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 381.

قد يذهب رأي إلى قواعد قوانين المناقصات هي من قبيل القواعد الآمرة التي لا يستطيع المتعاقدون مخالفتها بالعقد أو بملاحقه. فهذه القواعد تستمد صفتها تلك من أنها إنما وضعت لتحكم نشاط جهة الإدارة، وهي بصدد إبرام عقودها الإدارية، فاستمدت القواعد هذه الصفة من طبيعة العقد الإداري التي تملئها النظرية الموضوعية لهذا العقد والتي تقضي بأن تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة فيه، وذلك بتضمينه شروط معينة، ونتيجة لذلك يتعين عليها إتباع طرق وإجراءات في تعاقداتها وذلك تحسباً لغاية هامة في اختيار أفضل المتعاقدين لضمان تنفيذ الأعمال في موعدها، وعلى نحو سليم مما يكفل حسن سير المرفق العام، ودوام سيرها بانتظام وإطراد.

وتستهدف جهة الإدارة هدفاً آخر لا يقل أهمية عن الهدف السابق، وهو الحفاظ على المال العام وذلك باختيار المتعاقد الذي يقوم بالوفاء بالتزاماته العقدية لقاء أجر لا يتسم بالمغالاة ويفي به الاعتماد المالي الذي خصصته الدولة للمشروع من موازنتها العامة.

كل هذه الاعتبارات أكسبت قواعد قوانين المناقصات والمزايدات بالدول العربية هذه الصفة الآمرة التي يجب ألا يخالفها الأفراد باتفاقهم. وقد ذهب مجلس الدولة المصري في إفتاء متواتر إلى أنه إذا ما تضمن العقد مخالفة صريحة لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية والإقتصاد رقم 542 لسنة 1957 فتكون العبرة بأحكام العقد نفسه في علاقة الطرفين المتعاقدين أحدهما بالآخر⁽¹⁾.

فمجلس الدولة المصري ذهب إلى إضفاء قدر من المرونة على فكرة العقد الإداري وذلك بإمكان النص في عقود الإدارة على ما يخالف لائحة المناقصات والمزايدات وتغليب ذلك على بعض القواعد الواردة بهذه اللائحة، رغبة منه في إفساح مجال أكبر لحرية إرادة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة في إطار النظرية الموضوعية للعقد الإداري.

1- الجمعية العمومية لتسمي الفتوي والتشريع - السننات التاسعة والثلاثون والأربعون - جلسة 20 مارس سنة 1985 - ملف رقم 350/2/47 - فتوي رقم (100) - ص 294.

ولا يترتب على مخالفة قوانين المناقصات ولائحتها التنفيذية بطلان التعاقد وإن تسبب ذلك في مساءلة موظفي جهة الإدارة تأديبياً عما بدر منهم من مخالفة للإجراءات المستقرة في إبرام عقودها من خلال النظام الذي استنته المشرع في القانون ولائحته التنفيذية⁽¹⁾.

ونستخلص من ذلك أن تغليب الوثائق الخاصة على الوثائق العامة⁽²⁾ هو الراجح في القضاء الإداري العربي.

وقد جعلت الطبعة الجديدة لعقد الفيديك 1999 الأولوية كذلك للنصوص الخاصة ورتبت النصوص من حيث أهميتها فجعلت الأولوية لنصوص العقد ثم خطاب القبول ثم خطاب التقدم للمناقصة ثم الشروط الخاصة ثم الشروط العامة ثم المواصفات ثم الرسومات ثم الجداول وأي مستندات تكون جزءاً من العقد وفي حالة حدوث ثمة خلاف في المستندات يقوم المهندس بعملية الإيضاح (م 1/5 من نموذج العقد).

ثالثاً: القضاء الإداري:

لئن كان القانون الإداري قانوناً قضائياً وضع مجلس الدولة الفرنسي ومن بعده مجلس الدولة المصري عقب نشأته عام 1946 أصوله ونظرياته فإن القضاء الإداري بدول مجلس التعاون الخليجي هو المصدر الرئيسي لأحكام القانون الإداري بكافة فروع ومجالاته، ولو كان القضاء بدول مجلس التعاون الخليجي يتبع نظم القضاء الموحد.

فأحكام القضاء الإداري ممثلة في أحكام محاكم التمييز بدول مجلس التعاون الخليجي سواء في دولة الكويت أم مملكة البحرين أم غيرها من دول مجلس التعاون ستظل مصدراً رئيسياً للمبادئ والنظريات العامة لهذا الفرع من فروع القانون فهو قضاء إنشائي ابتكاري، يبتدع فيه القاضي الإداري الحلول ويستتبط النظريات ليواكب تطور الحياة الإدارية عاماً تلو الآخر، لذلك فإن

1- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 381.

2- د. عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 23.

المبادئ التي يرسبها هذا القضاء تحتل مكاناً رئيسياً في مصادر قانون الأشغال العامة الداخلية منها والدولية على حد سواء (1).

إن الحلول التي أرساها القضاء الإداري لن تطبق على عقود الأشغال الداخلية فحسب، ولكنها تطبق أيضاً على عقود الأشغال الدولية، ولو اختلف بنظرها التحكيم الدولي الذي سيستلهم بدوره القواعد الأصولية والنظريات العامة التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية والتي لا يخلو منها مؤلف فقهي عربي أو أجنبي كانت غايته دراسة أحكام هذه العقود وأسسها العامة ونظرياتها المختلفة (2).

وقد أكد القضاء الإداري دورة كقضاء إنشائي يبتكر الحلول، ليرسي القواعد لنظام قانوني مستقل عن أحكام القانون المدني ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها بإنتظام وإطراد وكذا الحفاظ على المال العام، وذلك كله من أجل تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية (3) (4).

وإن كانت دول مجلس التعاون من دول النظام اللاتيني التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية إلا أن أحكام المحاكم العليا تحتل مكانة أدبية كبرى كمصدر مهم لعقود الأشغال الدولية هذه المكانة تجعلها تكاد تلزم المحكمة التي أصدرتها في الأنزعة التي تعرض عليها مستقبلاً والمحكمة الأدنى درجة من باب الأولى. ويمكن لهذه المحاكم العدول عن هذه المبادئ القانونية، إذا لزم الأمر في الحالة المعروضة.

-
- 1- أنظر : د. ثروت بدوي - القانون الإداري - المرجع السابق - ص 98 وما بعدها. وأنظر في فكرة القانون الإداري كقانون قضائي:
 - د. أنور احمد رسلان - القانون الإداري - 1994 - ص 61. وكذلك في القضاء بحسبانه من مصادر القانون الإداري :
 - د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - 1994 - ص 62 ، 63.
 - د. محمد كامل نيلة - مبادئ القانون الإداري - الجزء الأول - 1969 - ص 109.
 - د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القانون الإداري - الطبعة الثانية - 1992 - ص 83.
- 2- في تأييد ذلك النظر :
- De Laubadere, Venezia, Gaudement, Traite de droit administratif, T-2, 10 Edition, P.469.
- 3- محكمة القضاء الإداري - 30 يونيو - 1957 - س 11 - ص 611 وما بعدها.
 - 4- أنظر كذلك في دور القضاء الإداري كمصدر لقانون الأشغال العامة :
 - د. عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 23 وما بعدها.

وينطبق الأمر ذاته على الفتاوى الصادرة عن وزارات وهيئات ودوائر الإفتاء بدول مجلس التعاون، كوزارة الشؤون القانونية بسلطنة عمان، وهيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين (دائرة الشؤون القانونية سابقاً)، والفتوى والتشريع بدولة الكويت، والفتوى والتشريع بدولة الإمارات العربية المتحدة، وغير ذلك من جهات الإفتاء بدول مجلس التعاون، فالمبادئ التي يحتويها هذا الإفتاء تتمتع بقيمة أدبية كبرى لكافة المشتغلين بالعمل القانوني سواء في المجال النظري الأكاديمي أم في المجال العملي التطبيقي. إلا أنه يمكن العدول عن هذه المبادئ المستقرة وابتكار مبادئ أخرى إذا لزم الأمر وقد لا يكون ذلك إلا بموافقة هذه الجهات المختصة بالإفتاء إذا كان الإفتاء صادراً منها أو كان المبدأ الجديد يخالف مبدأ مهماً ومستقراً، أو كانت الحالة المعروضة من الأهمية والعمومية في التطبيق العملي بما يستدعي إصدار مبدأ قانوني في شأنها.

رابعاً: أحكام التحكيم الدولي والأعراف الدولية:

تلعب أحكام التحكيم الدولي دوراً مهماً كمصدر إستثنائي من مصادر النظام القانوني لعقود الأشغال الدولية⁽¹⁾. فالأحكام الصادرة من المراكز التحكيمية الكبرى كمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي وغيره من المراكز التحكيمية، باتت تلعب دوراً كبيراً في إرساء معالم النظام القانوني لهذا النوع من العقود لاسيما وأن التحكيم قد أصبح أحد أهم وسائل تسوية المنازعات في عقود القانون العام والخاص على السواء.

وليس من شك في أن أحكام التحكيم الصادرة بصدد منازعات الإستثمارات الدولية عن مركز حسم منازعات الإستثمار التابع للبنك الدولي ICSID Case Law تلعب، وكما أسلفنا، دوراً فعالاً في التعريف بمبادئ قانون الإستثمارات الدولية International Investment Law من حيث الإستثمارات المحمية بمعاهدات الإستثمار الثنائية والشروط الموضوعية لحماية المستثمر الأجنبي على أرض الدولة المضيفة والتي تتضمنها المعاهدات الثنائية. فأحكام التحكيم الصادرة عن مركز ال ICSID تتضمن أهم المبادئ النظرية والتطبيقية

1- د. احمد حسان حافظ مطاوع - التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1998.

وكيفية إدخال المبادئ النظرية إلى التطبيق لإسباغ قدرًا كبيراً من الحماية على المستثمر الأجنبي من خلال صياغة وتطبيق المبادئ الحاكمة لقانون الإستثمارات الدولية ، والتحكيم في منازعات الإستثمارات الدولية.

وتلعب الأعراف الدولية أيضاً دوراً مهماً في هذا النوع من العقود ف نماذج عقود الإنشاءات الدولية كعقد (FIDIC) الذي وضعه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين وغيره من نماذج العقود تلعب دوراً كبيراً في إرساء معالم العقد وصياغته والإلتزامات المتبادلة والتي تقع على عاتق الأطراف المتعاقدة وما يتبع في صدد تسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، وهذه النماذج قد تكون هي أحد عقود الأشغال الدولية مع بعض التعديلات التي تدخلها الدولة عليه ليتواءم مع هذا النوع من العقود.

خامساً: الفقه:

تشكل مؤلفات الفقه المصدر الأخير من مصادر النظام القانوني لعقد الأشغال الدولي. وتلعب هذه المؤلفات كمصدر إستثنائي دوراً كبيراً في بيان ماهية هذه العقود والإلتزامات الملقاة على طرفيها، وسلطات جهة الإدارة حيال المتعاقد معها والجزاءات التي تملك توقيعها عليه في حالة إخلاله بالتزاماته، وخلاف ذلك من موضوعات عقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية.

وتشكل هذه المؤلفات كتب شارحة لكل ذلك تعين الباحثين والقضاة والمحكمين على فهم هذه العقود وكيفية حسم ما قد يثور من منازعات في شأن تنفيذها أو تفسيرها.

مصادر النظام القانوني لعقود الإنشاءات الدولية في النظام الأنجلوأمريكي

Common Law Jurisdictions

يختلف النظام القانوني لعقود الإنشاءات الدولية في المملكة المتحدة عنه في دول النظام اللاتيني حيث أن السوابق القضائية Case Law تحتل المرتبة الأولى في ترتيب تلك المصادر ذلك أن هذه الدول تعتبر تلك السوابق ذات صفة شبه إلزامية إذا ما تمثلت في مبادئ عامة يطبقها ويعترف بها القضاء هناك.

ويلى ذلك التشريع ثم المعاهدات الدولية وأخيراً قواعد العرف. ويرى الفقه هناك⁽¹⁾ أن مؤلفات كبار الشراح تحتل مكانة كبرى كمصدر من مصادر النظام القانوني لعقد الإنشاءات، إلا أننا نرى أن هذه المؤلفات وإن كانت تتمتع بمكانة أدبية كبيرة في التعليق والتحليل للأحكام المتعلقة بعقود الإنشاءات إلا أنها لا تزال مصدراً إستثنائياً مثلها كمثل هذه المؤلفات في النظام اللاتيني⁽²⁾.

1- في تفصيل هذه المصادر وشرحها في النظام القانوني الإنجليزي أنظر:

- Nael G. Bunni. The FIDIC Form of Contract 4th Edition of the Red Book. 2nd Edition. 1997. P. 34 .

2- Nael G. Bunni, Op. Cit., P. 43.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي

تمهيد:

في ظل عقود الأشغال الدولية الجديدة، أضحت الطبيعة القانونية لهذه العقود محل تساؤل كبير. هل هي لا تزال عقوداً إدارية صرفه وفقاً للنظرية التقليدية للعقد الإداري أم أصبحت تتمتع بطبيعة خاصة وفقاً لما تحويه هذه العقود من شروط جديدة على هذا النوع من العقود؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين أن نعرض لفكرة تحول الطبيعة القانونية لعقد الأشغال العامة الدولي على هدي من الشروط الجديدة التي أصبحت تحتويها هذه العقود وهي:

أولاً : شروط الثبات التشريعي Clauses des Stabilisation

ثانياً : شروط ثبات العقد Clauses d'intengebilite

ثالثاً : شرط التحكيم في العقد الإداري

رابعاً : شرط القانون الواجب التطبيق

وأخيراً نتحدث عن رأينا وفكرة تحول الطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي على هدي من التحليل المتقدم. ثم نعالج صياغة عقد الأشغال الدولي وتكوينه.

المبحث الأول

الطبيعة الخاصة لعقد الأشغال الدولي

لعل عقد الأشغال العامة الدولي يتسم بخصائص معينة على الصعيد الدولي تجعل من الصعوبة تحديد طبيعته القانونية على هدي من الفكرة التقليدية للعقد الإداري في النظام الفرنسي وفي الأنظمة القانونية العربية.

ولقد نتجت هذه الصعوبة من طبيعة هذا العقد وما يتضمنه من شروط تجعل من الصعوبة بمكان إدراجه ضمن العقود الإدارية كما ترسمها النظرية التقليدية للعقد الإداري وذلك في ظل وجود شرط التحكيم في العقد. ففي فرنسا، نجد أن النظام القانوني المطبق على العقد الإداري لا يثير إلى حد كبير قدر من الخلاف، حيث أن المستقر هناك أن القاضي الإداري يختص دون غيره بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد⁽¹⁾.

إلا أن الأمر جد مختلف في العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية حين يكون للأطراف حرية تعاقدية أكبر من العقد الإداري الداخلي ويتجلى مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف المتعاقدة في العلاقة القانونية بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة على صعيد العقد الإداري.

فمن المسلم أن التحكيم في العقد الإداري في فرنسا مباح في العقود الإدارية الدولية وذلك حال وجود نص تشريعي فقط يجيزه - إستثناء من حكم المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي التي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة ولوج سبيل التحكيم لتسوية منازعاتها - ذلك لأن العقد الإداري الدولي له من المقتضيات والأحكام ما يبرر اللجوء إلى التحكيم كالرغبة في سرعة حسم وتسوية المنازعات الناشئة عنه لاحتوائه على استثمارات ضخمة قد تصل إلى بضعة بلايين من العملة المحلية أو الأجنبية الأمر الذي يبيح لأطرافه اللجوء إلى التحكيم إذا وجدوا لذلك مقتض.

1- Lima dos Santos Dio , Op. Cit., P.167.

وبينما نجد القانون الإداري يسعى إلى جذب العقد الإداري الدولي إلى دائرة القانون العام فإن مقتضيات التجارة الدولية على الصعيد الآخر، والتي تظهر عندما يتضمن العقد أشخاصاً خاصة أجنبية واستثمارات أجنبية تسعى إلى تدويل العقد وخصخصته لكي يتواءم مع مصالح الأشخاص الخاصة المتعاقدة مع الدولة.

وليس من شك أنه بجانب العقود الدولية التي تخضع للقانون الخاص نجد العقود المبرمة بين الدول التي تتمتع بالشخصية القانونية على الساحة الدولية التي تخضع للقانون الدولي العام. وهي بهذه المثابة أحد أهم فروعها وهي فكرة المعاهدات والتي تعد نوعاً من التصرفات القانونية التي تصدرها الدول بتوافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين على الساحة الدولية.

وعلى الرغم من هذه الإزدواجية في العقود الدولية فإن «العقد الإداري الدولي» المبرم بين الدول وأشخاص أجنبية خاصة يأتي بهذه المثابة ليحتل مكانة خاصة تجعله وإن كان يتسم بصفة الدولية فإنه لم يزل فرعاً من فروع القانون العام يسعى إلى تحقيق المنفعة العامة، وهو أهم موضوعات القانون العام الدولي بحسبانه أحد فروع القانون العام الجديد في الفقه العربي⁽¹⁾.

وهذا ما يجعل العقد الإداري الدولي مستمراً في حقل القانون العام وإن كان يتضمن بعض الشروط التي قد غيرت إلى حد ما من طبيعته التقليدية، والتي تتفق مع الأفكار الأصولية الراسخة في فكرة العقود الإدارية كعقود إدارية صرفة تغيرت إلى تلك الطبيعة المختلطة التي وجدت لتتواءم مع المتغيرات القانونية الحديثة التي باتت تفرض نفسها على الساحة الدولية والتي استدعت وجود تلك الطبيعة المركبة لكي يتواءم هذا العقد مع هذه المتغيرات الجديدة.

1- في هذا المعنى أنظر :

- Lima dos Santos Dio, Op. Cit., P. .

-Phillipe Le Boulanger, Les contracts entre états et entreprises étrangers, 1985, P.92

- ولعرض الآراء المتباينة في المسألة أنظر:

- د. حفيظة الحداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 1996

- ص : 558 وما بعدها.

وبينما نجد فكرة العقد الإداري تسعى إلى تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود الشريعة العامة تضيف على جهة الإدارة مظهراً من السلطة العامة لكي لا يخرج من حظيرة القانون العام نجد أن قانون التجارة الدولية غالباً ما يتجاهل أثر الامتيازات الممنوحة لجهة الإدارة والتي يمكن أن تمارسها في علاقاتها التعاقدية مع أحد الأشخاص الخاصة⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه إن وجود شروط الثبات الشريعي *Stabilization Les* و *Clauses de* شرط ثبات العقد *intengebilité* يؤدي غيابها بلا شك إلى عودة العقد إلى حظيرة القانون العام والتطبيق الفوري لقواعد العقود الإدارية المألوفة في النظرية العامة للعقد الإداري فإن وجود هذه الشروط يؤدي إلى تمييع الطبيعة القانونية للعقد وتحويله من الطبيعة الإدارية الصرفة إلى الطبيعة المختلطة وذلك ما سنتناوله بشيء من التفصيل.

فمن الجدير بالذكر، أن وجود شروط الثبات التشريعي المشار إليها يؤدي إلى تقليص السلطات الاستثنائية الممنوحة لجهة الإدارة في عقودها الإدارية، وعلى العكس عند غيابها يؤدي ذلك إلى استخدام الدولة لامتيازات السلطة العامة⁽²⁾ والتي تتجلى في خضوع المتعاقد للمتغيرات التشريعية في الدولة التي يتم فيها تنفيذ الأعمال بجانب خضوعه للشروط الاستثنائية الأخرى غير المألوفة في عقود القانون الخاص.

وبجانب هذه الشروط يوجد نوع آخر من الشروط يمنع الإدارة من التغيير في العقد بالإرادة المنفردة لمصلحتها، هذا النوع من الشروط يطلق عليه الفقه في فرنسا *Les Clauses d'intengebilité* وهو شرط عدم المساس بالعقد، فشروط الثبات التشريعي، وتلك الشروط التي تمنع الدولة من التغيير لمصلحتها بالإرادة المنفردة يمنحان حماية مزدوجة للمتعاقدين الأجانب في مواجهة الدولة مما يجعلها تتخلى من البداية عن ممارسة سيادتها وامتيازات السلطة العامة بالعقد⁽³⁾.

1- Lima dos Santos Dio, Op. Cit., P. 168.

2- - Lima dos Santos Dio, Op. Cit., P. 169.

3- أنظر في ذلك :

- Philippe Leboulanger, Les contrats entre États et entreprises étrangers, Economica 1985, P. 99.

- El Younsi Malika, Les Regles Materielles du droit des contrats d'État, 1994, P.242 et suiv.

وهذا التخلي عن سلطاتها ليس له نفس المعنى بالنسبة لهذين النوعين من الشروط. ففي شروط الثبات Clause de stabilisation لا تتخلى الدولة عن سلطاتها في سن القوانين أو بعبارة أخرى لا تتخلى عن سلطاتها التشريعية لكنها تلتزم فقط بعدم تطبيق تشريع جديد أو قانون جديد في العقد الذي أبرمته مع الشركة الأجنبية في هذا العقد دون غيره. أما في شروط ثبات العقد وعدم المساس به تلتزم الدولة بعدم التغيير في العقد بإرادتها المنفردة مستعملة امتيازات السلطة العامة التي تستمدّها من نظامها القانوني العام⁽¹⁾.

وإلى جانب تلك الحماية المزدوجة المتمثلة في شروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد فهناك شرط التحكيم في العقد، والذي يأمّن إليه المستثمر الأجنبي وذلك عن طريق كفالة وسيلة سريعة وفعالة ومحايدة بل ومتخصصة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الأشغال الدولي بما يجعله بمنأى عن القضاء الوطني للدولة المتعاقدة وهو أحد مظاهر سلطاتها وسيادتها. وقد يستتبع إجازة التحكيم في هذا العقد تطبيق قانون أجنبي عليه غير القانون الوطني للدولة المتعاقدة وهو ما قد يسعى إليه المتعاقد الأجنبي منذ بداية التعاقد وفي مرحلة التفاوض.

فقد أضحى العقد الإداري الدولي طويل المدة - كعقود الأشغال الدولية - جسداً متماسكاً من الحقوق والالتزامات يتمتع على الدولة أن تضر بمقتضاه بالمتعاقد الأجنبي معها مهما كانت الظروف⁽²⁾.

ونتناول الآن بشيء من التفصيل الأحوال التي تؤدي إلى تغيير الطبيعة القانونية للعقد الإداري، وتحوله من عقد إداري صرف إلى عقد إداري مختلط له طبيعة قانونية مختلطة Hybrid nature جديدة تغاير الطبيعة القانونية التقليدية الجامدة للعقد الإداري.

1- تستمد جهة الإدارة في دول مجلس التعاون هذه السلطة من قوانين المناقصات والمزايدات ولائحتها التنفيذية.
2- Philippe Leboulanger, Op. Cit., P. 92.

نظرية تحول الطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي

أولاً : شروط الثبات التي يتضمنها عقد الأشغال الدولي :

يعرف شرط الثبات التشريعي La Clause de Stabilisation بأنه ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد من الممكن أن يؤثر على النصوص التي تكفل المساواة بين الأطراف المتعاقدة والمثال الجلي لذلك هو تغيير النصوص التشريعية التي تؤدي إلى زيادة الضرائب أثناء تنفيذ عقد الأشغال الدولي لا سيما وأن هذا العقد من العقود طويلة المدة فتأتي شروط الثبات لتعفي المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة.

وتعد شروط الثبات (1) Les clauses de stabilisation التي يتضمنها عقد الأشغال الدولي هي أهم الشروط التعاقدية التي تضيف على هذا العقد الخاصية المركبة والتي تمكننا من أن نؤكد أن طبيعة هذا العقد قد غيرت من كونه عقداً إدارياً صرفاً إلى عقد ذي طبيعة مختلطة تتواءم مع ما به من متغيرات وشروط تعاقدية جديدة على مفهوم العقد الإداري التقليدي.

ويضرب الفقه مثالا لذلك بأن شركة أجنبية أبرمت عقداً مع دولة ما لإنشاء خط أنابيب بترول ومعملاً لتكرير الإنتاج، وقد بدأت الشركة تنفيذ الأعمال وأثناء التنفيذ غيرت الدولة خططها الإدارية وأهدافها الاقتصادية وأصدرت قوانين ومراسيم جديدة وضعت نهاية للتعاقد، أو ربما عدلته على نحو يلحق ضرراً بالتعاقد معها، الأمر الذي لا يعدو أن يكون سوى تعديلاً أو إنهاءً للصالح العام وإن لم يكن في حد ذاته تأمياً (2)، فمن المؤكد أن النتائج المترتبة على ذلك ستكون وخيمة بالطرف المتعاقد مع الدولة، والذي تعدل أوضاعه بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة دونما جريرة اقترفها على الإطلاق اللهم إلا لأنه قد تعاقد معها (3).

1- في شروط الثبات أنظر :

- El Younsi, Malika, Les regles materielles du droit des contrats d'État, P.242. et suiv.
2- J.F. Lalive, contrats entre État ou entreprises étatiques et personnes privées, Académie de droit international, 1983, II, P.58.
3- مثال الإنهاء بالإرادة المنفردة : تحكيم هضبه الأهرام الشهير والمشار إليه في العديد من مراجع الفقه الإنجليزي :
- Sigvard Jarvin and Yves Derasins , collection of ICC arbitral awards, Vol. 1, 1974 - 1985, p.124 - 138.

أن الشركة الأجنبية التي تعاقدت مع الدولة يجب أن تعرف مضمون تشريعات الدولة التي ترتبط بموضوع العقد، وهي حين تبرم هذا العقد تقبل هذا التشريع عند إبرامها للعقد، وبالتالي لا يمكن إنكار حق أي دولة ذات سيادة في سن التشريعات. إلا أن العلة التي تكمن وراء إجازة شروط الثبات التشريعي هي تحصينه من محاولة للدولة لتغيير العقد بطريق ملتومستعينة في ذلك بفكرة السيادة من أجل أغراض شخصية non-generale⁽¹⁾.

ويسعى الفقه إلى إيجاد حل للمشكلة التي تثور حول محاولة التوفيق بين القواعد التي تحكم العقود وسيادة الدولة. فهناك التزام تعاقدي بشروط الثبات من قبل الدولة المتعاقدة إلا أن ذلك يصطدم اصطداماً مباشراً بمبدأ تطبيق التشريع بأثر فوري ومباشر منذ العمل به.

ولقد عالج الأستاذ Weil هذه المشكلة فحدد النظام القانوني الذي يمثل الإطار العام والذي يضع القواعد الموضوعية الواجب تطبيقها، وهذا النظام القانوني يمكن أن يكون نظام الدولة المتعاقدة أو النظام الدولي. ووضع في سبيل ذلك فرضين جديرين بالدراسة: أولهما، إذا كان العقد في موضوعه خاضعاً للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وبخاصة قاعدة تطبيق القانون بأثر فوري ومباشر وهذا القانون الوطني هو ذلك القانون الذي سيحدد مدى مشروعية شرط الثبات التشريعي.

أما إذا كان العقد خاضعاً للنظام الدولي فما هي قيمة شروط الثبات في ظل هذا النظام؟ قرر Weil أن قيمة شرط الثبات تظل كما هي فهو شرط تعاقدي ملزم ينفي قاعدة تطبيق القانون بأثر فوري ومباشر وإذا ما تم خرقه بمعرفة الدولة المتعاقدة فإن ذلك سيرتب مسئوليتها⁽²⁾.

أن قضية الثبات التشريعي ترتبط بالنظام القانوني الذي يحكم العقد ويمكن في ذلك الإجابة على ذلك التساؤل المهم الخاص بالقيمة القانونية لشروط الثبات التشريعية واللائحية؟ يرى الأستاذ لوبولونجيه P. Leboulanger أنه يجب التفرقة بين النظام القانوني L'ordre Juridique والقانون الواجب التطبيق Le droit applicable⁽³⁾.

1- - Phillippe Leboulanger, Op. Cit., P.94.

2- - P. Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intengebilité inserées dans les accords de developement économique, Mélanges Rousseau, 1974, p. 22.

3- Phillippe Leboulanger, Op. Cit., P. 96 et suiv.

فإذا كان هناك عقد يرجع القانون المحلي للدولة المتعاقدة فلا يخضع فقط في موضوعه للقواعد التي تكون هذا القانون ولكن يدخل فيه كلية بحيث أنه إذا حدث ثمة تغيير في هذا القانون فإن هذه القواعد واجبة التطبيق من تلقاء نفسها.

والأمر هنا أن دولة ما تقبل أن يكون العقد خاضعاً للقانون الدولي أو إلى المبادئ العامة للقانون ولا يستتبع ذلك أن التشريع الخاص بها يكون مستبعداً تماماً بفعل الواقع ولكن يكون هذا الاستبعاد على بعض النقاط مثل قضايا الضرائب أو الرسوم أو التأمين الاجتماعي.

وهناك أمثلة عملية قليلة لتحويل تام لعقود الدولة *contrats étatiques* ومن جانب آخر إخضاع العقد لنظام قانوني دولي لا يسعى إلى تجريد الدولة من أهليتها لمصلحة المتعاقد الأجنبي ويبدو أن P.Weil يؤيد عملية تثبيت لوائح القانون المحلي التي يمكن أن تطبق أو تكون واجبة التطبيق، ولا ترفع العقد لمرتبة أعلى، إلا أن الأستاذ لوبولونجيه P.Leboulanger يؤكد أنه إذا كان مسموحاً للدولة أن تتخلى سلفاً عن تطبيق قانون جديد في العقد فإن التخلي يجد حده عند فكرة المصلحة العامة، وليس معنى ذلك أننا نهدر قيمة شروط الثبات، لكننا نعتزف لهم بقيمة نسبة *Un valeur relative* فقط، فعدم الاعتراف بهم سيكون قابلاً أن يحمل المسؤولية للدولة ليس على أساس خرق القانون الدولي ولكن تأسيساً على خرق العقد نفسه والإخلال بالالتزامات التعاقدية حيث أن شرط الثبات يشكل في العقد نفسه شرطاً جوهرياً وأساسياً *Une stipulation essentielle*.

ونحن نضيف إلى هذه الأهمية التي يضيفها الأستاذ لوبولونجيه Le Boulanger على هذا الشرط ما يؤكد أنها من أن المتعاقد الأجنبي مع الدولة يعول عليها تعويلاً كبيراً. وإذا كنا نعتزف لشروط الثبات بهذه القيمة النسبية، يبقى أن نحدد في أية ظروف تجد الدولة سلطتها في تغيير العقد عن طريق تشريعي.

ويضيف الأستاذ لوبولونجيه أننا نستطيع أن نميز الإجراءات التشريعية أو القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وتلك التي يبدو أنها تهدف بشكل واضح إلى الإضرار والإخلال بمضمون الالتزامات التعاقدية التي أبرمتها الدولة.

ففي الحالة الأولى يبدو أن الدولة لن تتحمل ثمة مسؤولية، مع مراعاة حق المتعاقد معها في طلب إما ملاءمة العقد للظروف الجديدة وإما فسخ العقد إذا ما كان التوازن العقدي قد أصيب باختلال، فاستمرار العقد في التنفيذ سيبدو مستحيلاً وفي مقابل ذلك إذا ما لجأت الدولة لسلطتها التشريعية لتتعدى مبدأ قدسية العقود فهي تسيء استعمال هذه السلطة بشكل واضح وستتحمل مسؤولية ذلك.

ولكن من المهم البحث في أن الدولة قد يتوافر لديها النية في إلحاق الضرر بالمتعاقد معها، وهذا البحث عن النية سيكون بالتأكيد شائكاً وحساساً، فيجب أن نفترض حسن النية في ممارسة الدولة لسلطتها التشريعية. فالأمر سيكون مختلفاً في حالة ما إذا كان تحت ستار التشريع الصادر - قانوناً أو لائحة - الحاجة إلى تغيير وضع خاص، فمن غير الممكن إقرار أن سلطة سن القوانين أو اللوائح يمكن أن تستخدم للتغيير في المواقف التعاقدية. فإذا لم يكن ثمة مسؤولية على الدولة بصددها لسلطتها التشريعية فلن نقر أن الدولة المشرعة ستكون متهمة بتجاوز حقيقي لحدود السلطة التشريعية " (Détournement de pouvoir (legislatif)).

ونحن نرى أن هذا التحليل القيم الذي قدمه الأستاذ لوبولونجيه ينبع من أهمية هذه الشروط التي يعول عليها المتعاقد الأجنبي مع الدولة تعويلاً كبيراً عند إبرامه أحد عقود الأشغال العامة، ذات الطبيعة الدولية، ومنتفق معه في أن لهذه الشروط قيمة نسبية تحدها فكرة المصلحة العامة والحفاظ عليها كما نؤيد تمييزه بين الإجراءات التشريعية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وما تضيفه عليها هذه العلة من شرعية والعكس عندما تتحرف الدولة بسلطتها التشريعية فتتخلى في قوانينها الصادرة عن سلطتها التشريعية أو في لوائحها عن صفتي العمومية والتجريد اللتين يجب أن تتصف بهما القوانين واللوائح. وهنا يأتي دور الرقابة على أعمال السلطة التشريعية في الدول التي يحتوي النظام

القانوني بها على رقابة قضائية لاحقة لدستورية القوانين وتظهر هنا أهمية الرقابة اللاحقة لاسيما القضائية منها على دستورية القوانين واللوائح.

وإن كان يفترض حسن النية في السلطة التشريعية واللائحية الخاصة بالسلطة المتعاقدة، فإنه يصعب في الوقت ذاته إثبات سوء النية الدافعة لإصدار مثل هذه التشريعات واللوائح بل وتخلو المراجع الفقهية والقضائية من سابقة لمثل هذه الحالة. إلا أنه ليس من شك أنه إذا تم إثبات سوء النية والإنحراف من جانب الدولة المتعاقدة فإن ذلك سيحملها مسئولية جسيمة يمكن أن تساءل عنها بصدد تشريعاتها ولوائحها.

ونرى فيما يتعلق بشرط الثبات التشريعي أنه وإن كان يمثل إخلالاً بسيادة الدولة في حقها في إصدار تشريعاتها على النحو الذي سنته سلطتها التشريعية إلا أن هذا الإخلال يبرره رغبة المتعاقد الأجنبي في توفير قدر من الثبات للظروف الاقتصادية المحيطة بالتعاقد مما يوفر له أكبر قدر من الحماية التي تتطلبها طبيعة هذا التعاقد من وجود شركة أو مجموعة شركات أجنبية كبرى ترغب في تنفيذ الأعمال المتعلقة بأحد مشروعات البنية الأساسية الكبرى الذي قد يتكلف مبالغ طائلة وقد يلحق بهذه الشركات بعض الخسائر المالية الجسيمة نتيجة التقلبات التشريعية المتتالية.

فإذا كان لهذا الإخلال ما يبرره من المصلحة العامة فإن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات تكون هي الأجدر بالتطبيق في هذه الحالة وطالما أن الضرورة تقدر بقدرها فلا ضرر ولا ضرار.

إلا أننا نرى أن الحل العملي لشروط الثبات هو أنه يجب أن ينص في شرط الثبات على وجوب أن تتحمل الدولة بدلاً من المتعاقد الفروق في قيمة الأعباء المالية التي ترتبها التشريعات الجديدة على عاتقه، ذلك أن القاضي الوطني أو المحكم سيجد نفسه في مأزق إذ أنه في حالة توافر حسن النية في جانب الدولة المتعاقدة فإنه لن يستطيع أن يتصل من تطبيق القانون الوطني الجديد وسيكون النص على شرط الثبات درياً من دروب العبث إذ سيصبح عديم الجدوى من الناحية العملية، فيكون الحل السليم هو تحميل الدولة المتعاقدة بالفروق المالية التي قد يتحملها المتعاقد معها نتيجة هذه التغييرات التشريعية، وتكون تلك التغييرات بمثابة زيادة في سعر العقد تتحملها الدولة المتعاقدة.

ثانياً : شرط ثبات العقد Clause d'intengebilité (عدم المساس بالعقد) :
لعل العقود الإدارية الدولية المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة
تثير أحد أهم الاعتبارات بين طياتها، هو التوفيق بين فكرة السيادة من ناحية
- سيادة الدولة المتعاقدة - وبين مبدأ الحرية التعاقدية، أو مبدأ سلطان الإرادة
Party Autonomy من ناحية أخرى.

فالعقد الذي أبرمته الدولة لن يكون أثره - بشكل حتمي - تقليص سيادتها على
الأقل مستقبلاً، ذلك أن القدرة التي لدى الدولة في إبرام العقود مع مؤسسات
أجنبية هي دليل على سيادتها، فالدولة ذات السيادة تستطيع أن تلتزم بالعقد،
والعكس سيؤدي إلى إنكار الحرية التعاقدية للدولة. فإذا كانت فكرتا السيادة
والحرية التعاقدية على هذا النحو فكرتين متوافقتين فإنضمام الدولة للعقد
سوف يؤدي رغم ذلك إلى نتائج سوف تحد بشكل كبير من سيادتها أو على
الأقل من امتيازات السلطة العامة إلا إذا اعتبرنا أن لها الحق تماماً في أي وقت
أثناء تنفيذ العقد في تغيير أو وضع نهاية للعقد⁽¹⁾.

إذا اعتبرنا أن الدولة مهمتها تحقيق المصلحة العامة فهل يمكن أن نقبل إذا
أمرت بذلك المصلحة العامة أن تغير الدولة أو تخل - من جانب واحد - بالتوازن
العقدي؟ أنشأ القضاء الإداري الفرنسي نظاماً متجانساً في هذا الشأن وكذا
القضاء الإداري في مصر ومن شأن النظامين الحفاظ على المصلحة العامة.

والسؤال الآن، هل يمكن نقل هذا النظام للعقود الدولية؟

هناك مفهومان يتعارضان مع ذلك حسبما يرى الأستاذ لوبولونجيه⁽²⁾
فالدولة سيكون لها دائماً القدرة على اختراق مبدأ القوة الملزمة للعقد من
جانب واحد، ذلك أنها تقوم بذلك بحسن نية، وبدافع من المصلحة العامة
بحسبانها القوامه على الشأن العام. ووفقاً لمفهوم آخر، فإن القوة الملزمة للعقد
الناعبة من قانون الدولة المتعاقدة يمكن بتغييرها سيادياً لقانونها الخاص تغيير
الحقوق والالتزامات الموجودة بالعقد.

1- Philippe Leboulanger, Op. Cit., P.99.

2- P. Leboulanger, Op. Cit., P.99.

وليس من شك أن لكل نظام قانوني محلي أو دولي يعترف بقيمة مبدأ قدسية العقود وبالتالي حق الدولة في تغيير قانونها الذي لا يتضمن إساءة للعقد. فحق الدولة في التعديل في العقد بإرادتها المنفردة⁽¹⁾ ليس له وجود في ظل هذا النوع من الشروط Clauses d'intengebilité، فهي تسلب الدولة هذا الحق لمصلحة المتعاقد الأجنبي معها.

ويبين من ذلك أن شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد شرطان أساسيان للمتعاقد الأجنبي بما يضيفانه من القدرة على التوقع للمستقبل، وتوفير قدر كبير من الأمان للمتعاقد مع الدولة فهما يمثلان عنصراً مهماً من عناصر الحماية التي تتطلبها الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، فهذه الشركات تتحصن ضد ممارسة السيادة والسلطة العامة مع شريكهم (الدولة).

وقد إنتهجت تشريعات الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص PPPs بدول مجلس التعاون الخليجي والتي صدرت عامي 2014، و 2015 بإمارة دبي نهجاً مشابهاً بالسماح بتضمين عقود الشراكة بدولها نصوصاً تعاقدية مماثلة.

ويرى بعضهم⁽²⁾ أن هذه الشروط إن وجدت في العقد لا يبدو أنها تشكل شروطاً غير طبيعية؛ لأنها من جانب تسمح بضمان التنفيذ الجيد للعقد طوال مدته أي طوال فترة التنفيذ. إلا أن لهذه الشروط دائماً اعتبارات سياسية ومن جانب آخر فالدولة المتعاقدة تسعى دائماً إلى إعطاء امتيازات للمتعاقد الأجنبي إذا كانت هناك أسباباً لذلك كأن يكون تمويل المشروع من جهة أجنبية في صورة منحة أو قرض لاسيما إذا كان هذا المشروع من مشروعات البنية الأساسية ذات الطبيعة القومية، التي تحرص الدولة على القيام بها، كما تحرص على أن يضطلع بتنفيذها كبرى الشركات في العالم.

ولما كانت هذه الشركات تسعى إلى الحماية من التغييرات التشريعية أو اللائحية أثناء فترة التعاقد، وكذا من تدخل الدولة لتعديل العقد بإرادتها

1- في حق الدولة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، أنظر على سبيل المثال :

Laurent Richer, Op. Cit, P.195 et Ss.
De Laubadere, Op. Cit., 2, P.388.
F.Sabini, Op. Cit., P.154 et Ss.

وفي الفقه العربي أنظر على سبيل المثال :

- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 457.

2- Phillipe Leboulanger, Op. 100,101.

المنفردة فإنه يكون لزاماً على الدولة في مثل هذه الظروف التعاقدية أن تقبل هذه الشروط التي تقلص من امتيازات السلطة العامة في عقد الأشغال الدولي؛ والتي تغير إلى حد كبير من طبيعته القانونية من عقد إداري صرف إلى عقداً ذي طبيعة مركبة جديدة على العقد الإداري.

ثالثاً: شرط التحكيم في العقد الإداري:

يشكل التحكيم الدولي الطريق الأكثر انتشاراً لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات وخاصة عقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية. وقد يكون هذا التحكيم خاصاً Adhoc أو مؤسسياً Institutional. غير أنه من المقرر أن تسوية المنازعات الخاصة بعقود الاستثمار عن طريق التحكيم تثير بعض المشكلات الخاصة المرتبطة باشتراك شخص معنوي من أشخاص القانون العام في إجراء التحكيم.

ويثير شرط التحكيم في العقود الإدارية - بدءاً من ذي بدء - مشكلة تتعلق بأثر إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من جهة الإدارة (حق الفسخ) على هذا الشرط، إذ أن ذلك يتناقض مع التزامات الدولة التعاقدية، والتي ربما تكون الدولة قد قبلت التحكيم بناء على إحدى المعاهدات الدولية. فاتفاقية واشنطن 1965 (ICSID) نصت على أن أي طرف ليس من حقه سحب موافقه من جانب واحد على التحكيم أياً ما كان شكل هذه الموافقة سواء أكانت شرط تحكيم أم توفيق أم نص تشريعي أم قانوني. والقاعدة الشرعية التي تقضي بأن «من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه» تؤيد هذا الرأي. فالدولة إذا ما التزمت بشرط التحكيم سواء في العقد أو بناء على معاهدة دولية فيتعين عليها ألا تنقض هذا الإلتزام⁽¹⁾.

فمسألة إجراء التأميم وأثره على صحة واستمرار شرط التحكيم بالعقد حظيت باجتهادات قضائية عديدة، ففي قضية Texaco⁽²⁾ اعترضت الحكومة الليبية على اختصاص المحكم تأسيساً على إنعدام شرط التحكيم بفعل قرارات التأميم.

1- Phillipe Leboulanger, Op. Cit., P.235 eT suiv.

2- أنظر:

- Jean Falvien Lalive, contrats enter Étape ou entreprise étatiques et personnes privées, Académie de droit international, 1983, II P.83 et suiv.

فالنزاع قد نشأ بفسخ العقد من جانب واحد للدولة الليبية بتأميم كل الأموال والممتلكات وحقوق الامتياز الخاصة بـ Liamco. ومما لا شك فيه أن هذا النزاع يعتمد على شرعية هذا التأميم وطلبات Liamco الناتجة عن هذا التأميم. واستنتجت المحكمة أن هذا التأميم يقع تحت طائلة شرط التحكيم، وكذلك النزاع الناتج عن هذا التأميم بدون شك يعد من المسائل الخاصة بالتحكيم، فهذا المنهج الذي اتبعته محكمة التحكيم يقر باستقلالية شرط التحكيم ويرى أن ذلك أمر جوهري من أمور القانون الدولي فشرط التحكيم من الشروط الجوهرية التي لو لم تتوافر لما تعاقدت الشركة الأجنبية منذ البداية⁽¹⁾.

والدولة النامية بصفة عامة ترى في التحكيم مساساً بسيادتها، فضلاً عن أن التحكيم الدولي قد نشأ ونمت قواعده في دول أخرى لا تشكل بطبيعتها نظاماً محايداً وذلك بسبب الأصول الأجنبية للمحكمن الذين أنشأوا هذا النظام. ولما كان كل طرف من الأطراف المتعاقدة يهرب من قضاء الطرف الآخر فإن الأطراف عادة ما يلجأون إلى التحكيم⁽²⁾.

فمعظم الدول العربية تقبل التحكيم كنظام لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقودها، وذلك بسبب قوة بعضها الاقتصادية وإمكانيات الاستثمار التي يقدمها البعض الآخر، فالروابط التجارية بهذه الدول تخضع لتقنياتها التجارية التي تأثرت، وإلى حد كبير، بتقنيات نابليون الفرنسية.

وليس من شك في أن أحد العوائق التي تحول دون تصنيف عقد الأشغال الدولي ضمن العقود الإدارية في صورتها التقليدية هو شرط التحكيم في ظل عدم وجود قضاء إداري دولي يختص بنظر منازعات القانون العام على الصعيد الدولي⁽³⁾، وتحديد منازعات العقود الإدارية.

رابعاً : شرط القانون الواجب التطبيق :

لعل أهم القواعد الموضوعية لنظرية العقد الإداري هي أن يطبق القانون الوطني على هذا العقد. والقاعدة أنه عندما يكون العقد إدارياً فلا يطبق عليه قانون غير القانون الوطني، إلا أن التطبيق بالعديد من الأنظمة القانونية لدول

1- Phillippe Leboulanger, Op. Cit., P.

2- Phillippe Leboulanger, Op. Cit., P.250.

3- Lima dos santos Daio, Op. Cit., P.169.

مجلس التعاون الخليجي أباح أن تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يختارها الأطراف وإن لم تكن هي قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة .

وذهب المشرع إلى أكثر من ذلك حين أجاز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون.

والمستفاد مما تقدم أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يكون قانوناً غير القانون الوطني إذا ما أطلقت الحرية للأطراف في اختيار قانون غيره أو إذا طبقت هيئة التحكيم قانوناً مخالفاً له، وهو ما يتناهي صراحة مع القواعد الموضوعية للعقد الإداري التي تستلزم أن يكون التحكيم في هذا النوع من العقود في إطار الشروط الموضوعية لنظرية العقد الإداري. والأكثر من ذلك مما يتناهي مع هذه النظرية أن المحكم يمكن أن يطبق قواعد العدالة والإنصاف ليفلت من تطبيق قواعد القانون الوطني بما يتضمنها هذا القانون من قواعد خاصة بالعقود الإدارية كقواعد القوانين الصادرة في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات.

وحيث لا يمكن القول بأن هذا العقد إدارياً وفقاً للضوابط المذكورة فهناك بعض الآراء التي تناصر النظرية التقليدية للعقد الإداري لازالت ترى عدم إمكان تطبيق قانون غير القانون الوطني على العقد الإداري.

الآثار المترتبة على تحول الطبيعة القانونية لهذا العقد :

تتحول الطبيعة القانونية لهذا العقد كما أسلفنا نتيجة تضمنه هذه الشروط الجديدة التي لم يألفها العقد الإداري من قبل. فهذه الشروط تغير من الطبيعة القانونية لهذا العقد لتجعله عقداً وسطاً بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص. إلا أن ثمة تساؤلات عده تثور حول الآثار القانونية المترتبة على هذه الطبيعة الجديدة من حيث القضاء المختص بنظر منازعات هذا العقد كنتيجة لتضمنه هذه الشروط.

ليس من شك أن الاختصاص بنظر منازعات هذا العقد لن يكون للقضاء الوطني وحده وإنما سيكون أيضاً ذلك لوسائل تسوية المنازعات الأخرى من

توفيق ووساطة وتحكيم ذلك كأثر مباشر لتلك الطبيعة الجديدة وما يفترضه هذا العقد من تضمنه لشروط جديدة وأحكام جديدة وحاجته إلى التحكيم المتخصص الذي قد يتضمن خبرات هندسية وقانونية خاصة لحسم منازعات هذا العقد. ولا يفوتنا أن نذكر أن الشركات الأجنبية الكبرى والتي تضطلع بتلك المشروعات الكبرى غالباً ما تشترط وجود شرط التحكيم في هذا العقد وذلك لرغبتها في التخلص من سلطان القضاء الوطني ولكونها الشركة الوحيدة أو مجموعة الشركات الوحيدة في العالم التي قد تستطيع تنفيذ الأعمال المتعلقة بهذا المشروع، يضاف إلى ذلك كون هذه المشروعات ممولّة تمويلًا أجنبيًا من الخارج في صورة منحة أو قرض عن طريق جهات التمويل الدولية الكبرى كهيئة المعونة الأمريكية U.S.AID أو المعونة اليابانية أو غيرها. فالتمويل الأجنبي لتلك العقود غالباً ما يشترط تسوية منازعاته عن طريق التحكيم بحسبانه الوسيلة المأمونة من وجهة نظر تلك الجهات الأجنبية التي توكل نظر النزاع إلى قاضي مختار من جانبها بالإضافة إلى خضوع النزاع للقواعد القانونية - أو القانون - والقواعد الإجرائية التي يختارها أطرافه إبان إبرامهم العقد. إلا أن ثمة تساؤلاً يفرض نفسه في معرض هذه الدراسة يتعلق بالجهة القضائية المختصة بنظر منازعات هذا العقد - وذلك في الدول ذات القضاء المزدوج - إذ لم يشترط الأطراف التحكيم أو أي من الوسائل البديلة كطريقة لتسوية منازعاته.

هل يختص بنظر منازعات هذا العقد القضاء الإداري - في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج - بحسبانه عقداً إدارياً أم القضاء المدني بحسبانه عقداً خاصاً؟ وما أثر الطبيعة القانونية المختلطة على ناحية الاختصاص القضائي؟

نرى أن هذا العقد وإن كان قد تجرد إلى حد كبير من أحد أهم معايير العقد الإداري التي يتحدد على أساسها الاختصاص القضائي بنظر منازعاته وهي أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود الشريعة العامة فالشروط الجديدة التي يتضمنها العقد تقلص نفوذ السلطة العامة في التغيير من العقد ومن زيادة الأسعار ومن اختصاص القضاء الوطني وربما من تطبيق القانون الوطني على موضوع النزاع أو إجراءاته أو الاثنين معاً، إلا أنه لا يفوتنا أن نغفل

أن هذا العقد لا يزال يتضمن بين طياته الجزاءات التي توقعها جهة الإدارة في عقود الأشغال الدولية، مثال ذلك فسخ العقد ومصادرة التأمين بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة أو سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد المقصر وما يترتب على ذلك من تحميله لفروق الأسعار وغرامات التأخير والمصروفات الأخرى.

وسواء نص على هذه الجزاءات صراحة أو ضمناً بالنص على أن قانون المناقصات والمزايدات الوطني - حال تضمنه بعض الجزاءات - جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد فإن هذه الجزاءات لا تزال تمثل مظهراً من مظاهر السلطة العامة فيه وصوراً للشروط الاستثنائية تستلزم بالضرورة خروجه من اختصاص القضاء المدني ليختص به القضاء الإداري بحسبانه لا يزال يتضمن بعضاً من الشروط الإستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص.

المبحث الثاني

صياغة عقد الأشغال الدولي وتكوينه

بعد أن بينا الطبيعة الخاصة لعقد الأشغال الدولي الجديد، نوضح في هذا المبحث كيفية صياغة شروط عقد الأشغال الدولي. فالعقد الإداري يتميز بخصوصية معينة من حيث صياغة شروطه. إلا أنه ثمة تساؤل مهم كان محللاً لإهتمام الفقه وهو:

هل صياغة شروط العقود الإدارية تؤثر على طبيعة هذا العقد ؟؟

لعل أول خصائص العقود الإدارية فيما يتعلق بصياغة شروطها يكمن في الصفة الإنفرادية والسابقة لصياغة العقد. ويقصد بذلك أن جهة الإدارة تتفرد بصياغة العقد قبل إبرامه. أما الخاصية الثانية التي تميز العقود الإدارية مفادها أن جزءاً كبيراً من العقود تحدده النصوص القانونية واللائحية العامة.

وتعتبر كراسات الشروط جزءاً من العقود الإدارية إما بالنص عليها أو بالإحالة إلى القوانين واللوائح التي تنظم كل العقود الإدارية أو نوع من العقود الإدارية مثل عقود الأشغال العامة، وغيرها من العقود.

ويختلف الفقه فيما إذا كانت هذه العقود الإدارية عقوداً أم عملاً شرطياً Acte – Condition يؤدي إلى إعمال قاعدة عامة على حالة خاصة.

ويرى الفقه أن صياغة العقود من قبل الإدارة لا ينفي عنها كونها عقوداً وإن كان يكاد أن يؤدي في بعض الأحيان إلى تحويلها إلى عقد من عقود الإذعان التي يعرفها القانون المدني. ويرى الفقه أيضاً أن صياغة العقود عن طريق قوانين ولوائح ذات طابع عام وكراسات شروط يجب الإحالة إليها أو إدراجها في العقد حيث أنها لا تؤدي إلى جعل المتعاقد مع الإدارة في مركز لائحي أو شرطي، حيث أنه يعد من الخصائص الأساسية للعمل الشرطي أو اللائحي هو أنه بمجرد اكتمال شروط معينة يسري القانون على الحالة، وبمجرد حدوث تعديل في

مركز صاحب الشأن تسري القوانين واللوائح في حقه من تلقاء نفسها وهذا لا يحدث في حالة العقود الإدارية، ذلك أن كراسات الشروط التي يجب إدخالها في العقد تسري في حق المتعاقد عند إبرامه العقد، غير أن حدوث تعديل في كراسات الشروط لا يسري في حقه تلقائياً حيث أنه يظل ملتزماً بالعقد الذي تم الاتفاق والتوقيع عليه⁽¹⁾. ولا يتنازل في ذلك مع وجود نموذج لتعاقدات الدولة في العقود الدولية للأشغال العامة يوضع بمعرفة المختصين فنياً وقانونياً وآخر لعقود الأشغال الداخلية على نحو ما سنشير إليه في خاتمة دراستنا الماثلة.

ولعل الوضع في عقود الأشغال الدولية يختلف عن ذلك كثيراً، ذلك أن الطبيعة القانونية الجديدة لهذا العقد تلعب دوراً كبيراً في عملية الصياغة، فالأطراف عادة ما يتفقون على صياغة بنود العقود وشروطه بغية الوصول إلى تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية من وجهة نظر المتعاقد الأجنبي. ولعل ذلك يظهر جلياً في شرط التحكيم في هذه العقود وكذلك شروط الثبات التشريعي واللائحي، وشروط ثبات العقد Clauses d'intengebilitè تلك الشروط الأخيرة التي تبعد كثيراً عن العقد الإداري حين تقييد جهة الإدارة في التعديل في العقد بإرادتها المنفردة وهذا بلا شك - وعلى ما سبق بيانه - من أهم مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، التي يهدف المتعاقد الأجنبي إلى تلافيها في صياغة هذا العقد.

وتسلك الشركات الكبرى في سبيل ذلك مسالك مختلفة فيذهب معظمها إلى تبني شروط عقد الفيديك FIDIC مع التعديل الطفيف فيها بما يتلاءم مع الثقافة القانونية السائدة في الدولة المتعاقدة. وقد جرى العمل على أن يشترك في الصياغة غالباً المندوبين القانونيين والفنيين للجهة الإدارية المتعاقدة والشركة أو الشركات الأجنبية وذلك بقصد الوصول إلى صياغة عقد يقترب من العقد الإداري في طبيعته ويوفر للمتعاقد الأجنبي أكبر قدر من الحماية من وجهة نظره بتضمينه شروط قد تكون دخيلة على العقد الإداري في صورته التقليدية كما أسلفنا.

1- De Laubadere, Moderne et Delvolve, Op. Cit., T-1, P.676

- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص 485، 486.

مكونات العقد⁽¹⁾ :

يتضمن صلب العقد بعض التعريفات الخاصة بالمتعاقدين والمهندس الاستشاري وخلافه من الجهات المعنية في العقد وصفاتهم وممثليهم القانونيين وبلي ذلك بيان الغرض من التعاقد والتأمينات المقدمة من المتعاقد الأجنبي والتزامات طرفي العقد وهي جوهر العملية التعاقدية وما يترتب في حالة الإخلال بالإلتزامات إن كان العقد سيتضمن الإشارة إلى غرامات التأخير وغيرها من الجزاءات. ويتضمن العقد غالباً شروطاً خاصة كشروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد، ونظم الدفع للمتعاقد عن طريق الدفعة المقدمة ما يليها من مستخلصات وما يتعلق بالتعاقد من الباطن والقوة القاهرة..... إلى آخره من النصوص المألوفة في هذا النوع من العقود ، وأخيراً تسوية المنازعات التي غالباً ما تكون عن طريق التحكيم.

ويلحق بالعقد عدة ملاحق في الغالب تحتوي عادة على جدول زمني لتنفيذ الأعمال حسب مراحل تنفيذها وبعض المواصفات الفنية وخلاف ذلك مما تتطلبه هذه العقود عند تنفيذها.

لغة العقد :

تنص عقود الأشغال الدولية غالباً على أن تكون اللغة الإنجليزية هي المعول عليها عند تفسير نصوص العقد أو عند حدوث أية منازعات.

والأصل أن تكون لغة العقد هي اللغة العربية بحسبانه عقداً من عقود الدولة إلا أنه ليس هناك ثمة ما يلزم جهة الإدارة بذلك لا سيما وأن معظم المعاملات الدولية في الآونة الأخيرة تتم باللغة الإنجليزية كذلك التحكيمات الدولية الخاصة بهذه العقود، وطرق تسوية المنازعات الأخرى.

1- Jacques Clément et Daniel Richer, Op., P.125 et s.

الباب الثاني

دخول العقد حيز التنفيذ

والإخلال بالالتزامات المتقابلة فيه

لعل الطبيعة القانونية الجديدة لعقد الأشغال الدولي ذات أثر كبير على تنفيذ والإخلال بالالتزامات المتقابلة فيه، ومدى سلطة الدولة في توقيع الجزاءات التي تملكها على المتعاقد الأجنبي معها بذات الأسلوب الذي إتبعته في العقد الإداري.

ومما هو جدير بالدراسة والتحليل في معرض حديثنا هو أثر تلك الطبيعة الجديدة على الأفكار الأصولية الراسخة في فقه العقود الإدارية كعوارض تنفيذ العقد الإداري وأثر شروط الثبات التشريعي على تقليص فرص اختلال التوازن المالي للعقد الذي قد يضر بالمقاول مما يقلص بالتبعية من دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي لهذا العقد إذا ما شابه ثمة إخلال ويوفر للمتعاقد الأجنبي الحماية التي يبتغيها.

وتتجلى تلك الحماية في محاولة تلافي تغير الظروف الإقتصادية والتشريعية والتي قد تصيب المتعاقد مع الدولة بأضرار مالية مجحفة أثناء التنفيذ لاسيما في عقود طويلة المدة ، ضخمة القيمة.

ونعرض أيضاً لفكرة الظروف المادية غير المتوقعة، والتي لا يمكن تلافيها بالوسائل التعاقدية إذ أن من خصائص هذه الفكرة عدم إمكان التوقع.

الفصل الأول

دخول العقد حيز التنفيذ والتزامات كل من طرفيه

المبحث الأول

دخول العقد حيز التنفيذ

إن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني، من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية، تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية. وهذا العقد يخضع لما يحكم العقد المدني من أصول وقواعد. يدخل العقد حيز التنفيذ بتوقيعه من أطرافه حيث يرتب التزامات متقابلة على طرفيه يتعين بمقتضاها أن يقوم كل طرف بتنفيذ ما يضطلع به من التزامات.

ولعل أهم المبادئ التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية مبدأ سمو المصلحة العامة في تنفيذ العقد الإداري، فمن المقرر في هذا النوع من العقود عدم تساوي مصالح الطرفين، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، فلإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، ولها - بناء على ذلك - الإنفراد بتغيير شروطه، أو إضافة جديد إليه بما تراه أكثر تحقيقاً للصالح العام⁽¹⁾.

1- أنظر : المحكمة الإدارية العليا حكم رقم 1520 - 2 في 20/4/1957 - 2/97/937، كذلك حكم 1520 - 2 في 20/4/1957 - 2/97/937 - مشار إليهما في مجموعة الأربعين عاماً - ص 305 ، 307 .
- وأنظر كذلك حكم 954 - 12 في 11/4/1970 - 43/264 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 308 .
- وفي تنفيذ العقد في الفقه الفرنسي بصفة عامة أنظر على سبيل المثال :
De Laubadere, Op. Cit ., T- 2, P.9 et suiv.
Laurent Richer, Op. Cit., P.200 et suiv.
- وفي الفقه العربي أنظر على سبيل المثال في الإلتزامات التي تتولد عن العقد الإداري :
د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 407 وما بعدها .

وقد إستقر قضاء محكمة التمييز الكويتية على أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فمصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، ولكنها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري. ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود⁽¹⁾ وأن لها دائماً حق تغيير شروطه وإضافة شروط جديدة⁽²⁾، بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن «العقد شرعية المتعاقدين» كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلية، وإلا جاز للطرف الآخر فسخه، وبشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا اختلفت الموازنة في الشروط المالية، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر⁽³⁾.

-
- 1- Jean Dufau, le droit des travaux Publics, Tome 1, P.196 et suiv.
 - Laurent Richer, Les contrats administratifs, 1991, P.77,
 - De Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr – adm., T-2, Op.Cit., P.447.
 - F.Sabiani, Marchés publiques de travaux et contrats voisins, P.142.
 - André de laubadère, Jean – claude venezia et Yves Gaudement, Traité de droit administratif, Tome 2, 10e edition, P.482, P.483.
 - Auby et bon, Droit administratif des biens, 3e edition, P.238.

- أنظر كذلك :

- د. عيسى عبدالقادر الحسن – إلتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة – 1997 – ص 281.
 - د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – ص 454.
 - وكذلك أنظر المادة 77 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983 ، المواد 2.5.24.25.38 من C.C.A.G .1976
 2- سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص 457 ، عيسى عبد القادر حسن – المرجع السابق – ص 302 وما بعدها.
 وأنظر كذلك:

- Auby et Bon, Op. Cit., P.238.
 - De Laubadère, Venezia et Gaudement, Traite de droit administratif, T. 2, P. 483.
 - F. Sabiani, Op. Cit., P. 150 et suiv.

3- في قضاء محكمة التمييز الكويتية المتواتر أنظر على سبيل المثال:

الطعن رقم 269 لسنة 1996 تجاري ، جلسة 31 / 3 / 1997 ، وكذلك الطعن رقم 235 لسنة 1989 إداري ، جلسة 28 / 1 / 1990 . وأنظر كذلك الطعن رقم: 258 لسنة 98 تجاري ، جلسة 24 / 5 / 1999 .

كما تخضع العقود الإدارية لتلك القاعدة التي توجب تنفيذها بما يتفق وحسن النية كما هو الحال في العقود المدنية⁽¹⁾، إلا أن ذلك لا يخل بما تتميز به العقود الإدارية من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق وتغليب الصالح العام على مصالح الأفراد الخاصة⁽²⁾.

والأصل في هذا النوع من العقود أن «العقد شريعة المتعاقدين» بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه فالعقود الإدارية الدولية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية يجب تنفيذها بما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما توجهه حسن النية في تفسير هذه العقود⁽³⁾.

إلا أنه كما أوضحنا سلفاً⁽⁴⁾ وفيما يتعلق بعقود الأشغال الدولية فشرط الثبات التشريعي وشرط ثبات العقد Clause d'intengebilité تقلص من نفوذ الدولة سابق الإشارة إليه فالمتعاقد الأجنبي وفقاً لشروط الثبات التشريعي لن يخضع للتغييرات التشريعية التي قد تحيق به أضراراً مالية كما أن الإدارة في هذه العقود ليس لها سلطة تعديل العقد أو الإضافة إليه بالإرادة المنفردة وفقاً لشرط ثبات العقد.

إلا أنه على الرغم من ذلك، يظل لجهة الإدارة حق الإشراف على العقد وتوجيه الأعمال بما يتفق مع الصالح العام وتغليبها على المصلحة الفردية الخاصة، أية ذلك أن جهة الإدارة تملك من الأدوات التي منحها لها السلطة التشريعية واللائحية ما يمكنها من توقيع جزاءات على المتعاقد الأجنبي معها في حالة إخلاله بأحد التزاماته من فسخ للعقد ومصادرة للتأمين أو التنفيذ على الحساب و كذلك توقيع غرامات تأخير في حالة التأخير في التنفيذ عن الحد المطلوب مما يؤدي إلى تحول الطبيعة القانونية لعقود الأشغال الدولية إلى طبيعة جديدة على العقد الإداري نظراً لما تحتويه من شروط سبق بيانها مع بقاء بعض السلطات والجزاءات لجهة الإدارة.

1- المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم : 1520 - 2 (1957/4/20) (937/97/2) - مجموعة الأربعين عاماً - ص 307.

2- المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم : 954 - 12 (1970/4/11) (264/43/15) - مجموعة الأربعين عاماً - ص 307.

3- في تطبيق ذلك في العقود الإدارية الداخلية أنظر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 75 في 14/1/1988 جلسة (1987/12/19) 41 و 42 (598/214/42).

4- أنظر الجزء من هذا المؤلف المتعلق بشروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد Clause d'intengebilité، وأثر ذلك على تحول الطبيعة القانونية للعقد الإداري.

ولكي يتسم البحث بالموضوعية، فإنه يتعين علينا أن نعرض صور إخلال جهة الإدارة مع صور إخلال المتعاقد معها، فكما يتصور الإخلال من المتعاقد الأجنبي فإنه يتصور كذلك من جهة الإدارة. فالمقاول يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ العقد في مواعيد محددة وأن يكون هذا التنفيذ مطابقاً للمواصفات المتعاقد عليها. أما رب العمل (الدولة) فيقع على عاتقه الإلتزام بتسليم الموقع خالياً من العوائق والحيلولة دون أي إجراء يعوق التنفيذ وسداد مستحقات المقاول في المواعيد المتفق عليها⁽¹⁾.

وإذا ما أردنا أن نسرد صور الإخلال بالإلتزامات المتقابلة في هذا العقد من جانب طرفيه، فيمكننا أن نشير إلى صور الإخلال الآتية من قبل جهة الإدارة :

أولاً : التأخير في تسليم الموقع عن الحد الزمني المعقول.

ثانياً : التأخير في إعداد التصميمات والرسومات.

ثالثاً : ظهور عقبات تحول دون التنفيذ.

رابعاً : إهداء ملكية الأرض المقام عليها المشروع من قبل الغير.

خامساً : التأخر في صرف الدفعة المقدمة والمستخلصات.

سادساً : التأخر في تسلم الأعمال عن الحد الزمني المعقول .

1- في تفصيل التزامات المتعاقدين في عقود الأشغال العامة أنظر في الفقه الفرنسي :

- Jean Dufau, Le Droit de Travaux publics, Tome 1, P.159 et suiv.

- Khaled Kadiki, Contrats internationaux de travaux publics et développement en Libye, Tome 1, P.165200-

وفي الفقه العربي أنظر : د.عيسى عبد القادر الحسن - التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة - 1997 - القسم الأول من ص 25 إلى ص 201.

وفي التزامات المتعاقدين في العقود الإدارية بصفة عامة أنظر : د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 436 وما بعدها ، وفي حقوق المتعاقدين في مواجهة الإدارة أنظر ص 566.

أما صور الإخلال من جانب المفاوض فيمكن تصورها على النحو التالي:

أولاً : الإخلال بالالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد.

ثانياً : التأخر في تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها.

ثالثاً : تنفيذ الأعمال بطريقة غير مطابقة للمواصفات المتعاقد عليها.

ويلى ذلك بيان الطبيعة القانونية لهذا الإخلال في الفقه والقضاء المقارنين ونتلو ذلك بالبحث في الجزاءات التي يمكن أن توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها في فصول أخرى.

المبحث الثاني التزامات الأطراف

المطلب الأول صور إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها

أولاً: التأخر في تسليم موقع الأعمال عن الحد الزمني المعقول: تتمثل أول صور الإخلال بعد التعاقد بين جهة الإدارة والمقاول في تأخر جهة الإدارة في تسليم الموقع للمقاول عن الحد الزمني المعقول لتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها.

فمن الأمور المسلمة في العقود كافة سواء كانت عقوداً إدارية أم مدنية والتي استقر عليها القضاء بدول مجلس التعاون الخليجي ومصر أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال كما أنه من المقرر أن عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل مما يترتب عليه وقف تنفيذ العملية مدة طويلة تجاوز الحد المعقول يعد إخلالاً جسيماً من جانب الإدارة بواجباتها مما يستحق معه المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عما أصابه من أضرار⁽¹⁾.

ثانياً: التأخر في إعداد التصميمات والرسومات أو إعدادها على نحو غير سليم من الواقع أو القانون:

تلتزم الدولة في عقود الأشغال المحلية منها والدولية بإعداد التصميمات والرسومات في وقت مناسب وعلى النحو الذي يتفق وأحكام القانون فلا يمثل أية مخالفات يمكن معها تعطيل الأعمال سواء كانت هذه المخالفات قانونية

1- أنظر محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم: 269 لسنة 1996 تجاري، جلسة 31 / 1 / 1997، وفي مصر أنظر المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 862 لسنة 9 القضائية جلسة 1967/6/3 - مجموعة العليا في 15 سنة.

أو واقعية. فإذا تأخرت جهة الإدارة في إعداد التصميمات والرسومات ظهرت مسئوليتها واضحة وكذا إذا تم إعداد الرسومات على نحو يثير ثمة مشكلات واقعية عند التنفيذ أو مشكلات قانونية لمخالفة هذه الرسومات لاشتراطات البناء وقوانينه بالمنطقة التي يتم بها تنفيذ الأعمال.

فالعقد - إذا - يلقي على عاتق جهة الإدارة التزاماً مفاده إعداد التصميمات والرسومات في وقت ملائم للتنفيذ وكذلك أن تكون هذه الرسومات على نحو سليم لا يسبب ثمة مشاكل قانونية عند التنفيذ الأمر الذي قد يعرقل تنفيذ المشروع وإنهاؤه في الوقت المحدد لإتمامه.

ثالثاً : ظهور عقبات تحول دون التنفيذ :

لا يقتصر التزام جهة الإدارة على تسليم موقع الأعمال في الوقت المعقول زمناً للبدء في تنفيذ الأعمال وللحيلولة دون وقوع أي تأخير في تنفيذ الأعمال، ولكن يتعين على جهة الإدارة تسليم الموقع خالياً من أي موانع أو عقبات تحول دون التنفيذ أو تتسبب في تعطيله مما يستتبع معه التأخر عن تنفيذ الأعمال في الوقت المحدد لذلك، وبالتالي زيادة الأسعار كأسعار الحديد والأسمنت وخلافه من المواد الأولية اللازمة لتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها مع الدولة مما يخل بالتوازن المالي للعقد. وظهور موانع أو عقبات بالموقع أثناء التنفيذ هو إخلال من جانب الجهة الإدارية بأحد التزاماتها الهامة.

وقد استقر القضاء الإداري منذ أمد طويل على أن التزام الجهة الإدارية يتمثل - بجانب تسليم الموقع في وقت مناسب وعدم التأخر في تسليمه عن الحد الزمني المعقول - في تسليم الموقع خالياً من العقبات والموانع التي قد تحول دون التنفيذ أو قد تؤدي إلى التأخر فيه. وفي كل هذه الأحوال يكون الإخلال بالالتزام من جانب جهة الإدارة الذي يقيم الخطأ في جانبها لنزولها عن القدر الذي يتطلبه القانون من الحيطة والحذر في أداء التزاماتها العقدية مما يستتبع معه لجوء المتعاقد مع الدولة إلى المطالبة قضائياً ما يؤدي إليه التأخير من فروق أسعار المواد الخام المستخدمة في تنفيذ الأعمال بجانب الزيادة في أسعار الأيدي العاملة إضافة إلى ما قد يصيب المتعاقد من أضرار معنوية من جراء ذلك كله الأمر الذي يحيق بالدولة أضراراً مادية بالغة.

ونرى أن الدولة كما أنها يجب أن تتوخى الدقة تماماً في تنفيذ التزاماتها المتعلقة بتسليم الموقع وعدم التأخر عن الحد الزمني المعقول يجب التأكد من خلوه من الموانع التي قد تعوق التنفيذ حتى لا يؤدي الإخلال بهذا الإلتزام إلى ضياع المال العام عن طريق كثرة الأحكام القضائية التي تصدر ضد الدولة تلزمها بأداء مبالغ مالية تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التي حاقت بالمتعاقد معها من جراء الإخلال بالتزاماتها.

وإن كانت هذه الأمثلة تبين صعوبة تنفيذ الإلتزام الملقى على عاتق المتعاقد مع الدولة لوجود صعوبات مادية قد تأخر التنفيذ إلا أنه يمكن تصور صعوبات من نوع آخر قد تؤدي إلى إستحالة التنفيذ من جانب المقاول إذا ما حدثت عقبات سياسية حالت دون تنفيذ المشروع وأدت إلى عدول الدولة عنه.

رابعاً؛ إدعاء ملكية الأرض المقام عليها المشروع من قبل الغير؛

يتعين أن تضمن جهة الإدارة للمتعاقد معها أن الأرض المقام عليها المشروع خالية من أي تعد أو زعم بملكيتها من قبل الغير.

فلا يجوز لجهة الإدارة أن تدعى بأن السبب في إدعاء ملكية الأرض المقام عليها المشروع من قبل الغير هو من الأسباب الخارجة عن إرادتها، إذ أن هذا السبب لا يخل بالالتزام جهة الإدارة المستمد من نصوص العقد من أن تقوم بتسليم موقع الأعمال خالياً من الموانع ويقصد بذلك الموانع المادية والقانونية حتى يتمكن المتعاقدون من البدء في التنفيذ⁽¹⁾.

وهذا الخطأ الثابت في حق جهة الإدارة هو من قبيل الخطأ العقدي وليس من قبيل السبب الأجنبي أو القوة القاهرة، ويستلزم هذا الخطأ الحكم بالتعويض للمتعاقد مع جهة الإدارة نظير هذا الخطأ، الذي قد يؤدي إلى التأخير في التنفيذ، وكذلك الحكم بفروق الأسعار التي زادت من جراء هذا التأخير الخارج عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة.

1- محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم 42/3414 القضائية - جلسة 1993/6/13 - دائرة العقود والتعويضات - غير منشور.

وإن كان هذا الاخلال من جانب الإدارة يظهر جلياً في عقود الأشغال الداخلية، فإنه كذلك على نحو أقل في عقود الأشغال الدولية إلا أنه إذا ما حدث في النوع الأخير من العقود قد يترتب عليه نتائج خطيرة لما يسببه ذلك من تأخر في تنفيذ الأعمال وبالتالي تعويض الدولة للمتعاقد معها بصرف فروق أسعار نتيجة زيادة أسعار المواد الخام والعمالة بسبب التأخير وهو ما قد يشكل مبالغ كبيرة نسبة إلى إجمالي قيمة العمليات التي تحتويها هذه العقود والتي قد تصل قيمتها إلى بضعة مئات من الملايين من العملة المحلية أو الصعبة مما يتقل كاهل الدولة بأعباء مالية هي في غنى عنها، وتؤدي إلى اهدار المال العام الذي يمكن استغلاله بشكل أفضل توجيهاً للصالح العام.

خامساً : التأخر في صرف الدفعة المقدمة والمستخلصات :

ليس من شك أن الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق جهة الإدارة هو ذلك الإلتزام بصرف الدفعة المقدمة للمتعاقد معها وصرف المستخلصات في موعدها وذلك لقاء الأعمال التي يقوم الأخير بتنفيذها. فلئن كان عقد الأشغال عقداً من عقود المعاوضة⁽¹⁾ التي تدفع فيها الدولة عوضاً لما تحصل عليه من أعمال، فإن هذا الإلتزام الملقى على كاهلها هو أهم التزاماتها التعاقدية حيال المتعاقد معها. فعند البدء في تنفيذ الأعمال تقوم الدولة بصرف الدفعة المقدمة للمتعاقد معها والتي تبلغ نسبة من إجمالي المدفوعات التي تقوم الدولة بإدائها. وتوالي الدولة صرف المستخلصات وفقاً لتقدم إنجاز الأعمال.

فإذا ما تأخرت جهة الإدارة في صرف قيمة المستخلصات للمتعاقد معها فإن ذلك يرتب خطأ جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية بعدم صرف مستحقات المتعاقد معها في المواعيد المقررة أو امتناعها عن ذلك. ولا يقدر في ذلك ادعاءها بعدم وجود اعتمادات مالية وقت اعتماد المستخلصات لاسيما إذا كان المتعاقد معها قد قام بتنفيذ الأعمال الموكولة إليه. ويكون ذلك سبباً لنسخ العقد مع استحقاق المتعاقد معها التعويض عما أصابه من أضرار⁽²⁾.

1-عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع - المجلد الأول - العقود الواردة على العمل - الطبعة الثانية - 1989 - ص 8 .

2- محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم 3213 / 44 القضائية - جلسة 1995/5/21 - دائرة العقود والتعويضات .

وقد درج القضاء الإدارى على تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار المادية التي أصابته من جراء وقف الأعمال وتأخير صرف المستخلصات⁽¹⁾ كأحد التزامات جهة الإدارة بدفع قيمة الأعمال المتعاقد عليها في ميعادها المحدد الأمر الذى يؤدي لتوافر السيولة النقدية لدى المقاول والتي تمكنه من أداء الأعمال على نحو مرض وفي ميعاد مناسب فضلاً عن تعويضه عن الأضرار التي أصابت المدعى عما فاتته من كسب في حالة قيامه بتنفيذ كامل بنود العقد والزام جهة الإدارة بأداء قيمة المستخلصات المستحقة له.

ونرى في هذا الصدد أن التأخر في صرف الدفعة المقدمة والمستخلصات يرجع أول ما يرجع إلى عدم انضباط الجهاز الإدارى للدولة القائم على مراقبة وتنفيذ هذه العقود، فالإهمال الإدارى هو السبب الرئيسى في حدوث هذه الصورة من صور الإخلال والتي يترتب عليها نتائج جسيمة تتمثل في الزام الدولة بتعويض المتعاقدين معها نتيجة إخلالها بالتزاماتها بالدفع نظير الأعمال التي تم تنفيذها والتي يمكن توقيها بوجود جهاز إدارى منضبط يقوم بصرف الدفعات المقدمة والمستخلصات حسب تقدم إنجاز الأعمال وفي أجل مناسب يوفر السيولة النقدية للمتعاقد مع الدولة مما يمكنه من النهوض بأعباء المشروع المزمع تنفيذه.

وليس من شك أن الإخلال بهذا الإلتزام يظهر بصورة كبيرة ويمثل مشكلة أشد جسامة في عقود الأشغال الكبرى ذات الطبيعة الدولية والمتعلقة بمشروع من مشروعات البنية الأساسية والتي يكون في توقف أو تأخير احدها اضراراً بالصالح العام بحسبانه إخلالاً بمبدأ حسن سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد ومن ناحية أخرى اضراراً بالمال العام على نحو ما سبق بيانه.

1- محكمة القضاء الإدارى - الدعوى رقم 3213 لسنة 44 القضائية - جلسة 1995/5/21 - سالف الاشارة إليه.

سادساً : التأخير في تسلم الأعمال عن الحد الزمني المعقول :

من الإلتزامات المهمة الملقاة على عاتق جهة الإدارة أن تتسلم موقع الأعمال في وقت زمني مناسب، فإذا ما تأخرت في ذلك فإنها قد تصيب المقاول المتعاقد معها ببعض الأضرار فهو بحاجة لأن يسلمها الموقع ليتسلم بقية مستحقاته المالية، ولينتقل بعماله وآلاته إلى مواقع الأخرى ثم ليتسلم تأمينه النهائي في الوقت المناسب.

المطلب الثاني

صور إخلال المقاول بالتزاماته

ويتصور الإخلال في أحيان كثيرة من المقاول. فوفقاً لعقد الأشغال الدولي، يتعين على المقاول أن يقوم بتنفيذ الأعمال المنوط به القيام بها بنفسه دون تأخير أو تقصير. فأما التأخير فيتصور في جانب المقاول إذا لم يتم بتنفيذ الأعمال في الميعاد المتفق عليه بالعقد. وأما التقصير، فيتصور إذا ما كان تنفيذ الأعمال غير مطابق للمواصفات المتعاقد عليها.

ونتناول الآن الوجه الأول من أوجه إخلال المقاول بالتزاماته العقدية.

أولاً: الإخلال بالتزام المقاول بالتنفيذ الشخصي للعقد؛

يلتزم المقاول بالتنفيذ الشخصي للعقد وتكمن علة ذلك أنه في عقود الأشغال العامة عموماً وبخاصة عقود الأشغال الدولية تعتمد الدولة على أن يضطلع بتنفيذ العقد مقاول بعينه لتوافر صفات جوهرية فيه، تتعلق بخبرته وكفاءته الفنية والمالية على الصعيد الدولي في تنفيذ مشروعات مماثلة. فالإدارة تختار المتعاقد معها في هذا النوع من العقود بناء على صفاته ومؤهلاته الشخصية عند إبرام عقود الأشغال العامة وهذا ما يترتب على عائق المقاول أن يقوم بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد شخصياً وبنفسه نظراً لأن هذه العقود ذات طابع شخصي، وهذا ما يسمى بمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري⁽¹⁾. وأساس هذا المبدأ هو مقتضيات الصالح العام التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من

1- في تفصيل الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد في عقود الأشغال العامة انظر :

- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 438 وما بعدها.

- د. عبسي عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 28 وما بعدها.

- وأنظر كذلك في الفقه الفرنسي على سبيل المثال :

- Dufau, Op. Cit., P. 159 et suiv.

- De Laubadere, Op. Cit., T-2, P.9.

خلال تنفيذ المشروعات الكبرى التي تتطلبها حاجات البلاد، وهو ما استقر عليه الفقه (1)، والقضاء (2).

ويقصد بهذا المبدأ أن التزامات المقاول – للأسباب سائلة الذكر – هي التزامات شخصية يجب أن ينفذها بنفسه وبالتالي لا يجوز له أن يتنازل عنها للغير أو يتعاقد بشأنها من الباطن (3). والتنازل عن العقد، هو اتفاق المقاول مع الغير ليحل محله في تنفيذ التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد (4) فيقضي بالتالي على مبدأ وجوب التنفيذ الشخصي لعقد الأشغال العامة، وهذا التنازل يمثل إخلالاً بالإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد فهو لا يجوز دون موافقة جهة الإدارة.

ولما كانت هذه إحدى سمات العقود الادارية فإن الأمر في عقود الأشغال الدولية مختلف، فطبيعة هذه العقود من قيامها بتنفيذ مشروعات متشابكة ومعقدة لا يستطيع القيام بها مقاول وحيد. فلا بد أن يتعاقد المقاول الرئيسي مع عدد من المقاولين من الباطن للقيام بالأعمال المختلفة من كهربائية وميكانيكية وخلافه من الأعمال التي تتطلب خبرات خاصة قد يرى المقاول الأصلي أنه من الأفضل أن يقوم بها مقاولون من الباطن متخصصون ذوو خبرة ودراية في أمور تخصصهم.

وبالنظر إلى التقدم العلمي الكبير في العصر الحديث والتخصص الدقيق في شتى مناحي الحياة فإن تنفيذ مشروع من المشروعات الكبرى يتطلب تضافر الجهود بين العديد من الشركات المختلفة كل في مجاله من أجل إنجاز الأعمال

1- Andre de laubadere, Moderne et Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome 11, Paris, 1984, P.10.

2- أنظر محكمة التمييز الكويتية الطعن رقم 193 / 1988 تجاري / جلسة 25 / 12 / 1988 . وفي مصر أنظر محكمة القضاء الاداري – 27 يناير 1957 – س 11 – ص 174 ، المحكمة الادارية العليا – 28 ديسمبر 1963 – طعن 1109 – س 9 – ص 324 – وحكمها الصادر في 30 يونيو سنة 1960 السنة 14 – ص 69 .

3- د. عيسى عبد القادر الحسن – المرجع السابق – ص 29 .

4- De Laubadère, Moderne et Delvolvé, Conte. Adm. T.2, Op. Cit., P.12.

- Jean Dufau, Le droit des travaux publics, Tome 1, P.159.

ومن تطبيقات قسم الفتوى بمجلس الدولة – فتوى اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة إبان مراجعتها لبعض عقود الأشغال الداخلية الكبرى كعقد إنشاء مبنى جديد لمشيخة الأزهر بالدراسة (سجل اللجنة رقم 51/84 – ملف الإدارة رقم 1323/13/31) في 1997/11/3 حيث نصت على أن الأصل المسلم أنه يتمتع على التعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها بحسبان أن التزاماته مع الإدارة التزامات شخصية.

بجميع جوانبها على النحو الأكمل، فتنفيذ مشروع مثل بناء سد أو قنطرة على أحد الأنهار أو مطار أو مترو أنفاق يتطلب العديد من الشركات لتنفيذه كشرركات لأعمال التشييد والبناء وشركات للأعمال الكهربائية المتخصصة والمعقدة فنياً بما قد تتضمنه من أجهزة وماكينات حديثة وعملاقة ومحطات ذات أغراض وأحجام مختلفة وأخرى للقيام بالأعمال الصحية وخلاف ذلك من الأعمال المتنوعة.

وللإدارة في سبيل ذلك أن تسلك أحد مسلكين أولهما أن تبرم عدة عقود لتنفيذ المشروع مع عدد من الشركات مما يكلفها كثيراً من الوقت والجهد مع تشعب المسؤوليات وتنوعها وثانيهما أن تتعاقد مع مقاول واحد كبير، يكون مسئولاً أمامها مسئولية كاملة عن توجيه وتنفيذ المشروع مع تخويله حق التعاقد من الباطن بموافقتها، فأصبح التعاقد من الباطن على النحو الأخير هو الأسلوب الأمثل لتنفيذ عقود الأشغال العامة وفقاً للضرورات الاقتصادية والفنية، وأصبح كذلك من المنطقي تعاقد المقاولين من الباطن مع مقاولي الإدارة الرئيسيين لتنفيذ عقودهم الأصلية في موعدها المحدد.

ويثير التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة مشكلة مفادها أن القضاء الإداري قد استقر على مبدأ تحريم التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد أو القانون بحسبان أنه نتيجة حتمية للاعتبار الشخصي في مقاول الأشغال العامة⁽¹⁾. القاعدة في هذا الشأن أن المتعاقد مع الإدارة يمتنع عليه أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية إلا بموافقة الإدارة مقدماً.

فذهب رأى في الفقه إلى جواز التنازل عن العقد بشرط موافقة جهة الإدارة سواء كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية⁽²⁾، فمن المنطقي أن يستعين المتعاقد بمعاونيه إذا كانت طبائع الأمور والعرف تتطلب ذلك.

1- في ذلك انظر محكمة القضاء الإداري - مجموعة المبادئ في خمسة عشر عاماً من 1946 وحتى 1961 - الجزء الثاني - ص 1921 - صادر في 1991/6/4 .

2- انظر في ذلك :

-د. سليمان الطماوي - العقود الإدارية - ص 441 ، 442 .

-د. عمر حلمي فهمي - آثار العقود الإدارية - 1993 - ص 299 .

بينما ذهب رأيي إلى أنه لا يصح التنازل ولو أبدت جهة الإدارة موافقتها عليه صراحة أو ضمناً إذ أن النص جاء مطلقاً في تحريم التنازل عن العقد، واستثنى من هذا التحريم فقط المبالغ المستحقة للمقاول بشرط تصديق البنك المتنازل إليه فإباحة التنازل عن المبالغ المستحقة للمقاول باعتباره حوالة حق معروفة في القانون المدني لا يعني إباحة التنازل عن العقد بالمفهوم الذي حدده الفقه والذي يعني التنازل عن جوهر العقد بما يحويه من حقوق والتزامات تعاقدية⁽¹⁾.

ونحن نرى أن عقود الأشغال الدولية بما تحتويه من التزامات ذات خبرات متنوعة ملقاه على عاتق المقاول المتعاقد على الدولة تبيح له بطبيعتها التنازل عن أجزاء من العقد بإبرام عقود من الباطن مع مقاولين من الباطن للقيام بتنفيذ الأعمال المختلفة بما يتفق مع خبراتهم المختلفة، الأمر الذي يجيز التنازل عن هذا النوع من العقود بموافقة جهة الإدارة والتي لن تتوانى عن رفض هذا التنازل إذا ما رأت في ذلك إخلالاً بمقتضيات الصالح العام.

وفي فرنسا، لم تتضمن كراسة الشروط الإدارية العامة Chaier des Clauses Administratives General C.C.A.G. ما يتعلق بمسألة التنازل عن العقد، ومن ثم فإن الفقه يرى أن هذا التنازل يخضع إلى القاعدة التقليدية التي تقضي بعدم جواز التنازل عن العقد دون موافقة جهة الإدارة⁽²⁾.

ومن المسلم أنه إذا تم التنازل دون موافقة جهة الإدارة فإنه يكون باطلاً ولا يمكن المقاول من الباطن الاحتجاج بوجود ثمة عقد بينه وبين جهة الإدارة ويظل المقاول الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد في مواجهتها⁽³⁾.

فالجزاء المترتب على الإخلال بمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد هو بطلان التنازل الصادر من المقاول الرئيسي إلى المقاول من الباطن دون موافقة جهة الإدارة، ويظل المقاول الرئيسي هو المسئول أمام جهة الإدارة في كل الأحوال.

1- من أنصار هذا الرأي - د. فتحي فكري - محاضرات في العقود الإدارية - 1994 - ص 68، ود. عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 32 .

2- د. عيسى عبد القادر حسن - المرجع السابق - ص 33 .
3- De Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. Adm., T.2, Op. Cit., P.40-42.

- د. سليمان الطماوي - العقود الإدارية - ص 443 .
- د. محمد سعيد أمين - تنفيذ العقود الإدارية - المرجع السابق - ص 65 .
- وانظر كذلك المحكمة الإدارية العليا - حكم 1094 - 29 (1985/6/25) 1350/198/30 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 722 .

ثانياً : تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال الموكلة إليه بالعقد عن الميعاد المحدد :

يتعين على المقاول تنفيذ جميع الأعمال الواردة في العقد في المدة المحددة دون تراخ أو تأخير وفي حالة المخالفة يحق لجهة الإدارة سحب العمل من المقاول لاسيما إذا بدر منه ما يمكن أن يسمى بالبطء في سير العمل لدرجة ترى فيها جهة الإدارة أنه لا يمكن اتمامها في المدة المحددة وكذلك وقف العمل من جانب المقاول مدة تزيد على خمسة عشر يوماً وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على ذلك⁽¹⁾.

والغاية من تنفيذ الأعمال في الميعاد المحدد هي ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة التي يبتغي المرفق تحقيقها من تنفيذ المشروع⁽²⁾.

ومن المبادئ المسلمة في العقود العامة أنها تخضع لأصل من أصول القانون يظلها جميعاً يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وإن هذا الأصل لا مناص من التقيد به في العقود الإدارية شأن العقود المدنية بل أن التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تصطبغ به هذه العقود ولا تنفك عنها، وكان مقتضى ذلك ولازمه إن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الإلتزام فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمني وإنما يتعين أن يتم في مدد معقولة وفقاً للمجرى العادي للأمر وطبيعة التعاقد ذاتة والهدف الذي يرنو إليه⁽³⁾.

1- -C.E., 4 Oct. 1989, Centre Hospitalier de Vitré Sommaire au Clément et Richer, Op. Cit., P. 439.

-C.E., 13 Mai 1987, Societe Wanner isofi isolation, Sommaire Clément et Richer, Op. Cit., P.407.

-C.E., 28 Fev. 1986, entreprise Blondet, Sommaire au Clément et Richer, Op. Cit., P.385.

2- انظر :

- د. عبسى عبد القادر الحسن - التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة - ص 79.

- وانظر في التأخر في تنفيذ الأعمال في الفقه الفرنسي :

- F. Sabiani, Op. Cit., P.147.

- Chabanol et Jouguelet, Op. Cit. P.143 et suiv.

- Dufau, Op. Cit., P. 167 et suiv.

وفي الفقه الانجليزي أنظر :

- G. A. Hughes and J. N. Barber, Building and civil engineering claims in perspective, third edition, Chapter 8, P.219.

- Brain Eggleston, Liquidated damages and extension of time in construction contracts, 1997.

3- فتوى رقم 1007 - جلسة (1992/11/1) 47 - مجموعة الأربعين عاماً في العقود الادارية - ص 311 .

والأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتعاس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا ما تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المتقابلة وهذا الأصل يجوز الخروج عليه إذا ما قدرت الجهة الإدارية أن عدم تنفيذها لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد ويكون لها في هذه الحالة إذا ما تجاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول بسبب عدم قيامها بالتزامها بأداء مقابل الأعمال لعدم توافر الإعتماد المالي أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلاً وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل إقتصاديات العقد وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته، وإنتهى القضاء الإداري إلى أنه ليس في ذلك ما يخالف النظام العام إذ أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تحكم تنفيذ العقود جميعاً أنه يتعين ألا تقوم الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار المتعاقد عليها إذا ما تراخت في أداء التزاماتها المتقابلة.

فالعقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره و تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة⁽¹⁾، وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتعاس أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا تراخت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المتقابلة.

وهذا الأصل العام الذي جرى عليه القضاء الإداري مفادة أن الأصل العام في العقود الإدارية أن مصالح الطرفين بالعقد الإداري غير متكافئة، فيجب إعلاء الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وتبعاً لذلك يجب ألا يتراخى المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ التزاماته إذا تراخت هي في تنفيذ التزاماتها المتقابلة، إلا أن القضاء الإداري استثنى من هذا الأصل حالة إذا

1- محكمة التمييز الكويتية الطعن رقم 93 / 1988 تجاري ، جلسة 25 / 12 / 1988 .

ما قررت الجهة الإدارية أن عدم تنفيذها لالتزاماتها يحول بين المتعاقد وبين الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد وإذا ما كان ذلك فإنه يتعين على الجهة الإدارية إعادة النظر في الأسعار المتعاقد عليها، وذلك في ضوء أسعار السوق عند التنفيذ الفعلي لبقية الأعمال، حتى لا يختل التوازن المالي للعقد وتهدر مصلحة المتعاقد مع الدولة في سبيل الصالح العام !!

وقد أكدت كراسة الشروط الإدارية في فرنسا (C.C.A.G) وجوب تنفيذ الأعمال في ميعادها المحدد دون تأخير، وقد حددت بدء مدة تنفيذ العقد من تاريخ إخطار المقاول بالعقد عندما لا ينص العقد على بدء مدة التنفيذ.

وليس من شك في أن هذا المبدأ تظهر أهميته بصورة أكبر في عقود الأشغال الدولية عندما تخطئ جهة الإدارة وتخل بأحد التزاماتها العقدية كالتأخير في صرف الدفعة المقدمة أو المستخلصات الأمر الذي يعوق المتعاقد معها عن أداء التزاماته في الميعاد المحدد وهو أمر شائع في مثل هذا النوع من العقود، فحتى لا يكون التنفيذ مجحفاً به، فإنه يتعين مراعاة فروق الأسعار عند استكمال التنفيذ وعدم التوقف عند الأسعار المتفق عليها بالعقد.

ثالثاً: تنفيذ الأعمال على نحو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها :

لئن كان العقد هو شريعة المتعاقدين، وكان هذا المبدأ يصدق على العقود المدنية والإدارية محلية كانت أم دولية، فإن المتعاقد مع الدولة في أحد عقود الأشغال الدولية يتعين عليه أن يؤدي لالتزاماته بدقة فيما يتعلق بالمواصفات المتعاقد عليها بأن يقوم بتنفيذ الأعمال مطابقة لمواصفات العقد وملاحقه وذلك ضماناً للوفاء بغرض جهة الإدارة من القيام بتنفيذ المشروع محل العقد مما يكفل سير المرفق العام بانتظام واطراد⁽¹⁾.

1- في هذا الإنترام أنظر: - Dufau. Op. Cit. - P.

ومفاد ذلك مسئولية المقاول عن هذه التصميمات والرسومات والتزامه بتنفيذ الأعمال وفقاً لهذه الرسومات. وقد أكد القضاء الإداري في فرنسا⁽¹⁾ وجوب التزام المقاول بذلك كما أكدته أحكام غرفة التجارة الدولية بباريس⁽²⁾.

رابعاً : بعض الإلتزامات الأخرى الملقة على عاتق المقاول :

يلتزم المقاول باتخاذ موطن مختار بجوار مكان تنفيذ الأعمال من أجل متابعة تنفيذها، وتلقي تعليمات الإدارة في هذا الشأن. أما في فرنسا فقد نصت المادة 22/2 من كراسة الشروط الإدارية (C.C.A.G) على ذات الإلتزام شريطة أن يخطر المقاول جهة الإدارة بهذا الموطن المختار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالموافقة على العقد. ويلتزم المقاول كذلك بالإلتزام بالقوانين واللوائح، وحفظ الأمن، والنظام في موقع العمل إعمالاً لنص المادة 41/31 من كراسة الشروط الإدارية في فرنسا (C.C.A.G).

ويلتزم المقاول كذلك بالحضور في موقع العمل وتنفيذ الأوامر المصلحية³. وكل هذه الإلتزامات علتها تنفيذ المشروع على نحو سليم وفي الميعاد المحدد لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

1- C. E., 1er Juin 1984, S. A. Ronzat et Fils, Sommaire au Clément et Richer, Op. Cit., P.356 .
- C.E., 26 Sept. 1986, M. de Bary.

- وفي التزام المقاول من الباطن بذلك أنظر :

- C.E., 24 Oct. 1986, Clément et Richer, Op. Cit., P.397.
2- Sigvard Jarvin, Yves Derains, Jean – Jacques Arnaldez, Collection of ICC arbitral awards, 1986 – 1990, P. 180, Case no.52294,22 Feb. 1988.

- ومن أحكام غرفة التجارة الدولية بباريس ICC أيضاً أنظر :

- Arnaldez, Derains, Hascher, Op. Cit., P. 350. Case 5634. 1988 -

3- أنظر إلى التزامات المقاول الأخرى : د. عيسى عبدالقادر الحسن – المرجع السابق – ص 60 وما بعدها .

المبحث الثالث

تكيف الإخلال بالالتزامات الناشئة

عن عقد الأشغال الدولي

يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقود الأشغال الدولية. وبداءة نود أن نوكد أن الإخلال بالالتزامات في هذا النوع من العقود مثله كمثل الإخلال بالالتزامات في العقود بصفة عامة يرتب عليه خطأ عقدي فالخطأ العقدي سواء كانت العقود مدنية أو إدارية هو عدم قيام المكلف بأداء الإلتزام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.

فمن الأمور المسلمة في العقود كافة سواء عقوداً إدارية أو مدنية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله، أو عن فعله دون عمد أو إهمال.

وعدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الأشغال العامة يعد من قبيل الخطأ العقدي يخول المتعاقد معه الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه⁽⁴⁾. فالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد فإذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماته عيناً كان مسؤولاً عن التعويض لعدم الوفاء بها ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو خطأ الدائن نفسه⁽²⁾.

والمستقر فقهاً وقضاً أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك. كما أن القوانين المدنية العربية تقرر أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماته عيناً كان مسؤولاً عن التعويض

4- المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم 1320 و 1340 - 12 (1969/2/15) 373/8/14 - مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية - ص 313.

2- فتوى رقم 1322 في 1988/12/22 جلسة 1988/11/30 (1988/11/30) 43 و 102/35/44.

لعدم الوفاء بها ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

ومفاد ذلك أن الأصل في تنفيذ الإلتزام أن ينفذ عيناً فإن استحال تنفيذه عيناً كان على الدائن أن يقنع بالبديل وهو التعويض لا سيما إذا كان هذا التعويض لا يلحق به ضرراً.

الطبيعة القانونية للإخلال بالالتزامات في الفقه المقارن :

يتخذ الإخلال بأحد الإلتزامات السابقة في الفقه المقارن شكل الخطأ العقدي كما هو مقرر في القوانين المدنية العربية. ففي دول النظام اللاتيني يندرج الخطأ العقدي تحت عنوان آثار الإلتزام. وفي الولايات المتحدة الأمريكية نصت المادة 2/260 من The 2nd Restatement على أنه إذا كان تنفيذ الإلتزام العقدي واجباً فإن أي إخلال يكون بمثابة خرق للإلتزامات العقدية. ونصت المادة 312 من The first Restatement على أن الإخفاق في التنفيذ دون مبرر بكل أو ببعض الإلتزامات العقدية يعد إخلالاً بالإلتزامات العقدية. ويقع عبء إثبات الخطأ في الفقه الفرنسي على الطرف المضرور وعلى المكلف بأداء الإلتزام إثبات وجود عامل خارجي حال دون تنفيذ الإلتزام.

تقديرنا لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذا العقد على صور الإخلال المتقابلة من طرفيه :

كما سلف البيان فإن الشروط الجديدة لعقد الأشغال الدولي تغير من طبيعته القانونية من حيث كونه عقداً إدارياً صرفاً إلى عقداً مختلطاً ذو طبيعة قانونية جديدة مركبة تجمع بين ما تحويه هذه الشروط الدخيلة على العقد الإداري من تطورات جديدة تقيّد سيادة الدولة وتقلص سلطتها فتسلب العقد من قضائها الوطني المختص بنظر منازعاته وتحظر على الدولة الظهور بمظهر الجاه والسلطان في العقد الإداري بأن تعدل فيه بإرادتها المنفردة أو تضع من النصوص ما قد يؤدي إلى توقيع جزاءات على المتعاقد الأجنبي، وكذلك تحصن هذا المتعاقد ضد التغيير في تشريعات الضرائب والجمارك والتي قد تصيبه بأضرار مالية أثناء التنفيذ.

وبعد بيان صور الإخلال من طرفي العقد نقرر أنه على الرغم مما سبق إلا أن الدولة يظل لها حق الإشراف على العقد وتوجيه الأعمال وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية. إلا أنه بموجب هذا الشكل الجديد والذي لم نعهده من قبل للعقد الإداري تتغير طبيعته القانونية بتقليص نفوذ الدولة المتعاقدة وتقييد سلطاتها حيال المتعاقد الأجنبي معها.

ونسعرض الآن الجزاءات التي توقعها الدولة في حالة الإخلال بالإلتزامات من قبل المتعاقد معها وما إذا كان من الممكن لها أن توقع هذه الجزاءات في ظل وجود شرط ثبات العقد Clause d'intengebilité من عدمه.

الفصل الثاني

الجزاءات في عقود الأشغال الدولية

لا شك أن أهم المعايير المميزة للعقد الإداري بصفة عامة وعقد الأشغال بصفة خاصة هو ظهور جهة الإدارة المتعاقدة بمظهر السلطة العامة ذلك بأن يتضمن العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. ومن أهم هذه الشروط تلك الشروط التي تستطيع الدولة بموجبها توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة الإخلال بالالتزامات المتعاقد عليها.

وأهم صور هذه الجزاءات فسخ العقد، ومصادرة التأمين، وهو ما نعالجه في المبحث الأول، أو سحب العمل والتنفيذ على الحساب وهو موضوع المبحث الثاني شارحين ماهية كل من الجزاءين وما يترتب على تطبيق أي منهما من تحميل للمتعاقد الأجنبي ببعض الأعباء المالية، وأثر الطبيعة القانونية الجديدة على الجزاءات التي تملك الدولة توقيعها في هذا النوع من العقود.

المبحث الأول

فسخ العقد ومصادرة التأمين

تمهيد:

لعل أبلغ مظاهر السلطة العامة في عقود الأشغال الدولية هي إمكان فسخ العقد بالإرادة المنفردة من جانب جهة الإدارة، ومصادرة التأمين المقدم من المتعاقد معها⁽¹⁾. فكما تمنح النظرية التقليدية للعقد الإداري سلطة تعديل العقد لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة، فإن جهة الإدارة تستطيع بلا شك فسخ هذا العقد بالإرادة المنفردة ومنذ وقت طويل، أصبحت هذه القاعدة مطبقة في مجال العقود الإدارية بصفة عامة⁽²⁾.

فحين يرتكب المفاوض أي من الأخطاء الجسيمة أثناء تنفيذ العقد، تستطيع جهة الإدارة فسخ العقد بقرار صادر منها دون اللجوء إلى القضاء بحسبانها صاحبة العمل والجهة المنوط بها الحرص على تنفيذ العقد على النحو المطلوب لضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد⁽³⁾. ومما لا شك فيه أن نظام فسخ العقد بالإرادة المنفردة يختلف عن نظام الفسخ المعروف في القانون الخاص، إذ أن في النظام الأخير لا يستطيع أي من المتعاقدين أن يقرر الفسخ بالإرادة المنفردة، ولكن يتعين عليه اللجوء إلى القضاء الذي يستطيع الحكم له بفسخ العقد.

والفسخ في فرنسا إما أن يكون مجرداً وبسيطاً وإما أن يكون على حساب ومسئولية المفاوض. فالفسخ المجرد والبسيط بمقتضاه تفسخ الإدارة العقد دون

1- السلال سعيد جمعة الهويدي - سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة رسالة ماجستير - جامعة طنطا - 1994 .

- د. أنس جعفر - العقود الإدارية - ص 147 .

- Laurent Richer, Op. Cit., 184 et suiv.

- F. Sabiani, Op. Cit., P 187 et suiv.

2- C.E. Ass. 2 Février 1987, Société TV6, Rec. 29.

3-C.E., 27 Juin 1986, syndicat intercommunal du Bassin Darcachon, inédit, clément et Richer, Op - cit., P. 394.

3- عبسي عبد القادر حسن - المرجع السابق - ص 168 .

أن تحمل المقاول النتائج المترتبة على إبرام عقد جديد مع مقاول جديد من أجل تنفيذ الأشغال موضوع العقد الأصلي مع عدم الإخلال بحق الجهة الإدارية في توقيع الغرامات والمطالبة بالتعويض⁽¹⁾. وقد اعتبر الفقه الفرنسي هذا الفسخ من النظام العام فهو مقرر لمصلحة الدولة دون أن ينص عليه صراحة في العقد أو كراسة الشروط⁽²⁾.

وقد يكون الفسخ على حساب ومسئولية المقاول وذلك بأن تقوم جهة الإدارة بالتنفيذ على حساب المقاول بالتعاقد مع مقاول آخر لتنفيذ الأعمال موضوع العقد الأول. وهذا النظام الأخير ليس من النظام العام ومن ثم لا تستطيع جهة الإدارة تقريره ما لم يكن منصوصاً عليه بالعقد أو بكراسة الشروط⁽³⁾. والمقرر أن جهة الإدارة إذا ما لجأت إلى فسخ العقد فإنه لا يمكنها بعد الفسخ أن تنفذ على حساب المقاول بحسبان أنه لا يمكن الجمع بين الجزاءين، إذ أنه إذا ما تم الفسخ فقد فقدت جهة الإدارة العقد الذي يمكن على أساسه أن تنفذ على حساب المتعاقد المقصر معها. وإذا ما تحقق إخلال من المقاول بأي شرط من شروط العقد، أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك كان للسلطة المختصة الحق في إتخاذ أحد الإجراءين اللذين درجت العقود الإدارية على الإشارة إليهما وهما:

1- Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. Adm., T - 2, Op. Cit., P.168.

2- Laubadère, Moderne et Celvolvé, Contr. Adm., T- 2, Op. Cit., P. 163.

- Auby et Bon, Dr. Adm., Op. Cit., P. 243 .

- وفي الفقه العربي كذلك محمد عبد اللطيف - نظرية التنازل في القانون الإداري - 1990 - ص 153

3- Auby et Bon, Op. Cit., P2.

وأنظر كذلك في قضاء الدولة الفرنسي :

- C.E., 8 Nov. 1985 Intreprise cerilou et communauté urbaine de Bordeaux, Leb. 317, A.J.-D.A., 20 Janvier 1986, P.52

وحيث قرر مجلس الدولة الفرنسي أن بموجب نص المادة 35 من كراسة الشروط الإدارية العامة C.C.A.G. المطبقة بخصوص سلطة فسخ العقد التي لا يمكن اعمالها إلا بعد عدم إحترام الأنداز الموجه إلى المتعاقد مع الدولة. أما وأن الإجراءات التي شابت عملية الفسخ قد خالفت ذلك فإن لا يمكن والحال كذلك مطالبة الشركة الملتزمة بدفع مصروفات إضافية سببها تأخر تنفيذ الأعمال.

وأنظر كذلك :

- C.E., 27 Juin, 1986, syndicat intercommunal du Bassen d'arcachon, inédit, clément et richer, Op. Cit., P. 394.

- C.E., 21 mai 1982, société de protection integrale du Batiment, Leb- 183 et Ss.

- C.E., 28 mars 1984, commune de Basse - en - chandesse et saint - anstaise, inédit, Clément et Richer, P - 353.

الإجراء الأول: فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار.

أما الإجراء الثاني: وهو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه وسيكون محل بحثنا في موضع تالي من هذا المؤلف.

ولجهة الإدارة إتخاذ أي من الإجراءات (الجزئين) في الأنظمة القانونية بالدول العربية فلا يجوز الجمع بينهما حيث أنه وبحسب المستقر في اتجاهات القضاء العربي أن جهة الإدارة إذا ما فسخت العقد فإنها لا تستطيع التنفيذ على الحساب وذلك أنه في حالة الفسخ فقد إنتهت الرابطة التعاقدية بينها وبين المقاول وهذه الرابطة التعاقدية هي الأساس القانوني للتنفيذ على الحساب الذي يرتكن إلى إستمرار العقد مع المقاول ولذلك فإذا فسخت الإدارة العقد فلا يمكن لها أن تعقب ذلك بالتنفيذ على الحساب⁽¹⁾ ⁽²⁾. ويتطلب مجلس الدولة الفرنسي شروطاً معينة لتوقيع عقوبة الفسخ وهي الخطأ الجسيم، والإعذار قبل توقيع جزاء الفسخ⁽³⁾.

وقد نصت كراسة الشروط العامة الإدارية في فرنسا (C.C.A.G) على نموذجي الفسخ ونصت على أن فسخ العقد (بسبب أخطاء المقاول) يمكن أن يكون فسخاً مجرداً وبسيطاً أو فسخاً على حساب ومسئولية المقاول⁽⁴⁾.

1- محكمة التمييز الكويتية الملتن رقم 81 لسنة 92 تجاري ، جلسة 28 / 2 / 1993 .

2- في فسخ العقد كجزء توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها أنظر :

- Laurent Richer, Po. Cit., P.183 et suiv.
- Jean Dufau, Le droit des travaux publics, T=1,P.192.
- F.Sabiani, Marches publics de travaux, P.189.
- Khaled Kadiki, Contrats internationaux de travaux publics et developements en Libye, Tome 1,p.292.
- Auby et Bon, Op. Cit., P.243

وفي الفقه العربي أنظر :

- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 545.

- د. محمد صلاح عبد البديع - سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس- 1993 - ص 107.

- وكذلك د.عيسي عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 168.

3- في حالات فسخ العقد في العقود الإدارية كجزء توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها أنظر :

د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - الطبعة الخامسة - 1991 - ص 553 . وكذلك أنظر :

Laurent Richer, Op. Cit., P.183 et suiv.

4- في تفصيل ذلك أنظر : د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 554 وما بعدها.

اتجاهات القضاء بدول مجلس التعاون و اتجاهات القضاء الفرنسي في هذا الشأن:

إستقر قضاء محاكم التمييز بدول مجلس التعاون على أنه كما توجد للإدارة سلطة فسخ العقد بالإرادة المنفردة، فإنه يوجد لديها ومن باب الأولى سلطة تعديل هذا العقد بذات الإرادة⁽¹⁾. وقد أصبحت هذه القاعدة ولا شك قاعدة عامة مطبقة في مجال العقود الإدارية. وإستقرت المبادئ القضائية كذلك بالمحكمة الإدارية العليا بمصر على أنه إذا كان لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الالتجاء إلى القضاء باعتبار أن ذلك إمتيازاً لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي يستهدف تسييره، إلا أن ذلك يجب أن يكون لأسباب تبررها المصلحة العامة وإلا كان للمتعاقد معها أن يطلب الحكم له بالتعويض عما قد يلحق به من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذي يمثل خطأ عقدياً وسواء كانت هذه الأضرار مادية أو أدبية بشرط أن تكون هذه الأضرار ثابتة ثبوتاً يقينياً و يقيم المدعي الدليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضي له بالتعويض عن هذه الأضرار منعا من إثارته بلا سبب على حساب الإدارة، ومع مراعاة أن التعويض عن الأضرار المادية يشمل عناصر التعويض وهي ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب⁽²⁾.

وواقع الأمر أن المحكمة الإدارية العليا في هذا القضاء المهتم وضعت الأسس العامة في هذه المسألة، فخولت جهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين دون الالتجاء إلى القضاء وذلك لاتصال العقد الإداري بنشاط المرفق العام ورغبة جهة الإدارة في سير المرفق العام بانتظام وإطراد. وأجازت المحكمة العليا للمتعاقد طلب الحكم بالتعويض عما يلحق به من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع وكيفته أنه بمثابة خطأ عقدياً.

1- في قضاء محكمة التمييز الكويتية أنظر على سبيل المثال الطعن رقم 269 لسنة 1996 تجاري، جلسة 1997/3/31، والطعن رقم 82 لسنة 1988 تجاري، جلسة 1989 / 3 / 6، والطعن رقم 60 لسنة 1988 تجاري، جلسة 1989/1/2

. وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنظر:

- C.E-17 Mars 1864, Paul Dupont, D,1864, 3,87,C.E-9 decembre 1927, Gargiula, Rec.1198C.E.Ass. 2 FEVRIER 1987, Societe TV6,Rec.29.

2- حكم 4682 - 35 (1994/4/26) - مجموعة الأربعين عاماً - ص 634.

ومن المقرر أن فسخ العقد - أياً كان هذا العقد - يخضع لقاعدة قانونية عامة تقضي بأن للدائن الذي أُجيب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر، على المدين إذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه لإهمال أو تعمد، وترتب على هذا الخطأ ضرر، وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق في حالة فسخ العقد الإداري، كما تطبق في حالة فسخ العقد المدني على حد سواء، ومن ثم فإن هذا التعويض مرده إلى القواعد القانونية العامة مستقل في سببه، كما أنه مختلف في طبيعته ووجهته، وغايته، عن شرط مصادرة التأمين الذي هو أحد الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقد الإداري، والتي مردها إلى ما يتميز به هذا العقد عن العقد المدني من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجهة المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة، وهذا الطابع المعين هو الذي يترتب عليه تمتع الإدارة في العقد بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومن بينها مصادرة التأمين، وما دام السبب في كل من مصادرة التأمين من جهة، والتعويض من جهة أخرى مستقلاً والطبيعة، والوجهة والغاية، في كل منهما متباينة، فلا تشريب أن اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض أيضاً، إذ لا يعتبر الجمع بينهما إزدواجاً للتعويض محظوراً حتى ولو لم ينص العقد الإداري على استحقاق التعويض، لأن استحقاقه إنما هو تطبيق للقواعد العامة.

ومن المستقر أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بالألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وأن يكون الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين، بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله، فلا محل إذاً للتعويض، تطبيقاً للقواعد العامة ما لم يتفق على خلاف ذلك، وغير خاف أن هذه التحفظات التي ترد على المبدأ العام المشار إليه توجب، النظر إلى كل حالة على حده بحسب الشروط التي أبرمت فيها والأوضاع التي أحاطت بها، وتدعو إلى التزام الحذر في تعميم حكم حالة بذاتها على سائر الحالات الأخرى إلى قد تبدو في ظاهرها متماثلة.

وحاصل ذلك أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض ليس محظوراً، وأن هذا الجمع مشروط بعدم وجود نص ينادي بعدمه وبأن يبقى قائماً بعض الضرر

حتى بعد مصادرة التأمين. أما إذا كانت المصادرة قد غطت الضرر كله فلا محل إذن للتعويض ما لم يكن قد اتفق على غير ذلك في بنود العقد الإداري⁽¹⁾.

وحق الإدارة في مصادرة التأمين عند قيام أسبابه وما ترتب على إخلال المتعاقد بالتزاماته هو مما يرتبط بسلطتها التقديرية التي تنأى عن الرقابة القضائية طالما كانت متفقة مع مبدأ المشروعية وغير متسمة بإساءة استعمال هذه السلطة⁽²⁾.

ويقصد بالتأمين النهائي أن يكون ضماناً لجهة الإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري، كما يضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات، التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري. فلا يمكن لجهة الإدارة أن تتجاوز عن التأمين حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره.

وأضافت إلى ذلك أن من هذه الضمانات تحصيل الإدارة غرامات التأخير، والتعويضات والمبالغ المستحقة على المتعاقد، فالتأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري على النحو المذكور، فلا يمكن تصور قيام الضمان، ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين أي إقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك أصلاً لاشتراط إيداع التأمين مع العطاء. إذا كان التأمين ضماناً لجهة الإدارة شرع لمصلحتها، وسن لحمايتها، فلا يتصور منطوقاً أن يكون التأمين قيداً عليها، أو ضاراً بحقوقها، أو معوقاً لجبرها ومانعاً لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للأضرار الأخرى التي تكون لحقتها من جراء المتعاقد بتنفيذ شروط العقد الإداري، خاصة إذا كان التأمين المودع لا يكفي لجبر كافة الأضرار جبراً شاملاً وافيًا.

1- المحكمة الإدارية العليا - حكم 1180 - 8 (1965/11/27) 51/7/11 مجموعة الأربعين عاماً - ص 629 . وأنظر كذلك في ذات الاتجاه في قضاء محكمة التمييز الكويتية أنظر على سبيل المثال الطعن رقم 269 لسنة 1996 تجاري ، جلسة 1997 / 3 / 31 .

2- المحكمة الإدارية العليا - حكم 1127 - 5 (1961/4/22) 891/115/6 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 554 .
- وأنظر كذلك : د. سليمان الطماوي - العقود الإدارية لمرجع السابق - ص 554 وما بعدها .
- وأنظر في نفس المعنى : د. محمود عاطف البنا - العقود الإدارية - 1984 - ص 209 ، عبد المجيد فياض - نظرية الجزاءات في العقد الإداري - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - 1974 ص 280 .

والقول بغير هذا النظر يؤدي إلى شذوذ في تطبيق أحكام العقد الإداري، إذ من المسلم أن لجهة الإدارة الحق في توقيع غرامات تأخير على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته في المواعيد، ومن المسلم أيضاً أن لها الحق في مصادرة التأمين عند وقوع الإخلال، وذلك دون الحاجة لإثبات ركن الضرر، لأن هذا الركن غير مشروط أصلاً، إنما لأنه ركن يفترض في عقد إداري فرضاً غير قابل لإثبات العكس - فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يثبت أن الضرر الذي لحق الإدارة يقل عن التأمين - ومن ثم لا يتصور، والأمر كذلك، أن لا يكون للإدارة الحق في الرجوع على المتعاقد المقصر، بالتعويض الذي يعادل قيمة الأضرار في الحالة التي تجاوز فيها هذه القيمة مبلغ التأمين المدع. بل يحق لجهة الإدارة بغير شك أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يفي بالتعويضات اللازمة عما أصاب جهة الإدارة من أضرار حقيقية وفعلية. فالتأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ولكنه - يقيناً - لا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض⁽¹⁾.

ومفاد هذا المبدأ أنه إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله، فلا يكون ثمة محل لطلب التعويض. أما إذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تكفي وحدها لجبر الضرر، فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره.

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أسس فكرة فسخ العقد في ضوء كراسة الشروط الإدارية (C.C.A.G) بخصوص سلطة فسخ العقد. فقرر مجلس الدولة الفرنسي أن هذه السلطة لا يمكن إعمالها إلا بعد عدم احترام الإنذار الموجه إلى المتعاقد مع الدولة. فإذا كانت الإجراءات التي شابت عملية الفسخ قد خالفت نصوص كراسة الشروط وشابها بعض الأخطاء فإنه لا يمكن سؤال الشركة الطالبة بدفع المصروفات الإضافية التي سببها تأخر تنفيذ الأعمال⁽²⁾. وليس من شك أن هذه المبادئ تنطبق على العقود الإدارية كافة ومنها عقود الأشغال العامة.

1- المحكمة الإدارية العليا - حكم 1289 - (1965/1/3) 313/4/10 - مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية - ص

556.

2- أنظر الحكم التالي :

- C.E, 8 Nov.1985, Entreprise Ozitou, clément et Richer, Op. Cit ., P.380
- C.E.,27 Juin 1986, synducat intercommunal, clément et Richer, Op.Cit., P.394.
- C.E.,21 mai 1982, Société de protection..., clément et Richer, Op.Cit., P.322.
- C.E, 28 Mars 1984, commune de Basse..., clément et Richer, Op.Cit.,P.353.

أما عن عقد الأشغال الدولي فتطبق عليه هذه القواعد الخاصة بالتأمين النهائي، وكذا فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد مع الدولة بالتزاماته لأنه ليس في ذلك ما يتعارض مع الطبيعة المركبة لهذا العقد والتي تبقى على بعض الامتيازات المخولة للسلطة العامة في العقد الدولي للأشغال العامة. فإن كان هذا العقد دولياً يحتوي على بعض الشروط التي تغير من طبيعته ليصبح ذي طبيعة دولية مركبة تصطبغ بالصبغة الإدارية فإن هذه الطبيعة الجديدة لهذا النوع من العقود لا ينفي أنها لا تزال في حظيرة القانون العام تخضع لأحكامه، وتلتزم بما تمليه كثير من القواعد الموضوعية للنظرية التقليدية للعقد الإداري، والتي منها فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ومصادرة التأمين، وكذا سحب الأعمال والتنفيذ على الحساب على نحو ما سيرد شرحه تفصيلاً طالما لم يتضمن العقد شروطاً لثباته Clause d'intengebilité وتأكيداً لمبدأ قوته الملزمة.

ورجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى، على المتعاقد المقصر في حقها، عند مصادرة التأمين الذي يقل عن مستوى التأمين الكامل لا يستند إلى اعتبار العقد قائماً ومنفذاً على حساب المتعاقد، مع أنه سبق فسخه، وإنما يستند ذلك الرجوع، إلى أحكام القواعد العامة في أي عقد كان، وتلك الأحكام تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض وبقدر قيمة الضرر، وهذه الأحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين في العقود الإدارية بوجه عام⁽¹⁾.

ومصادرة التأمين عند إخلال المتعاقد مع الإدارة بأي من التزاماته لا يرتبط بالضرورة بفسخ العقد فليس ثمة ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعاقد، أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد أو غير ذلك⁽²⁾.

أما عن الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين، فتكيف بأنها في حقيقة الأمر تعويض اتفاقي قدره في العقد بقيمة التأمين المقدم من المتعاقد المقصر والنص على مصادرة التأمين في حالة إلغاء العقد هو تعويض اتفاقي تحكمه القاعدة العامة الواردة بالقوانين المدنية حيث أنه يجوز لجهة الإدارة أن تقتصر على مصادرة جزء من التأمين المقدم منه إذا كان العقد قد نفذ في جزء منه، حتى

1- المحكمة الإدارية العليا - حكم 1289 - (1965/1/2/8) 313/34/1 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 560.

2- المحكمة الإدارية العليا - حكم 1127 - (1961/4/22) 5 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 560.

يكون هناك تناسب بين ما لم يتم تنفيذه من الإلتزامات وبين قيمة ما يصدر من التأمين⁽¹⁾.

ونعود لنؤكد أن ما سبق من قواعد استنها القضاء الإداري لا يوجد ما يمنع تطبيقه على عقود الأشغال الدولية ولا يتعارض ذلك مع الطبيعة القانونية المركبة لهذا النوع من العقود والتي لا تأبى تطبيق الأصول العامة والقواعد الموضوعية المستقرة في العقود الإدارية، ولا تستدعي بالضرورة وجود شروط لثبات العقد Clause d'intengebillite التي تقلص من نفوذ الدولة وتحول دون تطبيق الأصول المستقرة في مثل هذا النوع من العقود إذ أنها تحظر على الدولة أن تعدل من العقد بإرادتها المنفردة صوناً وتأميناً للمتعاقد الأجنبي معها ونفياً لمظاهر السلطة العامة في هذا النوع من العقود ذات الطبيعة الدولية.

ولا تتضمن نماذج عقود الإنشاءات الدولية الشهيرة مثل هذا النوع من الجزاءات التي توقعها الدولة على المتعاقد معها، إذ أنها نماذج عقود مدنية كعقد الفيديك FIDIC مثلاً وليس على الدولة المتعاقدة إلا أن تقوم بإضافة شروط متعلقة بحقها في فسخ العقد ومصادرة التأمين أو على نحو آخر مفاده إضافة أن قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية جزءاً لا يتجزأ من العقد إذا كان قانون المناقصات يتضمن بين دفتيه هذه الجزاءات.

حري بالإشارة وأنه وعلى سبيل المثال قانون المناقصات البحريني رقم 36 لسنة 2002 لا يتضمن أية جزاءات بين دفتيه بل وترك تحديد الجزاءات للمتعاقدين وإرادتهما المشتركة التي قد تضمن الوثيقة التعاقدية بعض الجزاءات التي تكون لها وبهذه المثابة طبيعة تعاقدية رضائية إتفاقية .

1- فتوي رقم 260 في 13/5/1955 جلسة 13/5/1955 - 67/40/10 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 566.

المبحث الثاني

سحب العمل والتنفيذ على الحساب

تستطيع الإدارة في العقد الإداري أن توقع على المفاوض المقصر جزاءات أخرى أهمها سحب العمل والتنفيذ على حسابه. أما سحب العمل⁽¹⁾ فهو جزاء توقعه جهة الإدارة على المفاوض الذي يخل بأي من التزاماته العقدية فتحل مفاوضاً آخر محله لتنفيذ العقد على حساب ومسئولية المفاوض الذي سحب منه العمل⁽²⁾.

والتنفيذ على حساب المتعاقد المقصر يعرف بأنه وسيلة الإدارة في تنفيذ الإلتزام عيناً إعمالاً لامتيازاتها، وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته وحيث يتحمل المتعاقد المقصر في التنفيذ فروق الأسعار تطبيقاً لقاعدة تنفيذ الإلتزام عيناً⁽³⁾.

ولا يحول ذلك دون تحميل المتعاقد المقصر في التنفيذ بغرامات التأخير والمصروفات الإدارية. فهو وسيلة إرغام المتعاقد على تنفيذ العقد، وجزاء تملك الإدارة توقيعه في حالة التقصير، ولا تنقيد في حكمه بقواعد القانون المدني وذلك حتى تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد^{(4) (5)}.

وقد استقرت الإتجاهات القضائية بالدول العربية على أنه من القواعد المسلمة في العقود مدنية كانت أو إدارية أن تنفيذ الإلتزامات يكون عيناً فإذا

1- . عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 131.

2- - Auby et Bon, Cit., 244.

- Dufau, Op. Cit., 192.

- De Laubadère, venzia et Gaudement, Dr. Sdm., T-2, Op. Cit., P.480

وفي الفقه العربي أنظر :

- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 528.

- د. عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 131.

- د. عبد المجيد فياض - المرجع السابق - ص 214.

3- المحكمة الإدارية العليا - ص 5843 - 26 (1982/11/20) 86/18/28 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 596.

4- المحكمة الإدارية العليا - ص 17/3/1962 - 459/48/7 - مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية - ص 595.

5- في شرح سحب العمل والتنفيذ على الحساب كحقوق لجهة الإدارة أنظر : د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 533،

د. عيسى عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 131.

امتنع المتعهد عن تنفيذ ما تعهد به جاز للطرف الآخر أن يجبره على الوفاء عيناً مع تعويض عن الضرر الذي ينشأ من إخلاله بتعهد. وأنه ولئن كان التنفيذ عيناً في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء فإنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الإلتزام عيناً بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده وإلزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الإلتزام عيناً تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها ضمناً لحسن سير المرافق العامة، واطراد سيرها ومنعاً من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق، وذلك لأن العقود الإدارية وتغليب وجهة المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري⁽¹⁾.

ومن المسلم أن للإدارة سلطة تقديرية في اللجوء للتنفيذ العيني في العقود الإدارية ذات الطبيعة الداخلية والدولية على السواء فهو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة وهو مشرع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبالتالي تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه ومن ثم فهو ليس من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني، كما أن هذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية تملك الإدارة توقيعه دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام⁽²⁾.

فإذا ما كان عقد الأشغال الدولي عقداً إدارياً فيه بعض ما يحتويه العقد الأخير من نصوص استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن إجراء سحب الأعمال وتنفيذها على حساب المفاوض هو إجراء تصدره الإدارة تنفيذاً للعقد ومستنداً إلى نصوصه وليس قراراً إدارياً.

1- المحكمة الإدارية العليا - حكم - 2013/6 (1962/12/16) 102/14/7 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 596.

2- المحكمة الإدارية العليا - حكم 1181 - 33 (1994/1/25) مجموعة الأربعين عاماً - ص 596.

ما يقع على عاتق المقاول المقصر من نفقات في حالة التنفيذ على الحساب :

أولاً: فروق الأسعار:

عندما تقوم جهة الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد المقصر في عقد من عقود الأشغال الدولية، فإنها تحمله بفروق الأسعار التي تكون قد تغيرت بين الوقت الذي كان يتعين أن يتم التنفيذ فيه والوقت الذي نفذت فيه جهة الإدارة، فأسعار المواد الخام كالأسمنت والحديد ترتفع باستمرار وفي عقد من عقود البنية الأساسية الكبيرة ذات الطبيعة الدولية تكون الكميات التي تدخل في تنفيذ الأعمال كبيرة وينتج عن ذلك وجود فروق باهظة يتحملها المقاول في حالة التنفيذ على حسابه لإخلاله بالتزاماته.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ في أحيان كثيرة فقضت بأنه من المستقر عليه أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة وأنه أيضاً مشروع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبالتالي تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه ومن ثم فإنه ليس من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني، كما أن هذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية تملك الإدارة توقيعه دون حاجة للجوء إلى القضاء ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام ومن ثم فإنه لذلك يكون الطاعن ملزماً بفروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه فضلاً عن المصروفات الإدارية ومقدارها 5 % من قيمة العقد وقيمة غرامات التأخير بواقع 4 % من تلك القيمة»⁽¹⁾.

إلا أنه إذا تأخرت جهة الإدارة في تنفيذ الأعمال على حساب المقاول لبعض الوقت لأسباب ترجع لإرادتها وأثناء ذلك حدث ارتفاع ولو كان طفيفاً في الأسعار فإنها تتحملها، إذ لا يجوز نسبة هذا الخطأ إلى المقاول. وأساس ذلك أن جهة الإدارة وقد قامت بتنفيذ العقد على الحساب، فإنها تكون ملزمة بذات شروط المناقصة الأولى ومدتها عدا السعر، لأنها في ذلك تقوم بدور الوكيل. فلتلزم بما نص عليه القانون المدني من أن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة فإذا ما جاوزت جهة الإدارة شروط المناقصة الأولى لمدة

1- حكم 1181 - 33 (1994/1/25) - مجموعة الأربعين عاماً - ص 598.

خمسة عشر يوماً، فلا تحتسب هذه الزيادة تأخيراً على المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾. هذا هو المقرر بصدد فروق الأسعار، وهو ما ينطبق بذاته على عقود الأشغال الدولية.

ثانياً: المصروفات الإدارية :

يتحمل المقاول المصروفات الإدارية في حالة التنفيذ على حسابه.

والأصل، أن المصروفات الإدارية لا تستحق في حالة التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر إلا إذا أثبتت الجهة الإدارية أنها قد تحملت خسائر، أو لحقتها أضرار كما لو قامت بإعادة المناقصة من جديد، وما يقتضيه ذلك من نشر جديد وتشكيل لجان لفض المطارييف، وأخرى للبت فيها، وما يستتبع ذلك من جهد ونفقات ما كانت ستتحملها الدولة لو أن المتعاقد معها قد قام بتنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه، كما يكون استحقاق هذه المصاريف في حالة تحقق مناط استحقاقها وفقاً للنسبة المحددة بقانون المناقصات والمزايدات.

أما كراسة الشروط العامة الإدارية في فرنسا (C.C.A.G) فقد نصت على أنه يتم التنفيذ على الحساب بأسلوب الإدارة المباشرة، بحيث تكون إدارة الأشغال وتنفيذها بواسطة جهة الإدارة نفسها. كما قررت كذلك تحمل المقاول الزيادة في النفقات الناتجة عن تنفيذ الأعمال في حالة سحب العمل منه. وعندما تنفذ جهة الإدارة الأعمال على حساب المقاول فإنها بذلك وكيلة بتعين عليها أن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة⁽²⁾.

ثالثاً: غرامات التأخير:

الأحكام التي تنتظمها في الفقه والقضاء المقارنين :

لعل غرامات التأخير من أهم الوسائل الضاغطة التي تلجأ إليها جهة الإدارة لضمان تنفيذ الأعمال في ميعادها⁽³⁾. ويعرف الفقه الأنجلو أمريكي هذا النوع

1- حكم 94-9 (1965/12/11) - مجموعة الأربعين عاماً - ص 613.

2- المحكمة الإدارية العليا في 11 ديسمبر 1965 - ص 11 - ص 128.

3- في غرامات التأخير بصفة عامة أنظر :

- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص 512.

من الوسائل بأنها المبلغ الثابت المقدر بواسطة أطراف النزاع عند دخول العقد حيز التنفيذ إلى المدى الذي يسببه الإخلال بتنفيذ العقد من أضرار⁽¹⁾.

أي أن كلمة Liquidated damages تشير إلى الكم الذي اتفق عليه الأطراف المتعاقدة كيما يدفع في حالة الإخلال بتنفيذ أحد الإلتزامات العقدية. وهذه الغرامات تدفع دائماً دون اللجوء إلى القضاء⁽²⁾. وفي عقود الأشغال عادة ما تقوم جهة الإدارة بفرض غرامات تأخير على المتعاقد المتأخر في تنفيذ الأعمال عن الميعاد المحدد بالعقد، وذلك عن كل يوم تأخير تال للميعاد المحدد للإنتهاء من الأعمال.

وقد استقر القضاء الأمريكي على نفاذ شرط غرامة التأخير بالعقد على الرغم من اعتبار الأطراف هذا الشرط عقوبة Penalty وقد تجلى ذلك في حكم المحكمة العليا بالولايات المتحدة في قضية United States و Bethlehem الشهيرة حين نص العقد على التزام المقاول بدفع غرامة تأخير 35 دولار يومياً عن كل يوم تأخير في توريد لوازم أسلحة (مسدسات) مشتتة بواسطة الحكومة الأمريكية⁽³⁾.

- د محمد عبد المجيد إسماعيل - القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2011 .

- د. نصر الدين محمد بشير غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1998.

- Scot M. Tyler, No (Easy) way out: "Liquidating" stipulated damages for contractor delay in public construction Contracts, Duke Law Journal, Vol. - 44, P.357.

- وفي غرامات التأخير في الفقه الأنجلو أمريكي أنظر :

- Brain Eggleston, Liquidated damages and Extensions of time in construction contracts, 1992, first edition, P.50 - second edition, 1997.

- Donald Keating, Keating on Building Contracts, sixth edition, 1995, P.240.

- Michael S. Simon, Construction contracts and Claims, P.195.

- وفي الفقه الفرنسي أنظر على سبيل المثال :

- Daniel Chabanol et Jean - Pierre Jouguelet, Marchés Publics de Travaux, Deuxième Edition, 1994, P.146.

- François Sabiani, Marchés Publics de Travaux, 5e édition, P.148

- Jean Dufau, Le Droit des Travaux Publics, Tome 1, P.188.

1- Oklahoma City University Law Review, Op. Cit., P.251

2- Scott M. Tyler, Op. Cit ., P.357

- وفي عقود الأشغال العامة أنظر : د. محمد ماجد محمود - دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية - دار النهضة العربية - 1997 - ص 287 وما بعدها.

3- United states V. Bethlehem steel Co., 205U.S. at 105

وقد أكدت المحكمة في هذا الحكم الشهير أنه عند إثبات وجود إخلال بأحد نصوص العقد تستحق غرامة التأخير، وذلك دونما نظر للقيمة الفعلية للخسائر التي تحملتها الدولة. وقد أكد القضاء الأمريكي أيضاً أن الطرف الذي يطلب غرامة التأخير يتعين عليه إثبات وجود شرط خاص بها في العقد حتى يستطيع الحصول عليها⁽¹⁾ أي أن الإلتزام بأدائها مصدره نصوص عقد الأشغال الذي أبرمه المتعاقدون.

إلا أن أغلبية النظم القانونية تذهب إلى أنه يتعين أن تكون قيمة غرامات التأخير المنصوص عليها بالعقد ذات صلة منطقية بالخسائر المتوقعة من الإخلال بالإلتزام⁽²⁾. ولعل ذلك يخضع لما تبديه الأطراف المتعاقدة من عناية وحرص لتحديد القيمة المناسبة لهذه الغرامات وفقاً للظروف المحيطة بالتعاقد إبان تحديد القيمة المذكورة.

وكما قضت المحكمة الفيدرالية في قضية Rohlin أن الرقابة القضائية بغض النظر عن الظروف المحيطة قد تؤدي إلى نتائج مشكوك فيها⁽³⁾.

ففي ولاية Massachusetts الأمريكية قضت محكمة الاستئناف بالولاية في قضية Shapiro v. Grinspoon⁽⁴⁾ أن قانون الولاية يسمح بالرقابة القضائية على مقدار الغرامة المحدد بواسطة الأطراف، أخذاً في الاعتبار الخسارة الفعلية المتحققة وقت الإخلال. وبالبناء على ذلك كان لزاماً على المحكمة أن تحدد الخسارة الفعلية التي حاقت بالبائع - في القضية المعروضة عليها - وكم يتعين رده من مبلغ 500,000 دولار.

وفي قضية Colonial at Lynnfield V. Sloan⁽⁵⁾ قررت محكمة الاستئناف بالولايات المتحدة أن الغرامات المتفق عليها بواسطة الأطراف هي تقدير منطقي للخسائر المتوقعة في الوقت الذي ينفذ فيه العقد، كما يتبين للمحكمة أنه يتعين عليها أن تقدر الغرامات المتفق عليها على هدي من الأحداث غير

1- J.L.Davis & Assocs V.Heidler,622 A. 2d 923,928.

2- Scott M. Tyler, Op. Cit., P.377.

3- Tyler, Op. Cit., P.377,378.

4- N-E 2d 359 (MASS- APP. Ct.1989).

5- 870 F.2d 761(1 st. Cir - 1989)

المعروفة للأطراف وقت التعاقد. وقد حددت المحكمة خسائر البائع بمقدار أقل من المتفق عليه في العقد واعتبرت الشرط الوارد به وهو الغرامة المحددة بالعقد غير نافذ.

وفي قضية *United States V. United Engineering & Contracting CO* (1) لم تطبق المحكمة الغرامة المتفق عليها عندما تبين لها أن كلا الطرفين قد شاركوا في التأخير. فقد طالبت الدولة بغرامات عن التأخير في تنفيذ عقد من عقود الأشغال العامة. وكان الدليل المعول عليه في ذلك أن التأخير قد شاركت في حدوثه الدولة.

وقد قالت المحكمة في حكمها :

"In order to enforce such payment the other party must not prevent" the performance of the contract within the stipulated time. and that where such is the case, and the work is completed, though delayed by the fault of the contractor, the rule of the original contract cannot be insisted upon and liquidated damages "measured thereby are waived

وفي أحوال عدة يحاول المقاول عدم الإلتزام بغرامات التأخير المنصوص عليها بالعقد، لأن رب العمل (الدولة) يكون مساهماً في كل أو بعض التأخير، أو لأن المقاول لم يتوقع الظروف التي تسببت في التأخير عند التعاقد، ولم يكن في إمكانه توقعها (2).

فكرة الإنهاء الجوهرى للأعمال :

وترتكز هذه الفكرة على أن غرامات التأخير لا تستحق إذا ما قام المقاول بالإنهاء من الجزء الجوهرى من الأعمال المتعاقد عليها في الوقت المحدد لذلك أو قبل هذا الوقت، وتعد هذه المسألة من مسائل الواقع.

1- 234 U.S. at 236.

2- Tylor, Op. Cit., P.383.

وعلى الرغم مما تبدو عليه هذه الفكرة من منطقية إلا أن هناك مشكلة تعترضها؛ أولها: صعوبة تحديد ما إذا كانت الأعمال التي إنتهت هي أعمال أساسية من عدمه. ففي قضية (1) Thermodyn Contractors, Inc. V. General Services Administration اعترض المقاول Thermodyn على تقدير الحكومة لمبلغ 22.63 دولار أمريكي كغرامات تأخير نتيجة إخفاق Thermodyn في تنفيذ الأعمال المنوط بها القيام بها في محطة Texas في الوقت المناسب.

أدعى المقاول أن المشروع قدم تنفيذ الأعمال الجوهرية منه قبل 23 أبريل 1993، وهو التاريخ الذي تم اعتماده للإنتهاء من المشروع بواسطة الحكومة. وأكد ادعاءه أن الإنتهاء من الأعمال الجوهرية تم قبل 31 مارس. وقد قضت محكمة الاستئناف برفض الطعن المقدم من المقاول وأيدت الغرامات التي قضت بها الدولة، ووضعت معياراً للتحقق من كون الأعمال التي إنتهت جوهرية من عدمه مفاده أن جهة الإدارة قد بدأت في استخدام المرفق في الغرض المخصص له. إلا أن هذا المعيار الموضوعي قد لازمته الغموض وظل هناك استنتاج هام يطرح نفسه مفاده أن ما يعد إتماماً جوهرياً للأعمال بالنسبة لأحد الأطراف قد لا يعد كذلك بالنسبة لطرف آخر (2).

وقد أكد القضاء الأمريكي (محكمة الاستئناف بواشنطن) عام 1975 (3) على أن هذا المعيار يشوبه الغموض. فإذا لم يكن هناك نزاع حول ميعاد الإنتهاء الجوهرية من الأعمال فإن هناك نزاعاً حول التقدير الذي يتم للغرامات الثابتة والتي قد تحمل بين طياتها فكرة العقوبة Penalty !!

وفي إحدى المنازعات الهامة (4) يتضح الاتجاه القضائي للمحاكم في الولايات المتحدة لتحديد ما إذا كانت غرامات التأخير عقابية في طبيعتها من عدمه.

1- Tylor, Op. Cit., P.383

2- Tylir, Op. Cit., P.383.

3- S. L. Rowland construction Co. V-Beall Pipe & Tank Corp., 540 P. 2d 912 (wash, CT.App.1975).

4- Priebe & Sons V. United States, 332 U.S. 407, 411(1947).

وفي هذه القضية، كان على المحكمة أن تجيب على السؤال التالي:

هل النص في عقد من عقود الدولة على غرامات التأخير هو من قبيل العقوبة Penalty من عدمه؟ وموضوع هذه القضية (Pribe) أن حكومة الولايات المتحدة تعاقبت مع متعهد لتوريد وشحن مأكولات (بيض) أثناء الحرب العالمية الثانية. وقد نص في العقد على أن يكون تاريخ التوريد 18 من مايو 1942 وأنه بموجب هذا العقد تستطيع الحكومة أن تطلب الشحن في أي وقت خلال عشرة أيام بعد ذلك.

وقد تضمن العقد نصين منفصلين لغرامات التأخير، ولكن النص الذي كان محلاً للجدل، ذلك الذي ينص على أن الإخفاق في اختيار البيض وجعله جاهزاً للتسليم إلى الموقع في التاريخ المحدد سوف يجعل ذلك ذريعة لتحديد غرامات تأخير من جانب الدولة. ولم يكن المتعاقد جاهزاً للتسليم في الميعاد المحدد (18 مايو) فقامت الحكومة بتقدير غرامات تأخير نظراً لأن المتعاقد لم يكن مستعداً للتسليم في 18 من مايو عام 1942.

وقد أكدت المحكمة أن التسليم لم يتم حتى طلبت الحكومة ذلك، وقررت أن الحكومة يجب أن تتصرف بحسن نية ومنطقية إذا ما أرادت أن يكون شرط غرامة التأخير سارياً. وعلى المتعاقد عبء إثبات أن نص غرامات التأخير غير منطقي وينتج عن ذلك أن النص سيكون بمثابة عقوبة Penalty Clause.

غرامات التأخير في الفقه والقضاء المقارنين:

بعد استعراض الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية نتطرق إلى غرامات التأخير وماهيتها والقواعد التي تنظمها في إطار ما درج عليه القضاء الإنجليزي من أحكام. فمن أهم القواعد الأصولية الراسخة في القضاء الإنجليزي، أن المدعي الذي يسعى للحصول على عقوبة Penalty ضد المدعى عليه ليس له أن يحصل إلا على الخسارة التي تحققت، والتي يستطيع إثباتها. وكما أشار اللورد Ellenborough في القرن التاسع عشر إلى أنه لا يمكن الذهاب إلى أكثر من العقوبة، وفي إطارها يمكن أن تعطي الطرف الذي يستطيع إثبات استحقاقه للتعويض أي تعويض ممكن⁽¹⁾.

1- Willeam V. Ashton (1807) 1 CAMP 78.

وتكمن الخلفية التاريخية وراء هذه العقوبة أنها شرعت كنوع من التهديد لضمان تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها، ويكون التعويض في صورة هذه الغرامة التي تقدر على أساس الخسارة (الضرر) المتحققة بالفعل. وفي Public Works Commissioner⁽¹⁾ أكد القضاء الإنجليزي أن الغرامة كعقوبة تغطي الخسارة ولكنها لا تقدر التعويض. ويكون الأثر القانوني المترتب على ذلك كما قرره القضاء في Watts, Watts & Co. Ltd. V. Mitsui & Co. Ltd 1917⁽²⁾ هو أنه إذا كان هناك شرط عقابي بالعقد (Penalty clause) فإن المدعي يمكنه أن يقاضي المدعى عليه إما بناء على هذا الشرط كما يستطيع الحصول على المبالغ المنصوص عليه بالفعل، أو يمكنه - من ناحية أخرى - أن يتجاهل هذا الشرط ويقاضي المدعى عليه تأسيساً على إخلاله بالتزاماته العقدية Breach of Contract ليستطيع بناءً على ذلك أن يحصل على ما تحقق من خسائر كاملاً.

وفي كلتا الحالتين، فإن الخسائر يمكن أن يتحصل عليها المدعى بالتقدير الذي يمكنه إثباته. أن الجانب التهديدي لغرامات التأخير من جانب المحاكم الإنجليزية قد بدأ يضعف وذلك من خلال معالجتها لكثير من المنازعات التي عرضت عليها أو ما إذا كان هناك مبالغ منصوص عليها بالعقد لتغطي الإخلال المتحقق كانت في القانون عقوبات Penalties أو كانت تعويضاً Liquidated damages. فالقواعد المتبعة في العقوبات Penalties تطبق الآن على أي مبالغ منصوص عليها بالعقد شريطة أنه يمكن إثباتها ولا يشترط أن تتفق هذه المبالغ مع التقدير الحقيقي المسبق للخسارة⁽³⁾.

ولهذا ففي قضية Bramall & Ogden V. Sheffield City Council⁽⁴⁾ اعتبرت المحكمة غرامات التأخير كانت في هذه القضية ذات قيمة معقولة، والتي قدرت عن كل أسبوع بمثابة عقوبات Penalties، لأن الشرط التعاقدي الذي يناسب الخسائر، والذي لم تتجه النية إلى تطبيقه، لم يكن ملفياً⁽⁵⁾. ولقد

1- Public works commissioner V.Hills (1906) AC 368.

2- Watts, Watts & Co.Ltd. V.Mitsui & Co. Ltd (1917) AC 227.

3- Brian Eggleston, Liquidated damages and Extension of time in construction contracts, 1992, P.51.

4- Bramall & Ogden V. Sheffield City Council (1983) 29 BLR 73.

5- Brian Eggleston, Op. Cit., P.51.

أصبح عبء إثبات أن المقدار المتفق عليه بالعقد هو عقوبة Penalty وليس تعويضاً Liquidated damages يقع على عاتق الطرف الذي يدعي ذلك. كما أصبح جوهر غرامات التأخير أنها تقدير حقيقي مسبق للخسائر.

وقد قرر القضاء مبدأ مهماً في إحدى القضايا الشهيرة وهي:

Widnes Foundry (1925) Ltd . V. Cellulose Acetate Silk Co. Ltd⁽¹⁾. حيث أكد لورد Scrutton أنه إذا ما وافقت الأطراف على رقم ثابت في حالة الإخلال بالالتزام المتمثل في تأخير التنفيذ، فإن ذلك لا يكون عقوبة Penalty ولكنه تعويض Liquidated damage. وفي ذات الحكم أشار اللورد Slesser أنه إذا قرأنا كلمة عقوبة Penalty في هذا العقد حرفياً، فإن ذلك لا يمكن أن يكون له ثمة دلالة، فهي لا يمكن أن تكون عقوبة إذا أمكن لأحد الأشخاص أن يستفيد، وفي الواقع أنها نافعة للشخص الذي يقوم بالإخلال بالتزامات العقدية، ولا تمثل له عقوبة بأية حال، ومن الممكن أن يقرأ هذا النص بوضوح كيما يكون غرامات تأخير.

ولقد أكد مجلس اللوردات The House of Lords هذا القضاء على سند من القول أن المبلغ المنصوص عليه في العقد هو من قبيل التعويض⁽²⁾. ولقد أشار اللورد Atkin أن هذه الغرامة تبدو تعويضاً مقدراً بالوقت الذي تأخر فيه التعاقد في تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه. "An amount of compensation measured by the period of delay".

وقد أكد أنه ليس تقديراً مسبقاً للضرر الحقيقي، وأشار أنه الضرر الحقيقي أكثر من عشرين جنيهاً في الأسبوع، ولكن من المقرر أن هذا المبلغ هو المحدد للتعويض عن الخسائر المتحققة، وهو كل ما كان البائع مستعداً لدفعه.

هذا المبدأ الشهير قرره القضاء الإنجليزي في إحدى المنازعات الهامة، والتي وان لم تتعلق بعقد من عقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية فإنها قررت مبدأ مستقراً في صدد غرامات التأخير. وإذا ما كانت غرامات التأخير تقديراً

1- Widnes Foundry (1925) Ltd. V. Cellulose Acetate Silk Co. Ltd. (1933) AC20.

2- Brian Eggleston, Op. Cit., P 52.

حقيقاً مسبق للضرر أو أقل من الضرر فمن المسلم أنه ليس بالضرورة إثبات الضرر للحصول على قيمة الغرامة⁽¹⁾.

ان الأطراف في أية علاقة عقدية ملزمون بنصوص هذا العقد والمحاكم سوف تقوم بتنفيذ هذه النصوص التعاقدية إلا إذا كانت هذه الشروط تحمل بين طياتها عقوبة Penalty. فالمحاكم سوف لا تعدل عقداً أعدده الأطراف لأنفسهم. ويكمن الفارق الأساسي بين الضرر العام الذي يتعين إثباته وغرامات التأخير التي لا يتعين إثبات الضرر الناتج عنها، في أن الضرر بصفة عامة لا ينص عليه في العقد، ولكن غرامات التأخير ليست فقط متضمنة في العقد ولكنها شرط من الشروط به⁽²⁾.

وفي إحدى القضايا المهمة في تاريخ القضاء الإنجليزي، وهي قضية BFI Group of Companies Ltd. V. DCB Integration Systems Ltd. 1987⁽³⁾ قال القاضي Davis أنه من غير الملائم البحث فيما إذا كان هناك ضرر من عدمه ويتعين إعمال نص غرامات التأخير بالعقد أوتوماتيكياً Automatically إذا ما وقع الإخلال بالالتزامات عن طريق التأخير في التنفيذ.

فغرامات التأخير في النظام الإنجليزي هي تقدير حقيقي مسبق للضرر الذي لحق برب العمل نتيجة التأخير في تنفيذ الأعمال، ويتم حسابها وقت إبرام العقد ولهذا فغرامات التأخير هي Liquidated damages وليست عقوبة Penalty في هذا النظام⁽⁴⁾.

التمييز بين غرامات التأخير كتعويض Liquidated damages والعقوبات Penalties :

لما كانت غرامات التأخير يمكن المطالبة بها دون إثبات وقوع الضرر، فمن المهم لأطراف النزاع معرفة إذ ما كان المبلغ الذي تم الاتفاق عليه بالعقد هو غرامة تأخير Liquidated damages أو عقوبة Penalty⁽⁵⁾.

1- Brian Eggleston, Op. Cit., P 52.

2- Brian Eggleston, Cit., P53.

3- BFI Group of Companies Ltd. V. DCB Integration Systems Ltd. 1987, C1 LL 348.

4- Nael G. Bunni, the FIDIC form of contract 4th edition, second edition, 1997, P. 360.

5- Brian Eggleston, Op. Cit., P54.

وفي قضية Dunlap Pneumatic Tyre Company V. New Garage and Motor Company LTD⁽¹⁾ قال اللورد Dunedine إن أطراف العقد الذين يستخدمون كلمة عقوبة Penalty أو تعويض Liquidated damages قد يفترض لأول وهلة أنهم يقصدون ما ينصون عليه بالعقد إلا أن التعبيرات ليست حاسمة، وعلى المحكمة أن تبين إذ ما كانت المبالغ المنصوص عليها بالعقد هي عقوبات penalty أو تعويض Liquidated damages .

ولكن كيف تميز المحكمة بين ما إذا كان نص غرامة التأخير تعويضاً Liquidated damages أو عقوبة Penalty ؟

قرر القضاء الإنجليزي بوضوح في Law V. Redditch Local Board⁽²⁾ حيث أشار القاضي Lopes إلى أن التمييز بين العقوبات Penalties وغرامات التأخير Liquidated damages يعتمد على نوايا الأطراف التي يمكن إستخلاصها من العقد بأكمله. فإذا كانت النية متجهة إلى ضمان تنفيذ العقد وذلك عن طريق غرامة أو عقوبة فإن هذا المبلغ يكون عقوبة Penalty ولكن على الصعيد الآخر إذا ما كانت النية متجهة لتقدير الأضرار مسبقاً نتيجة الإخلال بالإلتزامات العقدية فهي ليست إلا تعويضاً Liquidated damages .

ومن المستقر في الفقه والقضاء الإنجليزي أنه إذا ما كانت غرامة التأخير بمثابة عقوبة، فإن هذه العقوبة لن تنفذ بواسطة المحاكم⁽³⁾. وقد حددت كراسة الشروط العامة الإدارية في فرنسا (C.C.A.G) أنه في حالة التأخير في تنفيذ الأعمال كلها أو جزء منها تحدد لها مهلة أو تاريخ محدد تطبق غرامة يومية قدرتها الكراسة بنسبة 2000/1 من مجموعة إجمالي قيمة الأعمال أو الجزء الذي لم ينفذ في موعده⁽⁴⁾ وهي ذات طبيعة عقابية في النظام القانوني الفرنسي.

1- Dunlap Pneumatic Tyre Company V. New Garage and Motor Company Ltd. (1915) AC 79.

2- Brian Eggleston, Op. Cit., P 55 – Second Edition, 1997, P.57.

3- Keating, Building Contracts, Op. Cit., P. 242.

- من القضاء الإنجليزي انظر :

- Watts, Watts & Co. Ltd. V. Mitsui & Co. Ltd. (1917) AC227 (H.L).

4- في النظام القانوني الفرنسي أنظر :

- Chabanol et Jouguelet, Op. Cit., P. 146.

وفي طبيعتها العقابية أنظر من أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E.4 Juin 1976, Société Toulousaine immobiliere, REC – LEBON. P.303.

أما في القضاء الإداري العربي فلئن كانت غرامة التأخير تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية، ذلك أن الشرط الجزائي في العقد المدني هو تعويض متفق عليه مقدماً يستحق في حالة إخلال المتعاقدين بالتزامه، فيشترط لإستحقاقه ما يشترط لإستحقاق التعويض بوجه عام من ضرورة حصول الضرر للمتعاقد الآخر، وإعذار الطرف المقصر، وصدور حكم به، وللقضاء أن يخفضه إذا ما ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد، إلا أن الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية، هي بمثابة ضمان لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد⁽¹⁾. وهي أحد الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها جهة الإدارة في سبيل تنفيذ عقودها في الميعاد المتفق عليه.

ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا ما توافرت شروط إستحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها، ولها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل إبتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير⁽²⁾.

وجرى التطبيق العملي للعقود بدول مجلس التعاون الخليجي على أنه إذا ما تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له - جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس والنسب المبينة تعاقدياً. وتوقع الغرامة عادةً بمجرد حدوث التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر. ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير⁽³⁾ وفي

1- المحكمة الإدارية العليا ، حكم 2/61 - 1960/9/21 - 1317/136/5 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة

الإدارية العليا والجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً - ص 489.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا سالف الإشارة إليه.

3- وأنظر كذلك :

حالة الإدعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزامها الواردة بالعقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك ما لم يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم.

- CE 25 Juillet 1975, Lantheaume, Rec. LEBON P.1135.

الفصل الثالث

عوارض تنفيذ عقود الأشغال الدولية

لعل الإخلال بالالتزامات المتقابلة بالعقد الذي يرجع إلى المتعاقد الأجنبي أوروب العمل هو أحد معوقات التنفيذ التي قد تؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة بالدولة، إلا أن هناك عوارض أخرى تختلف عن صور الإخلال تلك، هذه العوارض إما أن تؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزام تماماً وإما أن تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، وصعوبة تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتق هذا المتعاقد.

وفي هذا الفصل نعرض لعوارض تنفيذ عقود الأشغال الدولية، فنعرض لأسباب استحالة تنفيذ الإلتزام فنوضح القوة القاهرة وأثرها على الإعفاء من المسؤولية في عقود الأشغال الدولية ثم نعرض لصعوبة تنفيذ الإلتزام في مبحث ثان، نشرح فيه الأفكار الأصولية في مجال التوازن المالي للعقد من فكرة عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة بالقدر الذي تتطلبه طبيعة البحث لأثر الشروط الجديدة بعقد الأشغال الدولي على الحفاظ على التوازن المالي للعقد ودور هذه النظريات الفقهية في ظل وجود هذه الشروط، وكذا دور القاضي الإداري والمحكم الدولي في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الشروط والآليات سائلة البيان.

المبحث الأول

إستحالة تنفيذ الإلتزام

القوة القاهرة وأثرها على الإعضاء من المسئولية

في عقود الأشغال الدولية

تمهيد :

من أساسيات فكرة المسئولية العقدية أن يكون هناك خطأ وضرر، وأن تقوم بينهما رابطة سببية، وكذلك إذا إستحال على المدين أن ينفذ إلتزامه عينا كان مسئولاً عن التعويض لعدم الوفاء مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. واستحالة التنفيذ إما أن تكون إستحالة فعلية أو إستحالة قانونية، فذلك في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ ولا شك أن الاستحالة الفعلية من مسائل الواقع. أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، فإن الإلتزام ينقضي سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض.

والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن ومستحيل الدفع كزلزال أو فيضان أو بركان، أو نشوب حرب تجعل تنفيذ المشروع مستحيلاً.

وللقوة القاهرة إذا شرطان: أولهما أن يكون الأمر غير متوقع. وثانيهما، أن يكون مستحيل الدفع.

ومؤدي قيام السبب الأجنبي إنتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر الذي يكون راجعاً إلى قوة القاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ الدائن أو فعل الغير⁽¹⁾.

1- أنظر : د. عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للإلتزامات - القسم الأول - مصادر الإلتزام - 1989 - ص 256.
- G.H. Trietle, Frustration and Force Majeure, Sweet & Maxweel, 1994, CH-5, P.191.

وفكرة القوة القاهرة فكرة قانونية بحتة – فهي من صنع المشرع وصانعي العقود، وذلك لتوقي ما يمكن أن يسببه حدث ما من إخلال بالإلتزامات العقدية بحيث يصبح تنفيذها مستحيلاً⁽¹⁾.

وقد نصت القوانين المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي على أن إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك. حيث نصت المادة 145 من القانون المدني البحريني، وعلى سبيل المثال، على أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الإلتزام أحد الطرفين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، إنقضى هذا الإلتزام، وإنقضت معه الإلتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وإنفسخ العقد من تلقاء نفسه.

فالسبب الأجنبي وفقاً لنصوص القوانين المدنية هو:

1 - القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ :

ويتعين أن يكون كلاً من القوة القاهرة والحادث المفاجئ مستحيل الدفع وغير ممكن توقعه. وعدم إمكان التوقع هو أول الشروط في هذا الشأن ويتعين تحققه،

-
- وفي عقود الأشغال العامة في الفقه العربي أنظر :
- د. عبسي عبد القادر الحسن - المرجع السابق - ص 89.
- د. احمد حسان مطاوع - المرجع السابق - ص 526.
- وفي الفقه الفرنسي أنظر في القوة القاهرة في عقود الأشغال العامة الدولية :
 - Khaled Kadiki, Op.Cit., P.239.
 - وفي عقود الأشغال العامة انظر :
- El Attar, Op.Cit., P.291.
 - وفي العقود الإدارية أنظر :
- Laurent Richer, Op. Cit., P.214.
- De Laubadere Op- Cit., T.2,p.727.
 - وفي عقود البناء في الفقه المقارن والأعراف الدولية أنظر :
- Christopher S. Thomas, Aspects of building contracts: a comparative view of English and French law in the light of potential harmonisation, ph- D. Thesis School of Law, Kings College, London, 1995.
 - Phillipe Lane Bruner, Force Majeure under international law and international construction contract model forms, I.C.L.R., Part2, April 1995, P.274.
 - Douglas Jones, Force Majeure in Australian construction law, I.C.L.R., part 2, April 1995, P.295.
 - Stanley Jeremiah, insurability of force majeure events in construction contracts, I.C.L.R., part2, April 1995, P.319.
 - John C. Chen, Force majeure clause in construction contracts, Taiwan, I.C.L.R. P.2, April, 1995, P.328.
 - 1- Pronchai Wiwatpattarakul, A critical examination of the concept of force majeure at THAI law and its impact in the context of construction contracts, I.C.L.R., Vol. 1,P.174.

فالشخص يعتبر مقصراً إذا كان من الممكن توقع الحادث ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتلافي ما يمكن أن يترتب عليه من آثار. ومعيار التوقع معيار موضوعي يجب أن يكون بمقتضاه الحادث غير متوقع حتى من اشد الناس حرصاً، لأن ذلك الذي يجعل عدم التوقع مطلقاً وليس نسبياً⁽¹⁾⁽²⁾.

ويجب أن يتحقق الشرط الثاني المتعلق بأن يكون الحادث مستحيل الدفع، والمقصود هنا الاستحالة المطلقة كما يجب أن يترتب على ذلك استحالة تنفيذ الإلتزام استحالة مطلقة. فإذا ما تحققت هذه الشروط ينقضي التزام المدين من المسؤولية العقدية وتنقضي علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية فلا يكون ثمة محل للتعويض في الحالتين.

2 - خطأ المضرور:

يميز الفقه بين فرضين: الأول: أن يكون أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر. الثاني: أن يكون كل خطأ مستقلاً عن الخطأ الآخر. وفي الحالة الأولى، القاعدة أنه لا يعتد بالخطأ المستغرق سواء كان هذا هو خطأ المسئول أو المضرور، ويستغرق أحد الخطأين الآخر في حالتين:

أولاً: أن يكون أحد الخطأين يفوق الآخر كثيراً في جسامته: في هذه الحالة إما أن يكون أحد الخطأين متعمداً، فإنه يستغرق الخطأ الآخر فلا يعتد إلا بالخطأ المتعمد. فإذا كان الأخير قد وقع من المدعى عليه قامت المسؤولية كاملة ولا يعتد بخطأ المضرور أما إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المضرور نفسه فلا تقوم المسؤولية لإنعدام رابطة السببية.

ثانياً: رضاء المضرور: وفي هذه الحالة لا تنتفي عن فعل المسئول صفة الخطأ وتبقى مسؤوليته كاملة. وإذا كان رضاء المضرور خطأ يسهم في إيقاع الضرر، ففي هذه الحالة يخفف خطأ المضرور من مسؤولية المسئول لأن الخطأ يكون مشتركاً.

أما الحالة الثانية ففيها يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر. والعبرة هنا بالخطأ الذي وقع أولاً لأنه حينئذ يستغرق الخطأ الثاني فإذا استغرق خطأ

1- د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 259.

2- د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 259، 260، 261.

المضرور خطأ المسئول إنتفت المسئولية لإنعدام رابطة السببية . أما إذا استقل كل من الخطأين عن الآخر فإن الخطأ يكون مشتركاً .

3 - خطأ الغير :

ويتصور في هذه الحالة ثلاثة فروض :

أولاً: إذا استغرق خطأ المسئول خطأ الغير، بقيت مسئوليته كاملة ولا عبرة بخطأ الغير، وإذا استغرق خطأ الغير خطأ المسئول، فالعبرة بخطأ الغير وهو الذي يتحمل وحده المسئولية.

ثانياً: إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر على النحو السابق ، بقي كل من الخطأين قائماً، واعتبر سبباً في إحداث الضرر فيتعدد المسئولون عن الضرر، ويقسم الضرر بينهما بالتساوي إلا إذا حدد القاضي نصيب كل منهم في التعويض بقدر جسامه الخطأ⁽¹⁾.

ثالثاً: يشترك في إحداث الضرر خطأ المسئول وخطأ الغير وخطأ المضرور وهنا يتعدد المسئولين عن الضرر فتتوزع المسئولية بينهم بالتساوي كما في الفرض السابق⁽²⁾. هذه القواعد الأصولية الفقهية الراسخة في صدد القوة القاهرة كسبب من اسباب استحالة تنفيذ الإلتزام في الفقه العربي أوجزناها فيما سلف، ونتطرق الآن لبيان مفهوم القوة القاهرة في الفقه المقارن.

القوة القاهرة في الفقه المقارن :

تحتل فكرة القوة القاهرة مكاناً مهماً في سائر الأنظمة القانونية. ففي النظام الإنجليزي، يعالج هذا النظام فكرة القوة القاهرة Force Majeure تحت عنوان Frustration of contract . ولقد ضيق القضاء الإنجليزي English case law من إمكان التمسك بفكرة القوة القاهرة إلى حد كبير في السنوات الأخيرة حيث أنه يعول كثيراً على الشرط التعاقدي الذي صاغه المتعاقدان بالعقد ويلجأ إلى تفسيره تفسيراً دقيقاً وضيماً لتحديد مدى وجود قوة القاهرة من عدمه⁽³⁾.

1- د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 262.

2- د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 263.

3- Ewan Mckendrick, Contract Law, Palgrave Law Masters, Eleventh edition, 2015.

وفي الأنظمة القانونية التي يوجد بها قوانين مكتوبة كالقانون الألماني، وبعض الأنظمة الآسيوية كالقانون التايلاندي توجد هذه الفكرة تحت عنوان إستحالة تنفيذ الإلتزام⁽¹⁾. وفي النظام القانوني التايلاندي كما يعتبر الحدث من قبيل القوة القاهرة يجب أن يكون هذا الحدث الذي لا يمكن توقيه إلا إذا بذل الشخص المدعي بحدوثه القدر المناسب من العناية والحرص اللذان ينتظر أن يبذلهما الرجل الحريص إذا ما وضع في موقف مماثل. ويقبل الإعتذار بالقوة القاهرة في هذا النظام القانوني كعذر مشروع، إذا لم يقع ثمة خطأ من الشخص المدعي بحدوثها.

وفي هذا النظام القانوني تكون عقود الإنشاءات من عقود المعاوضة وذلك ليكون الطرف في حل من إلتزاماته إذا ما كان إلتزام الطرف الآخر معه مستحيل الأداء. ويختلف النظام التايلاندي في أن معيار القوة القاهرة فيه معيار شخصي وهو معيار الجهد الذي يبذله الرجل الحريص لتوقي الحدث وليس معياراً موضوعياً كأن يكون عدم الإمكان مطلقاً كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، وأن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً إستحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين⁽²⁾.

وفي القانون الياباني تبدو القواعد أكثر موضوعية كما يتم تحديد ما إذا كان الحادث من قبيل القوة القاهرة (كالكوارث الطبيعية) يجب التأكد من أن الحادث لا يمكن توقعه ولا يمكن منعه. ففي إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم اليابانية في مارس 1980 قام المدعى عليه ببناء منزل خشبي للمدعي في جزيرة صغيرة وبعد عام من ذلك حدث إعصار شديد القوة اعتبر من أقوى الأعاصير في التاريخ قام بتدمير الجزيرة والمنزل. وقد أشار الحكم أن هذا الحدث كان شديد القوة والتدمير ولم يكن بمقدور المدعى عليه منعه بأي حال الأمر الذي يعتبر معه الحدث من قبيل القوة القاهرة⁽³⁾.

1- يعالج القانوني المدني والتجاري التايلاندي هذه الفكرة في المواد 216، 217-218، 205، 370، 371، 372، في ذلك أنظر:

- Pronchai Wiwatpallarakul, Op. Cit., P.174.

2- المحكمة الإدارية العليا - حكم 689 - 4 (1969/12/12) 106/15/5 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 473.
3- Kazuhiko Niwa, Force Majeure in Japan - Law and practice, I-C-L-R., Vol. 1, P.179.

وفي القانون الياباني أيضاً، إذا تم تدمير الأعمال أثناء تنفيذها تبعاً للقوة القاهرة، فإن المقاول يكون مسئولاً عن القيام بإتمام الأعمال على نفقته الخاصة (م/536 من القانون المدني الياباني).

وفي فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية، كان أحد عقود الأشغال العامة في اليابان يتضمن نصاً يقضي بأن يتحمل المقاول جميع الخسائر. وعلى الرغم من أن المقاول قد طلب من الحكومة تعديل العقد فيما ورد فيه من تحميله ذلك إلا أنه لم يتم ثمة تعديل حتى الحرب العالمية الثانية.

ومع صدور قانون الأعمال الإنشائية في عام 1949 كان لزاماً أن يتم تحرير عقد بين المقاول ورب العمل، وأن يتضمن هذا العقد نصاً في شأن القوة القاهرة وتحديد التعويض (م/19 من قانون الأعمال الإنشائية). وفي عام 1950، صدر نموذج لعقود الأشغال الدولية، وصدر نموذج لعقود الإنشاءات للقطاع الخاص وهذه النماذج تضمنت نصاً في شأن القوة القاهرة للمرة الأولى. ويتطلب نموذج عقد الأشغال العامة الياباني من المقاول أن ينصح رب العمل دون تأخير إذا كان هناك ثمة خسائر يعاني منها الأول أثناء تنفيذ الأعمال، أو أثناء الأعمال المبدئية أو في موقع المواد الخام أو المعدات الإنشائية كنتيجة لإعصار، أو لسيول أو فيضان أو زلزال أو أي سبب من فعل الطبيعة أو الإنسان ولا ترجع إلى فعل المقاول أو رب العمل. وقبل تسلم تقرير المقاول، فإن رب العمل يجب أن يتحقق من الخسائر. وعندما يتم التحقق من الخسائر، فإن المقاول يمكنه أن يطلب تعديل سعر العقد أو تعويضاً عن الخسائر⁽¹⁾.

القوة القاهرة وأحكام التحكيم الدولي؛

وفي أحد المنازعات التحكيمية المنظورة لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي والتي صدر فيها حكم تحكيمي ارسى العديد من المبادئ قررت هيئة التحكيم أن الظروف المدعى بها ليست من قبيل القوة القاهرة حيث أن الأسباب المدعى بها كقوة القاهرة طرأت بعد التاريخ المستهدف لإنهاء الأعمال وبعد التوقيع على العقد مما ينفي عنها وصف القوة القاهرة، وكانت معروفة لأطراف التعاقد ومتوقعة قبل التوقيع العقد بوقت كاف بل وكانت في حسابانهم قبل التوقيع⁽²⁾.

1- Niwa, Op. Cit., P.179.

2- الحكم الصادر عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي في التحكيم رقم 66 لسنة 2013 ، بجلسة 19 مارس 2014 .

وفي نزاع خاص بعقد أبرم بين «ب» شركة تركية الجنسية، والسلطات الليبية للقيام بالأعمال الإنشائية لمطار طرابلس في ليبيا (العقد الرئيسي). وفي الثامن من مارس 1973، تعاقد «ب» من الباطن مع «أ» شركة بلجيكية الجنسية على أساس نموذج عقد الفيديك، وكان العقد من الباطن محكوماً بالقانون الليبي. ويسبب حدوث انفجار في المطار أثناء تنفيذ الأعمال، ظهرت صعوبات متعلقة بالتنفيذ والدفع في إطار عقد المقاولة من الباطن، وبدأ كلاً من الطرفين في البدء في وقف تنفيذ العقد لخطأ الطرف الآخر، («ب» بخطاب مؤرخ 11 أبريل من عام 1974، «أ» بخطاب مؤرخ 21 مايو سنة 1974). وقد بدأ «أ» إجراءات تحكيم في مارس 1975 أمام غرفة التجارة الدولية بباريس إستناداً إلى نص تحكيم وارد بالعقد طالباً دفع قيمة الأعمال المطلوب تنفيذها بعقد المقاولة من الباطن والتعويضات بسبب مساهمة «ب» في الإخلال بالالتزامات العقدية. إلا أن «ب» بدأ في عمل إدعاء مضاد للإخلال بالالتزام بالتنفيذ للمقاول من الباطن «أ». وقد فصلت المحكمة ناحية الاختصاص فقضت باختصاصها بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقد من الباطن وعن العقود المنفصلة بين «أ»، «ب» لتنفيذ الأعمال الإضافية.

وقد قضت المحكمة بأن مساهمة «ب» في الإخلال بعقد المقاولة من الباطن غير مبرر بخطأ «أ»، وأن «أ» يتعين الحكم له بالتعويضات وأن الإدعاء المضاد من «ب» غير مقبول لأنه مستند إلى ذات الأساس والوقائع. وقالت المحكمة في تبرير عدم مسئولية «أ» أن المتفجرات كانت بمثابة قوة قاهرة حيث وأنه في هذا المقام، لا يمكن القول أن «أ» متهم بأي خطأ جدي في تنفيذ التزامه العقدي لتبرير التوقف في تنفيذ العقد مع «ب» وعلى الجانب الآخر، بينما وجود متفجرات خفية مدفونة في أرضية المطار والذي كان محلاً لقصف مدفعي متكرر خلال الحرب، كونت ظروفًا متوقعة، ولكن أهمية وكمية المتفجرات ذهبت بعيداً عما توقعه الأطراف. والبين من المراسلات المتبادلة بين الأطراف رب العمل (الحكومة الليبية) وممثليهم أن الأطراف والمهندس الاستشاري، بينوا في مناسبات عدة سمة القوة القاهرة Force majeure الخاصة بالمتفجرات الموجودة. ومن ناحية أخرى، فمن أجل أن يتم حل المشكلة بينهم المتعلقة بإزالة

المتفجرات، أكد «أ» أنه تصرف بالعناية اللازمة، واتبع التعليمات التي نبه إليها المهندس الإستشاري والتي سمحت بإزالة تلك العوامل في وقت مناسب. وإنتهت المحكمة تأسيساً على ذلك أنه ليس ثمة إخلال يمكن نسبته إلى «أ» في هذا الصدد⁽¹⁾.

وفي نزاع آخر⁽²⁾ كان المدعى عليه يقوم بتنفيذ عقد تسليم مفتاح لإنشاء مصنع عندما قامت الحرب في المنطقة حيث حدث ما يعكس صفو العلاقات بين حكومتي الطرفين وكان المدعي في هذا النزاع شركة تديرها حكومتها وكان المدعى عليه مختصاً بإمداد وتشغيل المعدات الصناعية.

وقد كانت النتيجة الأولى لهذه الحرب هي أن أشخاص العاملين لدى المدعى عليه والذين كانوا من نفس جنسيته، كان مطلوباً منهم ترك البلاد في بداية المعارك. وكان الأثر الآخر لها أن حكومة المدعى عليه أشارت مؤخراً إلى أن الإلتزام المتاح سلفاً تم الاستغناء عنه.

وفي نهاية الحرب، طلب المدعي من المدعى عليه إكمال الأعمال المطلوبة بالعقد إلا أن الأخير رفض ذلك على سند من استحالة الرجوع لبلد موظفي العقد، وتأمينهم، والإستغناء عن الدعم المالي والذي تم إعطائه مقدماً من حكومتهم.

وفي حكم تمهيدي عن ما إذا كان المتعاقدون بصدد قوة القاهرة من عدمه قررت المحكمة أن هذه القوة استمرت حتى وقف القتال، وقدرت محكمة التحكيم أن المدعى عليه معذور من تنفيذ التزامه بموجب قانون المدعي والمادة 2/6 من العقد. وبالإضافة إلى المخاطر التي سببتها الحرب دفع المدعي عليه باستحالة تنفيذ الإلتزام الناشئة عن خطاب الوكالة من حكومة المدعى عليه، والذي يأمر الأخير أن يتصل من أن يستمر في تقديم خدمات ويواصل إنتاجه بموجب خطاب الاعتماد المستندي لوجود استحالة في الحصول على تأشيرة للعودة لفريق المدعى عليه لبلد المدعي. ولقد دفع المدعي بأنه إذا ما أرسل

1- - Award of June 25, 1980, case No- 2763, Sigvard Javin & Yves Derains Collection of ICC Arbitral Awards, 1974 - 1985, P.157 .

2- - Award made in case No- 1703 in 1971, Op. Cit., P-6.

المدعى عليه - وفقاً للبند 2/6 من العقد إلى المدعى إخطاراً (notice) شارحاً المشاكل السابقة الناتجة عن إمتناع حكومة المدعى عليه وصعوبة الحصول على تأشيرات visas ، فإن المدعى أخذاً في الاعتبار الأهمية القومية للمشروع. كان من الممكن أن يمكن المدعى عليه من تنفيذ العقد. وبمرور الوقت، فإن حكومة المدعى عليه والموقف السياسي في البلاد لا يمثل خطراً من أي نوع يمكن أن يحول دون تنفيذ المشروع.

ولم يتضح للمحكمة أن المدعى عليه قد بذل ثمة جهد للحصول على تأشيرات الدخول visas. أما المدعى عليه فإنه لم يعرض أنه إعمالاً لنص البند 2/6 من العقد قد أبلغ المدعى بعزمه بإستكمال التنفيذ للإلتزام العقدي حيث أن المدعى قد وفر تمويلًا متاحًا للبقية من الأعمال المنصوص عليها بالعقد. وبالبناء على ذلك، رفضت المحكمة الإدعاء بالقوة القاهرة.

ويتبين من هذا الحكم أنه لم يتم ثمة فعلاً استحال دفعة من المتعاقدين كما إن هناك تقصيراً يمكن نسبته إلى المدعى عليه لتأخره في الحصول على تأشيرة الدخول فقد شارك المدعى عليه بخطئه في عدم تنفيذ الإلتزام مما حدا بمحكمة التحكيم برفض الإدعاء بالقوة القاهرة لعدم توافر شروطها.

القوة القاهرة في نماذج عقود الإنشاءات الدولية :

من المسلم أن النماذج الشهيرة لعقود الإنشاءات الدولية هي ذاتها المطبقة عند صياغة عقود الأشغال الدولية بحسبانها من أهم الأعراف الدولية في هذا الشأن، فيمكن أخذ هذه النماذج وتطويعها بما يتلاءم مع الطبيعة المركبة لهذه العقود، وهذا ما يحدث بالفعل في الواقع العملي.

أولاً : فعلى سبيل المثال عالج عقد الفيديك FIDIC في طبعته الرابعة (1987)

وهو النموذج الأكثر ذيوماً وانتشاراً ، والمتطلب لكافة المشروعات الممولة من البنك الدولي، مسألة القوة القاهرة.

ولقد بين هذا النموذج في مواد مختلفة من حالات القوة القاهرة ، فأشار بصفة عامة إلى:

(أ) الإستحالة القانونية والطبيعية التي تعود إلى رب العمل (م 1/13).

(ب) خطر عدم التنفيذ الراجع لأي ظروف خارجة عن إرادة طرفي التعاقد وهو يعود لرب العمل (م 1/66).

وقد حدد هذا النموذج حالات محددة على سبيل الحصر وهي:

(أ) نصت المادة على حالات عدم التنفيذ التي تعود إلى الخسائر التي تحيق بالأعمال (م 20، 21) والتي تعود بصفة عامة إلى المقاول، عدا ثمانية أخطار خاصة نصت عليها المادة (4/20) تعود صراحة إلى رب العمل.

1. الحروب (المعلنة وغير المعلنة ، الإحتلال ، وما يصدر عن الإعداء الأجانب).

2. العصيان أو الثورات أو العصيان المسلح أو الإنقلاب العسكري أو الحرب الأهلية.

3. الأيونات المشعة (ionizing radiation) أو التلوث الناتج عنها أو بالنفايات النووية أو النشاط الإشعاعي الناتج عن الوقود النووي ، أو الناتج عن إحتراق الوقود النووي، أو الانفجارات النووية النشطة السامة أو المكونات النووية.

4. الضغوط الموجبة الناتجة عن الطائرات أو (الأجهزة الطائرة aerial devices) الأخرى التي تسير بسرعة الصوت أو بسرعة تفوق سرعة الصوت.

5. الإضطراب السياسي أو عدم النظام إلا إذا كانت ناتجة عن موظفي المقاول أو المقاولون من الباطن أو ناتجة عن تنظيم الأعمال.

6. الضياع أو الخسارة الناتجة عن إحتلال من المقاول لأي جزء من الأعمال الدائمة ، عدا المنصوص عليها في العقد.

7. الضياع أو الخسارة إلى الحد الذي يرجع إلى تصميم الأعمال عدا أي جزء من التصميم مستمد من المقاول أو المسئول عن المقاول.

8. أي فعل من قوي الطبيعة لا يستطيع المقاول المتمرس - منطقياً - أن يتجنبه بالإحتياطات اللازمة.

التأمين المطلوب من المقاول والذي بمقتضاه يكون المقاول ورب العمل كمؤمنين متضامنين قد يستبعد تغطية الخسائر التي قد تتحقق بواسطة الاحداث المشار إليها في المادة 4/20 ، (أ) من خلال (d) أعلاه.

(ب) التأخير (المواد 41 وحتى 48) الذي يعود المقاول عدا التأخير الذي يعود إلى تكليف من رب العمل بأعمال إضافية، بإستثناء الظروف المناخية غير الملائمة أو أي سبب للتأخير «مشار إليه في هذا النموذج «أو» ظروف خاصة أخرى (مادة 1/44).

(ج) عدم التنفيذ الراجع إلى «مخاطر خاصة» (مادة 65) وبصفة عامة التي تعود إلى رب العمل، متضمناً المخاطر الخاصة المنصوص عليها بالمادة (4/20) التدمير أو الخسائر التي تعود إلى انفجارات (مادة 4/65) نشوب الحرب في أي مكان في العالم يؤثر بصفة عامة على تنفيذ الأعمال (مادة 6/65) والأخطار الناتجة عن التشريعات المتعاقبة (م 70)، وقيود العملة (م 1/71) وإنخفاض سعر العملة (م 1/72) إذا ما حدثت خلال 28 يوماً قبل رسو المناقصة على المقاول أو بعد ذلك، هو خطر رب العمل.

وقد عالجت الطبعة الجديدة 1999 كذلك نفس المسألة في المادة (19) منها والتي بينت حالات القوة القاهرة على سبيل المثال لا الحصر وذلك بعد أن أوضحت مفهوماً.

ثانياً: دليل الأونسيترال لعقود إنشاء المنشآت الصناعية (1988) :

وقد بين هذا الدليل حالات ومخاطر عدم التنفيذ، وعوائق التنفيذ وهي بصفة عامة تعود إلى رب العمل، ويشير الدليل في الفصل XXI إلى التعريف العام لعوائق التنفيذ سوف يمكن الأطراف للتأكد من أن كل الأحداث التي يكون لها الخصائص المبينة به في التعريف سوف تعامل على أنها عوائق تحول دون التنفيذ. وهذا المنهج هو الذي سيتجنب الحاجة إلى قائمة عوائق التنفيذ وسوف يجنب مخاطر الإستبعاد من قائمة الأحداث التي سوف يعتبرها الأطراف عوائق التنفيذ.

وعلى الجانب الآخر، سوف يكون من الصعوبة في بعض الأحيان تحديد ما إذا كان هناك أحداث محددة تغطي بواسطة التعريف العام. وسوف يأمل الأطراف أن يتضمن التعريف العام العناصر الآتية:

1. وكمصدر أول، فعلى الأطراف اشتراط أن التنفيذ المتعلق بالإلتزامات العقدية يجب أن تمنع بواسطة عوائق قانونية أو طبيعية وليس، على سبيل المثال، غير مناسب أو أكثر غلواً. فالأطراف قد تأمل أن تمتد إذا عوائق تمنع كل طرف من الاتصال من التزامه خلال فترة زمنية مؤقتة، وهو معني في حالة الفشل في التنفيذ خلال هذه المدة.

2. وكمصدر إضافي، فإن الأطراف قد ينصون في العقد على أن العوائق يجب أن تكون فوق سيطرة الطرف الذي فشل في التنفيذ، والتي لم يستطع توقعها منطقياً عند إبرام العقد أو تجنبها أو تجاوزها هي أو توابعها.

3. إذا ما قام الأطراف في شرط الإعضاء قائمة من الأحداث التي يمكن أخذها في الاعتبار كعوائق لعدم التنفيذ بتعريف عام أو بدون، فإنه قد يكون من المرغوب دراسة ما إذا كان ممكناً تضمين القائمة أي من الأحداث التالية.

4. الكوارث الطبيعية كالعواصف، الأعاصير، الفيضانات، والتي قد تكون شروطاً طبيعية في وقت محدد من العام في موقع الأعمال. وفي هذه الأحداث، قد يعوق العقد الطرف المتعاقد من التنفيذ كعوائق التنفيذ.

5. الحرب (ما إذا كانت معلنة من عدمه). وقد حدد الدليل أنه قد يكون من الصعوبة بمكان تحديد ما إذا كانت الحرب أو عمل عسكري محدد يمكن اعتباره مانعاً من التنفيذ للإلتزامات الواردة بالعقد. ومن الأمثلة التي ساقها الدليل لتأكيد ذلك الغازات الجوية المتتالية بالقرب من موقع الأعمال والتي قد تسبب أخطاراً جسيمة تمس سلامة الموظفين العاملين لدى المقاول، ولكنها قد لا تمنعهم فعلياً من الاستمرار في الأعمال.

وأكثر من ذلك، قد يكون من الممكن لطرف أن يتجنب حصاراً عسكرياً بواسطة القوة المحاصرة، ولكن في سبيل ذلك ربما يقابل أخطاراً عالية. ولذلك

ربما يكون من المرغوب فيه بيان بوضوح، ما إذا كانت الحرب أو الأعمال العسكرية الأخرى قد تمنع التنفيذ.

6. الإضرابات، المقاطعات، وإحتلال المصانع أو شروطاً معفية، وقد يسعى الأطراف لبيان ما إذا كانت هذه الأحداث يمكن اعتبارها *exempting impediments* فمن ناحية، هذه الأحداث يمكن أن تمنع المقاول من التنفيذ. ومن ناحية أخرى، فإن المتعاقدين ربما يعتبرون أنه من المستحب للمتعاقد أن يعفى من التوابع من الإخفاق في تنفيذ الإلتزام عندما يكون الإخفاق ناتجاً عن سلوك موظفيه.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنه من الصعوبة تحديد ما إذا كان الإضراب من الموظفين أو منازعات العمال الأخرى من الممكن تجنبها من المتعاقد وأي الإحتياطات من الممكن أن يتوقعها المتعاقد منطقياً لتجنبها أو لإنهاء الإضراب، أو المنازعات (وعلى سبيل المثال الوفاء بطلبات المضربين). وفي هذا الشأن، قد ينص الأطراف على أن الإضرابات التي ترجع لعلاقات العمل بين المتعاقد وموظفيه، هي فقط التي ينظر لها على أنها عذر معفي، وإذا كان بموجب العقد على المقاول أن يوظف عاملين من المشتري، فالإضراب بواسطة هؤلاء العمال قد ينظر له في الحالات المناسبة على أنه عذراً معفياً للمقاول.

7. النقص في المواد الخام اللازمة للإنشاءات. قد يرغب الأطراف في اعتبار ما إذا كان ذلك عذراً معفياً. وقد يرغب الأطراف في إلزام المقاول في صيانة المواد الخام في الوقت المناسب، ليمنع شكواه كإعفاء إذا ما فشل في عمل ذلك. وفي بعض الأحيان، قد يفشل المقاول في أن يحيل المواد متاحة في الوقت المناسب تبعاً لتأخر مورده. ولهذه الأسباب، فمن المستحب للمقاول تأكيد أنه وفقاً لهذا العقد مع المورد الخاص به سوف يكون قادراً على المطالبة بالتعويضات من المورد للتأخير.

وهناك قائمة من عوائق التنفيذ تتضمن الكوارث الطبيعية والحروب (معلنة أم غير معلنة)، والإضرابات وخلافه.

تقدير القوة القاهرة في هذه النماذج:

لتقدير القوة القاهرة في هذه النماذج يتعين بدءاً أن نبين أوجه الشبه والإختلاف بين نظام القوة القاهرة في هذه النماذج المختلفة⁽¹⁾.

فمع تقدير هذا النظام في نموذج الأونسيترال UNCITRAL form والذي يبين مدى توقع حالات ومخاطر القوة القاهرة والذي ينص على أن الأحداث غير المتوقعة قد تستخدم كعذر لعدم التنفيذ العقدي.

أما نموذج الفيديك FIDIC فقد عيّنت بالأحداث التي تكون خارج سيطرة أطراف العقد Outside the control دون تطلب أن تكون الأحداث غير متوقعة Unforeseeable . وقد تركت تحديد ما إذا كانت هذه الأحداث متوقعة ومن الممكن أن يتلقاها الأطراف من عدمه بالعقد. وبالإضافة إلى فكرتي التوقع والسيطرة Unforeseeable and control، فإن نموذج عقد الأونسيترال تطلب أن تكون القوة القاهرة Unavoidable أي لا يمكن تجنبها على الرغم من بذل عناية الرجل العاقل. أما فكرة عدم القدرة على تجنب الحدث Unavoidability فهى مفهومة ضمناً implicitly في فكرة استحالة تنفيذ العقد واستحالة تنفيذ الإلتزام في نموذج الفيديك FIDIC. ولقد عرفت هذه النماذج المخاطر إما عن طريق الحدث أو عن طريق نطاقها.

1- Phillip lane Bruner, Force Majeure Under International Law and International Constriction Contract Model Forms, I.C.L.R., 1995, vol. 12, P.274.

المبحث الثاني

صعوبة تنفيذ الالتزام

لعل فكرة التوازن المالي والإقتصادي للعقد⁽¹⁾ هي أحد أهم الأفكار الأصولية في هذا المجال والتي تكفل تنفيذ العقد دون إرهاق لأي من المتعاقدين نتيجة تغير الظروف أو عمل الأمير أو الصعوبات المادية التي لم تكن في حساب المتعاقدين وقت إبرام العقد وظهرت وقت تنفيذه.

ولمعالجة أثر الطبيعة القانونية الجديدة لعقد الأشغال الدولي على هذه الأفكار نعرض لها - بالقدر الذي تتطلبه طبيعة هذا البحث - شارحين أثر هذه الطبيعة الجديدة على تلك الأفكار، ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد عن طريق تضمين هذا العقد شروط وآليات جديدة لذلك، وموضحين دور هذه الآليات والشروط في تقليص دور القاضي الإداري أو المحكم الدولي في إعادة التوازن المالي للعقد.

1- في تفصيل هذه الفكرة أنظر : د. سليمان الطماوي - المرجع السابق ص 61.

المطلب الأول

نظرية الظروف الطارئة

تمهيد :

نشأت نظرية الظروف الطارئة في كنف أحكام القوانين المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي⁽¹⁾ بحسبان أن تغير الظروف – والذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد – هو أهم ما قد يسبب اختلالاً للتوازن المالي للعقد وهو ما يستدعي إعادة إقتصاديات العقد إلى نصابها السليم. ولئن كانت هذه النظرية تجد أساسها وأصل نشأتها في أحكام القانون المدني، فإننا نحيل إلى أحكام هذا القانون وإلى المؤلفات العامة فيه الشارحة لهذه النظرية⁽²⁾.

وقد وجدت هذه النظرية القضائية أساسها في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والذي وضعها لمجابهة الظروف الإقتصادية غير المتوقعة في غضون الحرب العالمية الأولى والتي أقرت للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض في حالة تلك الظروف غير المتوقعة. وغاية هذا التعويض استمرار المرفق العام في تأدية الخدمة المنوط به أدائها للمواطنين⁽³⁾. وقد تطلب مجلس الدولة الفرنسي في الظرف الطارئ أن يكون غير متوقع وإعتبر ذلك شرطاً لازماً لاستحقاق التعويض⁽⁴⁾. بينما رفض طلب التعويض إذا كان التغير في الأسعار في حدود المتوقع مما لا يشكل إخلالاً كبيراً بإقتصاديات العقد⁽⁵⁾.

1- أنظر على سبيل المثال المادة 130 من القانون المدني البحريني ، والمادة 171 من القانون المدني القطري.

2- أنظر في الفقه العربي:

- د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري – 1990.

- د. عبد الودود يحي – الموجز في النظرية العامة للإلتزام – القسم الأول – مصادر الإلتزام – 1989.

- وأكثر تخصيصاً أنظر :

- د. أحمد حسان مطاوع – المرجع السابق – ص 531.

- وفي الفقه الفرنسي :

- Andre de Laubadre , Moderne, Delvolve, Traite D. Com. Adm., T.2, Op. Cit, P.559.

- Jacques clément et Daniel Daniel Richer, Op. Cit., 208 et Ss.

- Laurent Richer, Op. Cit, P.210.

3 - Jacques Clement et Daniel Richer, Op. Cit, P. 208.

4 - C.e., 30 mai 1916, Compagnie generale d'eclairage de Bordeaux, Ieb. P.125,

5 - C.E., 7 Juillet 1976 , Societe demongeot inedit, Jacques clement et Daniel Richer, Op. Cit., P.208.

- C.E., 17 Juin 1981, Commune De Papeete, Jacques clement et Daniel Richer, Op. Cit., P.208.

ولقد وضع القضاء بدول مجلس التعاون الخليجي وكذلك الإفتاء والتشريع بها أسس وتطبيق فكرة الظروف الطارئة في العقود الإدارية بصفة عامة وذلك تبعاً للقضاء الإداري الفرنسي الذي كان رائداً في هذا الشأن⁽¹⁾. وقد أكدت الإتجاهات القضائية في قضاء مستقر لها أن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف سواء كانت طبيعية أو إقتصادية أو من فعل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، واشترطت المحكمة أن هذه الشروط يجب ألا تكون في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا، كما أن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً، ومؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ وذلك ضمناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي خدمه ومرضاة للصالح العام، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الإلتزامات العقدية⁽²⁾.

وبينت المحكمة في هذا القضاء مفاد النظرية وجوهرها فأكدت أن قيام الظروف الطارئة لا يجعل التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً بحيث يخل بالتوازن الإقتصادي للعقد ويسبب للمتعاقد مع الإدارة خسائر تفوق الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد.

وقد قالت المحكمة في ذلك أن «مفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد

1- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 204 لسنة 1990 تجاري، جلسة 17 / 2 / 1993، و الطعن رقم 189 لسنة 1988، تجاري، جلسة 25 / 12 / 1988، والطعن رقم 235 لسنة 1989، إداري جلسة 28 / 1 / 1990، والطعن رقم 92 لسنة 1987 تجاري، جلسة 23 / 11 / 1987، والطعن رقم 68 لسنة 1990، تجاري، جلسة 4 / 11 / 1991.

2- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 204 لسنة 1990 تجاري، جلسة 17 / 2 / 1993، و الطعن رقم 189 لسنة 1988، تجاري، جلسة 25 / 12 / 1988، والطعن رقم 235 لسنة 1989، إداري جلسة 28 / 1 / 1990، والطعن رقم 92 لسنة 1987 تجاري، جلسة 23 / 11 / 1987، والطعن رقم 68 لسنة 1990، تجاري، جلسة 4 / 11 / 1991. وفي مصر أنظر: المحكمة الإدارية العليا - حكم 1562 - 10 - 67 - 11 (11/5/1968) 874/117/13 - مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية - ص 440.

- وقد وجدت هذه النظرية أساسها في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 من مارس سنة 1916.

- C-E, 20 Mars 1916, Compagnie generale D'eclairage de Bardeauz, Leb. P.125.

تخل بإقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحولها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه إلزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما، ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن إلزام ينشأ من العقد الإداري، هذا الإلتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضاً لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لإقتصاديات العقد».

وإستقرت الإتجاهات القضائية بدول مجلس التعاون الخليجي أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام أمر رهين بأن تطراً مدة تنفيذ العقد تلك الظروف وأن يكون ذلك خلال تلك المدة وليس بعدها (1).

وميزت العليا بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة. فأوضحت أن إرتفاع الأسعار أثناء تنفيذ العقد الإداري بطريق غير متوقع مما يترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد بتحميله خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً يعتبر ظرفاً طارئاً وليس قوة القاهرة (2).

وتجدر الإشارة إلى أمرين هامين وما إذا كان من الممكن إعتبارهما من قبيل الظروف الطارئة في عقود الأشغال الدولية من عدمه وهما: أثر تعاقب التشريعات وتغير سعر صرف العملة على تنفيذ العقد، ومدى تأثير شروط الثبات التشريعي في حسم المشكلة.

1- حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 204 لسنة 1990 تجاري، جلسة 17 / 2 / 1993، وفي تفصيل أكثر أنظر الطعن رقم 189 لسنة 1988، تجاري، جلسة 25 / 12 / 1988، والطعن رقم 235 لسنة 1989، إداري جلسة 28 / 1 / 1990.

2- حكم 2150 - 6 (1962/6/9) 1024/96/7 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 458.

أثر تعاقب التشريعات وتغير سعر صرف العملة على تنفيذ العقد :

أفتت الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن تطبيق تشريع جديد كقانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون 11 لسنة 1991 على العمليات الجارية التي أبرمت عقودها قبل العمل بالقانون 11 لسنة 1991 على المبيعات الجارية التي أبرمت عقودها قبل العمل بالقانون المشار إليه، حيث إرتضت الشركات المتعاقدة في العقد المبرم بينها وبين شركة الأدوية على أن تكون قيمة أعمال المقابلة بطريقة إجمالية وبصفة نهائية فلا يكون لها طبقاً لنصوص القانون المدني الحق في إستثناء فروق الأسعار الناشئة عن تطبيق قانون ضريبة المبيعات وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد عسيراً، كما أنه لا يظهر من الأوراق أن تطبيق هذه الضريبة كان من شأنه وحده إصابة شركة المقاولات المتعاقدة بخسارة فادحة تقلب التوازن المالي للعقد ومن ثم ينتفي بذلك أحد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ويمتنع تطبيقها في الحالة المعروضة على الجمعية⁽¹⁾، الأمر الذي يبين معه أن الجمعية في هذه الحالة ضيقت من نطاق أعمال النظرية ولم تجعل لتعاقب التشريعات الضريبية وما يسببه ذلك من إثقال كاهل المتعاقد مع الإدارة بأعباء مالية أثراً في المطالبة بالتعويض المستحق عن ذلك على سند من نظرية الظروف الطارئة إذ أن ذلك التطبيق لم يؤد إلى خسائر فادحة⁽²⁾.

وكانت الجمعية العمومية في إفتاء سالف قد إنتهت إلى أن قرار مجلس الوزراء بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة 2/147 من القانون المدني، إذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد ومع التسليم الجدلي بأنه كان مفروضاً على المتعاقد أن يتوقع إتجاه الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به ومن ثم فإنه يتعين أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد جاوز ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد، وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت

1- فتوى الجمعية رقم 328 في 1993/4/24 جلسة (1993/3/28) 47، فتوى رقم 127 في 1993/1/31 - جلسة (1993/1/31) 47 ، مجموعة الأربعين عاماً - ص 461 ، 462.

2- أنظر الإفتاء السابق.

تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسائر بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى الحد المعقول بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعهد، أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذي يخفف من فداحتها⁽¹⁾.

دور شروط الثبات التشريعي clause de stabilization في حسم المشكلة :
شروط الثبات التشريعي هي تلك الشروط التي تمنع الدولة من التغيير لمصلحتها من الوضع القانوني القائم بالعقد بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد من الممكن أن يؤثر على النصوص التي تكفل المساواة بين الأطراف المتعاقدة ومثال ذلك هو تغيير النصوص التشريعية التي تؤدي إلى زيادة الضرائب أثناء تنفيذ عقد الأشغال الدولي لاسيما وأنه من العقود طويلة المدة كما أشرنا سلفاً في موضوع سابق بهذا المؤلف⁽²⁾.

ولئن كان مجلس الدولة المصري قد تردد في إسباغ وصف الطرف الطارئ على التعديلات التشريعية التي قد تجعل تنفيذ العقد عسيراً تخل بتوازنه المالي فتارة اعتبرها كذلك وتارة أخرى رفض ذلك، فإن فكرة شروط الثبات التشريعي كفيلة بأن تقضي على مشكلة الإخلال بالتوازن المالي لعقد الأشغال الدولي الناتجة عن تعديلات قوانين الجمارك والضرائب وغيرها من التعديلات التشريعية ذات الآثار المالية التي يمكن أن ترهق المتعاقد مع الدولة عن طريق تحميله بأعباء مالية إضافية لم تكن في حسبانته عند التعاقد.

كما أن عملية تثبيت أسعار المواد الخام تلعب دوراً مهماً في ثبات التوازن المالي للعقد طوال مدة التعاقد مما يقلل كثيراً من فرص حدوث إختلال لهذا التوازن بفعل ظروف أو حوادث استثنائية غير متوقعة، ومما يؤدي إلى تقليص دور القاضي الإداري، والمحكم الدولي للتدخل في حسم هذا الأمر، فقد اتجهت إرادة المتعاقدين إلى ثبات الأسعار عند بداية التعاقد لتلافي نشوب أية

1- فتوي رقم 360 في 17/7/1954 - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء الثامن عشر الطبعة الأولى 1986 - 1987 - ص 796 قاعدة رقم (568).

2- أنظر الفصل الأول من الباب الأول من هذا القسم.

د. محمد سعيد أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - 1991 - ص 283 وما بعدها.

مشكلات أثناء تنفيذ عقد الأشغال الدولي قد تؤدي إلى اللجوء إلى القضاء أو إحدى وسائل تسوية المنازعات.

أحكام التحكيم الصادرة عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي⁽¹⁾؛

وفي أحد المنازعات التحكيمية المهمة المنظورة لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي و التي صدر فيها حكم تحكيمي ارسى العديد من المبادئ قررت هيئة التحكيم أن الظروف المدعى بها ليست من قبيل الظروف الطارئة أو الحوادث الإستثنائية وفقاً للمستقر بنص المادة 130 من القانون المدني البحريني حيث أن الأسباب المدعى بها كحوادث إستثنائية طرأت بعد التاريخ المستهدف لإنهاء الأعمال وبعد التوقيع على العقد مما ينفي عنها وصف الظروف الطارئة، وكانت هذه الأسباب معروفة لأطراف التعاقد ومتوقعة قبل التوقيع العقد بوقت كاف بل وكانت في حسابهم قبل التوقيع مما ترفض معه هيئة التحكيم الإدعاء بأنها من قبيل الحوادث الإستثنائية⁽²⁾.

1- الحكم الصادر عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي في التحكيم رقم 66 لسنة 2013 ، بجلسة 19 مارس 2014 .

2- الحكم الصادر عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي في التحكيم رقم 66 لسنة 2013 ، بجلسة 19 مارس 2014 .

المطلب الثاني

نظرية عمل الأمير في عقود الأشغال العامة

لئن كان من حق جهة الإدارة في العقد الإداري التعديل مباشرة بقرارات في التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة فإن هذا الحق يقابله حق آخر للمتعاقد معها وهو ضمان التوازن المالي للعقد⁽¹⁾.

ويعترف الفقه والقضاء في الوقت الحالي بحق الإدارة المتعاقدة في تعديل العقود وبأن هذه السلطة لجهة الإدارة أساسها المصلحة العامة .

ونشير إلى فكرة عمل الأمير بالقدر الذي تتطلبه طبيعة هذا المطلب ونحيل في تفاصيلها إلى المؤلفات العامة.

ويشترط لتطبيق النظرية عدة شروط نجملها فيما يلي:

أولاً: شروط تطبيق النظرية :

حدد الفقه صورة عمل الأمير الذي تتوافر به شروط النظرية بأنه يجب أن يكون في صورة إجراء خاص يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد، ويؤثر على ظروف التنفيذ مما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد.

وقد أعطى القضاء الفرنسي مثال لإجراءات البوليس التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة، والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد، كالأمر الصادر من جهة الإدارة - باعتبارها سلطة بوليس - إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك

1- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - الطبعة الخامسة - 1991 - ص 631 - في الفقه الفرنسي في

هذه النظرية أنظر :

- Andre de Laubadere, Moderne, Delvolvé, Traite des contrats administratifs, T - 2, P-515 et Ss.
- Saroit Badaoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs, L. G. D. J., 1954.

- وفي الفقه العربي أنظر :

- د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد ___ أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري - 1989 .

- د. محمد أنس جعفر - العقود الإدارية - ص 170 .

الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين⁽¹⁾. وكذلك القرارات الصادرة من جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة. أو إذا ما قامت جهة الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضراراً في تنفيذ العقد أو إعمالاً مادية من شأنها أن تزيد في أعباء المتعاقد⁽²⁾.

واعتبر الفقه أيضاً صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة هي بمثابة إجراء عام ومن قبل عمل الأمير في العقود الإدارية وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإجراء العام غير الموجه إلى المتعاقد مباشرة لا يعوض عنه إلا في حالتين: أولهما أن ينص على ذلك صراحة في العقد وثانيهما أن يكون هذا الإجراء غير متوقع وحينئذ لا تطبق نظرية عمل الأمير ولكن تطبق نظرية الظروف الطارئة.

وإذا ما أدى الإجراء العام إلى تعديل مباشر في شروط العقد إما بتعطيل بعض شروطه أو تعديلها أو بإنهاء العقد قبل الأوان، فإنه يتعين تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير، وذلك بصرف النظر عن مشروعية هذه القوانين من عدمه⁽³⁾.

ويتعين كذلك أن يعدل الإجراء العام في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد، والأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ألا يعوض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة إلا في أضيق الحدود بحيث يمكن القول أن القاعدة هي رفض التعويض، والإستثناء هو الحكم به⁽⁴⁾.

1- رسالة الدكتور ثروت بدوي - ص 104 وما بعدها.

2- Khaled Kadiki, Op. Cit., Tome 1, P. 266.

3- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 23 مارس سنة 1994 في قضية :

(Sté Energie électrique de la Basse - Loire) وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي التعويض في بعض الحالات لأسباب مختلفة.

أنظر : رسالة الدكتور/ ثروت بدوي - المرجع السابق - ص 167 وما بعدها.

4- رسالة د. ثروت بدوي - سابق الإشارة إليها - ص 207 وما بعدها ، ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي رفضت

التعويض حكم المجلس الصادر في يناير سنة 1945 في قضية Sté anonyme motobloc حيث رفض المجلس التعويض على

أساس فكرة عمل الأمير في مجال الضرائب والرسوم التي تؤدي إلى صعوبة التنفيذ.

ولقد أوجز القضاء في دول مجلس التعاون الخليجي شروط تطبيق نظرية عمل الأمير في العقود الإدارية على النحو التالي (1) :

1. أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.
2. أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة.
3. أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة.
4. إفتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين إتخذت عملها الضار، فمستوليتها عقدية بلا خطأ.
5. أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير المتوقع.
6. أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام.

1. أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة :

ويشترط أن يكون الفعل صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة وليس من أي شخص معنوي عام فحسب غير الجهة التي أبرمت العقد، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير (2)، وقد نكون هنا بصدد نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروطها.

2. أن يكون الضرر الذي لحق المتعاقد ضرراً خاصاً غير متوقع :

وقد أكد القضاء ضرورة توافر هذا الشرط من أن يكون الضرر الذي لحق المتعاقد ضرراً خاصاً لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام.

3. أن يكون الإجراء صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة :

وقد أكدت محكمة التمييز بالكويت أن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير يكون بتوافر شروط هذه النظرية

1- حكم محكمة التمييز بالكويت في الطعن رقم 204 لسنة 1990 ، تجاري والصادر بجلسته 17 / 2 / 1993 ، والطعن رقم 126 لسنة 1990 ، تجاري والصادر بجلسته 23 / 9 / 1991 ، وفي مصر أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا - حكم 65 - 12 (1961/5/20) 1133/141/6 - مجموعة الأربعين عاماً - ص 42.

2- حكم محكمة التمييز بالكويت في الطعن رقم 204 لسنة 1990 ، تجاري والصادر بجلسته 17 / 2 / 1993 ، والطعن رقم 126 لسنة 1990 ، تجاري والصادر بجلسته 23 / 9 / 1991 .

ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية عمل الأمير وإمتنع بذلك تطبيق أحكامها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها⁽¹⁾.

4. مدى تأثير النص على تثبيت الأسعار على تطبيق نظرية عمل الأمير:
إستقر القضاء الإداري على اتفاق الشركة الموردة مع الجهة الإدارية المتعاقدة معها على تثبيت الأسعار الواردة في العطاء المقدم منها اعتباراً من تاريخ تقديم هذا العطاء حتى تاريخ تسليم العملية المتعاقد بشأنها، ينتج عنه عدم خضوع هذه الأسعار لأية تغيرات قد تطرأ عليها خلال هذه الفترة سواء كان مرجع تلك التغيرات هو تقلبات العملة أو ارتفاع الأسعار، أو تغيير في الرسوم الجمركية ورسوم الإنتاج وغيرها من الرسوم الأخرى فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الاستناد إلى نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة لمطالبتها بتعويضات عن الأضرار التي حاققت نتيجة للتغيرات المشار إليها⁽²⁾.

ثانياً: الآثار المترتبة على تطبيق النظرية :

يترتب على توافر شروط النظرية منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة تعويضاً كاملاً، بجانب أنها قد تقوم كسبب معفي من توقيع غرامات التأخير إذا ما ثبت أنها قد جعلت التنفيذ عسيراً مما يبرر التأخير في التنفيذ، بل أنها قد تحرر المتعاقد من الإلتزام بالتنفيذ إذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ. ومن حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما ترتب على عمل الأمير زيادة أعبائه بدرجة كبيرة⁽³⁾. وقد اختلف الفقه في

1- محكمة التمييز بالكويت الطعن رقم 204 لسنة 1990، تجاري، جلسة 17 / 2 / 1993، والطعن رقم 126 لسنة 1990، تجاري، جلسة 23 / 9 / 1991.

2- الجمعية العمومية لتسمى الفتوي والتشريع - ملف 29/1/78 - جلسة 28/10/1964. الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء الثامن عشر - الطبعة الأولى - ص 882.

3- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - 1991 - ص 653.
وأنظر في مدي مساهمة نظريتي فعل الأمير والظروف المادية غير المتوقعة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف غير المتوقعة :-

- د. محمد سعيد أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإدارية - 1991 - ص 302 وما بعدها.
- Jean - Quentin DE Cayper, Le fait - du Prince Libère-T- il une entreprise pbliaue, revue de droit des affaires internationales, n 8 - 1993, P. 959.

تأسيس التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة في حالة توافر شروط نظرية عمل الأمير. فذهب فريق إلى أن التوازن المالي للعقد هو أساس الإستحقاق من التعويض وعلى هذا الأساس يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل التوازن نتيجة فعلها.

ولقد جعل بعض الفقهاء لفكرة التوازن المالي للعقد صيغة عامة، بمعنى أن الإدارة تلتزم بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يخل فيها توازن العقد سواء أكان ذلك بفعل الإدارة أم لأمر خارج عن إرادتها⁽¹⁾. ويرى الدكتور ثروت بدوي في رسالته أن هذه الفكرة خطيرة *dangerouse* وغير صحيحة *inexacte*، فهي خطيرة لأنها ذات طابع عام يترتب عليه أن يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض ولو اختل التوازن المالي بغير عمل الإدارة⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى فهي فكرة غير صحيحة ذلك أن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد نتيجة لإخل الإدارة بإقتصاديات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد. ويضرب الدكتور ثروت بدوي مثالين لتلك الحالة مفادهما أنه قد يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه فإذا تدخلت الإدارة في تنفيذ العقد بعد ذلك، فإن القضاء يحكم بالتعويض الكامل لا على أساس السعر الذي قبله المتعاقد عند إبرام العقد، ولكن على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة في التنفيذ. ويصدق هذا الفرض أيضاً في حالة إرتفاع الأسعار بعد التعاقد، إذ يضع القضاء نصب عينيه عند الحكم بالتعويض الأسعار الجديدة لا تلك التي أبرم العقد على أساسها.

أما المثال الثاني فهو حالة إنهاء الإدارة للعقد بلا خطأ ففكرة التوازن المالي لا يمكن أن تبرر التعويض الذي يحكم به القضاء للإدارة، حيث أنه لا يمكن التحدث فرضاً عن التوازن المالي لعقد غير موجود⁽³⁾. بينما ذهب رأي آخر في الفقه إلى أن الأساس الثاني للتعويض هو المسؤولية التعاقدية للإدارة. وقد نادى بهذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالي للعقد.

1- أنظر فيمن يمثل هذا الإتجاه الفقيه De Soto - تعليق منشور بمجلة دالوز سنة 1950 - ص 455. وأنظر في شرح هذه الفكرة في القضاء المصري حكم محكمة القضاء الإداري في 30 من يونيو سنة 1957.

2- رسالة الدكتور ثروت بدوي سالف الإشارة إليها.

3- ص 129 من رسالة الدكتور ثروت بدوي سابق الإشارة إليها.

وأكدت محكمة التمييز الكويتية في قضاء رائد أن مسؤولية جهة الإدارة في هذه الحالة هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ إذ أن عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ حين تصرفت وإلا قامت المسؤولية على أساس آخر⁽¹⁾.

ونحن نرى أن فكرة التوازن المالي للعقد هي التي تكمل المسؤولية التعاقدية لجهة الإدارة، فالمسؤولية التعاقدية لم تقم على الخطأ وإنما هي مسؤولية للحفاظ على التوازن المالي للعقد. وقد ذهب الأستاذ أندريه دي لوبادير إلى أنه لا يوجد ثمة خلاف بين الفكرتين فالمسؤولية عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية، على أساس التوازن المالي للعقد⁽²⁾.

وهذا ما يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الإدارة المتعاقدة، ورفضه التعويض على هذا الأساس إذا ما كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة، وهو ما يميز المسؤولية في حالة عمل الأمير عنها في حالة الظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة.

وقضت محكمة التمييز الكويتية في قضاء مستنير بأن الإستناد إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يحول دون تطبيق المحكمة لنظرية عمل الأمير⁽³⁾.

ونحن نرى أن هذا الحل التوفيقى هو الذي يتفق والمنطق القانوني السليم فالمسؤولية العقدية هنا أساسها أن عمل الأمير سبب ضرراً للمتعاقد مع جهة الإدارة أخل بالتوازن المالي للعقد ولو لم يكن هذا الضرر جسيماً. فالمتعاقد في عقود الأشغال الدولية قد تقدم بعطائه واضعاً في إعتباره أسعار وظروف معينة وقت التعاقد، فإذا ما عرض أثناء التنفيذ فعلاً من جهة الإدارة المتعاقدة تتوافر فيه شروط إعمال نظرية عمل الأمير ترتب عليه المسؤولية العقدية لجهة الإدارة مؤسسة على الرغبة في إعادة التوازن المالي للعقد.

1- محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 92 لسنة 1987، تجاري، جلسة 23 / 11 / 1987.
2- De Laubadere, Op. Cit., T-2,

3- محكمة التمييز بالكويت: الطعن رقم 189 لسنة 1988، تجاري، جلسة 25 / 12 / 1988.

دور نظرية عمل الأمير في عقود الأشغال الدولية :

لئن كانت عقود الأشغال الدولية في صورتها الجديدة هي عقود ذات طبيعة مركبة نظراً لتضمنها شروطاً غيرت من طبيعة العقد الإداري التقليدي ليصبح ذا طبيعة جديدة فإننا يتعين أن نبحث في مدى تواءم هذا العقد الجديد مع فكرة عمل الأمير.

أن فكرة عمل الأمير تتطلب لتطبيقها براءة ذي بدء أن نكون بصدد عقد من العقود الإدارية. وعقد الأشغال الدولي الجديد وإن كان ذو طبيعة مركبة إلا أنه لا يزال يتضمن بعض خصائص العقد الإداري بما يتضمنه بين دفتيه من أحكام وقواعد إستثنائية خارقة للشريعة العامة في بعض الأحيان.

فعلى سبيل المثال عند تطبيق شروط الثبات بالعقد يمتنع على الدولة أن تغير لمصلحتها من الوضع القانوني القائم، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق يمكن أن يؤثر على النصوص التي تكفل المساواة بين الأطراف المتعاقدة، ومن ناحية أخرى تغير النصوص التشريعية التي تؤدي إلى زيادة الضرائب والرسوم أثناء تنفيذ عقد الأشغال الدولي لاسيما وأنه من العقود طويلة المدة.

وليس من شك أن ذلك يؤدي إلى تقليص دور القاضي الإداري أو المحكم الدولي حين تنص عقود الأشغال الدولية على تلك النصوص التي تكفل ثبات الرسوم والضرائب فتكون بمثابة نصوص حماية للمتعاقد الأجنبي مع الدولة تكفل له ألا تصدر جهة الإدارة فعلاً من شأنه تسبب ضرر لهذا المتعاقد معها على النحو الذي سبق بيانه تفصيلاً.

المطلب الثالث

فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة

في عقود الأشغال الدولية

كما نشأت نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير في كنف مجلس الدولة الفرنسي في ظل أحكامه المتعاقبه، نشأت كذلك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي إحدى الأفكار المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بتنفيذ عقود الأشغال سواء الدولية منها أو الداخلية.

فإذا ما اعترض تنفيذ العقد عارض مادي معين كطبقة صخرية أثناء الحفر أدت إلى جعل تنفيذ الإلتزامات التعاقدية صعبة، وإنطوى التنفيذ على إرهاق شديد للمتعاقد مع جهة الإدارة، فإننا نكون بصدد صعوبات مادية لم تكن في حسابان المتعاقدين إبان إبرام العقد وعند وضع الأسعار التي تم التعاقد بناء عليها. فهل يمتنع المتعاقد مع الإدارة عن التنفيذ بما يترتب عليه الإضرار بالمرفق العام والذي أبرم العقد الإداري من أجل إنشائه أو تنظيمه أو تسييره؟

نشأة النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي:

نشأت هذه النظرية في ظل أحكام مجلس الدولة الفرنسي وكان أول حكم يصدر من مجلس الدولة هو حكم Duche الصادر في 1864/6/24. وانتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع جهة الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد كما يتمكن من الإستمرار في تنفيذ العقد⁽¹⁾.

1- د. محمد انس قاسم جعفر - العقود الإدارية - ص 183.
- د. محمد أنس قاسم جعفر - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في مقاولات الأعمال المدنية - دراسة لأهم الجوانب الإقتصادية والقانونية - القاهرة - 1995 ص - 186.
وانظر في ذات الفكرة في الفقه العربي:
- د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، 1990.
- د. أحمد حسان مطاوع - المرجع السابق - ص 537.

وكانت هذه المادة تنص على أحقية المفاوض في الحصول على أية تعويضات عن التلف أو الخسائر الناجمة عن إهماله وعدم تبصره . أما في حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيمكن منحه تعويضاً بشرط موافقة الإدارة في خلال مدة معينة من وقوع الحادث .

وقد فسر المجلس النص تفسيراً موسعاً وطبقة في حالة القوة القاهرة إعمالاً لصراحة النص في الحالة التي يتحقق فيها تلف أو هلاك يمكن تقديره بالمال أي على حالة الاتفاق غير المتوقع الذي يتكبده المتعاقد نتيجة للقوة القاهرة . وقد أعطى المجلس للمتعاقد الحق في التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تقابلها أثناء تنفيذ العقد دون خطأ من جانبه أو من جانب جهة الإدارة⁽¹⁾ .

وقد انتقلت النظرية إلى قضاء مجلس الدولة المصري، وذلك في أول حكم يصدر متحدثاً عنها في 5 مايو 1953 من محكمة القضاء الإداري إلا أن الفقه قد ذهب إلى أن الحكم قد خلط بين نظرية الصعوبات المادية والظروف الطارئة حيث أن الصعوبات المادية يترتب عليها التعويض الكامل للمتعاقد أما في نظرية الظروف الطارئة فالتعويض جزئي إلى الحد الذي يرفع اختلال التوازن العقدي ويعيد إقتصاديات العقد إلى مجراها السليم .

ويمكن إجمال أحكام وشروط تطبيق النظرية ووفقاً للإتجاهات القضائية المستقرة بدول مجلس التعاون الخليجي وذلك على النحو التالي⁽²⁾ :

أولاً: أن تكون هذه الصعوبات مادية وغير عادية واستثنائية .

ثانياً: أن تكون هذه الصعوبات مادية وغير متوقعة أو مما لا يمكن توقعها أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد .

- د. أنور رسلان - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - بحث منشور بمجلة القانون والأقتصاد - السنة 48 - العددان 3-4 - سنة 1980 - ص 825 وما بعدها .

- وفي الفقه الفرنسي :-

-Laurent Richer, Op. Cit., P.208.
-Chabanal et Jouguelet , Op. Cit., P.159 et Ss.
-De Laubadere, Op. Cit., Tome 2, P-499 et Ss.

1- د. أنس جعفر - المرجع السابق - ص 187 .

2- محكمة التمييز بالكويت في قضائها المستقر : الطعن رقم 126 لسنة 1990 ، تجاري ، جلسة 23 / 9 / 1991 .

ثالثاً: أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد ،
وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة.

وفي هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها
بالتعويض أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط، فإن هذه النظرية لا تطبق ولا
يستحق المتعاقد مع الإدارة أي تعويض⁽¹⁾.

وقد تواتر القضاء بدول مجلس التعاون الخليجي⁽²⁾ على أن مناط إعمال
نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تعطي المتعاقد مع جهة الإدارة
حقاً في طلب التعويض هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية
واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي
إلى جعل تنفيذه مرهقاً للمتعاقد بسبب الصعوبة غير المتوقعة التي سبق بيانها.
وأُسست المحكمة قضاءها على أن تفسير العقد على أساس النية المشتركة
للمتعاقدين يقتضي القول بأن الإعضاء من المسؤولية عما جاوز الحدود المعقولة
لم يكن مقصوداً من أيهما لأنه لم يكن يخطر ببالهما.

وتؤسس فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة على إعتبرات العدالة والطبيعة
الذاتية للعقد الإداري، فالمتعاقد إذ يتعاون مع جهة الإدارة ويساعدها من أجل
تسيير المرفق المتعلق به العقد الإداري فإن إعتبرات العدالة تستوجب منح
المتعاقد تعويضاً إذا ما صادف صعوبات مادية غير متوقعة جعلت من التنفيذ
مسألة صعبة ومتعذرة⁽³⁾.

الآثار المترتبة على تطبيق النظرية في عقود الأشغال الدولية :

يترتب على تطبيق هذه النظرية التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد
وذلك لصلة العقد الإداري بالمرفق العام، وضرورة سيره بانتظام وإضطراد.

فعقود الأشغال الكبرى، وعقود البنية الأساسية يترتب على توقف الأعمال
بها أضراراً كبرى بالمرافق العامة وبخطة التنمية الشاملة التي تنتهجها الدولة،

1- فتوى رقم 95 في 1964/2/4 - جلسة (1964/1/29) 18-69-186 - مجموعة الأربعين عاماً ص 463 ، 464 .

2- أنظر محكمة التمييز الكويتية في قضائها المستقر في الظعن رقم 126 لسنة 1990 تجلري ، جلسة 23 / 9 / 1991 .

3- أنس جعفر - المرجع السابق - ص 209 .

وتسعى إلى تنفيذ هذه المشروعات لتحقيق أهدافها. وبجانب ذلك تدفع جهة الإدارة تعويضاً كاملاً للمتعاقد معها ، وذلك للاستمرار في تنفيذ العقد.

ولا تلعب شروط الثبات التشريعي أو شروط ثبات العقد دوراً في حفظ التوازن المالي للعقد في هذه الحالة على خلاف الأمر في حفظ التوازن في حالي الظروف الطارئة وعمل الأمير التي تلعب فيها هذه الشروط دوراً في حفظ التوازن المالي للعقد، وعدم الإخلال به.

فحالة الصعوبات المادية غير المتوقعة هي أحد الأمور التي لا يمكن توقعها عند بداية التعاقد كوجود طبقة صخرية صلبة عند حفر أساسات المشروع تعوق التنفيذ ولم تكتشف عند إبرام العقد عن طريق النصوص والآليات التعاقدية التي تظهر في عقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية لحماية المتعاقد مع جهة الإدارة.

أن فكرة الصعوبات المادية تعتمد أساساً على عدم التوقع وهي في ذلك تتفق مع فكرة القوة القاهرة وإن كانت الفكرتان تختلفان في بعض الأمور كما أوضحنا⁽¹⁾. ومن المقرر أنه لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على الإغناء المطلق من مسئوليتها عن الأضرار التي قد تواجه المتعاقد نتيجة لوجود صعوبات مادية أثناء التنفيذ وأن وجد مثل هذا الإتفاق فلا يعتد به، لأن حق المتعاقد في الحصول على التعويض حق ثابت مقرر له تحقيقاً لبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، وإتساقاً مع المبادئ العامة التي تسير عليها العقود الإدارية⁽²⁾.

1- انظر في التمييز بين الصعوبات المادية غير المتوقعة والقوة القاهرة - د. أنس جعفر - المرجع السابق - ص 209.

2- د. أنس جعفر - المرجع السابق - ص 218.

وأنظر في مدى مساهمة نظرية فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف غير المتوقعة.

- د. محمد سعيد أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - 1991 - ص 302 وما بعدها.

القسم الثاني
التحكيم في عقود الأشغال الدولية
(بالتطبيق على الوضع بدول مجلس التعاون
الخليجي والأعراف الدولية)

تمهيد :

تناولنا في القسم الأول من هذه الدراسة العقد، خصائصه وتعريفه وتطرقنا إلى الفكرة الأساسية التي تدور حولها هذه الدراسة وهي تلك الطبيعة القانونية الجديدة لعقود الأشغال العامة الدولية، والتي أضحت جديدة على فقه القانون العام في ظل المتغيرات الإقتصادية الدولية الجديدة بحسبان أن هذا العقد أصبح عقداً يحتوى على شروط لم يألفها العقد الإداري من قبل على نحو ما أسلفنا.

وبينا آثار تلك الطبيعة القانونية الجديدة على الأحكام الخاصة بهذا العقد من حيث التزامات اطراف العقد والإخلال بالإلتزامات العقدية بين طرفي العقد سواء المتعاقد الأجنبي أو الدولة. ثم أوضحنا إستحالة تنفيذ الإلتزام وصعوبته في عقود الأشغال الدولية.

وفي هذا القسم نعالج ما يترتب على ذلك الإخلال بالإلتزامات العقدية من نشوب للمنازعة، وآثار تلك الطبيعة الجديدة على الطريقة التي يتم بها حسم منازعات هذا العقد، بحسبان أن طرق تسوية المنازعات الخاصة بهذا العقد وعلى هذا النحو ما هي إلا نتيجة للطبيعة القانونية الجديدة التي تم اسباغها عليه. فالعقد الإداري في صورته التقليدية يقوم القضاء والمحاكم الوطنية - بحسب الأصل - بالفصل في المنازعات الناشئة عنه. أما هذا العقد الجديد فقد أضحى للتحكيم دوراً كبيراً في تسوية منازعاته في العقود الأخيرة الأمر الذي يتعين معه دراسة التحكيم في عقود الأشغال الدولية بمزيد من التحليل والتفصيل.

علماً بأن هذه الدراسة ستظل في إطار أحكام القانون العام ذلك أن هذه الدراسة إنما هي دراسة لعقود الأشغال العامة بحسبانها عقوداً دولية ذات مفهوم جديد، يجب أن يتحرر من الإطار التقليدي لفكرة عقد الأشغال الداخلي والطرق العادية في تسوية منازعاته عن طريق القضاء الوطني.

ولعل ذلك هو أحد متطلبات تطور مفاهيم القانون العام في صورته الحديثة لمواكبته للمتغيرات الاقتصادية الدولية الجديدة. كل هذه المظاهر للنهضة الاقتصادية والحضارية لدول مجلس التعاون الخليجي تتطلب أن تتطور مفاهيم القانون العام في صورته التقليدية، وبخاصة مفاهيم العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية لتواكب هذه المتغيرات والتي جعلت للقانون العام - بحق - وجهاً جديداً وهو القانون العام الإقتصادي ذلك الفرع الجديد من فروع القانون الذي يعنى بمعاملات الدولة وتعاقداتها على الصعيد الدولي مع الأشخاص الأجنبية الخاصة.

وحتى لا يشوب البحث ثمة قصور، ولا تحظى أحد جوانب هذا الفرع الجديد من فروع القانون بالدراسة الوافية فقد رأى الباحث أن يخصص لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة ذي الطبيعة الدولية هذا القسم حتى تواكب الدراسة المتغيرات الحديثة في فقه العقود الإدارية، ولا يشوبها أي نقص، مما قد تستوجب معه طبيعة البحث - من معالجة لعلاقات جهة الإدارة ذات الطبيعة الدولية مع الأشخاص الأجنبية الخاصة - التعرض له.

ثم نعرض للتحكيم قنبداً بتعريف هذا العقد ومزاياه وعيوبه وأنواعه، ونتلو ذلك ببيان التحكيم في عقود الأشغال الدولية فتوضح المحكم في هذه العقود ومؤهلاته وصفاته ثم كيفية تعيينه. ونعرض بمزيد من التفصيل والتأصيل إلى التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي بحسبانه محور هذا المؤلف فنتناول التحكيم في المملكة العربية السعودية ومملكة البحرين وسلطنة عمان ودولة الإمارات العربية المتحدة ودولة الكويت ودولة قطر.

ونعالج في الفصل قبل الأخير مشكلة التحكيم المتعدد الأطراف في هذه العقود Multi - party arbitration ونعرض لتطبيقات ذلك في القضاء المقارن والأعراف الدولية.

وفي الفصل الأخير نوضح المشكلات العملية التي تثيرها مسألة تسوية المنازعات في أهم نماذج العقود الدولية للأشغال العامة - وهو نموذج عقد الفيديك FIDIC الطبعة الرابعة (1987) والتي ظلت مطبقة لفترة طويلة وكذلك الطبعة الجديدة (1999).

ونختم دراستنا بعرض موجز لها، مع بيان أهم النتائج التي توصل إليها الباحث وما يراه ملائماً من مقترحات وتوصيات في هذا الصدد.

التحكيم في

عقود الأشغال الدولية

تمهيد:

يلعب التحكيم - كبديل لتسوية منازعات العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال ذات الطبيعة الدولية - دوراً كبيراً في حسم هذه المنازعات بعيداً عن ساحات القضاء. ويحتل التحكيم مكانة بارزة بين بدائل تسوية المنازعات في المنازعات الداخلية والدولية على السواء لاسيما وأنه يتيح وجود آلية قضائية يرتضيها الأطراف طواعية ويختارونها مسبقاً لتسوية النزاع الذي نشب بينهم أو الذي قد ينشب مستقبلاً.

والأصل أن يلتزم الأطراف بقرارات تلك الهيئة، وهم أساس وجودها، تستمد كيانها القانوني من إرادتهم إلا أنه قد يعن لأي منهما التنكيل بأحد أحكام التحكيم في حالة ما إذا إرتأى ذلك الطرف أن أحد الشرائط القانونية التي يتطلبها القانون للطعن على حكم محكمة التحكيم قد توافرت، وقد أخل الحكم بمصالحه إخلالاً يقتضى معه - والحال كذلك - الطعن فيه أمام القضاء الوطني المختص.

والتحكيم في دول العالم الثالث والدول النامية له وضع خاص بحسبان أنه كان مفروضاً من جانب أنظمة قانونية عدة إلا أن هذه النظرة بدأت تتغير على نحو ما سنبين في فصل تمهيدي لازم لبيان ذلك.

والتحكيم كوسيلة لفض المنازعات له خصائص لصيقة به تميزه عن سائر وسائل تسوية المنازعات كما أن هناك آراء تؤيده وتحبذه وأخرى تعارضه. كما أن للتحكيم في عقود الأشغال الدولية سمات مميزة بحسبان هذا النوع من العقود يثير مشكلات ذات طبيعة فنية معينة لما تفرضه هذه العقود من وجود علاقات قانونية متشابكة، وقد استتبع ذلك وجوب أن يكون المحكم في تحكيم

متعلق بعقود الأشغال الدولية متمتعاً بصفات معينة وخبرات خاصة قد لا تتوافر لدونه من سائر المحكمين في العقود الأخرى على اختلاف أنواعها. وللتحكيم أنواع مختلفة فقد يكون داخلياً (وطني) وقد يكون دولياً وهو في الحالتين السابقتين قد يكون مؤسسياً أو خاصاً Ad Hoc.

ولمعالجة هذا الموضوع يتعين - بدءاً - أن نوضح تعريف التحكيم وذلك بعد بيان خصائصه ومزاياه وعيوبه. ونتحدث عن التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ثم التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص Ad Hoc. ونعقب ذلك بالحديث عن التحكيم في عقود الأشغال الدولية فننتحدث عن سمات منازعات عقود الأشغال الدولية، وخصائص المحكم الذي يضطلع بهذه المهمة ثم كيفية اختياره وتعيينه ورده وتحتيته.

وليس من بد من أن نعرض للتحكيم متعدد الأطراف في هذا النوع من العقود بحسبانه يثير مشاكل خاصة في التطبيق العملي، ولوسائل تسوية المنازعات في بعض العقود الدولية للأشغال العامة بالتطبيق على نموذج عقد الفيديك بحسبانه النموذج الأكثر شيوعاً من الناحية العملية.

فصل تمهيدي

التحكيم في عقود الدولة ودول العالم الثالث

لعل التنمية الاقتصادية الحديثة في دول العالم الثالث تشهد نهضة كبيرة فيما يتعلق بالاتفاقيات الخاصة بهذه المشروعات والتي تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة. ولا تشمل هذه المشروعات مشروعات البنية التحتية فحسب بل تشمل أيضاً مشروعات الطاقة لمحطات الكهرباء ومشروعات الغاز كمشروعات تسييل الغاز (Liquefied Natural Gas LNG) والتي تتضمن سلسلة متشابكة ومعقدة من التعاقدات الدولية وخلافها من المشروعات، وكذلك مشروعات استغلال موارد الثروة الطبيعية كالبتروول والغاز والذي ينشأ عنه عدد من الصناعات كصناعة تسييل الغاز كما ذكرنا LNG وصناعات البتروكيمياويات وخلافه.

وهذه الاتفاقيات الكبرى عادة ما تتضمن أن تكون الشركة الأجنبية المتعاقدة (الطرف الأجنبي الخاص) شريكاً في عملية البنية الأساسية وذلك بمختلف صور المشاركة والتي في أبسطها يكون المتعاقد الأجنبي مقاولاً أو أن يكون طرفاً في عقد من عقود البوت BOOT بصورة مختلفة، أو مثلاً عن طريق الشركات المشتركة كما يحدث في اتفاقيات استغلال البتروول والغاز حيث يكون في المشروعات الأخيرة الطرف الأجنبي الخاص طرفاً في هذه الاتفاقيات وشريكاً فيها للحكومة المالكة للموارد الطبيعية يقوم باستغلال الغاز مثلاً عن طريق معالجته كتسييله وتصديره للخارج وهو في ذلك يقدم التمويل والخبرة الفنية والإدارة وفقاً لأحدث النظم العالمية وكذلك التدريب للعاملين بالمشروع. وهو حين يكون شريكاً فيجلس جنباً إلى جنب مع الطرف الوطني (الدولة المتعاقدة) مع كبرى الشركات العالمية كمقاولين لتنفيذ المشروع من أعمال إنشائية وفنية ومعرفة تكنولوجية Know - How، وخبراء متخصصين في الإدارة واستشاريين فنيين وقانونيين داخليين وخارجيين وماليين والتعاقد مع كبرى المؤسسات التمويلية في العالم لتمويل المشروع، حيث يقوم مستشار

المشروع والمتخصصين الماليين بتقديم المشورة المالية فيما يتعلق بالتقدم للقرض والحصول عليه والسداد وخلافه. كما يقومون بالتنسيق مع المستشارين الماليين الداخليين لتقديم النصح فيما يتعلق بالمسائل الضريبية وكيفية سدادها لاسيما الضريبية على رؤوس الأموال المنقولة وخلافه من أنواع الضرائب المختلفة.

وليس هذا مجال حديثنا بالتفصيل عن هذه العقود وإنما ما يهمنا هنا هو التحكيم في هذا النوع من العقود. فالدولة عادة ما تلجأ إلى التحكيم لتلافي اللجوء إلى محكمة دولة أخرى بينما يلجأ الطرف الأجنبي الخاص إلى التحكيم خوفاً من أن تخضع المحاكم الوطنية للدولة صاحبة المشروع لأي تأثير من الحكومة أو أنه إذا لم يلجأ الأطراف إلى التحكيم فإنه لا يكون هناك نزولاً عن سيادة الدولة⁽¹⁾.

ولقد كان لدول العالم الثالث حساسية خاصة إزاء التحكيم لما له من خلفية تاريخية ومشكلات خاصة بالنسبة لهذه الدول جعلتها رافضة للتحكيم وحدره من أية وسيلة لتسوية منازعات عقودها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة خلافاً للقضاء الوطني المختص.

ويعرض مؤلف⁽²⁾ Craig, Park and Paulsson إحصائية هامة مفادها أن في الفترة من 1989 وحتى 1999 وعلى مدى إحدى عشر عاماً ومن بين (11,143) طرفاً متنازعا في قضايا تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية بباريس ICC كان بينهم (2,531) أو 23 % تقريباً أطرافاً من الدول النامية، بل الأكثر من ذلك أن (1,073) من هذه الأطراف 42 % كانوا مدعين في هذه القضايا التحكيمية وهو ما ينفي نفياً قاطعاً ما يمكن أن يثار من أن دول العالم الثالث ضحية للتحكيم. وقد تواترت رئاسة محكمة التحكيم لمحكمين ليسوا من الغرب. فمن بين (837) محكماً من إفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية والشرق الأوسط والذين كانوا محكمين بغرفة التجارة بباريس ICC كان منهم 20 % معينين بواسطة غرفة التجارة الدولية وليس من الأطراف. والشيء ذاته بالنسبة لجعل مكان التحكيم بإحدى دول العالم الثالث فقد

1- W - Laurence Graig, William W-Park and Jan Paulsson, international Chamber of Commerce Arbitration, Third Edition, 2000, Oceana publications, INC., p-661.

2- Graig, Park and paulsson, Op.Cit., p-662.

عقد حوالي (323) تحكيماً بدول أفريقية وأسيوية وأمريكا اللاتينية والشرق الأوسط كمكان للتحكيم في الفترة من 1989 وحتى 1999 وفي أربعين دولة على الأقل (حيث عقد في سنغافورة 60 تحكيماً، وفي المكسيك 27 تحكيماً وفي مصر 13 تحكيماً وفي تونس 9 تحكيمات). وتحافظ غرفة التجارة الدولية بباريس دائماً على مشاركة الدول النامية بها حيث أصبحت هذه الدول تلعب دوراً كبيراً وفعالاً بالغرفة⁽¹⁾.

سيادة الدولة والتحكيم الدولي:

في بعض الأحيان تتذرع الدول بحصانتها ضد التحكيم التجاري الدولي. ويمكن القول بأن شرط التحكيم في العقد يفسر عادة بأن تنازلاً من جانب الدولة عن حصانتها، فإذا ما قبلت الدولة التحكيم بتوقيعها على شرط تحكيم ثم رفضت بعد ذلك هذا التحكيم فسوف يستمر التحكيم، ويطبق على الدولة القاعدة الشرعية التي تقضي بأن من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه.

ففي قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية *Liamco V. Libya* كانت شركة بترول أمريكية تسعى لتنفيذ حكم تحكيم ضد ليبيا حيث قامت الأخيرة بتأميم الحقوق باتفاقية التزام بترولية ومعدات. وقد رفضت ليبيا المشاركة في الإجراءات، وقد صدر الحكم في جنيف عام 1977 بمبلغ يقدر بثمانية مليون دولار أمريكي.

وقد حاولت شركة البترول الاعتراف بحكم التحكيم بولاية كولومبيا. وقد قرر القاضي بكولومبيا أنه مختصاً بنظر النزاع إلا أنه رفض ممارسة اختصاص فيما يتعلق بقانون صادر من الدول المتعاقدة بالتأميم. وحتى لا يؤكد القاضي حكم التحكيم المذكور فقد أشار في حكمه إلى المادة 2/5/أ من معاهدة نيويورك 1958 والتي تنص على أنه المحاكم يمكنها ألا تعترف بالأحكام الأجنبية إذا ما كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم فيه وفقاً لقانون هذا البلد فوفقاً لرأي هذا القاضي فإن التصرف الصادر من الدولة سوف لا يؤدي لأن يكون النزاع قابلاً للتحكيم فيه.

1- Graig, Park and paulsson, Op-Cit., p.662 - 663.

وكان الظاهر أن ليامكو Liamco سوف تجعل المطالبات الواردة بالعقد غير قابلة للتحكيم فيها على الرغم من التنازل عن سيادة الدولة، وذلك إذا ما كان الإخلال من جانب الدولة بموجب تشريع. ولقد قررت ليامكو الحجز على عدد من الأصول الليبية بفرنسا والسويد وسويسرا. ففي فرنسا تم الاعتراف من قبل المحاكم الفرنسية حيث وقعت ليامكو حوالي 29 حجزاً على أصول ليبية بفرنسا وقد قررت المحاكم الفرنسية إعطاء ليامكو الفرص للتأكد من أن أياً من هذه الأصول ليس معنياً من حصانة الدولة.

وفي السويد قررت محكمة الاستئناف أن الحكومة الليبية قد تنازلت عن حصانتها تماماً بالتوقيع على اتفاق التحكيم ولم تميز بين أية حصانات من الاختصاص وحصانات من التنفيذ.

وفي سويسرا قررت المحكمة الفيدرالية إلغاء قرار محكمة زيورخ بتوقيع الحجز على أصول ليبية ستة بنوك بها. والثابت أن المحكمة الفيدرالية لم تجحد حكم التحكيم ولكنها قررت أن محكمة زيورخ لا اختصاص لها لتوقيع حجوزات على الأصول الليبية عندما يفتقد التقاضي علاقة داخلية كافية "Sufficient domestic relationship" يحسبان أن هذه العلاقة لا بد من إثباتها على سبيل المثال ببعض الأنشطة التي تبرز الاختصاص بسويسرا. وقد قررت المحكمة أن موقع الأصول بسويسرا وكذلك كون جنيف مكاناً للتحكيم لا ينشئ هذه العلاقة في قضية ليامكو⁽¹⁾.

ولقد كان ما حدث في ليامكو سبباً رئيسياً للتطور التشريعي الذي حدث في الولايات المتحدة في التعديلات التي حدثت عام 1998 بقانون الحصانات الأجنبية Foreign sovereign immunities act حيث أصبح من الممكن أن يتم تنفيذ حكم تحكيم ضد ملكيات وأصول تجارية لدول أجنبية سواء كانت هذه الأصول محلاً لمعاملات تجارية كانت سبباً للتحكيم من عدمه.

ويبين من ذلك أن هذه القضية المهمة كانت سبباً للكثير من المتغيرات التشريعية في العديد من الدول ليصبح الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها والحجز على أصول الدول الأجنبية من الأمور المتعارف عليها بمرور الوقت.

1- Criag, park and paulsson, Op.Cit., p-672 -673.

هل يلزم النص على التحكيم لإجبار الدولة المتعاقدة على الإلتزام به:

من المسلم أن التحكيم الدولي يتم الإتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة فيصبح جزءاً من العقد عن طريق شرط تحكيم Arbitration Claus أو عن طريق إتفاق تحكيم Arbitration Agreement إلا أنه في حالة عدم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بأي صورة من الصور.. هل يمكن إلزام الدولة المتعاقدة باللجوء إلى التحكيم ؟

ليس من شك في أن هناك اتجاهاً متزايداً لإعطاء الطرف الأجنبي الحق في أن يلجأ إلى التحكيم ضد الدولة المتعاقدة حتى إذا لم توقع هذه الدولة اتفاقاً للتحكيم، لاسيما إذا كانت هناك معاهدة إستثمار ثنائية يرتكن إليها المستثمر الأجنبي ويمكن له من خلالها ولوج سبيل التحكيم ضد الدولة المضيفة بل ويلزمها بالمثل أمام هيئة تحكيم في منازعة إستثمار دولية.

ولعل انضمام الدول إلى المعاهدات الدولية التي تتضمن قبولها للتحكيم، هذا القبول التشريعي إنما يلقي على عاتق الدولة التزاماً مفاده قبولها للتحكيم حسبما أفصحت عن إرادتها بحسبان أن المعاهدات الدولية في بعض الدول تأخذ مرتبة التشريع الداخلي بل أنها في دول أخرى - مثل فرنسا - تسمو على التشريع الداخلي وطالما إنضمت الدولة إلى هذه المعاهدة فهي تلتزم بجميع أحكامها، فإذا ما نكلت الدولة المتعاقدة عن التزاماتها التشريعية وأرادت أن تتصل من الخضوع إلى التحكيم فتطبق في شأنها القاعدة الأصولية التي تقضي بأن من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه.

ولعل تطبيق معاهدات الإستثمار بين دولتين (Bilateral Investment Treaties) ⁽¹⁾ من الأهمية بمكان فتلك المعاهدات المتعلقة بالاستثمار من أمثلتها المعاهدة بين فرنسا وباراجواي عام 1978 والتي تنص في مادتها الثامنة على إمكان أن يلجأ المستثمر إلى التحكيم بمركز حسم منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي ICSID. وتنص المادة العاشرة من الاتفاقية المبرمة بين فرنسا ويوغوسلافيا والمبرمة عام 1990 على أنه من الممكن أن يلجأ المستثمر إلى

1- Criag, park and paulsson, Op.Cit., p.665.

- وانظر كذلك حكم الحكيم الصادر من مركز حسم منازعات الاستثمار (ICSID)

مشار إليه بالمرجع السابق . Asian Agricultural products Ltd V. Republic of sri Lanka

مركز حسم منازعات الاستثمار ICSID أو التحكيم وفقاً لقواعد الأونسيترال إذا لم تكن الدولة الطرف في النزاع عضواً بمركز حسم منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي. كما تنص المادة 8 من المعاهدة المبرمة بين فرنسا وبولندا عام 1989 على أن للمستثمر الحق في اللجوء إلى التحكيم الخاص AD HOC إذا لم يتلق إجابة مرضية خلال ستة أشهر من التقدم بشكواه، إلا أن هذا الحق متعلق بالمنازعات الخاصة بـ Expropriation

وتجدر الإشارة إلى أن فرنسا قد أبرمت اتفاقية مع المغرب عام 1975 نصت في مادتها العاشرة على أنه يجوز للمستثمر أن يلجأ إلى تحكيم مركز حسم منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي (ICSID) شريطة أن يكون الأمر متعلق باستثمار انتاجي ووفق عليه من الدولة المضيفة وأن يكون مضموناً من دولة المستثمر، وأن يكون الأمر له طبيعة قانونية وأنه لم تتم معالجته بطريقة مرضية داخلياً خلال عامين.

وليس من شك أن هذه الاتفاقيات الدولية تكفل قدرأ من اللجوء إلى التحكيم للمستثمرين في حسم منازعاتهم وهو الأمر الذي لا يحتاج بالضرورة إلى وجود شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم قبل اللجوء إليه بل أن التزام الدولة المتعاقدة وانضمامها إلى هذه المعاهدات وتصديقتها عليها يجعلها قد قبلت ضمناً الإختصاص التحكيمي لمركز حسم منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي (ICSID) أو أي آلية تحكيمية أخرى تنص عليها هذه المعاهدة الدولية ولا حاجة للنص صراحة بشرط التحكيم أو باتفاق التحكيم على وجوب اللجوء إلى التحكيم بصدد كل عقد على حده وإنما المبدأ العام قد تم وضعه بصدد لجوء الدولة المتعاقدة إلى التحكيم وهو جواز التحكيم في عقودها درءاً لنكولها عن التزاماتها الدولية ونفياً لسوء نيتها ولا محل لاعتبار نكولها عن هذه الإلتزامات، فعندما ترغب في التنصل من الموافقة على شرط التحكيم تطبق عليها قاعدة أن من سعى لنقض ما تم على يديه فسيه مردود عليه وذلك على نحو ما سلف بيانه.

ولعل المعاهدات متعددة الأطراف Multilateral Treaties تلعب دوراً هاماً في إقرار التحكيم كآلية لتسوية المنازعات ولا يمكن إنكاره من الدول المضيفة وأهم مثال لذلك معاهدة النافتا North American Free Trade Agreement NAFTA والتي أقرت الدول المتعاقدة فيها التحكيم كآلية لتسوية المنازعات.

الفصل الأول

تعريف التحكيم في

عقود الأشغال الدولية

لتعريف التحكيم في عقود الأشغال الدولية يتعين أولاً أن نعرض لخصائصه ومزاياه وعيوبه ثم نعرض للمحاولات الفقهية لتعريفه.

المبحث الأول

خصائص عملية التحكيم

تتميز عملية التحكيم في عقود الأشغال الدولية بخضوعها لعدة أنظمة مختلفة. وتكمن فاعلية النظام الحالي للتحكيم التجاري الدولي في خضوعه لأنظمة قانونية متباينة وهذه الأنظمة المختلفة تحتوى على المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية للدول المختلفة. ولا يختلف تعريف التحكيم بتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي عن تعريفه في الأنظمة القانونية الأخرى فتعريفات التحكيم في مختلف الأنظمة القانونية تعلي مبدأ سلطان الإرادة باعتبار عملية التحكيم عملية رضائية إتفاقية تعاقدية تتركن إلى شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم.

وعلى صعيد التحكيم التجاري الدولي في صورته المبسطة، قد يتطلب الإشارة إلى عدة نظم قانونية قد تصل إلى أربعة نظم مختلفة. فهناك القانون الذي يحكم الاعتراف باتفاق التحكيم ونفاذه، وهناك القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم نفسها، وهناك أيضاً القانون أو مجموعة القواعد التي ستطبقها محكمة التحكيم على موضوع النزاع Substantive Law. وأخيراً، هناك القانون الذي سيحكم عملية الاعتراف ونفاذ الحكم الصادر من محكمة التحكيم⁽¹⁾.

1- Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Second Edition, 1991, P. 1., Third Edition, P.2-

وقد تكون معظم هذه القوانين قانوناً واحداً يحكم كل هذه المسائل. فقد يكون مثلاً القانون المطبق على الإجراءات (وهو عادة قانون مكان التحكيم) هو القانون نفسه المطبق على موضوع النزاع. إلا أن ذلك ليس ضرورياً⁽¹⁾.

ولعملية التحكيم عدة خصائص تكاد تكون متشابهة في معظم الأنظمة القانونية في العالم نجملها فيما يلي:

عملية التحكيم من العمليات الاختيارية التي يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم (عدا حالات التحكيم الإجباري المتعلقة بحسم منازعات روابط قانونية معينة).

التحكيم عمل قضائي: فجوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون في الحالة المعينة وبواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها⁽²⁾.

وقد أثير خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم وما إذا كانت له الطبيعة التعاقدية أو القضائية:

فالنظرية التعاقدية ترى أن التحكيم له الطبيعة التعاقدية ذلك أن التحكيم يفترض اتفاق طرفي النزاع على حسم النزاع بطريق ودي ورغبتهما المشتركة في الامتثال لقاعدة قانونية خلافاً للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة الطرف الآخر في مواجهته. ويظهر الخلاف بين التحكيم والقضاء جلياً عند بحث غاية كل منهما. فالقضاء يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بينما التحكيم يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة. ولذلك فلا يباشر وظيفة القضاء الوطني إلا مواطن دولته خلافاً للتحكيم الذي قد يباشره وطني أو أجنبي.

والأهم من ذلك كله أن الأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى، ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهي ليست سلطة قضائية، إذ أنها تقوم على إرادة الأطراف⁽³⁾.

- Nael G. Bunni, Op. Cit., P. 373, 375.

1- Alan Redfern and Martin Hunter, Op. Cit., P. 1 – Third Edition.

2- انظر :

- د. فتحى وإلى حيث يقر بالطبيعة القضائية للتحكيم.

- د. عبد المنعم الشرقاوى - المرافعات المدنية والتجارية ، 1950 - بند 464 - ص 633.

3- انظر في تفصيل هذه الحجج :

وقد ذهب البعض إلى أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة Mixte أو غير متجانسة Hybride⁽¹⁾، وهو موقف وسط توفيقاً لحسم هذه المشكلة. ويرى أنصار هذا المذهب أن التحكيم عقدي بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم وهو العمل الإرادي للأطراف، ويكون قضائياً بالنظر إلى كون الحكم الذي ينتهي إليه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد.

وعلى ذلك، فالتحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة تأسيساً على أن كلاً من النظرية التعاقدية والنظرية القضائية قد أصابتنا جزءاً من الحقيقة ولذلك كان من الأصوب التوفيق بين النظريتين والجمع بينهما واعتبار التحكيم ذي طبيعة مزدوجة، عقدية وقضائية.

ونرى مع الرأي الراجح في الفقه أن التحكيم عمل قضائي، فالأشخاص عندما يتفقون على التحكيم لا ينزلون عن الدعوى، وإنما ينزلون عن الإلتجاء إلى القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم، وتتعترف به الدولة. فالتحكيم نوع من أنواع القضاء إلى جانب قضاء الدولة شأنه شأن

- د. فتحي وإلى - المرجع السابق - ص 39، وفي تبرير الطبيعة القضائية للتحكيم - ص 40 وما بعدها.

وانظر في تفصيل الطبيعة القانونية للتحكيم :

- د. ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 - الطبعة الأولى - 1996 - ص 52 وما بعدها.

- د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول - اتفاق التحكيم - 1984 - ص 69 وما بعدها.
- Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, P. 51.
- Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, 1991, P. 8 - Third Edition, 1999, P.4.
- Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CXCVIII, 1987, P. 39.
1- - Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, 1991, P. 8 - Third Edition, 1999, P.4.
- Charles Jarrosson, *Op. Cit.*, P. 39.
- Goldberg, Sander, Rogers, *Op. Cit.*, P. 223.
- Jean Robert : *Arbitrage civil et commercial*, 4 éd, 1961, P. 493 et P. 260.

وفي الفقه العربي انظر :

- د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي - دروس لطلبة الدكتوراه على الآلة الكاتبة - 1973 / 1974 - على الآلة الكاتبة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ص 10، 73 - حيث يقول الأستاذ الدكتور محسن شفيق أن : « التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم مع مراعاة إختلاف هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق.

- د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - ص 70، 71.

- د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي - ص 20 وما بعدها

القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الداخلي بأحكامه، أو القضاء الذي تتولاه سلطة دينية غير سلطة الدولة كما كان الحال في مصر بالنسبة للمجالس المالية⁽¹⁾. يؤكد هذا النظر أن حكم التحكيم يذيل بالصيغة التنفيذية ويحوز قوة السند التنفيذي شأنه شأن الأحكام القضائية النهائية والباتة، بحسب المستقر بقوانين التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي وقوانين المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد به نص بتشريعات التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي.

أما عن خصائص التحكيم الأخرى فسوف نتناول شرحها عند الحديث عن مزايا هذا النظام وعيوبه بمبحث تالٍ من هذا الفصل⁽²⁾.

1- انظر في الحجج التي تؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم :

- د. فتحى والى - المرجع السابق - ص 40 وما بعدها.

- د. عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء الثانى - ص 650.

- د. عبد المنعم الشرقاوى - المرافعات المدنية والتجارية - 1950 - ص 633.

2- انظر الفصول التالية من هذا المؤلف.

وفي الفقه الفرنسى انظر : Charles Jarrosson- La notion d'arbitrage- P. 101 et suiv.

المبحث الثاني

تعريف التحكيم

يتنازع التحكيم تعريفات عدة في الفقه والتشريعات المختلفة وذلك لما يكتنف هذه المسألة من عدم تحديد، وما تضيفه أهمية هذه الوسيلة من رغبة الفقه في الأنظمة القانونية المتباينة إلى تحديد مفهوم جامع لخصائصها مانع لغيرها من الاشتراك معها في ذات السمات.

وبناء على ما تقدم، فإنه يتعين أن نبدأ بعرض بعض المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم ثم نعرض لتعريف التحكيم في التشريع المقارن وتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي وكذلك تعريف التحكيم في ضوء قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.

أولاً - المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم؛

تعددت محاولات الفقه لتعريف التحكيم، ففي الفقه الفرنسي بداءة ذي بدء يرى الاستاذان Me Bertrand Moreau، Jean Robert أن التحكيم هو منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام، لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة قضائية⁽¹⁾.

وهذا التعريف يحتوي على عدة خصائص أساسية لفكرة التحكيم فنجد فيه فكرة النزاع ثم حسم هذا النزاع عن طريق أشخاص لديهم الخبرة والمقدرة المتخصصة خلافاً لقضاء الدولة⁽²⁾. وقد اضطرر الأستاذان

1- L'institutions d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux Juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus pour la circonstance, de la mission de les juger.

في تعريف التحكيم في الفقه المصري أنظر :

- د. ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 24 وما بعدها.
- د. أحمد حسان مطاوع - المرجع السابق - ص 19 وما بعدها.
- د. على رمضان على بركات - خصوصية التحكيم في القانون المصري والمقارن - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1996
ص 9 وما بعدها.

2- Charles Jarrosson, la notion d' arbitrage, 1987 P. 369.

Jean Robert و Me Bertrand Moreau على تعريف التحكيم ذات التعريف في مؤلفات أخرى سابقة (1).

بينما يرى الأستاذ Rene David أن التحكيم هو « وسيلة تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تهم العلاقات بين عدة أشخاص عن طريق واحد أو أكثر يسمى محكماً أو محكمون يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص، ويقضون بمقتضى هذا الاتفاق دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة » (2).

وقد استعمل الأستاذ دافيد لفظ Technique (وسيلة) وليس مؤسسة institution، مما يجعل التعريف واسعاً فضفاضاً، الأمر الذي يقربه من التحكيم بمعناه العام المستخدم في اللغة اليومية خلافاً للتحكيم القانوني الذي نقصده في هذا المقام - وقد تلا في الأستاذ Jarrosson هذه الكلمة (technique) في تعريفه للتحكيم حيث أن التحكيم لديه أكثر - في مفهومه - من وسيلة لحسم المنازعات، وإنما هو كيان مسمى منظمة institution كما تعنيها الكلمة بمعناها الاصطلاحي الدقيق (3).

ويجمع بين تعريفي الأستاذ Jean Robert والأستاذ Rene David أنهما يوضحان الخصائص الأساسية للتحكيم وطبيعة العملية التحكيمية The arbitral process، إلا أن تعريف الأستاذ Jean Robert لم يوضح الطبيعة الاختيارية للالتجاء إلى التحكيم من حيث كونه بديلاً للجوء إلى القضاء الوطني وذات الوجه من أوجه النقد يتحقق في تعريف الأستاذ Rene David.

ولم يهتم الفقه الإنجليزي كثيراً بتعريف التحكيم قدر اهتمامه بدراسة كافة جوانبه العملية وتغطيتها بالبحث والدراسة المستفيضة، فتجد بعض التعريفات في بعض المؤلفات توضح فكرة التحكيم وتعرفه بأن « ممارسة التحكيم جاءت بعد إنشاء المحاكم بواسطة الدولة وأصبح الوسيلة الطبيعية لفض المنازعات، وقد استمرت الممارسة حيث أن أطراف المنازعة يريدون ممارستها بطريق أقل رسمية وأقل في نفقاتها عن المحاكم العادية » (4).

1- Jean Robert, Moreau, Arbitrage civil et commercial "en droit interne et international prive". Quatrieme edition.

2- Rene David, L'arbitrage Dans Le Commerce International, Economica, 1982, Paris, P.9.

3- Charles jarrosson, La notion D'arbitrage, op. Cit., P. 372.

4- Holdsworth, History of English law (1964), vol. XIV, P. 187. " The practice of arbitration

ويغلب على هذا التعريف صبغة السرد التاريخي أكثر من وضع تعريف جامع مانع للتحكيم. ويكفي للتدليل على عدم اهتمام الفقهاء الإنجليز بهذه الناحية النظرية خلو الكثير من أمهات المراجع من تعريف للتحكيم⁽¹⁾.

ويذهب رأى آخر إلى أن التحكيم هو «اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثار عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل، يضمنون اتفاقهم على التحكيم، بياناً لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز»⁽²⁾.

وذهب رأى ثالث إلى أن التحكيم هو «سلطة الالتجاء إلى إجراءات التحكيم أو استبدال قضاء الدولة بالمحكمين، وذلك بالمخالفة لقواعد توزيع ولاية القضاء في الدولة، بناء على اعتراف النظام القانوني بنظام التحكيم وتنظيم قواعده، بصدد النزاع أو المنازعات المحددة في اتفاق التحكيم، سواء ورد هذا الاتفاق كشرط في عقد معين يذكر في صلبه، فيسمى شرط التحكيم، لعرضه على شخص معين أو أشخاص معينين يختارون بواسطة الأطراف ذوى الشأن، أو تعيينهم المحكمة في بعض الأحوال للفصل فيه بحكم حاسم بين الخصوم أنفسهم، بدلاً من المحكمة المختصة»⁽³⁾.

وهذه التعريفات جميعها وإن كانت شارحة لمفهوم التحكيم وطبيعته الاختيارية والقضائية فإنها تقتصر إلى إحكام الصياغة اللغوية حيث أن بها الكثير من التكرار وسرد لبيدليات لا تحتمل السرد.

therefore, comes, so to speak, naturally to primitive bodies of law, and after courts have been established by the state and a recourse to them has become the natural method of settling disputes the practice continues because the parties to a dispute want to settle them with less formality and expenses than is involved in a recurrence to the courts.

1- على سبيل المثال لم يرد له تعريف في:

-Alan Redfern and Martin Hunter, International commercial arbitration, (1991), second Edition – Third Edition, 1999.

-Laurence Craig, William W. Park, Jan Pulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 1985, ICC Publishing.

2- د. مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولي - 1995 - ص 5.

3- د. محمود السيد عمر التحيوى - اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 - ص 26.

وذهب البعض إلى أن التحكيم هو « إحدى وسائل تسوية المنازعات، وملزم لأطرافها، وهو اتفاق بمقتضاه يعهد إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادي مهمة الفصل في هذه المنازعات»⁽¹⁾.

ولا يخفى ما يعيب هذا التعريف من أنه ليس بالضرورة ألا ينتمي المحكم إلى القضاء العادي، إذ أنه في كثير من الأحيان يكون المحكم قاضياً، كما أن التعريف لا يوضح الطبيعة القضائية للتحكيم الذي يميزه عن وسائل تسوية المنازعات الأخرى كالتوفيق والوساطة.

ثانياً : تعريف التحكيم في تشريعات الدولة المختلفة :

تقضي المادة 1442 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد وهو جزء من قانون المرافعات الفرنسي والمعدل بتاريخ 13 / 1 / 2011 على « أنه اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم للتحكيم ». ويلاحظ من صياغة هذا التعريف أنه أبرز الطبيعة الاختيارية للتحكيم.

ثالثاً : تعرف التحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي (إحالة) :

يتفق تعريف التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي مع التعريف العام للتحكيم الذي عدده الشراح في مختلف المراجع الفقهية سواء في الفقه العربي أم المقارن، أو رددته تشريعات الدول المختلفة وهي أنه اتفاق الأطراف على الإلتجاء إلى التحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو التي يمكن أن تنشأ، بمناسبة علاقة قانونية ما عقدية كانت أم غير عقدية⁽²⁾.

1- د. ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - 1996 ص 25.

2- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية، القاهرة، 2002، ص 30، اسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 17، حفيظة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1998، ص 76، أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، مؤسسة دار الكتب، 1996، ص 89، الدكتور عبد الله عيسى على الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، الإطار العام للتحكيم، محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

وقد قررت ذلك تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي سواء قانون التحكيم القطري الصادر عام 2017 أو نظام التحكيم السعودي الصادر عام 2012، أو قانون التحكيم العماني الصادر عام 1997، وكذلك تشريعات دول مجلس التعاون التي لم تصدر تشريعات مستقلة للتحكيم مثل قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والإماراتي.

وهذا التعريف يتسم بالدقة والإحكام فقد بين الطبيعة الاختيارية للتحكيم كما أنه يعلي مبدأ سلطان الإرادة، وأوضح المنازعات التي يمكن إحالتها للتحكيم وهي الحالية والمستقبلية وأضاف إلى ذلك أن هذه المنازعات يمكن أن تنشأ من علاقة قانونية عقدية كانت أم غير عقدية.

وسيتم توضيح الأحكام التي تنظم التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي وتشريعاته بمزيد من التفصيل والتأصيل في موضع لاحق من هذا المؤلف.

رابعاً: تعريف التحكيم في قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي:

نصت المادة الثانية من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون على أن الإتفاق على التحكيم وفقاً لأحكام هذه اللائحة أمام المركز يمنع من عرض النزاع أمام اي جهة أخرى أو الطعن لديها بحكم هيئة التحكيم. ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه في حالة اللجوء إلى التحكيم يقترح أن تضمن الصيغة التالية في إتفاق التحكيم:

« جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية».

ونصت المادة الثالثة على أنه تفترض صحة جميع الإتفاقات والمشاركات المقدمة للتحكيم أمام المركز ما لم يقيم الدليل على عدم صحتها.

ويتضح من قواعد المركز الطبيعية الإختيارية للتحكيم حيث تسمح القواعد لمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية بين الأطراف أن يظهر وأن يكون حاكماً حيث أن إختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم هو الأساس. ويتضح من قواعد المركز الطبيعية الإختيارية للتحكيم، فإختيار الأطراف ومبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy هو اساس اللجوء إلى التحكيم. ولعل إختصاص المركز بنظر الدعوى التحكيمية يمنع أية جهة أخرى من نظر الدعوى التحكيمية سواء كانت جهة قضائية أم جهة تحكيمية أخرى.

المبحث الثالث

مزايا نظام التحكيم وعيوبه

لنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بصفة عامة أنصاره ومعارضيه فهو يحمل العديد من المزايا وبه بعض العيوب من وجهة النظر المضادة⁽¹⁾.

فمن ناحية، يكفل نظام التحكيم قدراً من الخصوصية⁽²⁾ لأطرافه في حسم المنازعات بعيداً عن ساحات القضاء، كما يتيح لهم الفرصة لاختيار المحكم وذلك لخبراته ومهاراته المتميزة فيما يتعلق بعقود الأشغال الدولية وحسم مشكلاتها المتنوعة ذات الطبيعة الخاصة والشديدة التعقيد والتشابك في بعض الأحيان الأمر الذي يوفر الوقت والتفقات ويساعد على إنهاء النزاع بحكم يقترب كثيراً من الواقع وصحيح القانون.

ومن الناحية الفنية، يمكن التحكيم هيئة التحكيم أن تنظر النزاع منذ بداية القضية وحتى نهايتها وذلك خلافاً للنظام القضائي الذي قد يسمح في بعض الدول بتناوب أكثر من تشكيل قضائي يتم تغييره كل عام لنظر القضية، فإذا ما استمر نظر القضية لأكثر من عام فإن أكثر من دائرة تنظرها الأمر الذي قد يؤدي لصدور حكم فيها من دائرة مغايرة للدائرة التي تولت نظر النزاع منذ بدايته.

والتحكيم بصفة عامة أكثر مرونة وسرعة من أساليب التقاضي العادية إذ تتسم إجراءات التقاضي في الكثير من الأحيان ببطء شديد لاسيما إذا كان هناك تعدد لدرجات التقاضي والطعن في الأحكام، كما أن الطبيعة الاختيارية للتحكيم تكشف عن رغبة الأطراف في حسم النزاع⁽³⁾.

1- Yahiel and Granston, Arbitration and dispute Resolution in the international construction industry (1985) ICLR, P. 231, 232.

-Kerr " International arbitration V. litigation" 1980 Journal of business law. P. 164.

2- كما في بعض المنازعات ذات الطبيعة الخاصة كالمنازعات العسكرية أو الخاصة بالتسليح، أو كمنازعات عقود نقل التكنولوجيا وما يتعلق أيضاً بحقوق الملكية الذهنية والفكرية - Intellectual property .
انظر في السرية كميزة من مزايا نظام التحكيم :

- د. ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 65.

3- انظر: د. مختار بريري - التحكيم التجاري الدولي - 1995 - دار النهضة العربية - ص 8 وما بعدها.

فالتحكيم يعلي ويظهر مبدأ سلطان الإرادة للأطراف المتنازعة حيث يتجلى ذلك في منحهم مكنة إختيار القانون الواجب التطبيق أي القانون الموضوعي Substantive law، وإختيار مكان التحكيم، وإختيار مدة التحكيم وذلك بوضع سقف زمني يلتزم خلاله المحكمون بإصدار حكمهم التحكيمي، وكذلك إختيار القانون الإجرائي الحاكم لعملية التحكيم Procedural law، فضلاً عن أن قوانين التحكيم أعطت الحق للأطراف في الإتفاق على إضافة قواعد وإجراءات. وفي الفصول التالية شرح مفصل لدور مبدأ سلطان الإرادة الذي تبنته تشريعات التحكيم وقوانين المرافعات المدنية والتجارية بدول مجلس التعاون الخليجي وهو ذات المبدأ الذي تبناه قانون التحكيم الإنجليزي 1996، وقانون التحكيم الفرنسي الوارد بقانون المرافعات الفرنسي والمعدل في 2011/1/13، وقانون التحكيم المصري 1994.

وأهم ما يؤخذ على نظام التحكيم بخاصة في الدول النامية أنه أداة من الأدوات التي تمكن النظام الرأسمالي العالمي من التسلط على الدول النامية وضمان تبعيتها الإقتصادية له على الدوام لاسيما وأن المحكم لا يلتزم بتطبيق قانون معين فللأطراف الخيار في تحديد القانون الذي سيقوم المحكم بتطبيقه والمحكم حر في تطبيق القانون الذي يروق له في حالة ما إذا لم يقم أطراف النزاع باختياره، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم تطبيق القوانين الوطنية للدول النامية⁽¹⁾ التي غالباً ما تكون الطرف الضعيف في العلاقة القانونية نظراً لظروفها الإقتصادية المتردية وما قد يحقق بها من ضرر نتيجة تطبيق قوانين غير قوانينها الوطنية الأمر الذي قد يرتب نتائج غير متوقعة وفقاً للمجرى العادي للأموور وربما يتعذر تداركها في كثير من الأحيان. وتثور هذه المشكلة كثيراً في عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية.

1- انظر :

- د. مختار بربري - المرجع السابق - ص 12 ، 13

- وانظر أيضا « قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية والمذكرات الإيضاحية وجميع الأعمال التحضيرية المتعلقة به ». من مطبوعات إدارة التشريع ، وزارة العدل المصرية 1995. المناقشات التي دارت حول تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون التشريعية والدستورية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية عن مشروع قانون في شأن التحكيم التجاري الدولي بمجلس الشعب. وأكثر تحديدا رأى السيد العضو «ضياء الدين داود» في شأن معارضته لمشروع قانون التحكيم التجاري الدولي الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994. وربطه للتحكيم بفكرة الامتيازات الأجنبية في العهود السابقة. ص 83.

ومما يحمد للتحكيم أنه يمكن الأطراف من اختيار المحكمين ذوي الكفاءة والخبرة في مجال موضوع المنازعة فإذا كان النزاع متعلقاً بعقداً من عقود الأشغال العامة فيمكن لهم أن يختاروا من المحكمين من له خبرة ودراية في مجال الأشغال العامة والعقود الإدارية لاسيما الدولية منها حتى يتم الفصل في المنازعة على نحو مرض لأطرافه. كذلك الحال في المنازعات الأخرى كمنازعات البنوك أو التكنولوجيا أو النقل البحري أو البترول والغاز وخلاف ذلك من المنازعات التي تحتاج أشخاصاً ذوي مؤهلات خاصة للفصل فيها⁽¹⁾.

ويرى البعض⁽²⁾ إلى أن التحكيم لا يمتاز برخص تكاليفه من حيث كونه وسيلة بديلة للقضاء الوطني المختص، فأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية يتحملها الأطراف وأحياناً يتحملها الطرف الخاسر للدعوى التحكيمية، وهي تقدر غالباً بنسبة مئوية من قيمة النزاع وفي بعض الأحيان تكون هذه المصاريف والأتعاب باهظة⁽³⁾.

إلا أن موطن الضعف في نظام التحكيم يكمن في عدم فاعلية السلطات الممنوحة لهيئة التحكيم في بعض الأحيان والتي لا تتواءم مع ما قد يتسم به النزاع من أهمية وما تتطلبه طبيعته من ضرورة منح سلطات أكبر لهيئة التحكيم. فعلى سبيل المثال، لا يمكن استدعاء الشهود للمثول أمام هيئة التحكيم وعقابهم بالفراغة أو الحبس في حالة عدم المثول، وسلطات هيئة التحكيم في صدق الفصل في المسائل الأولية بصفة عامة. فقد لا يتاح لمحكمة التحكيم ممارسة هذه السلطات الأمر الذي قد يغفل يدها في كثير من الأحوال عن حسم النزاع على نحو مرض يحقق العدالة بين أطرافه⁽⁴⁾.

وأخيراً، يؤخذ على نظام التحكيم أيضاً عدم إمكانية نظر المنازعات متعددة الأطراف Multi-party disputes أمام هيئة تحكيم واحدة⁽⁵⁾ بسهولة

1- د. ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 66.

2- Alan Redfern and Martin Hunter, International commercial arbitration, second edition, 1991, P. 24 - Third Edition, P. 24 - 25.

3- في تفصيل مزايا التحكيم وعيوبه انظر :

د. ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 65 وما بعدها.

4- Alan Redfern and Martin Hunter, Op. Cit., P. 24 - Third Edition, P. 25.

5- Alan Redfern and Martin Hunter, Op. Cit., P. 25 - Third Edition, P. 25.

خلافاً للمحاكم العادية والمثال الواضح لذلك عقد الأشغال الدولي عندما يدخل رب العمل في علاقة عقدية مع المقاول الرئيسي والذي تعاقد بدوره مع العديد من المقاولين من الباطن والموردين، فإذا ما أراد رب العمل اللجوء إلى التحكيم شاكياً حقاً له قبل المقاول الرئيسي فسيعود الأخير بدوره على المقاولين من الباطن أو الموردين والذي قد يسألون عن العمل المغيب ولكن سيكون ذلك عن طريق تحكيمات منفصلة⁽¹⁾.

أما في نظام التقاضي العادي، فسيتم ضم كل الأطراف في قضية واحدة لتتظّر شتاتها محكمة واحدة تمحص النزاع بجميع جوانبه وكيوفه وتصدر فيه حكماً واحداً يحقق العدالة المرجوة ويحسم المسألة بين جميع الأطراف بحكم يفصل في العلاقات القانونية المتشابكة.

تقديرنا لنظام التحكيم:

ولا يسعنا في صدد ترديد الفكر بين الأقدام على نظام التحكيم في عقود الأشغال الدولية أو النكول عنه، إلا أن نؤكد أنه على الرغم من بعض العيوب الموجهة لنظام التحكيم إلا أن ذلك لا ينفي عنه أهميته البالغة في الوقت الحاضر حيث يتأخر الفصل في القضايا أمام القضاء الوطني في كثير من البلدان لسنوات طوال يتكبد فيها المتقاضون نفقات باهظة تفوق ما قد يتكبدونه كمصاريف للتحكيم وأتعاب للمحكمين وهو ما يدحض ما يذهب إليه البعض من ارتفاع تكاليف التحكيم مقارنة بالقضاء الوطني، فضلاً عن أن التأخير في حسم المنازعات يذهب بحقوق المتنازعين أدراج الرياح لاسيما إذا تم حسم منازعاتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه المتغيرات الاقتصادية وتتنخفض فيه القوى الشرائية للنقود، فالعدالة البطيئة بحق نوع من الظلم البين.

أما ما يوجه للتحكيم من أنه أحد آليات سيطرة النظام الرأسمالي على الدول النامية وضمن تبعية هذه الدول للدول الرأسمالية وما قد يسببه اللجوء إلى

1- وانظر في عيوب نظام التحكيم :

- د. حسام عيسى - دراسات للإليات القانونية للتبعية الدولية - التحكيم التجارى الدولي - نظرة نقدية - ص 60. وانظر كذلك :

- Rene David. OP. Cit.- P. 103 -

التحكيم خلافاً للقضاء الوطني من تطبيق قانوناً غير قانون الدولة النامية، فيرد على ذلك أنه بتدريب الكوادر الفنية تدريباً عالياً متخصصاً - من قانونيين سواء من القضاة أو من المحامين - وإفهامهم بعملية التحكيم بجميع أبعادها وتداعياتها وإمامهم باللغات الأجنبية فسيكون ذلك رادعاً لمثل هذه المحاولات التي قد تنقلص عند وجود المحكم المتخصص الكفاء المتفهم لنظام التحكيم بجميع كيوفه وأحواله متجنباً مثالبه بما يحقق المصلحة الوطنية المنشودة.

وفي خصوص السلطة المقيدة لهيئات التحكيم من الناحية التطبيقية أثناء ممارستها لمهامها في فض منازعات العقود الدولية، فإنه يمكن تلافي ذلك بإصدار التشريعات الوطنية المنظمة لعملية التحكيم وإجراءاته والتي يمكن أن تمكن القضاء الوطني من التدخل في حدود معينة مرسومة لتنظيم عملية التحكيم وضمان فعاليتها⁽¹⁾.

وأخيراً ، ففي المنازعات المتعددة الأطراف Multi-party disputes يمكن معالجة مشكلتها بضم هذه المنازعات لحسمها بحكم واحد على نحو ينسق الحلول القضائية لتلافي صدور أحكام تحكيم متعارضة مما قد يؤدي إلى مشاكل عملية عند التنفيذ الأمر الذي أدى إلى ظهور التحكيم المتعدد الأطراف Multi-party arbitration.

وخلاصة القول أنه على الرغم من بعض العيوب في نظام التحكيم إلا أنه يتعين ترجيح هذا النظام وطرح ما وجه إليه من أوجه نقد وذلك لفوائده العملية الجمة لاسيما وأنها يمكن تلافيتها بعد أن بات نظام التحكيم وسيلة مهمة وجوهرية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الأشغال العامة الدولي والعقود الداخلية على السواء وأصبح واقعاً مفروضاً على الدول النامية بحيث أنه يتعين الإستعداد لمواجهة استعداده كافياً على الصعيدين التشريعي والفني كما أسلفنا القول.

1- كأن تحيل محكمة التحكيم الشاهد في حالة عدم حضوره إلى المحكمة الوطنية المختصة لتغريمه إذا ما إرتأت الأخيرة ذلك بناء على توصية محكمة التحكيم.

أن معارضة نظام التحكيم بالنظر إلى عيوبه دون مزاياه والذي باتت تفرضه المتغيرات الاقتصادية والقانونية على الساحة الدولية، وعدم محاولة التأقلم مع هذا النظام من قبل الدول النامية بتدريب كوادر فنية قادرة على التعامل مع نظام التحكيم كآلية لتسوية المنازعات - يعتبرها المتعاقد الأجنبي مع الدولة ضمان لحماية حقوقه وشرطاً لازماً للتوقيع على أحد عقود الدولة - يشكل خطوة للوراء لهذه الدول فالأهمية الاعتبارية السابقة يتعين على هذه الدول محاولة اللحاق بالدول المتقدمة بمحاولة فهم هذا النظام والتعامل معه وتضمينه لتشريعاتها كيما تستطيع الحفاظ على حقوقها إذا ما فرض عليها التحكيم في إحدى منازعات عقودها الدولية.

المبحث الرابع

التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص AD HOC

قد يكون التحكيم في عقود الأشغال الدولية بدول مجلس التعاون الخليجي مؤسسياً Institutional وقد يكون خاصاً AD HOC⁽¹⁾⁽²⁾. فالأول هو التحكيم الذي يجري في مقر منظمة دولية متخصصة في التحكيم كمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (GCCAC) - دار القرار - وهو منظمة دولية إقليمية متخصصة في التحكيم التجاري أنشئت بموجب إتفاقية إقليمية دولية بين دول مجلس التعاون الست، أو أن يكون التحكيم تحت إشراف مراكز تحكيم أخرى كمركز الكويت للتحكيم التجاري (KCAC)، أو مركز دبي للتحكيم الدولي (DIAC) أو غرفة البحرين لتسوية المنازعات (BCDR-AAA)، وذلك على سبيل المثال، ومن المراكز خارج دول مجلس التعاون الخليجي، غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، أو جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)، أو محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي (LCIA)، أو غرفة ستكهولم للتجارة (SCC)، أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)، وغيرها من مراكز التحكيم المعروفة بالعالم. ومما لا شك فيه أن كل تحكيم يجري بأي من هذه المراكز أو غيرها يخضع لقواعد هذه المراكز وما تنظمها هذه القواعد من إجراءات. وإذا كان التحكيم في منازعات الإستثمار الدولية فإنه يخضع للتحكيم بمقر مركز حسم منازعات الإستثمار الدولية التابع للبنك الدولي (ICSID).

أما التحكيم الخاص AD HOC فهو التحكيم الذي يتم تحت إشراف وإدارة الأطراف أو مندوبيهم. وهذا النوع غالباً ما يخضع لقواعد الأونسيترال

1- Pierre lalve - Avantages et inconvenients de l'arbitrage "AD HOC" Etudes offertes a pierre Bellet 1991 litec, libraire de la cour de cassation.
- Redfern and Hunter, Op. Cit, Second Edition, P. 44.

2- د. عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم في المنازعات البحرية - 1995.

د. على رمضان على بركات - المرجع السابق - ص 16.

للتحكيم⁽¹⁾ أو في بعض الأحيان قد يخضع لقواعد موضوعة بواسطة الأطراف أو هيئة التحكيم أو كلاهما معا.

وسنعرض لمزايا وعيوب كل من النظامين تفصيلاً.

التحكيم المؤسسي:

أن من أهم مزايا نظام التحكيم المؤسسي هو التطبيق الأوتوماتيكي لقواعد المنظمة التي يجرى بها التحكيم كقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي على سبيل المثال، كما يكفل التحكيم المؤسسي إمداد المنظمة التي تدير التحكيم بالكوادر المتخصصة من المحكمين الذين يقومون بإدارة عملية التحكيم كتنظيم مقار الجلسات وتصوير المستندات وفهرستها وتنظيم قاعات مغلقة للمداولة وغيرها⁽²⁾.

ولعله وفي هذا السياق حري بنا أن نشير إلى بعض من المزايا الكثيرة والمتعددة للتحكيم المؤسسي والتي يطبقها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، منها ضمان سلامة الإجراءات، والتأكد من مسألة الإفصاح للمحكمين وأنه ليس هناك تعارضاً في المصالح Conflict of Interests، وكذلك توجيه هيئة التحكيم بضرورة تطبيق المبادئ الأساسية في التقاضي مثل كفالة حق الدفاع للأطراف المتنازعة وغير ذلك من المبادئ التي تكفل المساواة والعدالة، والتأكد من حسن سير الإجراءات وعدم تعطيل انعقاد الجلسات، وضرورة المداولة في الحكم لهيئة التحكيم الثلاثية، ومعرفة كلفة نفقات التحكيم مسبقاً، وعدم إفساح المجال للمحكمين لمناقشة أتعابهم مباشرة مع الأطراف وهو من أهم ضمانات النزاهة المهنية Professional Integrity للمحكمين وعدم إتصالهم المباشر بالأطراف المتنازعة، وإيداع أتعاب المحكمين في خزانة المركز وألا يتم دفعها مباشرة لهم إلا بعد صدور الحكم وإنهاء مدة التفسير والتصحيح، بجانب الاحتفاظ بملف المنازعة وما يحتويه من مذكرات ومحاضر ولوائح دعوى وطلبات تسهل من الرجوع إليها إذا تطلب الأمر ولو بعد سنوات طويلة.

1- Uncitral Arbitration Rules-

2- Alan Redfern and Martin Hunter, International commercial arbitration, Second Edition, 1991, P. 53 – Third Edition, P. 45-

بالإضافة إلى العديد من المزايا والضمانات للعملية التحكيمية وللأطراف المتنازعة والتي تعزز من الموضوعية والحياد والشفافية والنزاهة لعملية التحكيم والبعد بها عن السيطرة المباشرة للأطراف المتنازعة والتي تتأى بها عن أن تكون رهن تصرف ومشية الأطراف المتنازعة وما قد يكون لأحدهم من قدرة تفوق قدرة الطرف الآخر في أحيان كثيرة كما قد يحدث في التحكيم الخاص Ad hoc، الذي يمكن من خلاله لأحد الأطراف العبث بمقدرات المنازعة بأي طريق قد يؤدي إلى الإخلال بمقتضيات العدالة المنشودة.

أما بشأن مسألة السرية Confidentiality في التحكيم المؤسسي فإنه متوفر بدرجة أكبر من التحكيم الحر لقدرة المؤسسات التحكيمية على مراقبة تلك السرية في انعقاد الجلسات وتبادل المذكرات الإلكترونية.

وقد نصت بعض تشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون على سرية حكم المحكمين كأصل عام حيث لا يجوز نشر حكم المحكمين إلا بموافقة الأطراف مثل قانون التحكيم العماني 1997 في المادة (2/44)، وقانون التحكيم السعودي 2012 في المادة (2/43) حيث حظرت هاتين المادتين نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم كتابة.

ويرى البعض - في رأي مرجوح - أن التحكيم المؤسسي قد يكون مكلفاً بعض الشيء، إلا أن الرأي الراجح أن التحكيم المؤسسي يقدم حزمة من الضمانات الإجرائية والموضوعية للأطراف المتنازعة تضمن حقوقهم وتحافظ عليها من الضياع وهو ما يفوق كلفته بمراحل بالمقارنة بالتحكيم الخاص Ad hoc الذي قد يؤدي إلى ضياع حقوق الأطراف إذا ما تم القضاء ببطلان حكم التحكيم نتيجة لخطأ إجرائي ناتج عن سوء الإعداد والتنظيم للعملية التحكيمية في التحكيم الخاص Ad hoc، وهو ما لا يمكن حدوثه أو تصوره في التحكيم المؤسسي.

التحكيم الخاص AD HOC :

عادة ما ينص على شرط التحكيم الخاص بأن يكون مقر التحكيم مدينة ما بدولة ما ويكون التحكيم على أرضها. ويمتاز هذا النظام بأنه يقابل احتياجات

أطراف النزاع كما يقابل ما تتطلبه وقائع القضية المعينة التي ثارت بينهم. وهو يحتاج لتعاون الأطراف وممثلهم لأداء العملية التحكيمية بكفاءة وفعالية. إلا أن وضع قواعد التحكيم بهذه الصورة يستهلك كثيراً من الوقت بالإضافة إلى تكلفتها المرتفعة.

كما يعتمد هذا النظام كليةً على تعاون أطراف النزاع ومحاموهم وذلك في إطار النظام القانوني لمكان التحكيم، الأمر الذي قد ينتج أثراً عكسياً إذا ما أثير الكثير من المسائل المتعلقة بالنواحي الإجرائية، وإذا لم تكن هيئة التحكيم قد أختيرت بالفعل ولا يوجد من ناحية أخرى قواعد إجرائية يمكن الإستعانة بها لحسم هذه المسائل.

تقديرنا لكل من النظامين :

لعل نظام التحكيم المؤسسي هو الأكثر ملاءمة في كل الأحيان لما سبق بيانه وتفصيله من مزايا إجرائية وموضوعية، بل وفي أحيان كثيرة وذلك عندما يتعلق الأمر بتحكيم متعدد الأطراف Multi-party arbitration، وهو أمر متواتر في المنازعات التحكيمية الناشئة عن عقود الأشغال الدولية، فحينئذ تثار مشكلة اختيار المحكمين وتشكيل هيئة التحكيم. وحسم هذه المشكلة لن يكون إلا بتعيين المحكمة من قبل المنظمة التي يجرى فيها التحكيم فتكون هي السلطة المختصة بالتعيين Appointing authority، ولن يكون الأمر كذلك إلا في نظام التحكيم المؤسسي Institutional حيث توجد منظمة يجرى التحكيم على أراضيها تستطيع حسم هذه المشكلة، فهذه المشكلة لا يوجد حل قانوني إجرائي لها في حالة التحكيم الخاص Ad hoc .

وليس من شك أن قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي قد نصت في المادة (13) منها على أنه إذا كان هناك أطراف متعددون سواء كمدعين أو كمدعى عليهم، وإذا كان ينبغي إحالة النزاع إلى هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين كان على المدعين المتعددين أن يعينوا محكماً، وعلى المدعى عليهم المتعددين أن يعينوا محكماً.

ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه في حالة فشل الأطراف في تعيين المحكمين كما سبقت الإشارة فيقوم الأمين العام للمركز بتعيين كل المحكمين بمن فيهم رئيس الهيئة.

ولعل مزايا التحكيم المؤسسي المتعددة والمتباينة سألقة البيان تقطع بكونه مسألة جوهرية ولازمة في عقود الأشغال الدولية بل وفي غيرها من المنازعات.

الفصل الثاني

التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

من المسائل الشائكة في فقه التحكيم في العقود الدولية التعريف بكل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي⁽¹⁾ ووضع معياراً للتمييز بين كليهما وتحديد صفة الدولية في التحكيم في هذا النوع من العقود.

ويتنازع البحث في هذا الموضوع أكثر من اتجاه وسنعرض لكل من هذه الاتجاهات على التوالي.

**أولاً : قانون الأمم المتحدة النموذجي للتحكيم التجاري الدولي -
UNCITRAL Model Law :**

نصت المادة الأولى في فقرتها الثالثة على أنه يكون التحكيم دولياً :

(أ) إذا اتفق الأطراف على أن يكون مقر أعمالهم في دولتين مختلفتين إبان عقد ذلك الاتفاق.

(ب) إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين :

1- أنظر التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي :

Redfern and Hunter, Op. Cit., P. 11.

- د. أبوزيد رضوان الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي - القسم الثاني - دولية التحكيم التجاري - مجلس الحقوق والشريعة - جامعة الكويت - السنة الثانية - العدد الثاني - يونيو 1978 - ص 34.

- د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - عمان - 1992.

- د. ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 - الطبعة الأولى - 1996.

- د. محمد ماجد محمود - العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي - مجلة العلوم الإدارية - السنة الخامسة والثلاثون - العدد الأول - يونيو 1993.

(a) an individual who is a national of, or habitually resident, in any state other than the United Kingdom, nor

(b) a body corporate which is incorporated in, or whose control management and control is exercised in, any state other than the United Kingdom, is a party at the time arbitration agreement is entered into.

1. مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.
2. أي مكان يتعين فيه تنفيذ جزء أساسي من العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع صلة وثيقة به.
- ج) إذا أقر الطرفان أن موضوع اتفاق التحكيم متعلقاً بأكثر من دولة. ويستفاد من نص هذه المادة أنها أخذت بالمعيار الشخصي لأطراف العقد وعولت على إرادتهم تعويلاً كبيراً في تحديد دولية التحكيم بناء على وجود مقر أعمالهم في دولتين مختلفتين، أو إذا كان مكان التحكيم المحدد في اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تحديده، أو أي مكان يتعين فيه تنفيذ جزء أساسي من العلاقة التجارية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين، كذلك المكان الذي يكون لموضوع النزاع صلة وثيقة به، وأخيراً إذا أقر الطرفان أن موضوع اتفاق التحكيم متعلقاً بأكثر من دولة⁽¹⁾.

ثانياً: القانون الفرنسي؛

نصت المادة (1504) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على أن: « يكون التحكيم دولياً إذا تضمن مصالحاً متعلقة بالتجارة الدولية »⁽²⁾. ومفاد ذلك أن المعيار هنا هو معياراً إقتصادياً إلا أنه قد يترتب نتائج تبدو غير منطقية في بعض الأحيان، فإذا كان التحكيم قد جرى بين مواطنين فرنسيين وعلى أرض فرنسية وربما عن طريق محكم فرنسي ولكن تعلق بالتجارة على الصعيد الدولي فإنه يكون دولياً⁽³⁾.

ثالثاً: القانون الدولي الخاص السويسري 1987؛

نصت المادة (1/176) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987 على أن «تطبق نصوص هذا الفصل على كل تحكيم إذا كان

1-Redfern and Hunter, Op. Cit., Third Edition, P. 17.

وانظر كذلك: د. ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 184.
2- " S'il met en cause des interets du commerce international ".

3- د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - 1992 - ص 102.

وفي الفقه الفرنسي :-

Phillipe fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, 1996, P. 47 et suiv.

مكان التحكيم في سويسرا أو عند عقد اتفاق التحكيم إذا كان على الأقل أحد الأطراف له موطن أو محل إقامة خارج سويسرا»⁽¹⁾.

ومفاد ذلك أن النصوص الخاصة بالتحكيم الدولي في هذا الفصل تطبق إذا ما عقد التحكيم داخل سويسرا أو كان له محل إقامة هناك. ويؤخذ على هذا النص أن الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي الواردة في الفصل المذكور بالقانون المشار إليه يمكن تطبيقها في حالة توافر الشرطين حتى وإن كان طرفا النزاع من المواطنين السويسريين⁽²⁾.

رابعاً: قانون التحكيم القطري الصادر عام 2017؛

نصت المادة الثانية / 4 من قانون التحكيم القطري على أن:

يكون التحكيم دولياً، في تطبيق أحكام هذا القانون، إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، وذلك في الأحوال الآتية:

أ. إذا كان المقر الرئيسي لعمل أطراف اتفاق التحكيم، وقت إبرام الاتفاق واقعاً في دول مختلفة، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مقر للأعمال، تكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد أطراف اتفاق التحكيم مقر أعمال، تكون العبرة بمحل إقامته المعتاد.

ب. إذا كان المقر الرئيسي لأعمال كل أطراف اتفاق التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

- مكان التحكيم كما حدده اتفاق التحكيم أو أشير فيه إلى كيفية تحديده.
- المكان الذي ينفذ فيه جزء جوهري من الإلتزامات الناشئة عن علاقة الأطراف.
- المكان الأوثق صلة بموضوع النزاع.

1- Philippe Fouchard, " Ou va l'arbitrage international ", Revue de droit de McGill, McGill law journal, 1989, Vol. 34, No. 3, p. 435.

2- Art. 176 " 1. The provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the Seat of the arbitral tribunal is situated in Switzerland and if, at the time when the arbitration agreement was concluded, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland".

- د. فوزى محمد سامى - المرجع السابق - ص 105 - 106.

ج. إذا كان موضوع النزاع الذي يشملته اتفاق التحكيم متعلقاً بأكثر من دولة واحدة.

د. إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى مؤسسة تحكيم دائمة يوجد مقرها داخل الدولة أو خارجها.

خامساً: نظام التحكيم السعودي الصادر عام 2012:

تنص المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي الصادر عام 2012 على أن: يكون التحكيم دولياً في حكم هذا النظام إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، وذلك في الأحوال الآتية:

1. إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في أكثر من دولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم أو كليهما مركز أعمال محدد فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

2. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن الآتي بيانها واقعاً خارج هذه الدولة: أ. مكان إجراء التحكيم كما عيَّنه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب. مكان تنفيذ جانب جوهرى من الإلتزامات الناشئة من العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج. المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

3. إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة، أو هيئة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم يوجد مقره خارج المملكة.

4. إذا كان موضوع النزاع الذي يشملته اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

سادساً : قانون التحكيم العماني الصادر عام 1997 :

نصت المادة (3) من قانون التحكيم العماني على ما يلي:

يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً : إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل سلطنة عمان أو خارجها.

ثالثاً : إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:
أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

التحكيم الدولي ومنازعات عقود الأشغال العامة في الأعراف الدولية :

يحيل نموذج عقد الفيديك في طبيعته الرابعة (1987) في تسوية المنازعات إلى قواعد التحكيم المطبقة أمام غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) وبذلك يكون هذا التحكيم دولياً وفقاً للمعيار القانوني الذي نص عليه قانون التحكيم المصري⁽¹⁾.

1- د. ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 198.

وقد أحالت الطبعة الخامسة كذلك (1999) في المادة 6/20 إلى ذات القواعد الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس.

ويتعين لكى يكون التحكيم دولياً وفقاً لعقد الفيديك أيضاً أن يتضمن العقد التزامات أو ادعاءات يتطلب تنفيذها انتقال رؤوس أموال أو سلع أو خدمات بين دولتين فأكثر وبذلك تتحقق صفة الدولية وفقاً للمعيار الإقتصادي بجانب المعيار القانوني⁽¹⁾، ويكون التحكيم في عقود الأشغال الدولية المفرغة في نموذج عقد الفيديك تحكيمياً دولياً.

وحرى بالإشارة أن قواعد مركز التحكيم التابع لدول مجلس التعاون الخليجي قد سكتت عن بيان التفرقة بين التحكيم الدولي والمحلي، حيث تركت ذلك للقواعد العامة ونرى أن ذلك شيئاً محموداً، حيث أنه في نظرنا أن دولية التحكيم تتبع دولية العقد بحسبان أن الفرع يتبع الأصل ويأخذ حكمه، فالتحكيم يكون دولياً متى كان العقد دولياً، ويكون التحكيم محلياً متى كان العقد محلياً.

وفي نظرنا أنه لا يتصور الحديث عن تحكيم دولي بصدد عقد محلي حيث أنه وبصفة عامة، تتحدد دولية التحكيم بناء على دولية العقد والعكس غير صحيح، فلا تتحدد دولية العقد بناء على دولية التحكيم بأية حال. فدولية العقد هي ضابط موضوعي قاطع أو مسألة موضوعية منضبطة قاطعة الدلالة تتحدد بناء عليه دولية التحكيم، حيث أن التحكيم عملية إجرائية لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الأشغال الدولي الذي هو مسألة موضوعية متى إتصفت بالدولية صار التحكيم الذي يحسم منازعاتها - وبهذه المثابة - دولياً، والعكس غير صحيح.

1- د. ناريمان عبد القادر - المرجع السابق - ص 198.

الفصل الثالث

التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي

وظاهرة العولمة الثقافية القانونية

تقديم: تشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي وظاهرة العولمة الثقافية القانونية:

تأتي أهم الخطوات الجوهرية التي ساعدت على ترسيخ انتشار التحكيم الدولي والمحلي بدول مجلس التعاون الخليجي هو صدور تشريعات التحكيم ببعض دول المجلس والتي تأثرت تأثراً كبيراً بقانون الأمم المتحدة النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال (UNCITRAL Model Law) الصادر عام 1985 وتعديلاته، وهو الأمر الذي يعد خطوة كبيرة على طريق ازدهار عملية التحكيم بحسابانه يكفل تجانس Harmonization وتوحيد Unification للحلول القانونية في مسألة التحكيم كظاهرة عابرة للدول والثقافات Transnational.

ولقد جاء صدور قوانين التحكيم ثورة حقيقية وطفرة هائلة دفعت بالتحكيم - دولياً كان أم محلياً - إلى الأمام في دول مجلس التعاون، ولقد جاء صدور هذه القوانين ليعكس بصورة حقيقية ظاهرة العولمة الثقافية القانونية Legal Globalization وأثرها الجلي على إنتهاج المشرع بدول المجلس إبان إصداره لقوانين التحكيم المنهج المتبع بالقانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة الأونسيترال UNCITRAL عام 1985 وتعديلاته، حيث اعتبر هذا التأثير من جانب المجتمع القانوني الغربي - لا سيما البريطاني - علامة من علامات النهضة والحضارة التشريعية في العالم العربي.

وفي سبيل بيان ذلك نتناول الأطر العامة لعملية التحكيم في كل من دولة الكويت وسلطنة عمان ودولة قطر ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين

والمملكة العربية السعودية، لبيان نظم التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية حيث تكون المعالجة للتحكيم في دول مجلس التعاون بالتطرق إلى اتفاق التحكيم، ثم هيئة التحكيم ثم يعقبها شرح إجراءات التحكيم وأخيراً نتطرق إلى أحكام المحكمين وتنفيذها.

وحرري بالإشارة أن دول مجلس التعاون جميعاً قد انضمت إلى معاهدة نيويورك للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدوليين 1958، حيث انضمت إليها دولة الكويت عام 1978، ومملكة البحرين عام 1988، والمملكة العربية السعودية عام 1994، وسلطنة عمان عام 1999، ودولة قطر عام 2002، وأخيراً دولة الإمارات العربية المتحدة عام 2006، مما يفصح عن تواكب النظم التشريعية بدول مجلس التعاون الخليجي مع المتغيرات والمستجدات الدولية بشكل مستمر.

مبحث تمهيدي

تطور ظاهرة التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي

التحكيم في القانون الكويتي:

حظي التحكيم في دولة الكويت بتطورات كثيرة عبر العقود قبل إصدار الدستور الكويتي 1962 حيث وردت الإشارة إلى التحكيم في بعض التشريعات الكويتية واتفاقيات امتياز النفط بالإضافة إلى التحكيم في نظام التجارة الداخلي وتنظيم القضاء:

نظام التجارة الداخلي المكون من (26) مادة، والذي صدر في 26 محرم سنة 1359هـ في عام 1938.

قانون تنظيم القضاء لسنة 1959، والذي صدر على أثره قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 6 لسنة 1960، متضمناً المواد من (254 إلى 266) والخاصة بالتحكيم.

وظهر كذلك التحكيم في اتفاقيات الامتياز النفطية فمع ظهور النفط انتشرت عقود الامتياز بصورتها التقليدية، عن طريق الشركات البترولية العالمية، حيث وجدت هذه الشركات أن اتفاقيات الامتياز التقليدية هي الأداة القانونية المناسبة لتحقيق أغراضها الاستثمارية في القطاع النفطي، الأمر الذي نجد معه أن مدة الإلتزام في تلك العقود كانت لفترات طويلة، ولعل أهم اتفاقيات امتياز النفط التي تضمنت شرط التحكيم بنصوص صريحة في ذلك الوقت هي المادة (18) من امتياز شركة زيت الكويت المحدودة بتاريخ 1938/12/27⁽¹⁾.

ومن أهم نماذج قضايا التحكيم التجاري الدولي التي كانت دولة الكويت أحد أطرافها- قضية التحكيم بين دولة الكويت وشركة أمينويل American independent oil .

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، 2013 ص 24 .

لقد أبرمت الشركة الأمريكية أمينويل مع الحكومة البريطانية باعتبارها الدولة الحامية لإمارة الكويت عقد امتياز نفطي بشأن التنقيب واستغلال النفط والغاز الطبيعي في المنطقة المحايدة ذات السيادة المشتركة لكل من دولة الكويت والمملكة العربية السعودية والتي تم تقسيمها بين الدولتين عام 1965، وأصبحت شركة أمينويل تمارس أعمالها في الجزء الخاص بدولة الكويت في هذه المنطقة وقد نص هذا العقد على حق شركة أمينويل في البحث عن البترول واستغلاله في دولة الكويت لمدة ستون عاماً من تاريخ التوقيع على العقد، كما نص ذات العقد أيضاً على حظر قيام حاكم الكويت بأية تعديلات تشريعية أو إدارية أو غيرها أياً كان نوعها دون الرجوع إلى الشركة صاحبة الامتياز، كما نص في المادة (11) منه على حق حاكم الكويت إنهاء هذا العقد في ثلاثة حالات فقط هي:

1. فشل الشركة في تنفيذ التزامها وفقاً للمادة الثانية الخاصة بالجوانب الفنية للاستغلال والتنقيب.

2. فشل الشركة في دفع المستحقات المالية لحكومة الكويت.

3. إذا ثبت على الشركة إهمال أو التقصير.

كما نص العقد في مادته (18) على أنه يحق للطرفين اللجوء إلى التحكيم في حالة الخلاف أو النزاع بينهما بشأن تفسير وتنفيذ العقد أو الخلاف حول الموضوعات المتعلقة بالحقوق أو الإلتزامات لأي من الطرفين.

وعند تنفيذ العقد واجهت الشركة بعض الصعوبات التي أدت إلى تأخير الاستغلال التجاري حتى عام 1954، وبعد أن استقلت الكويت في عام 1961، تم تعديل العقد بين الشركة والحكومة الكويتية، وبعد صدور الدستور الكويتي عام 1962، نصت المادة (21) منه على أن الثروات والموارد الطبيعية كلها ملك للدولة، تقوم على حفظها وحسن استغلالها.

ونصت المادة (152) منه على كيفية استغلال هذه الثروات أو أي مرفق عام، ولا يكون ذلك إلا بقانون ولزمن محدود، وتم التفاوض مع الشركة صاحبة

الامتياز، حيث تم التوصل إلى اتفاق في عام 1973، على تعديل العقد الأصلي، وذلك قبل حرب أكتوبر والتي أدت إلى ارتفاع أسعار النفط، حيث حاولت حكومة الكويت إعادة التفاوض مع الشركة لكي تقوم الشركة ببيع نفطها، وذلك وفقاً لما أصدرته الحكومة الكويتية من قرار بزيادة سعر النفط تماشياً مع توصية مؤتمر الدول المصدرة للبترول في فيينا عام 1974، ولم يتم التوصل إلى اتفاق مع الشركة صاحبة الامتياز لتعديل شروط العقد، فأصدرت الحكومة الكويتية مرسوماً أميرياً رقم (124) في 19 سبتمبر 1977 بتأميم الشركة مع تشكيل لجنة لتحديد التعويض العادل وبيان التزامات الشركة تجاه الدولة والأطراف الأخرى.

وأخطرت الشركة وزارة النفط الكويتية برغبتها في اللجوء إلى التحكيم بين الطرفين في 20 سبتمبر 1977 وفقاً للمادة (18) من عقد الامتياز، وفي 21 يوليو 1979 تم إبرام اتفاق تحكيم بين الطرفين اختير فيه القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق بالنسبة للمسائل الإجرائية باعتباره قانون مكان التحكيم، إما القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية فقد ترك الطرفان لمحكمة التحكيم حرية اختياره بسبب الطابع الدولي للعقد.

وأصدرت محكمة التحكيم الدولية بباريس حكماً لصالح شركة أمينويل في 24 مارس 1982، استناداً إلى مبادئ الإنصاف واعتبار قرار التأميم قراراً مشروعاً بسبب التغيير في طبيعة العقد برضاء الطرفين، وأحقية الشركة الأمريكية بالتعويض بمبلغ قدره (179) مليون دينار كويتي، كتعويض للشركة عن الخسائر التي لحقتها من جراء قرار تأميم الشركة في عام 1977⁽¹⁾. واستبعدت هيئة التحكيم البند من الاتفاقية، والتي تم إبرامها عام 1973، والذي ينص على أن الأطراف في هذا العقد تستند في علاقتها على مبادئ حسن النية والود المتبادل، مع الأخذ في الاعتبار اختلاف جنسيات الأطراف، فإن تنفيذ وتفسير هذا العقد بينهم يجب أن يتم على أساس المبادئ المشتركة في القانون الكويتي وقانون ولاية نيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية، وفي

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، الإصدار العام للتحكيم، 2013، ص

حال غياب هذه المبادئ المشتركة، فإن تنفيذ وتفسير الاتفاق يتم وفقاً للمبادئ القانونية العامة المتعارف عليها بين الدول المتحضرة، وتشمل المبادئ التي تم تطبيقها من قبل المحاكم الدولية.

وقد استبعدت هيئة التحكيم القانون الوطني، استناداً إلى الصلاحيات الممنوحة لها من منحها حق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مما أدى إلى عدم تطبيق الدستور الكويتي، والذي يكفل في مادته (152) حق الدولة في تأمين ثروتها الطبيعية للمصلحة العامة.

بل وأخذت هيئة التحكيم بشرط التثبيت الذي يوفر ضمانات كبيرة للشركة دون نظر لمصلحة الكويت وحقها المشروع في ثروتها، حيث ذكر الحكم أن هناك تحولاً لصالح الدول المانحة للامتيازات النفطية في منطقة الخليج العربي، مما يؤدي إلى خضوع الشركات لضغوط شديدة، ولم يعتد الحكم بالتغيرات الجوهرية للأوضاع السياسية والاقتصادية الخاصة بسوق النفط.

وأبرزت هيئة التحكيم تخوفاً كبيراً من هذه التطورات التي حدثت في أعقاب حرب أكتوبر 1973، الأمر الذي حدا بهيئة التحكيم إلى تجاهل الحق الدولي المشروع وفقاً لقرارات الأمم المتحدة في لجوء الكويت إلى التأميم حماية لثروتها الطبيعية، وتم تبني تفسير ضيق لحماية مصالح الشركة صاحبة الامتياز، وغيرها من الشركات، حيث تم الحكم بتعويض باهظ على حكومة الكويت⁽¹⁾.

وفي ظل دستور 1962 أصبح التحكيم منظماً على نحو دقيق ففي عام 1995 صدر قانون التحكيم القضائي رقم 11 لسنة 1995 لاغياً المادة (177) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. وبذلك أصبح التحكيم الاختياري منظماً في دولة الكويت من خلال قانون المرافعات المدنية والتجارية، في حين ينظم القانون رقم 11 لسنة 1995 التحكيم القضائي.

فيوجد أولاً تحكيم وزارة العدل، والذي صدر بشأنه قانوناً سنة 1995، وقررت المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات في صدد هذا التحكيم بأنه يجوز لوزارة العدل أن تشكل هيئة تحكيم أو أكثر تتعقد في مقر المحكمة الكلية أو أي

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، الإطار العام للتحكيم، 2013 ص 12-13.

مكان آخر يعينه رئيس الهيئة ويكون رئاستها مستشار أو قاض تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضويتها لإثنين من التجار أو ذوي التخصصات الأخرى، يتم اختيارهما من الجدول المعد في هذا الشأن، وذلك وفق القواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل، وتعرض عليها بغير رسوم المنازعات التي يتفق ذوو الشأن كتابة على عرضها.

وقد صدر القانون المنظم للتحكيم القضائي لوزارة العدل بالقانون رقم 11 سنة 1995 وهو قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية حيث أسبغ على هذا التحكيم طبيعة مختلطة يضم قضاة تعينهم الدولة ومحكمون يعينهم الخصوم، ويكون الأساس القانوني لهذا التحكيم عقداً تحكيمياً أو قد يكون إجبارياً بين الوزارات أو الجهات الحكومية من جهة وشركات الدولة من جهة أخرى.

وقد إنتقد البعض التحكيم الإجباري لوزارة العدل في الكويت حيث اعتبره البعض بمثابة ردة تشريعية، إذ أن التطور التشريعي في معظم الدول يتجه نحو التحكيم الاختياري تماشياً مع متطلبات العولمة الثقافية القانونية التي تسود العالم ومقتضيات الإقتصاد الحر وكفالة أكبر قدر لحرية المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة Party autonomy، ففي مصر على سبيل المثال أُلغى المشرع المصري التحكيم الإجباري الذي كان منصوصاً عليه في قانون هيئات وشركات القطاع العام الصادر عام 1983 وذلك بقانون قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم 203 لسنة 1991، حيث كان هذا التحكيم مقرراً بصدد المنازعات التي كانت تنشب بين شركات القطاع العام ثم أعقب ذلك صدور قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 وهو ولا شك يعالج التحكيم الإختياري.

بعض صور التحكيم الإجباري بدولة الكويت :

إذا كان التحكيم الاختياري أو العادي نظمه قانون المرافعات المدنية والتجارية فقد ظهر التحكيم الإجباري من خلال قواعد التحكيم الخاصة ببعض اللجان والجمعيات المهنية كلجنة تحكيم غرفة تجارة وصناعة الكويت وهي تعنى

بتنظيم قضايا التحكيم التي تنص على شروط تحكيم الغرفة أو المراكز المحلية منها أو الدولية، ولجنة تحكيم نقابة جمعية المهندسين، ولجنة تحكيم سوق الكويت للأوراق المالية، حيث اختص سوق الكويت للأوراق المالية من خلال المادة (13) من المرسوم بقانون الصادر في أغسطس 1983 بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية، بتكوين لجنة للتحكيم في المنازعات بين المستثمرين.

وتواكباً مع توجه الدولة نحو تحويل دولة الكويت إلى مركز مالي عالمي، وتوازياً مع ما قامت به الأسواق النظرية في الدول الأخرى من مواكبة التوجه العالمي في تحقيق الشفافية وتكافؤ الفرص وتوفير المنافسة المشروعة من خلال حماية المتعاملين في الأسواق، إرتأى المشروع الكويتي ضرورة إنشاء نظاماً للتحكيم بديلاً عن تحكيم اللجنة فأصدر القانون رقم 7 لسنة 2010 بإنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية⁽¹⁾.

أما النمط الثاني من التحكيم في النظام القانوني الكويتي فيسمى بالتحكيم الاختياري، وهو التحكيم الذي ورد تنظيمه ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر عام 1980 في المواد من 173 إلى 188.

ويكون التحكيم الدولي هو النمط الثالث من أنماط التحكيم بدولة الكويت حيث قرر المشرع الكويتي أن كل تحكيم أجنبي هو بمثابة تحكيم دولي. وحري بالإشارة أن الكويت قد إنضمت إلى معاهدة نيويورك سنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية New York Convention⁽²⁾.

التحكيم في سلطنة عمان :

وأما في سلطنة عمان فإن التحكيم لم يخضع عند بدايته في السلطنة إلى نصوص قانونية، وكان ينظمه فقط نظاماً تقليدياً حتى عام 1984 صدر مرسوم سلطاني بسلطنة عمان ينظم حسم المنازعات وورد بهذا التنظيم فصلاً كاملاً عن التحكيم في المواد من 59 إلى 68، وكانت العلة التشريعية

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، 2013 ص 15.

2- راجع موقع مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي فيما يتعلق بإنضمام دول المجلس لإتفاقية نيويورك 1958

<http://www.gccac.org/ar/centre-s-rules/related-gulf-agreements>

الكامنة خلف صدور هذا المرسوم هو دعم الاستثمارات وإعطائها ضمانات كبيرة كان من بينها اللجوء إلى التحكيم، إلا أن هذا النظام كان يشترط أن يكون رئيس هيئة التحكيم أحد أعضاء هيئة حسم المنازعات، ويتشابه هذا النوع من التحكيم مع قانون التحكيم القضائي الكويتي 11 لسنة 1995.

واستمر الوضع على هذا الحال إلى أن صدر قانون ينظم التحكيم بموجب المرسوم السلطاني رقم 1997/47 في 28 يوليو 1997 ويتشابه كثيراً مع قانون التحكيم المصري الصادر في سنة 1994 وكلاهما مأخوذ عن القانون النموذجي للأونسيترال UNCITRAL Model Law⁽¹⁾.

التحكيم في دولة قطر (قانون التحكيم القطري الجديد الصادر بالقانون رقم 2 / 2017) :

صدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري بالقانون رقم 2 لسنة 2017، وذلك بتاريخ 2017/2/16 حيث ورد بالمادة السادسة من مواد الإصدار أن ينشر هذا القانون بالجريدة الرسمية وذلك تمهيداً لنفذ أحكامه بحسب المعمول به في علم التشريع ووفقاً للمتواتر في الدساتير العربية من أن يكون نفاذ أحكام التشريعات بعد نشرها بالجريدة الرسمية.

ونصت المادة الثالثة من مواد الإصدار بقانون التحكيم القطري الجديد على أن تسري أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المرفق على كل تحكيم قائم في تاريخ نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه، كما نصت المادة الرابعة من مواد الإصدار لقانون التحكيم القطري الجديد على أن تلغى المواد من 190 إلى 210 من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام القانون المرافق بما مفاده أن أي نص تشريعي ورد بقانون المرافعات القطري أو أي نص تشريعي ورد بأي قانون آخر يتعارض مع نصوص قانون التحكيم القطري الجديد فإن نصوص قانون التحكيم القطري الجديد تكون هي الواجبة التطبيق ويلغى أي نص تشريعي آخر يتعارض معها.

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، ص 24.

إلا أنه يتعين علينا وعلى سبيل التطور التاريخي للتحكيم في قطر أن نشير إلى الوضع الذي كان معمولاً به في ظل النصوص المنظمة للتحكيم في قطر من قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد 190 إلى 210، حيث جاء هذا القانون متأثراً ببعض التشريعات الأخرى في البلدان العربية.

فلقد عرفت دولة قطر التحكيم التجاري منذ أمد بعيد، حيث كانت تحال المنازعات التجارية إلى لجنة تحكيم تتكون من مجموعة من التجار لإصدار قرارات بشأنها، ولكن هذا التحكيم لم يكن يخضع لقانون محدد. وفي عام 1963 صدر قانون غرفة تجارة وصناعة قطر، والمعدل بالقانون رقم 11 لسنة 1990، والذي أنشأ هيئة لحسم المنازعات التجارية.

وفي عام 1972 نهجت دولة قطر كسائر دول مجلس التعاون طريق التحكيم الاختياري من خلال نصوص وردت في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر سنة 1972 في المواد 190 إلى 210 منه والذي تضمن فصلاً عن التحكيم، وظل مشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية معمولاً به ومنظماً لأحكام التحكيم، وأن لم يصدر بقانون إلى أن صدر سنة 1990، قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ولعل التطور التاريخي للتحكيم بدولة قطر يجدر معه الإشارة إلى أن دولة قطر كانت طرفاً في بعض منازعات التحكيم الكبرى في العالم وأهمها القضية التحكيمية الشهيرة المعروفة بإسم قطر - ونترشال، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة ونترشال ومجموعة شركات أخرى معها أبرمت مع الحكومة القطرية عام 1981 عقد تنقيب وإنتاج مشترك (EPSA) عوضاً عن عقد امتياز سابق، وقد نص عقد التنقيب والإنتاج المشترك على منح مجموعة ونترشال حق التنقيب والحفر وإنتاج البترول في منطقة محددة من المياه الإقليمية لمدة ثلاثين عاماً، على أن تتخلى الشركة عن 50 % من هذه المنطقة بعد خمس سنوات وعن 20 % منها بعد ثماني سنوات، ونص العقد على أنه إذا لم تعثر الشركة في منطقة العقد خلال ثماني سنوات على البترول الخام بكميات تجارية أو على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول وقابل للاستغلال على نحو اقتصادي، فإنه يجوز للحكومة القطرية إلغاء العقد⁽¹⁾.

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، الإطار العام للتحكيم، ص 24.

أما إذا كان هناك إكتشاف للغاز الطبيعي المصاحب للبترول، فإنه يجوز للشركة استغلاله، إما وحدها إن شاءت ذلك، وإما بالاشتراك مع الحكومة القطرية طبقاً لعقد جديد يتفق عليه، ويرجع السبب في هذا الحكم التعاقدى إلى أن استغلال الغاز الطبيعي بتسييله Liquefied Natural Gas LNG وتصديره يتطلب استثمارات مالية ضخمة لإنشاء مصنع لتسييل الغاز، كما يتطلب الارتباط بعقود تصديرية طويلة الأمد للغاز الطبيعي المسال، وإذا لم تتوفر هذه الاستثمارات وتلك العقود التصديرية، فإنه لا يمكن استغلال الغاز غير المصاحب للبترول. لذلك أعطى العقد للشركة الخيار بين القيام وحدها بتوفير تلك الاستثمارات والعقود التصديرية أو الاشتراك في ذلك مع الحكومة القطرية طبقاً لاتفاقيات جديدة يتم التفاوض عليها بين الطرفين.

ولم تعثر مجموعة ووترشال بمنطقة العقد على بترول خام بكميات تجارية، وإنما عثرت على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول بكميات كبيرة صالحة للاستغلال التجاري، وإن كانت قد منعت من الحفر طبقاً لنص العقد يجيز ذلك في الجزء من المنطقة المتنازع عليها بين قطر والبحرين، حيث ادعت الشركة العثور على البترول الخام بها بكميات كبيرة.

وبدأت المفاوضات بين الشركة والحكومة لاستغلال هذا الغاز المكتشف في منطقة العقد وحدها، أو مع الغاز الطبيعي المكتشف في المنطقة المجاورة التي تستغلها الهيئة العامة القطرية للبترول (QGPC) ودار البحث بين الطرفين حول ثلاثة مشاريع مختلفة لاستغلال الغاز، لكن المفاوضات لم تتج.

ولجأت مجموعة ووترشال إلى التحكيم مطالبة بتعويض قدره (250) مليون دولار، على أساس أن الحكومة هي المسئولة عن فشل المفاوضات بين الطرفين في استغلال الغاز الطبيعي، فضلاً عن مسئوليتها عن منع مجموعة الشركات من التنقيب في منطقة النزاع المجاورة للبحرين رغم ارتفاع احتمالات العثور على البترول بتلك المنطقة، هذا بجانب إثراء الحكومة القطرية بلا سبب نتيجة للمعلومات التقنية التي اكتسبتها من مجموعة الشركات أثناء الحفر الذي لم يتم الاستفادة منه. هذا ولم يتضمن العقد بياناً للقانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات ولا تحديداً لمكان التحكيم، فقررت هيئة التحكيم

أن يجري التحكيم في لاهاي بهولندا وأن تكون القواعد الإجرائية هي قواعد الأونسيترال للتحكيم وعلى أن يطبق على موضوع النزاع القانون القطري.

وقد رفضت هيئة التحكيم إدعاءات ونترشال وذلك فيما يخص منعها من التقيب في منطقة النزاع القريبة من البحرين، إذ نص عقد الإنتاج المشترك صراحة على حق الحكومة القطرية في منع الحفر والتقيب في هذه المنطقة تقادياً للنزاع مع البحرين.

كما رفضت دعوى مجموعة الشركات فيما يخص مسؤولية الحكومة في فشل المفاوضات بين الطرفين، وأخيراً، رفضت هيئة التحكيم الإدعاء الخاص بالتعويض عن المعلومات الفنية القيمة الناتجة عن قيام مجموعة الشركات بالحفر، لأن هذه المجموعة تلتزم طبقاً للعقد بأن تقدم إلى الحكومة المعلومات التي تحصل عليها عن الموارد الطبيعية، وبالتالي فإن حصول الحكومة على هذه المعلومات كانت بسبب قانوني، ولم تحقق إثراءً بلا سبب⁽¹⁾.

ولقد صدر مؤخراً قانون التحكيم القطري الجديد في 16 من فبراير 2017 والذي جاءت مواد الإصدار به في قانون الإصدار الذي حوى ستة مواد ثم وقعت مواد القانون نفسه في 38 مادة موزعة على ثمانية فصول حيث جاء الفصل الأول بعنوان تعاريف وأحكام عامة، وجاء الفصل الثاني بعنوان إتفاق التحكيم، ثم الفصل الثالث بعنوان هيئة التحكيم، وجاء الفصل الرابع بعنوان إجراءات التحكيم، ثم الفصل الخامس بعنوان حكم التحكيم وإنهاء الإجراءات، وتناول الفصل السادس الطعن في حكم التحكيم، والفصل السابع الذي نظم الإعراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، وأخيراً الفصل الثامن الذي عنى بمراكز التحكيم واعتماد المحكمين.

وحرري بالإشارة أن قانون التحكيم القطري شأنه شأن قانون التحكيم البحريني 2015، والسعودي 2012، والعماني 1997، تأثر بقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي UNCITRAL Model Law. ولعل ذلك ليس إلا اثراً وإفرازاً حتمياً حالاً وواقعاً لظاهرة العولمة الثقافية القانونية، وتأثر

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، الإطار العام للتحكيم، ص 24.

الثقافة القانونية العربية اللاتينية بالمد الثقايف القانوني الوافد من دول النظام الأنجلو أمريكي إلى دولنا العربية بل وإلى فرنسا نفسها مهد الثقافة القانونية اللاتينية⁽¹⁾. ولا يخفى مدى الأثر الإيجابي الكبير والفعال لهذه المنظومة التشريعية الواعدة بالعالم العربي للتحكيم والمواكبة للمتغيرات والمستحدثات الدولية في جذب الإستثمارات الأجنبية المباشرة FDI لدول مجلس التعاون الخليجي حيث تساهم هذه التشريعات في خلق بيئة مواتية وجاذبة للإستثمارات العربية والأجنبية بكافة مناحي وصور النشاط الإقتصادي.

ونتناول قانون التحكيم القطري الجديد 2017، بحسبانه الأحدث في العالم، بشيء من التفصيل لاحقاً وذلك بحسب المنهجية والتقسيم الضابطين والمتبعين بهذا المؤلف.

التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة:

وفي الإمارات العربية المتحدة فإن التنظيم التشريعي للتحكيم جاء مختلفاً، فقد تم عقب قيام دولة الإمارات العربية المتحدة عام 1971 إعلان الدستور المؤقت لإتحاد الإمارات، وأعقب ذلك تشريع قوانين إتحادية بالإضافة إلى قوانين خاصة بكل إمارة، وصدر القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية، كما صدرت تشريعات أخرى كثيرة، وفيما يتعلق بالتحكيم فقد وردت النصوص القانونية المنظمة له ضمن قانون المرافعات المواد من 203 إلى 218 وذلك على نطاق التشريع الإتحادي.

ولعل تطور عملية التحكيم قد مر بعدة مراحل في دولة الإمارات العربية المتحدة:

حيث مر التطور التشريعي للتحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة بمرحلتين المرحلة الأولى من خلال تشريع إتحادي، والمرحلة الثانية من خلال قانون المرافعات المدنية والتجارية.

1- في تأصيل أثر العولمة الثقافية القانونية على التحكيم والأنظمة التشريعية بالدول العربية والدول النامية: أنظر الطبعة

الجديدة لمؤلفنا الصادر بالملكة المتحدة عام 2016، والطبعات القديمة 2011، بعنوان: Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries, An Analytical Perspective, Routledge, 2016، with a foreword by HH Humphrey Lloyd, QC.

فبالنسبة للتشريع الإتحادي فقد أشار المشرع الإتحادي للتحكيم أكثر من مرة بدون الدخول في تفاصيله تاركاً لتشريعات كل إمارة من الإمارات أن تكمل ذلك، ففي قانون تنظيم العلاقات القضائية بين الإمارات في الإتحاد اعتبر قانون تنظيم العلاقات القضائية بين الإمارات، أحكام المحكمين الصادرة في إحدى الإمارات الأعضاء قابلة للتنفيذ في سائر الإمارات الأعضاء في الإتحاد، ولم يجز للمحكمة أن تتصدى لأساس النزاع عندما يطلب منها إعطاء حكم المحكمين صيغة التنفيذ.

وحدد المشرع الإتحادي كذلك من خلال قانون إتحاد غرف التجارة والصناعة، وظائف إتحاد غرف التجارة ومن بينها مهمة فض المنازعات التجارية والصناعية بطريق التحكيم، إذا اتفق أطراف النزاع على إحالتها إليه، وكان النزاع بين أشخاص ينتمون لأكثر من غرفة، أو بين هؤلاء الأشخاص وبين أجنبي أو جهة أجنبية⁽¹⁾.

وعلى صعيد الإمارات فإن التحكيم مقنن في ثلاثة إمارات:

1. في إمارة أبوظبي، في قانون إجراءات المحاكم المدنية.

2. في إمارة دبي، في المادة (32) من قانون العقود.

3. وفي إمارة الشارقة.

التحكيم من خلال قانون المرافعات المدنية والتجارية بدولة الإمارات العربية المتحدة:

في 1992 نظم المشرع الإتحادي التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، ضمن قانون المرافعات المدنية الجديد - كشأن التحكيم العادي الكويتي - وجاء التحكيم في الباب الثالث من القانون المذكور في المواد من (203) إلى (218)، وبذلك أصبح التحكيم الاختياري منظماً من خلال قانون إتحادي⁽²⁾.

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، ص 24 .

2- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، ص 24 .

قانون تحكيم مركز دبي المالي العالمي 2008 :

أنشئ المركز في مايو 2004 وهو عبارة عن سوق مالية حرة اجتذبت أهم المؤسسات المالية وواحد من أكثر المراكز المالية نمواً على مستوى العالم، وفي عام 2008 صدر بإمارة دبي قانون تحكيم مركز دبي المالي العالمي بالتعاون مع محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، ليشكل الإطار القانوني للتحكيم، وهو يرتكن إلى قانون الأونسيترال UNCITRAL النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وفقاً لتعديلات 2006. وتتميز قواعد القانون بإمكانية تطبيقها عالمياً وبأنها تتسجم مع النظامين القانونيين المدني والعام مما يوفر لمجتمع الأعمال في مختلف أنحاء العالم، وكذلك للمحامين والمحكمين الدوليين، مجموعة شاملة وحديثة من القواعد والإجراءات التي تساعد على تحقيق تسوية فاعلة لحالات التحكيم⁽¹⁾.

التحكيم في القانون السعودي (نظام التحكيم السعودي 2012) :

تمهيد :

يعد تطور التحكيم في المملكة العربية السعودية مختلفاً إلى حد ما عن الأنظمة القانونية الأخرى لدول مجلس التعاون الخليجي حيث تعد الشريعة الإسلامية هي دستور الدولة في المملكة العربية السعودية، ومن ثم تخضع كافة النظم القانونية السائدة فيها لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد جاء نظام التحكيم السعودي 2012 متطوراً مواكباً لنظم التحكيم في كافة دول العالم حيث أقر نظام التحكيم الجديد بأحقية أطراف التحكيم في اللجوء إلى مراكز التحكيم الدولية، وفي الإحتكام إلى قواعد قانونية غير المنصوص عليها في النظام القانوني السعودي، وذلك تحقيقاً لرغبات المستثمرين الأجانب أو السعوديين في الإحتكام إلى أي نظام قانوني يختارونه بأنفسهم لضمان سرعة الفصل في القضايا وقلة التكلفة، وبالإضافة إلى إنشاء مركز تحكيم سعودي.

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، ص 24 .

ولعله من المناسب في هذا المقام سرد بعض من معالم التطور التاريخي بالمملكة العربية السعودية حيث بدأ نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية عام 1365هـ (1946م)، مع قيام أول غرفة تجارية بجددة، والتي مارست التحكيم والتوفيق بين أعضائها الراغبين في ذلك، وقد تزايدت هذه الغرف بعد ذلك في المملكة حتى وصلت إلى اثنتي عشرة غرفة تجارية وصناعية تتفق قواعد التحكيم فيها مع المذهب الحنبلي.

وفي 23/8/1958 صدر حكم التحكيم الشهير بين شركة البترول العربية الأمريكية (ARAMCO) وبين الحكومة السعودية فيما يتعلق بعقد استغلال حقل بترول على الأراضي السعودية، وكان النزاع يتعلق بعقد استغلال حقل بترول على الأراضي السعودية حصلت عليه شركة أرامكو ولما قامت الحكومة السعودية بالتعاقد مع شخص آخر يدعى أوناسيس لنقل البترول المصدر من السعودية، اعترضت على ذلك شركة أرامكو واعتبرت أن من شأن ذلك المساس بحقوقها المترتبة على عقدها مع السعودية، وبعرض النزاع على هيئة التحكيم رأت الأخيرة أن العقد المبرم بين الشركة والمملكة العربية السعودية ليس عقداً إدارياً، لأن القانون السعودي حسب رأيها لا يعرف هذه الطائفة من العقود، وأن الفقه الحنبلي لا يتضمن أية قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن، ومن باب أولى تلك المتعلقة بالنفط، بل هو عقداً غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة للعقود، وفي حالة وجود أي شكوك حول مضمون أو معاني نصوص هذا العقد، يتم اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات المتبعة في صناعة النفط من أجل تفسيره أو تكمله الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين، الأمر الذي حدا بالمنظم السعودي إلى إصدار المرسوم رقم 58 لسنة 1963 ومنع من خلاله تضمين الاتفاقيات المعقودة بين مؤسسات عامة محلية وطرف أجنبي بنوداً تتعلق بالتحكيم، وقرر إخضاع الامتيازات والعقود الأجنبية للنظام السعودي.

وفي عام 1983 صدر نظام جديد للتحكيم يتضمن المبادئ العامة للتشريعات التحكيمية العصرية، ملتزماً بالفكر القانوني الإسلامي، حيث أجازت مادته الأولى الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم وفي أي نزاع يقوم نتيجة

لتنفيذ عقد معين، كما ألغى هذا النظام النصوص المتعلقة بالتحكيم الواردة في نظام المحكمة التجارية. وحرى بالإشارة أن نظام المحكمة التجارية في المملكة قد جاء في المواد (493 إلى 497) منه ببعض نصوص التحكيم مستوحاة- في ذلك الوقت- من قانون التجارة العثماني.

وفي عام 1433 هجرية (2012 ميلادية) صدر نظام التحكيم السعودي ليحل محل نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم 46 لسنة 1403 هجرية، ليسري نظام التحكيم الجديد على كل تحكيم، أيا كانت طبيعة العلاقة النظامية التي يدور حولها النزاع، ويفهم من ذلك أنه يسري على كافة أنواع العلائق القانونية وكذلك كافة أنواع العقود من مدنية وإدارية، وذلك إذا جرى هذا التحكيم في المملكة، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج، واتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا النظام، مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها، مع عدم سريان أحكام نظام التحكيم الجديد على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح. وحرى بالإشارة أن نظام التحكيم المذكور جاء متأثراً تأثراً كبيراً بالقانون النموذجي للأونسيترال . UNCITRAL Model Law

ونص القانون في مادته الخامسة على أنه إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أي وثيقة (عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو غيرهما)، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

وجدير بالذكر أن نظام التحكيم الجديد جاء مواكباً للتطورات التكنولوجية في العقود، والاعتراف بوسائل الاتصال الحديثة في الإثبات مثل التوقيع الإلكتروني، والبريد الإلكتروني، وغيرهما.

التحكيم في القانون البحريني رقم 9 لسنة 2015 :

تطور التحكيم في النظام القانوني لمملكة البحرين :

صدر مرسوم بقانون رقم (9) لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي يتضمن العمل بأحكام القانون النموذجي للتحكيم الصادر من لجنة الأمم المتحدة UNCITRAL الأمر الذي يصبح معه هذا القانون النموذجي هو قانون التحكيم التجاري الدولي في البحرين، ما لم يتفق طرفاه على إخضاعه لقانون آخر.

وعملاً بأحكام هذا المرسوم بقانون، لا تسري أحكام الباب السابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بشأن التحكيم، على أي تحكيم تجاري دولي يخضع لأحكام القانون رقم (9) لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي، كما لا تسري على التحكيم التجاري الدولي في مملكة البحرين أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الأخرى إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع نصوص القانون رقم (9) لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي، وتختص محكمة الاستئناف العليا المدنية في مملكة البحرين بأداء الوظائف التي أشارت إليها المادة (6) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985.

وفي عام 2009 صدر قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الإقتصادية والمالية والاستثمارية حيث يهدف هذا القانون إلى جلب صناعة التحكيم القضائي على غرار التحكيم القضائي الكويتي، كما يهدف لإنشاء غرفة مستقلة لتسوية المنازعات الإقتصادية والمالية والاستثمارية يشرف عليها وزير العدل والشئون الإسلامية وتتكون من مجلس أمناء وجهازين إداري وتنفيذي، وتفصل الغرفة في المنازعات التي ينعقد الاختصاص بنظرها في الأصل لمحاكم البحرين أو لأية هيئة ذات اختصاص قضائي متى زاد النصاب القيمي للمطالبة عن خمسمائة ألف دينار بحريني.

وفي عام 2015 أصدر المشرع البحريني القانون رقم 9 لسنة 2015 وهو قانون التحكيم البحريني والذي تضمن النص الكامل لقانون الأونسيترال

النموذجي للتحكيم التجاري الدولي UNCITRAL Model Law، مع عدد قليل من مواد الإصدار التي تكفل تسهيل عملية التحكيم التجاري الدولي بمملكة البحرين وجذب الإستثمارات الأجنبية المباشرة في مختلف مجالات النشاط الإقتصادي، كما تكفل اندماج مملكة البحرين بنظامها القانوني في الثقافات القانونية الأخرى حيث أن عملية التحكيم الدولي تفرض على الدوام أنها ظاهرة عابرة للدول والثقافات القانونية المحلية.

وسوف تتناول الدراسة التحكيم الاختياري وفقاً لقانون المرافعات الكويتي وكذلك التحكيم الإختياري في دولة الإمارات العربية المتحدة وفي سلطنة عمان وفي دولة قطر وفي المملكة العربية السعودية، ومملكة البحرين.

المبحث الأول

تعريف التحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي

تعريف التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي:

لايختلف تعريف التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي عن التعريف العام للتحكيم الذي عدده الشراح في مختلف المراجع الفقهية أو رددته تشريعات الدول المختلفة وهي أنه اتفاق الأطراف على الإلتجاء إلى التحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو التي يمكن أن تنشأ، بمناسبة علاقة قانونية ما عقدية كانت أم غير عقدية⁽¹⁾.

اتفاق التحكيم في النظام القانوني الكويتي:

أجاز القانون الكويتي الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، وتماشياً مع التشريعات الحديثة المعمول بها في معظم دول العالم تأخذ الكويت باستقلالية شرط التحكيم وهو ما يعرف في الفقه الأنجلو أمريكي باسم Arbitration Clause OR Seperability of Arbitration Clause . وقررت محكمة التمييز الكويتية أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون ولكن من إتفاق الخصوم على التحكيم، ومن ثم يكون التحكيم مقصوراً على ما تنصرف إليه إرادة المحكمتين وترغب في عرضه على هيئة التحكيم⁽²⁾. ويجب تحديد موضوع النزاع في الإتفاق على التحكيم أو أثناء المرافعة وإلا كان التحكيم باطلاً⁽³⁾. وقررت هيئات التحكيم القضائي أن إتفاق

1- أحمد السيد صاوي ، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وانظمة التحكيم الدولية ، القاهرة ، 2002 ، ص 30 ، اسامة أحمد شوقي المليجي ، هيئة التحكيم الإختياري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 17 ، حفيظة السيد الحداد ، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 1998 ، ص 76 . أحمد مليجي ، قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، الكويت ، مؤسسة دار الكتب ، 1996 ، ص 89 ، الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .

2- محكمة التمييز الكويتية ، الطعن رقم 511 لسنة 2004 مدني ، جلسة 13 / 6 / 2006 .

3- محكمة التمييز الكويتية ، الطعن رقم 531 لسنة 2002 مدني ، جلسة 8 / 2 / 2003 .

التحكيم هو الذي يحدد سلوك الطريق الإختياري أم الإجباري وتقضي به الهيئة من تلقاء نفسها لتعلق قواعد الإختصاص في هذا الشأن بالنظام العام⁽¹⁾.

أما عن المنازعات القابلة للتحكيم وفقاً للقانون الكويتي Arbitrability، فقد نصت المادة (173) من قانون المرافعات الكويتي على أنه من المقرر قانوناً أنه إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب وقع العقد باطلاً.

وعلى ذلك فإن مخالفة نصوص القانون أو عدم قابلية موضوع النزاع للصلح تطرح قابلية بعض الموضوعات للتحكيم في النظام القانوني للكويت مثل الإفلاس فهو من الموضوعات التي لا يجوز فيها التحكيم وفقاً للقانون الكويتي ولكن يجوز التحكيم فقط في المسائل المالية المترتبة عليه.

وهناك مثال آخر وهو نص المادة (285) من قانون التجارة الكويتي في صدد التمثيل التجاري على أن تختص بنظر منازعات عقد التمثيل التجاري المحكمة التي تقع في دائرتها محل تنفيذ العقد، الأمر الذي يعني عدم قابلية المنازعات التي تدخل في إطار عقد التمثيل التجاري للتحكيم.

أما عن آثار شرط التحكيم بالعقد، فوجود عقد به شرط تحكيمي يغل يد المحاكم عن نظر النزاع فوقاً لنص المادة (173) من قانون المرافعات في فقرتها الخامسة، والتي تقرر تكون المحكمة غير مختصة بنظر النزاع لوجود شرط تحكيمي ولكن بشرط أن يدفع بهذا الدفع أمامها في أول جلسة وقبل الدخول في الموضوع وإلا اعتبرت المحكمة أن الأطراف تنازلوا عن هذا الدفع ضمناً بحسبان أن المستقر هو إبداء الدفوع الشكلية قبل الخوض في الدفوع الموضوعية. وتتشابه هذه المادة مع نص المادة (13) من قانون التحكيم العماني الصادر سنة 1997، ونص المادة (11) من نظام التحكيم السعودي لسنة 1433هـ، ونص المادة (8) من قانون التحكيم القطري الصادر سنة 2017.

1- هيئة التحكيم القضائي، طلب التحكيم رقم 8 لسنة 1999، جلسة 15 / 5 / 2000.

اتفاق التحكيم في النظام القانوني الإماراتي:

أجاز القانون الإماراتي الإتفاق على التحكيم من خلال شرط التحكيم، إذ نص في المادة 203 منه على أنه يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو في اتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ من نزاع على محكم أو أكثر. ويقتصر هذا النص على التحكيم بالقانون، أما التحكيم بالصلح فقد نصت عليه المادة (205) التي اشترطت أن يدرج أسماء المحكمين بالصلح في اتفاق التحكيم أو لاحقاً له، ويكون إثبات شرط التحكيم بالكتابة ولا يعتد بأي وسيلة أخرى لإثباته. وقررت المحكمة الإتحادية العليا أن إتفاق التحكيم ينزع إختصاص القضاء العادي بنظر المنازعة⁽¹⁾.

أما عن نوعية المنازعات التي يجوز حسمها بطريق التحكيم Arbitrability فقد أخذ التشريع الإماراتي بالقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، مما يخرج عن نطاق التحكيم قانون العقوبات والأحوال الشخصية كقاعدة عامة، هذا بالإضافة إلى وجود بعض القوانين الأخرى التي تخرج بعض المسائل عن نطاق التحكيم كقانون تنظيم الوكالات التجارية الصادر بالقانون الإتحادي رقم 18 لسنة 1981 الذي أحال الاختصاص في الوكالات التجارية إلى لجنة قضائية يشكلها وزير التجارة والاقتصاد، وقد أيدت المحكمة الإتحادية العليا ذلك في حكم صادر عن دائرة النقض المدنية بها في دعوى بين الشركة العالمية لخدمات حقول النفط توتال-TOTAL وشركة للتوزيع، وأيدت هذا الاتجاه أيضاً محكمة تمييز دبي في حكم خاص بعقد وكالة بيع سيارات⁽²⁾. وحرى بالإشارة أن إذا ائتمل إتفاق التحكيم على بعض المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح، ومن ثم لا تقبل التحكيم، فإنه يكون - كما هو الشأن في سائر العقود - صحيحاً بالنسبة إلى ما يجوز فيه التحكيم، ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده، ما لم يقم من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا يمكن فصله عن جملة التعاقد⁽³⁾.

1- المحكمة الإتحادية العليا ، أبو ظبي ، الطعن رقم 676 لسنة 2009 تجاري ، جلسة 18 / 10 / 2009 .

2- أنظر: السيد المرابي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة ، 2010 ، دار النهضة العربية ،

3- محكمة تمييز دبي ، الطعن رقم 100 لسنة 1998 ، جلسة 15 / 11 / 1998 .

أما عن التحكيم في العقود الإدارية بدولة الإمارات العربية المتحدة فلم يتطرق القانون الاتحادي إليه، إلا أن المطبق على الصعيد العملي هو لجوء الدولة وكذا هيئاتها إلى التحكيم لاسيما في المسائل الدولية.

أما عن آثار الاتفاق على التحكيم، فوفقاً لنص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية والتجارية بالإمارات، الذي يقرر أنه إذا لجأ أحد الأطراف إلى المحكمة بالرغم من وجود شرط التحكيم، وحضر الخصم ولم يدفع في الجلسة الأولى بوجود شرط التحكيم اعتبر هذا الشرط لاغياً. وهذا الدفع متعلق بمصلحة الخصوم وليس من النظام العام فلا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، ولكن يشترط أن يثيره أحد الخصوم في الجلسة الأولى حتى تحكم المحكم بعدم الاختصاص وتحيل الخصوم إلى التحكيم وفقاً لشرط التحكيم ولا فرق بين ما إذا كان شرط التحكيم سابقاً أو لاحقاً لنشوء النزاع. وهذا الاتجاه مستقر بالقانون الكويتي وكذلك في قانون التحكيم العماني ونظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم القطري. وقررت محكمة تمييز دبي أن اتفاق التحكيم لا يفترض ولا يجوز إستخلاصه من سكوت أحد الأطراف⁽¹⁾.

أما بالنسبة لاستقلالية شرط التحكيم فلم يتعرض القانون لاستقلالية هذا الشرط Severability of Arbitration Clause OR Separability of Arbitration Clause، الأمر الذي قد يعرض شرط التحكيم لخطر الغائه إذ ما أثير بطلان العقد الذي يتضمن هذا الشرط، ولكن يرى البعض أن اعتراف المشرع الإماراتي بالتحكيم النظامي والذي يؤكد على استقلالية شرط التحكيم، يرجح القول بأن الشرط التحكيمي يعد مستقلاً عن عقد التحكيم⁽²⁾.

اتفاق التحكيم في النظام القانوني لسلطنة عمان :

قرر القانون العماني ضرورة شرط التحكيم سواء أكان لاحقاً لنشوء النزاع، أو كان قد نص على التحكيم قبل نشوب النزاع وإعتبره صحيحاً منتجاً لجميع

1- محكمة تمييز دبي ، الطعن رقم 14 لسنة 2008 تجاري ، جلسة 11 من مارس 2008 .

2- أنظر: السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثيره بسيادة الدولة ، 2010 ، دار النهضة العربية .

آثاره. أما عن إثبات شرط التحكيم فقد نص قانون التحكيم العماني في المادة (23) منه على أن الكتابة تعد شرطاً من شروط صحة شرط التحكيم، فنص صراحة على أن يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.

وقرر القانون العماني عدم قبول الدعوى لدى القضاء إذا ما وجد اتفاق تحكيم⁽¹⁾، كما قرر القضاء العماني أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون واضحاً فيه موضوع النزاع ومحددًا تحديداً قاطعاً، بحيث أن أي مسألة لم يثيرها اتفاق التحكيم تعتبر خارجة عن موضوع النزاع ولا تخضع لصلاحيّة محكمة التحكيم⁽²⁾. ولا يتوسع القاضي في سلطنة عمان في تكييف طلبات الخصوم المثارة أمام التحكيم وإنما يلتزم بمشارطة التحكيم التي تعبر عن إرادة الخصوم في تحديد المسائل المثارة لدى محكمة التحكيم⁽³⁾.

أما عن المسائل التي يجوز التحكيم فيها Arbitrability فقد توسع المشرع العماني في الموضوعات التي تقبل التحكيم، فأى منازعة قانونية يمكن أن تكون محلاً للتحكيم أياً ما كانت الطبيعة القانونية التي يدور حولها النزاع سواء أكانت علاقة عقديّة من أي نوع أو حتى تقوم على المسؤولية التقصيرية. ويمكن القول بصفة عامة أن الثابت في النظام القانوني العماني أنه ما لا يجوز فيه التحكيم لا يجوز فيه الصلح.

وقد نصت المادة السادسة أيضاً على أنه إذا اتفق أطراف التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة وبما تشتمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

أما عن استقلالية شرط التحكيم Severability of Arbitration Clause OR Seperability of Arbitration Clause فقد أخذ القانون العماني باستقلالية شرط التحكيم ونص في المادة (22) منه على استقلالية شرط التحكيم وأن اتفاق التحكيم يشكل عقداً مستقلاً وأعطى القانون للمحكمين سلطة النظر في اختصاصاتهم إذا طعن على شرط التحكيم بالبطلان، وعليه

1- محكمة الإستئناف بسلطنة عمان ، استئناف رقم 11 لسنة 2009 ، جلسة 21 / 12 / 2009 .

2- سلطنة عمان ، محكمة الإستئناف ، استئناف رقم 15 لسنة 2009 ، جلسة 25 / 4 / 2009 .

3- سلطنة عمان ، محكمة الإستئناف ، استئناف رقم 627 لسنة 1993 ، جلسة 11 / 1 / 1994 .

يكون القانون العماني قد اعتبر شرط التحكيم عقداً مستقلاً داخل العقد بل ويعد هذه المثابة مستقلاً عنه وبالتالي لا يؤدي بطلان العقد أو جزء منه إلى بطلان شرط التحكيم بأية حال.

قرر قانون التحكيم العماني اختصاص هيئة المحكمين بالنظر في اختصاصهم Competence á Competence بما في ذلك الدفع المبني على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع وهو من المبادئ المتعارف عليها والمستقرة بتشريعات التحكيم بالدول المختلفة كقانون التحكيم الإنجليزي الصادر عام 1996، وقانون التحكيم المصري عام 1994.

وقد قرر قانون التحكيم العماني في المادة (13) منه ما استقر عليه قانون التحكيم المصري من أنه على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم، واعتبار هذا الدفع دفعاً شكلياً يجب إثارته قبل نظر الموضوع. وهو ذات النظر المستقر بالنظام القانوني الكويتي والإماراتي والقطري والسعودي.

اتفاق التحكيم في النظام القانوني القطري:

الوضع قبل صدور قانون التحكيم القطري 2017 :

قبل صدور قانون التحكيم القطري بالقانون رقم 2 لسنة 2017، كانت المادة (190) من قانون المرافعات القطري الاتفاق على التحكيم في المنازعات بوثيقة تحكيم خاصة، كما أجازت التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين. وقرر القضاء في قطر أن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطات المحكمين⁽¹⁾.

كما نصت المادة (192) من القانون نفسه على أنه يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وعند عدم تعيين الخصوم للمحكمين في شرط التحكيم لا يكون الشرط باطلاً وإنما يكون لأحد الخصوم الحق في اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتسمية المحكم المطلوب. ويكون لأحد الخصوم أن يسلك هذا

1- المحكمة المدنية الكبرى، الدوحة، الدعوى رقم 1004 لسنة 2003.

السبيل أيضاً في حالة نشوب النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو يكونوا قد اتفقوا عليهم وقام مانع من مباشرته له ولم يكن هناك اتفاق ينظم هذه المسألة بين الخصوم.

وقد اشترط القانون القطري تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة، وإلا كان التحكيم باطلاً، ولئن كان تحديد الموضوع في اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع يعد أمراً يثير بعض الصعوبة في التطبيق العملي لذلك كان اللجوء إلى تحديد موضوع التحكيم أثناء جلسات المرافعة كثيراً في التطبيق العملي⁽¹⁾.

اتفاق التحكيم في قانون التحكيم القطري الصادر بالقانون رقم 2 لسنة 2017 :

نصت المادة الثانية/ 2 من قانون التحكيم القطري على أن " يكون الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه. ولا يجوز بأي حال من الأحوال لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لحل ما ينشأ بينهم من منازعات".

ويشير هذا النص بعض الملاحظات على النحو التالي :

لعل العلة التشريعية الكامنة خلف هذا النص والتي يتغياها المشرع القطري بهذه المثابة هي حماية المصلحة العامة والحفاظ على مقتضيات صون المال العام بحسبان أن العقود الإدارية هي تلك العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة، وتتغيا بها الدولة تسيير أو تنظيم مرفق عام ولذلك تعين الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه قبل ولوج سبيل التحكيم.

ولقد جعل المشرع القطري ضابط موافقة رئيس مجلس الوزراء المختص وجوبياً فيما يتعلق بالعقود الإدارية أو من يفوضه. ومن المسلم في قواعد القانون الإداري هو عدم جواز أن يرد تفويض على تفويض فإذا قام رئيس مجلس الوزراء القطري بممارسة المكنة التشريعية المخولة له من تفويض من يدنوه في

1- الدكتور عبد الله عيسى على الرمح ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ، ص 67 .

التدرج الهرمي للسلم الإداري لسلطات الدولة (أحد السادة الوزراء مثلاً)، فلا يجوز للوزير الأخير أن يفوض أحداً وإنما يتعين أن يمارس الإختصاص الموكول إليه من رئيس الوزراء بنفسه.

يجيز النص المائل التحكيم في العقد الإداري بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه ولا يجيز بأي حال من الأحوال لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم لحل ما ينشأ بينهم من منازعات، بما مفادة أن كافة المنازعات بين الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

يفهم من النص المائل وبمفهوم المخالفة أن مراد الشارع القطري من النص المائل هو إمكان أن تحسم منازعات عقود القانون الخاص التي تبرمها الدولة وأية منازعة قابلة للتحكيم فيها (بخلاف العقود الإدارية) عن طريق التحكيم وذلك بشكل قاطع وصريح. وحرى بالإشارة إلى أن جهة الإدارة كما تبرم العقد الإداري فإن لها كذلك مكنة إبرام عقود القانون الخاص.

تأثر المشرع القطري - شأنه شأن المشرع السعودي 2012 والمصري بالتعديل التشريعي لقانون التحكيم المصري 1997 - وإلى حد ما بالمشرع الفرنسي حيث نصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على حظر اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الأشخاص المعنوية العامة، كأصل عام، إلا في الحالات التي يوجد بها نص تشريعي صريح يجيز لهذه الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم. ولقد صدرت تشريعات متفرقة تجيز التحكيم للأشخاص المعنوية العامة أهمها قانون التعاقد بنظام الشراكة PPPs الصادر في يوليو 2008، وبعض القطاعات الثقافية في فرنسا مثل الكوميدي فرانسيز، وأوبرا باريس، والبريد الفرنسي، والمؤسسات الاقتصادية والتجارية وبعض القطاعات الأخرى.

وقد يذهب رأي إلى أن الإذن بالتحكيم الذي يصدر من رئيس مجلس الوزراء القطري أو من يفوضه يجب أن يحدد أموراً كثيرة تتعلق بالعملية التحكيمية نفسها كمكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق على الموضوع والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وطلبات جهة الإدارة أمام محكمة التحكيم وذلك كله تغليباً للمصلحة العامة وحفاظاً على المال العام وصوناً له بضمان

نجاح جهة الإدارة في عملية التحكيم قدر الإمكان والحصول على أكبر قدر من طلباتها أمام محكمة التحكيم.

فموافقة رئيس مجلس الوزراء القطري أو من يفوضه على التحكيم يمكن أن تصدر محددة إجراءاته في مكان معين وفقاً لقانون معين يحكم الموضوع (غالباً القانون الوطني) وآخر يحكم الإجراءات وخلافه من المسائل المتعلقة بالعملية التحكيمية.

فإذا كان التحكيم سيجري في الخارج مثلاً فليس ثمة مساس بالمصلحة العامة والمال العام ولكن إذا كان سيطبق عليه قانوناً غير القانون الوطني ففي ذلك مساس بالطبيعة الموضوعية للعقد الإداري وسيادة الدولة بحسبان أن العقد المائل قد يكون عقداً ذات طبيعة جديدة مختلطة إلا أنه لا يزال يصطبغ بالصبغة الإدارية في شطر منه تستلزم خضوعه للقانون الوطني ليطبق على موضوع العقد⁽¹⁾.

وجاء الفصل الثاني من قانون التحكيم القطري بعنوان اتفاق التحكيم حيث نصت المادة (7) منه على أن:

اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء كانوا من الأشخاص المعنوية أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على الالتجاء إلى التحكيم، للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم منفصلاً أو في صورة شرط تحكيم وارد في عقد.

لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويُعتبر اتفاق التحكيم مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو كان في صورة رسائل ورقية أو إلكترونية، أو في أي صورة أخرى تتم بوسائل الاتصال التي تتيح إثبات الاستلام كتابة.

1- أنظر في وجود بعض من الطبيعة الإدارية لهذا العقد، الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الأول من هذا المؤلف، أثر الجزاءات في عقود الأشغال الدولية على الطبيعة القانونية الجديدة لهذا العقد.

يُعتبر اتفاق التحكيم مستوفياً شرط الكتابة، إذا ادعى أحد الأطراف بوجود الاتفاق في مذكرة الدعوى أو مذكرة الرد دون أن يُنكر الطرف الآخر ذلك في دفاعه.

تُعتبر الإشارة في عقد ما إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم بشرط أن تكون تلك الإشارة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

مع عدم الإخلال بأي نص تشريعي يقضي بإنهاء الحقوق الموضوعية أو الإلتزامات بسبب الوفاة وما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، لا ينقضي اتفاق التحكيم بموت أحد الأطراف، ويجوز المضي في تنفيذه بواسطة أو ضد الأشخاص الذين يمثلون ذلك الطرف بحسب الأحوال.

وقررت المادة (8) من قانون التحكيم القطري أنه تقتضي المحكمة، التي يُرفع إليها نزاع، يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، بعدم قبول الدعوى، إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في موضوع الدعوى، ما لم تقرر المحكمة أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه. كما أنه لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في البند السابق، دون البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، وإصدار الحكم فيه.

وأضافت المادة (9) من ذات القانون أنه في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم، أو أي شخص آخر يمنحه الأطراف صلاحية معينة، غير مختص أو غير قادر على التصرف بفاعلية في حينه، يجوز للقاضي المختص أن يأمر، بناءً على طلب أحد الأطراف، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، بما في ذلك التدابير المنصوص عليها في المادة (17/ بند 1) من هذا القانون، سواءً قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، ولا يعتبر ذلك الطلب تنازلاً من الطالب عن التمسك باتفاق التحكيم.

وواقعاً بالإشارة أن نصوص قانون التحكيم القطري الجديد 2017 هي الواجبة التطبيق حال تعارض نصوصها مع أي نص تشريعي آخر بالنظام القانوني القطري بحسب نص المادة الرابعة من مواد قانون الإصدار لقانون التحكيم الجديد.

إتفاق التحكيم في القانون السعودي؛

قرر قانون التحكيم السعودي ضرورة وجود إتفاق التحكيم سواء أكان لاحقاً لنشوء النزاع، أو كان قد نص على التحكيم قبل نشوب النزاع وإعتبره صحيحاً منتجا لجميع آثاره.

أما عن إثبات شرط التحكيم فقد نص قانون التحكيم السعودي في مادته (2/9) على أن الكتابة تعد شرطاً من شروط صحة إتفاق التحكيم، فنص صراحة على أن يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.

ضابط موافقة رئيس مجلس الوزراء بالنسبة إلى لجوء الجهات الحكومية إلى التحكيم:

وقررت المادة (2/10) أنه لايجوز الإتفاق على التحكيم من جانب الجهات الحكومية إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك.

وفي تقديرنا أنه ضابط منطقي غايته الحفاظ على المصلحة العامة وصون المال العام بعدم اللجوء إلى التحكيم إلا عندما يقتضي الحال وبالأوضاع والأحوال التي تستظهر معها السلطة المختصة إمكانية الحفاظ على المال العام.

إلا أنه قد يذهب رأي إلى أن الإذن بالتحكيم الذي يصدر من رئيس مجلس الوزراء السعودي يجب أن يحدد أموراً كثيرة تتعلق بالعملية التحكيمية نفسها كمكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق على الموضوع والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وطلبات جهة الإدارة أمام محكمة التحكيم وذلك كله تظليماً للمصلحة العامة وحفاظاً على المال العام وصوناً له بضمان نجاح جهة الإدارة في عملية التحكيم قدر الإمكان والحصول على أكبر قدر من طلباتها أمام محكمة التحكيم.

فموافقة رئيس مجلس الوزراء السعودي على التحكيم يمكن أن تصدر محددة إجراءاته في مكان معين وفقاً لقانون معين يحكم الموضوع (غالباً القانون الوطني) وآخر يحكم الإجراءات وخلافه من المسائل المتعلقة بالعملية التحكيمية.

فإذا كان التحكيم سيجري في الخارج مثلاً فليس ثمة مساس بالمصلحة العامة والمال العام ولكن إذا كان سيطبق عليه قانوناً غير القانون الوطني ففي ذلك مساس بالطبيعة الموضوعية للعقد الإداري وسيادة الدولة بحسبان أن العقد المائل وإن كان عقداً ذي طبيعة جديدة مختلطة إلا أنه لا يزال يصطبغ بالصبغة الإدارية في شطر منه تستلزم خضوعه للقانون الوطني ليطبق على موضوع العقد⁽¹⁾.

وليس من شك أن المقصود بسلطات رئيس مجلس الوزراء هنا تلك السلطة الرئاسية دون السلطات الوصائية وفقاً للمفاهيم القانونية المستقرة. وسلطات رئيس مجلس الوزراء هنا أيضاً يجب أن تكون في إطار القوانين الأخرى التي يستمد منها كافة السلطات التي يباشر منها سلطاته بنوعيتها، مع احترام مبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy للأطراف المتعاقدة قدر الإمكان. فهذه السلطات يجب أن تكون في إطار قواعد القانون العام الدولي الجديد ومحاولة التوفيق بين عقد الأشغال الدولي في صورته الجديدة ومقتضيات ومتطلبات مبدأ سلطان الإرادة، والأفكار العامة في العقود الإدارية.

ويأتي مبدأ حظر التحكيم كأصل عام بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة متشابهاً - وإلى حد ما - مع نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي التي حظرت كأصل عام على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم بدون نص تشريعي خاص لكل حالة يجيز ذلك حيث صدرت بعض التشريعات تجيز للأشخاص المعنوية العامة ولوج سبيل التحكيم بصدد بعض المسائل مثل عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص PPPs، والكوميدي فرانسيز، وأوبرا باريس، والبريد، والمؤسسات الاقتصادية والصناعية، وغيرهم من الأشخاص المعنوية العامة التي أورد لها المشرع الفرنسي نص تشريعي خاص لكل حالة على حدة يجيز لها التحكيم.

أما عن المسائل التي يجوز التحكيم فيها Arbitrability فقد توسع المشرع السعودي في الموضوعات التي تقبل التحكيم، فأى منازعة قانونية يمكن أن تكون محلاً للتحكيم أياً ما كانت الطبيعة القانونية التي يدور حولها النزاع سواء

1- أنظر في وجود بعض من الطبيعة الإدارية لهذا العقد، الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الأول من هذا المؤلف، أثر الجزاءات في عقود الأشغال الدولية على الطبيعة القانونية الجديدة لهذا العقد.

أكانت علاقة عقدية من أي نوع أو كانت حتى تقوم على المسؤولية التقصيرية. ولا تسري أحكام قانون التحكيم على منازعات الأحوال الشخصية والمنازعات التي لا يجوز فيها الصلح وذلك بحسب نص المادة الثانية من قانون التحكيم السعودي.

وقرر قانون التحكيم السعودي في مادته الخامسة أنه إذا إتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أي وثيقة (عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو غيرهما)، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد نصت المادة الحادية عشر على أنه إذا اتفق الأطراف على إخضاع العلاقة القانونية بينهما للتحكيم فيتعين على المحكمة التي يرفع إليها هذا الإتفاق أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى. ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيها، أو إصدار حكم التحكيم.

أما عن استقلالية شرط التحكيم Severability of Arbitration Clause OR Separability of Arbitration Clause فقد أخذ القانون السعودي باستقلالية شرط التحكيم ونص في المادة (21) منه على استقلالية شرط التحكيم وأن اتفاق التحكيم يشكل عقداً مستقلاً عن بقية شروط العقد الأخرى بحيث لا يترتب على بطلان العقد - الذي يتضمن شرط التحكيم - أو فسخه أو إنهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته. وعليه يكون القانون السعودي قد اعتبر شرط التحكيم عقداً مستقلاً داخل العقد بل ويعد بهذه المثابة مستقلاً عنه وبالتالي لا يؤدي بطلان العقد أو جزء منه إلى بطلان شرط التحكيم بأية حال.

وأعطى القانون للمحكمين سلطة النظر في اختصاصاتهم إذا طعن على شرط التحكيم بالبطلان، أو طعن عليه بعدم وجوده أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع، حيث قرر قانون التحكيم السعودي اختصاص هيئة المحكمين

بالنظر في اختصاصهم Competence á Competence بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع وهو من المبادئ المتعارف عليها والمستقرة بتشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي كقوانين التحكيم بسلطنة عمان والبحرين، وكذلك بالقانون المقارن بالدول المختلفة كقانون التحكيم الإنجليزي الصادر عام 1996، وقانون التحكيم المصري عام 1994، وقانون التحكيم الفرنسي المعدل بتاريخ 13 / 1 / 2011.

إتفاق التحكيم في القانون البحري

لا تختلف القواعد المتعلقة بإتفاق التحكيم في القانون البحري عن تلك القواعد المتبعة في بقية دول مجلس التعاون بصفة عامة، إلا أنه يجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز البحرينية قد إنتهت إلى أن إتفاق التحكيم غير متعلق بالنظام العام⁽¹⁾، كما إستقرت أن الإتفاق على التحكيم ينزع إختصاص القضاء العادي⁽²⁾ بنظر النزاع.

1- محكمة التمييز البحرينية ، الطعن رقم 286 لسنة 2005 ، جلسة 23 من يناير 2006 .

2- محكمة التمييز البحرينية ، الطعن رقم 111 لسنة 2005 ، جلسة 17 من أكتوبر 2005 .

المبحث الثاني

هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي

هيئة التحكيم وإجراءاته في النظام القانوني الكويتي :

استقر قضاء محكمة التمييز الكويتية على أنه " من المستقر عليه أن المحكم لا يعدو أن يكون قاضياً، وقع عليه اختيار الطرفين المتنازعين للفصل في نزاع محدد بينهما بدلاً من قاضي الدولة الرسمي لحكمة توخاها المشرع عندما أقر نظام التحكيم"⁽¹⁾.

وإعمالاً لهذا النظر فإنه يتعين أن يكون المحكم كامل الأهلية ويجوز أن يكون المحكم امرأة⁽²⁾ وغير كويتي الجنسية، وفضلاً عن ذلك وفيما يتعلق بالتحكيم فإنه لا يشترط فيه أن يكون المحكم دارساً للقانون، ولا يوجد ثمة ما يمنع أن يكون القاضي محكماً.

أما عن تسمية المحكمين فلم يشترط القانون الكويتي تعيين المحكمين في شرط أو إتفاق التحكيم، سواء كان شرطاً تحكيمياً سابقاً أو اتفاقاً لاحقاً لنشوب المنازعة، بل جعلت المادة (174) من قانون المرافعات في فقرتها الثانية تعيين المحكمين في اتفاق مستقل أمراً جائزاً، وإذا لم يتم هذا التعيين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن نظر التحكيم أو حكم برده ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم تقوم المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بتعيين من يلزم من المحكمين، وذلك بناءً على طلب أحد الخصوم وبالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى. ويتعين أن يكون عدد من تعيينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكماً له ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريق من طرق الطعن، أما المحكمون بالصلح فيجب تسميتهم في اتفاق التحكيم.

1- أنظر: السيد المرابي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة، 2010، دار النهضة العربية

2- محكمة إستئناف التحكيم القضائي بالكويت، قرار رقم 445 الصادر في 28 / 6 / 1999.

ونصت المادة (174) من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً.

ولا يجوز رد المحكم إلا بعد أن يقبل تعيينه محكماً ولأسباب تحدث أو تظهر بعد هذا التعيين، ويكون رد المحكمة لذات الأسباب التي يرد لها القاضي أو التي يعتبر بسببها غير صالح للحكم، ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، خلال خمسة أيام من تاريخ إعلان الخصم بتعيين المحكم أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو علمه به، إذا كان تالياً لإخباره بتعيين المحكم، ويجوز لطالب الرد، استئناف الحكم الصادر في طلبه.

أما عن الأسباب التي تجعل المحكم غير صالح للحكم، فقد أوردتها المادة (104) من قانون المرافعات الكويتي، ويكون المحكم غير صالح لنظر الدعوى، ممنوعاً من سماعها ولولم يرده أحد من الخصوم إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهرًا إلى الدرجة الرابعة أو إذا كان له أو لزوجه خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو مع زوجة أو إذا كان وكيلًا لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصياً أو قيماً عليه أو دائناً له أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو هذا المدير مصلحة شخصية في الدعوى. وكذلك إذا كان أو لزوجته أو أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة، أو إذا كان بينه وبين المدافع عن أحد الخصوم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الثانية، أو إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها أو إذا رفع دعوى تعويض على طالب الرد.

أما عن أسباب رد المحكم فقد قررتها المادة (14) من قانون المرافعات الكويتي وهي أنه إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا وجدت لأحدها خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجة بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي والمحكم، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بقصد رده عن الدعوى

المطروحة عليه أو إذا كان لمطلقته التي لها ولد منه أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى المطروحة عليه بقصد رده أو إذا كان قد اعتاد على مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها أو إذا كان أحد الخصوم يعمل عنده أو إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم.

أما عن إجراءات التحكيم في دولة الكويت:

يصدر حكم التحكيم غير متقيداً بإجراءات المرافعات، عدا ما قضي به قانون المرافعات في باب التحكيم، وذلك في حالة إذا لم يتفق المحكمتين على نصوص معينة تكون واجب التطبيق.

وعلى الخصوم أن يعينوا مكان التحكيم وأن لم يقوموا بذلك تكون هيئة التحكيم هي المنوط بها تحديد هذا المكان، وذلك مع مراعاة ما يقضي به قانون التحكيم الكويتي في المادة (182) في فقرتها الرابعة من أنه "يجب أن يصدر حكم المحكمتين في الكويت، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمتين الصادرة في بلد أجنبي".

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يؤثر غياب الخصم في التحكيم، بل يجوز الحكم في غيبته إذا تخلف عن الحضور في المواعيد المحددة، ويجب إثبات إجراءات التحكيم في محضر وكذا شهادات الشهود وأقوال الحضور، بل ويجوز لهيئة التحكيم رفع طلب إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للحكم على الغير بتسليم مستند تحت يده مهما في التحكيم وبالزام الغير بالشهادة أمامها.

وبالنسبة لدور المحاكم القضائية في سير التحكيم، فقد ناط المشرع الكويتي بالمحاكم القضائية دوراً كبيراً في مسائل التحكيم إذا تساعد المحاكم القضائية في تشكيل هيئة التحكيم، كما تساعد في إلزام الشهود بالحضور ومعاينة من يتخلف، وأيضاً المساعدة في إلزام الغير بتقديم مستند يفيد في التحكيم في حوزة الغير.

أما عن المواعيد فإذا لم يحدد الخصوم أجلاً معيناً للحكم، كان للمحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم أن يرفع النزاع إلى المحاكم القضائية، وإذا اختلفت تواريخ الإخطار للخصوم، بدأ ميعاد الستة أشهر من تاريخ آخر إخطار، وللخصوم الاتفاق - صراحة أو ضمناً - على مد الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً، ويمكن اعتبار السير في التحكيم موافقة ضمنية على تجديد المهلة.

هيئة التحكيم وإجراءاته في دولة الإمارات العربية المتحدة :

نصت المادة (204) من قانون المرافعات الإماراتي على تعيين المحكمين وعددهم فقررت أنه إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد منهم أو أكثر عن العمل أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له، ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع غيره، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ويجب أن يكون عدد من تعيينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملًا له، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريقة من طرق الطعن ومع ذلك إذا اختار الطرفان نظام هيئة تحكيم معين فإن هذا الاتفاق هو الواجب الإتيان وتكون هي صاحبة الاختصاص في اختيار المحكم البديل، وذلك وفقاً لنص المادة (203) من قانون المرافعات الإتحادي التي تنص على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم بشروط خاصة.

يجوز أن يكون المحكم أجنبياً أو امرأة وفقاً للقانون بدولة الإمارات، وبالنسبة لعزل المحكم، فلا يجوز عزل المحكم إلا بموافقة الخصوم جميعاً، أو من المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الخصوم إذا ثبت إهماله أو تقصيره رغم لفت نظره خطياً. وبالنسبة لرد المحكم، فيجوز لأحد الأسباب التي تظهر بعد تعيينه وهي ذات أسباب رد القاضي، أي القرابة والمصاهرة والخصومة أو المصلحة. وقد أوجبت المادة (207) في فقرتها الأولى والثانية قبول المهمة التحكيم كتابة أو في محضر الجلسة، وإذا تنحى بعد ذلك بدون سبب جدي جاز الحكم عليه بالتعويض إن كان له مقتضى وذلك لكونه ملتزماً تعاقدياً بتحقيق غاية وهي إصدار حكم تحكيمي يحسم النزاع.

أما عن مصاريف التحكيم، فقد ترك المشرع للمحكمن الحرية التامة لتقدير أتعابهم ومصاريف التحكيم مع إعطاء حق الرقابة للمحكمة القضائية.

أما عن إجراءات التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة :

لم يقيّد المشرع المحكمن بإجراءات معينة لسير التحكيم غير القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات بشرط أن يكون الأطراف لم يتفقوا على إجراءات أخرى تكون هي واجبة الإتياع، مع مراعاة الإلتزام بمبدأ المواجهة بين الخصوم ومراعاة حق الدفاع.

هيئة التحكيم وإجراءاته في سلطنة عمان :

تطلب القانون العماني أن يكون عدد المحكمن وترأ إذا تعددوا، وترك الحرية للأطراف في الاتفاق على عددهم، وأن لم يتفقوا كان العدد ثلاثة وترك أيضاً الحرية للأطراف للاتفاق على اختيارهم وكيفية هذا الاختيار ووقته، ولم يتدخل القانون في تنظيم ذلك إلا عند اختيارهم وكيفية هذا الاختيار ووقته، ولم يتدخل القانون في تنظيم ذلك إلا عند عجز الأطراف عن تسميتهم، فنص على أن يتبع الإجراءات الآتية:

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد فيكون لرئيس المحكمة التجارية اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمن اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكماً خلال ثلاثين يوماً التالية لتسليمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتسليمه طلباً بذلك من الطرفين الآخر تولى رئيس المحكمة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

يكون المحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختاره رئيس المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسرى هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمن.

إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان اللذين تم تعيينهما على أمر ما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد إليه، تولى رئيس المحكمة التجارية بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراءات بالعمل المطلوب، ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم العماني قد أجاز تحكيم المراكز التحكيمية حيث أشار إلى إمكانية قيام بتعيين المحكمين من قبل رئيس غرفة التجارة في بلد ما. وقرر القانون العماني إمكانية أن يكون الأجنبي أو المرأة عضواً أو رئيساً لهيئة التحكيم.

أما عن رد المحكمين فقد تبنى القانون العماني ذات القواعد الواردة في الأونسيترال UNCITRAL والتي بموجبها لا يجوز رد المحكم إلا لسبب تبين بعد التعيين، وألزم القانون المحكم أن يكون قبوله للتحكيم كتابة، وأن يوضح أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول إستقلاليته وحيدته، وإذا استمرت هذه الظروف بعد تعيينه أو أثناء إجراءات التحكيم وجب عليه أن يصرح بها للمحكمين الآخرين، وعلى ذلك تكون مسئولية المحكم قد تحددت باعتبارها اتفاق تعاقدي بموجبه يلزم المحكم بتحقيق نتيجة هي إصدار حكم تحكيمي خلال الفترة المحددة لنظر التحكيم.

ويتم تقديم طلب الرد إلى المحكمة التحكيمية ذاتها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالأسباب المبررة للرد، وتفصل هيئة التحكيم في طلب الرد، وأن تم رفضه جاز الطعن في حكمها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان طالب الرد بقرار هيئة التحكيم، ويكون الطعن أمام محكمة التجارة إذا كان التحكيم داخلياً وأمام محكمة الاستئناف إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، ويكون حكم المحكمة القضائية غير قابل للطعن بأي طريقة كانت، ولا يترتب على تقديم طلب الرد أو على حكم محكمة التحكيم برفض الرد وقف إجراءات التحكيم.

أما عن إجراءات التحكيم في سلطنة عمان :

قانون إجراءات التحكيم في القانون العماني هو القانون الذي اختاره الأطراف واتفقوا عليه، وللأطراف حرية الاتفاق على إجراءات التحكيم التي يجب إتباعها أمام الهيئة التحكيمية أو لهم إخضاع هذه الإجراءات لنظام أي مركز تحكيمي أو حتى وضع إجراءات خاصة بالتحكيم من قبلهم.

وتخضع لغة التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy وذلك تماشياً مع قانون الأونسيترال، فقد نص القانون العماني على أن لغة التحكيم هي اللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد المحكمة التحكيمية لغة أو لغات أخرى، ولكن للمحكمة التحكيمية أن تقرر ترجمة ما يقدم من مستندات أو مذكرات أو وثائق إلى اللغة أو اللغات المستخدمة في التحكيم.

ويسقط الحق في التمسك بمخالفة اتفاق التحكيم من الأطراف طالما علموا بوقوع المخالفة ولم يعترضوا عليها في الميعاد المتفق عليه أو خلال ستين يوماً من العلم عند الاتفاق وذلك منعاً للأطراف من عرقلة التحكيم بهذه المبررات.

أما عن التدابير المؤقتة والتحفظية Interim measures فقد حفظ القانون صراحة حق محكمة التجارة في التحكيم الداخلي ومحكمة الاستئناف في التحكيم الدولي في أن تأمر بناء على طلب أحد الطرفين، باتخاذ أحد الطرفين، تدابير مؤقتة أو تحفظية، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، ونظم القانون أيضاً حق المحكمة التحكيمية في هذه الإجراءات بشرط تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير التي تأمر بها، وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، كان للمحكمة أن تأذن للطرف الآخر باتخاذ الإجراءات لتنفيذه.

تماشياً مع قانون الأونسيترال نص قانون العماني في المادة (36) منه على حق محكمة التحكيم في تعيين الخبراء بشأن مسائل معينة تحددها، وفي الغالب يكون تعيين الخبراء بناء على طلب أحد المحكمتين، ويكون تكليف الخبراء بتقديم تقرير في مسائل فنية هندسية أو حسابية لا تتوفر الخبرة بها لدى المحكمتين، وقد يكون تعيين الخبير بواسطة المحكمة القضائية أيضاً. وأجاز

القانون للمحكمة التحكيمية الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

ونصت المادة (45) من قانون التحكيم العماني على وجوب صدور الحكم المنهي للخصومة خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من بدء إجراءات التحكيم ويجوز للمحكمة تحديد الميعاد، على ألا تزيد فترة التحكيم على ستة أشهر إلا باتفاق الطرفين، فإذا لم يصدر الحكم خلال الميعاد جاز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس محكمة التجارة الأمر بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع.

أما عن إنتهاء التحكيم فتنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها أو صدور أمر بإنهاء إجراء التحكيم سواء من المحكمين أو من المحكمة القضائية، وكذلك ينتهي التحكيم إذا لم يصدر الحكم في المهلة القضائية أو التعاقدية إذا لم يتم تجديدها من المحكمين، أو من المحكمة القضائية، وكذلك تنتهي إجراءات التحكيم، إذا اتفق الطرفان على إنهاؤها أو إذا ترك المدعي خصومة التحكيم ولم تقرر محكمة التحكيم الاستمرار فيها بناء على طلب المدعي لوجود مصلحة جدية له في ذلك، أو إذا رأت محكمة التحكيم عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالت له لأسباب تقدرها.

هيئة التحكيم في قانون التحكيم القطري 2017:

جاء الفصل الثالث من قانون التحكيم القطري بعنوان هيئة التحكيم حيث نصت المادة (10) منه على تشكيل هيئة التحكيم فقررت أنه تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، حسب اتفاق الأطراف، فإذا لم يتفقوا على المحكمين كان العدد ثلاثة.

وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً.

ونصت المادة (11) من قانون التحكيم القطري 2017 على شروط تعيين المحكمين على النحو التالي:

يكون تعيين المحكم من بين المحكمين المعتمدين والمقيدين بسجل قيد المحكمين بالوزارة، كما يجوز تعيين أي شخص محكماً إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

أ- أن يكون كامل الأهلية.

ب- ألا يكون قد أدين بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ولو كان قد رد إليه اعتباره.

ج- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.

لا يشترط أن يكون المحكم من جنسية معينة، ما لم يتفق الأطراف أو ينص القانون على غير ذلك.

يتم قبول المحكم للتعيين كتابة، أو من خلال اتباع إحدى الوسائل المنصوص عليها في (المادة 7/ بند3) من هذا القانون، ويجب عليه أن يفصح كتابة عند عرض التحكيم عليه عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيادية أو استقلاله، ويبقى هذا الإلتزام قائماً في حقه ولو طرأت هذه الظروف بعد تعيينه.

مع عدم الإخلال بأحكام البندين (6) و(7) من هذه المادة، يجوز للأطراف الاتفاق على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين.

في حالة عدم وجود اتفاق، يتم إتباع الآتي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، ولم يتفق الأطراف على المحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار الكتابي من المدعي للأطراف الأخرى للقيام بذلك، جاز لأي من الأطراف أن يطلب تعيينه من السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال.

ب- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، يُعين كل طرف محكماً، ثم يتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الأطراف

محكمه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين آخرهما، تولت السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، التعيين بناءً على طلب أحد الأطراف.

في حالة وجود إجراءات تعيين اتفق عليها الأطراف، يجوز لأي من الأطراف أن يطلب من السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، أن تتخذ الإجراء اللازم، ما لم ينص الاتفاق الخاص بإجراءات التعيين على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء، وذلك في أي من الأحوال التالية:

أ- إذا لم يتم أحد الأطراف باتخاذ إجراء تقتضيه الإجراءات المتفق عليها.

ب- إذا لم يتمكن الأطراف، أو المحكمان، من التوصل إلى الاتفاق المطلوب منهم وفقاً لهذه الإجراءات.

ج- إذا تخلف الغير، عن أداء أي مهمة موكولة إليه وفقاً لهذه الإجراءات.

يكون أي قرار، صادر من السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، في مسألة منصوص عليها في البندين (5) و(6) من هذه المادة، نهائياً وغير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

يتعين على السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، لدى قيامها بتعيين المحكم، أن تراعي طبيعة وظروف النزاع والمؤهلات الواجب توافرها في المحكم، وفقاً لاتفاق الأطراف، والاعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحيد، وفي حالة تعيين محكم فرد أو محكم ثالث يتعين عليها أن تراعي جنسية المحكم بالنظر إلى جنسية الأطراف.

يتعين إخطار جميع الأطراف بما في ذلك أي مركز أو هيئة تعيين محكمين أو محكم سبق تعيينه، بأي طلب يقدم إلى السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، لتعيين محكم، ويجب أن يتضمن الطلب موجزاً عن طبيعة النزاع والشروط المحددة في اتفاق التحكيم وجميع الخطوات المتخذة لتعيين أي عضو متبقى في هيئة التحكيم.

عند تعيين محكم وفقاً لما تقدم، يكون للسلطة الأخرى أو للمحكمة المختصة، بحسب الأحوال، أن تختاره من سجل قيد المحكمين بالوزارة أو من قوائم المحكمين بمراكز التحكيم الأخرى أو من أي قوائم أخرى تراها مناسبة، ويتعين عليها إجراء التدقيق اللازم لتعيين المحكم المناسب لظروف النزاع، وتعتبر أي مبالغ تنفق في سبيل ذلك بما فيها رسوم التعيين الخاصة بهيئة التحكيم من مصروفات التحكيم.

لا يجوز مساءلة المحكم عن ممارسته لمهام التحكيم، إلا إذا كانت ممارسته لها عن سوء نية أو تواطؤ أو إهمال جسيم.

ولقد عالجت المادة (12) من قانون التحكيم القطري ما يتعلق برد المحكم، فقررت أنه لا يجوز رد المحكم، إلا إذا وجدت ظروف تشير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله، أو لم تتوافر فيه المؤهلات التي اتفق عليها الأطراف، ولا يجوز لأي من أطراف النزاع رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه، إلا لأسباب تبينها بعد أن تم هذا التعيين.

إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو إنقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم، ولم يتح من تلقاء نفسه، ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للسلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الأطراف، ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن. كما أنه لا يعتبر تنحي المحكم أو إنهاء مهمته من قبل الأطراف، دليلاً على قيام أي من الأسباب المنصوص عليها في المادة (12) من هذا القانون، وهو ما تضمنه نص المادة (14) من قانون التحكيم القطري.

وقرر قانون التحكيم القطري في المادة (15) أنه يعين محكم بديل عن المحكم الذي إنتهت مهمته بسبب الرد أو العزل أو التنحي أو لأي سبب آخر، ويتبع في تعيينه الإجراءات واجبة التطبيق في تعيين المحكم الذي إنتهت مهمته. كما يكون للأطراف، بعد تعيين المحكم البديل، الاتفاق على مدى سريان إجراءات التحكيم التي اتخذت قبل تعيين المحكم البديل، وإلا قررت هيئة التحكيم المعاد تشكيلها ما تراها مناسباً في هذا الصدد.

وبالنسبة لمبدأ الإختصاص بالإختصاص Competence á Competence نصت المادة (16) من قانون التحكيم القطري على أن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو عدم صحته أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ويُعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي تضمنه طالما كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

وأضافت أنه يجب التمسك بالدفوع المشار إليها في البند السابق، في موعد لا يجاوز موعد تقديم مذكرة دفاع المدعى عليه المنصوص عليها في المادة (23) من هذا القانون، ولا يُسقط الحق في تقديم أي من هذه الدفوع قيام أحد الأطراف بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه.

أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق اختصاصها أثناء نظر النزاع، فيجب إبداءه بمجرد أن تثار، أثناء إجراءات التحكيم، المسألة التي يدعي بتجاوز هيئة التحكيم نطاق اختصاصها فيها.

وفي جميع الأحوال، يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل دفعاً تأخر إبداءه، إذا رأت أن هذا التأخير له ما يبرره. ويجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي من الدفوع المشار إليها في هذه المادة، وذلك قبل الفصل في الموضوع، أو ضمن حكم التحكيم الصادر في موضوع النزاع، فإذا قضت برفض الدفع، فلنمضي برفض دفعه، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان هذا الحكم، أن يطعن عليه أمام السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، ويكون قرار السلطة الأخرى أو حكم المحكمة المختصة غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، ولا يمنع هذا الطعن هيئة التحكيم أن تستمر في إجراءات التحكيم وأن تصدر حكمها فيه.

وفيما يتعلق بسلطة هيئة التحكيم في اتخاذ تدابير وقائية فقد نصت المادة (17) على أنه:

ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب أي من الأطراف، أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تصدر أحكاماً وقائية تقتضيها طبيعة النزاع أو بغرض توقي ضرر قد لا يمكن جبره، بما في ذلك أي مما يلي:

أ- إبقاء الحال على ما هو عليه أو إعادته إلى ما كان عليه لحين الفصل في النزاع.

ب- اتخاذ أي إجراء يمنع حدوث ضرر حال أو وشيك أو المساس بعملية التحكيم ذاتها، أو منع اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب أياً من ذلك.

ج- توفير وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ أي قرارات لاحقة.

د- المحافظة على الأدلة التي قد تكون هامة أو جوهرية للفصل في النزاع.

ويجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرف الذي يطلب اتخاذ هذه الإجراءات، تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير المؤقت الذي أمرت به أو الحكم الوقفي الذي أصدرته.

يجوز لهيئة التحكيم أن تعدل أو تعلق أو تلغي تدبيراً مؤقتاً أمرت به أو حكماً وقتياً أصدرته، بناءً على طلب يقدمه أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها في حالات الضرورة، وذلك بعد إخطار باقي الأطراف.

يجوز للطرف الذي صدر أمر بتدبير مؤقت أو حكم وقفي لصالحه، بعد حصوله على إذن كتابي من هيئة التحكيم، أن يطلب من القاضي المختص أن يأمر بتنفيذ الأمر أو الحكم الصادر من هيئة التحكيم أو أي جزء منه.

وترسل نسخ من أي طلب للحصول على الإذن أو للتنفيذ، بموجب هذه المادة، إلى باقي الأطراف، ويأمر القاضي المختص بتنفيذ الأمر أو الحكم المشار إليه، ما لم يكن مخالفاً للقانون أو النظام العام.

يتحمل الطرف الذي يطلب التدبير أو الحكم التكاليف والتعويضات عن أي أضرار قد يسببها ذلك التدبير، أو الحكم لأي طرف، وذلك إذا قررت هيئة التحكيم في وقت لاحق أنه لم يكن ينبغي إصدار التدبير أو الحكم في تلك الظروف، ويجوز لهيئة التحكيم أن تلزم ذلك الطرف بسداد التكاليف والتعويضات في أي وقت أثناء الإجراءات.

إجراءات التحكيم في قانون التحكيم القطري الصادر عام 2017 :

تضمن الفصل الرابع من قانون التحكيم القطري 2017 والذي جاء بعنوان إجراءات التحكيم في المادة (18) منه أنه يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بالحياد والمساواة بين الأطراف، وأن تهيئ لكل منهم فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه ودفاعه ودفوعه. كما يتعين على الهيئة أن تتجنب أي تأخير أو مصاريف غير ضرورية، وذلك بغرض تحقيق وسيلة عادلة وعاجلة لحل النزاع. ونصت المادة (19) من القانون ذاته على أن:

مع مراعاة أحكام هذا القانون، للأطراف الاتفاق على إجراءات التحكيم، بما في ذلك قواعد الإثبات، التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها، ويكون لهم الحق في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في الدولة أو خارجها.

يجوز لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تطبق الإجراءات التي تراها مناسبة، بما في ذلك سلطتها في قبول الأدلة المقدمة وتقدير مدى صلتها بموضوع النزاع وجدواها وأهميتها، ما لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على تحديد إجراءات التحكيم وفقاً للبند السابق من هذه المادة.

وفيما يتعلق بمكان التحكيم نصت المادة (20) على أنه:

للأطراف الاتفاق على مكان التحكيم في الدولة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق، حددت هيئة التحكيم ذلك المكان، على أن تراعي ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها.

ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراها مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم، كسماع أقوال أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء، أو الاطلاع على مستندات أو معاينة الأشياء أو الأموال أو إجراء مداولة بين أعضائها، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وكمبدأ عام نص قانون التحكيم القطري على أن تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب إحالة النزاع إلى التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك وذلك بحسب نص المادة 21 منه.

أما بالنسبة للغة التحكيم فقد نصت المادة (22) من قانون التحكيم القطري على أنه:

للأطراف الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإذا لم يتفقوا على ذلك، حددت هيئة التحكيم اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات، ويسري هذا الاتفاق أو التحديد على البيانات والمذكرات المكتوبة والمرافعات الشفهية التي يقدمها أي من الأطراف، وكذلك على أي قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره، ما لم ينص اتفاق الأطراف أو قرار تحديد اللغة على خلاف ذلك.

لهيئة التحكيم أن تأمر بأن يرفق بكل أو بعض المستندات المقدمة في الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المستخدمة في التحكيم، وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها.

وفيما يتعلق بتعيين الخبراء نصت المادة (26) من قانون التحكيم القطري على أنه:

ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم:

أ- أن تعين خبيراً أو أكثر ليقدم لها تقريراً، مكتوباً أو شفهياً، بشأن مسائل معينة تحددها الهيئة، على أن تخطر كل طرف بنسخة من قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير والميعاد المحدد لإيداع تقريره.

ب- أن تطلب من أي من الأطراف أن يقدم إلى الخبير أي معلومات ذات صلة بالنزاع، أو أن يتيح له الاطلاع على أي مستندات ذات صلة بالموضوع أو فحصها، أو معاينة الأشياء أو الأموال.

ترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير إلى كل من الأطراف، مع إتاحة الفرصة لهم لإبداء رأيهم فيه، ولكل من الأطراف الحق في الاطلاع على المستندات والوثائق التي فحصها الخبير واستند إليها في تقريره.

يجوز لهيئة التحكيم، بعد تقديم تقرير الخبير، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف، عقد جلسة مرافعة لسماع أقوال الخبير، يتاح فيها للأطراف فرصة سماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره. ولكل طرف أن

يستعين في هذه الجلسة بخبير أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير، وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

تسدد أتعاب ومصاريف الخبير المعين من هيئة التحكيم، من قبل الأطراف، وفقاً لما تقرره هيئة التحكيم.

تفصل هيئة التحكيم في كل نزاع ينشأ بين الخبير وأي من الأطراف في هذا الشأن.

ويظهر جلياً بنصوص قانون التحكيم القطري الدور الموازي والمؤازر للعملية التحكيمية من جانب القضاء حيث تنص المادة (27) من القانون على أنه:

يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الأطراف، بعد موافقة هيئة التحكيم، طلب المساعدة من المحكمة المختصة للحصول على الأدلة ذات الصلة بموضوع النزاع، بما في ذلك أعمال الخبرة الفنية وفحص الأدلة، وإذا رأت هيئة التحكيم أن المساعدة المطلوبة ضرورية للفصل في موضوع النزاع، يجوز لها وقف إجراءات التحكيم لحين الحصول على هذه المساعدة، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم.

يجوز للمحكمة المختصة أن تنفذ طلب المساعدة، في حدود سلطاتها، ووفقاً للقواعد المطبقة للحصول على الأدلة، بما في ذلك الأمر بالإقامة القضائية، أو الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة وفقاً للإجراءات وبالجزاءات المنصوص عليها في المادتين رقمي (278) و(279) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه.

وحرري بالإشارة إلى أن المشرع القطري في مواد الإصدار لقانون التحكيم المادة الرابعة ألغى المواد من (190) إلى (210) من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، وألغى كل حكم يخالف أحكام قانون التحكيم القطري الجديد، وتجدر الإشارة كذلك إلى أنه ما لم يرد به نص في قانون التحكيم القطري فإنه يتعين اللجوء إلى القاعدة العامة بقانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا أن قواعد قانون التحكيم القطري تسمو وتكون هي الواجبة

التطبيق حال تعارضها مع أية قاعدة سواء بقانون المرافعات أو غيره، وتعتبر قواعد قانون التحكيم القطري أخص في التطبيق من قواعد قانون المرافعات القطري، والتأصيل العلمي القانوني لذلك أن العام ظني الدلالة في عمومها، والخاص قطعي الدلالة في خصوصه، لأنه ما من عام إلا وخصص، فالخاص يقيد العام وذلك على ما يدل علماء الأصول في الفقه.

هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم في القانون البحريني؛

ترك القانون البحريني للأطراف تحديد عدد المحكمين فإن لم يتفقوا كان عدد المحكمين ثلاثة، فالمبدأ في القانون البحريني إذا هو حرية الأطراف في الاتفاق على عدد المحكمين، فإن لم يتفقوا كان العدد ثلاثة وترك أيضاً الحرية للأطراف للاتفاق على اختيارهم وكيفية هذا الاختيار ووقته، ولم يتدخل القانون في تنظيم ذلك إلا عند اختيارهم وكيفية هذا الاختيار ووقته، ولم يتدخل القانون في تنظيم ذلك إلا عند عجز الأطراف عن تسميتهم، فنص على أن تتبع الإجراءات الآتية:

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد فيكون لرئيس المحكمة المحددة في المادة (6) من مواد إصدار قانون التحكيم تسميته، واختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين إختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكماً خلال ثلاثين يوماً التالية لتسليمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيينها تولى رئيس المحكمة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

يكون المحكم الذي اختاره المحكمان المختاران أو الذي اختاره رئيس المحكمة رئيساً لهيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين. ويجيز القانون البحريني أن يكون الأجنبي أو المرأة عضواً أو رئيساً لهيئة التحكيم.

أما عن إجراءات التحكيم في مملكة البحرين:

قانون إجراءات التحكيم في القانون البحريني هو القانون الذي اختاره الأطراف واتفقوا عليه، وللأطراف حرية الاتفاق على إجراءات التحكيم التي يجب إتباعها أمام الهيئة التحكيمية أو لهم إخضاع هذه الإجراءات لنظام أي مركز تحكيمي أو حتى وضع إجراءات خاصة بالتحكيم من قبلهم.

وتخضع لغة التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy وذلك تماشياً مع قانون الأونسيترال، فقد نص القانون البحريني على أن لغة التحكيم هي اللغة التي يتفق عليها الطرفان، و للمحكمة التحكيمية أن تقرر ترجمة ما يقدم من مستندات أو مذكرات أو وثائق إلى اللغة أو اللغات المستخدمة في التحكيم.

أما عن التدابير المؤقتة والتحفظية Interim measures فقد حفظ القانون صراحة حق محكمة التحكيم في أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين، تدابير مؤقتة أو تحفظية، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، ونظم القانون أيضاً حق المحكمة التحكيمية في هذه الإجراءات كما كفل لمحكمة التحكيم إشتراط أن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير التي تأمر بها، وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، كان للمحكمة أن تأذن للطرف الآخر باتخاذ الإجراءات لتنفيذه.

وأجاز القانون البحريني لمحكمة التحكيم تعيين الخبراء بشأن مسائل معينة تحدها، وفي الغالب يكون تعيين الخبراء بناء على طلب أحد المحكمتين، ويكون تكليف الخبراء بتقديم تقرير في مسائل فنية أو حسابية لا تتوفر الخبرة بها لدى المحكمتين، وقد يكون تعيين الخبير بواسطة المحكمة القضائية أيضاً.

أما عن إنتهاء التحكيم فتنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها أو صدور أمر بإنهاء إجراء التحكيم سواء من المحكمتين أو من المحكمة القضائية، وكذلك ينتهي التحكيم إذا لم يصدر الحكم في المهلة القضائية أو التعاقدية إذا لم يتم تجديدها من المحكمتين، أو من المحكمة القضائية، وكذلك تنتهي إجراءات التحكيم، إذا اتفق الطرفان على إنهاؤها أو إذا ترك المدعي خصومة التحكيم ولم تقرر محكمة التحكيم الاستمرار فيها

بناءً على طلب المدعي لوجود مصلحة جديّة له في ذلك، أو إذا رأّت محكمة التحكيم عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو إستحالتها لأسباب تقدرها.

هيئة التحكيم وإجراءاته في القانون السعودي:

لم يحظر قانون التحكيم السعودي إمكانية أن يكون المحكم أجنبياً أو أن يكون امرأة وذلك سواء أكان المحكم أو المحكمة عضواً أو رئيساً لهيئة التحكيم. وتطلب القانون أن يكون المحكم كامل الأهلية أو أن يكون حسن السيرة والسلوك، وأن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها وذلك بحسب نص المادة الرابعة عشر التي عددت الشروط الواجب توافرها في المحكمين.

تطلب القانون السعودي أن يكون عدد الحكمين فردياً (وتراً) إذا تعددوا وإلا كان التحكيم باطلاً، وترك الحرية للأطراف في الاتفاق على عددهم، ولم يتدخل القانون في تنظيم ذلك إلا عند اختيارهم وكيفية هذا الاختيار ووقته، ولم يتدخل القانون في تنظيم ذلك إلا عند عجز الأطراف عن تسميتهم، فنص على أن يتبع الإجراءات الآتية:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد فيكون للمحكمة المختصة إختياره.

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكماً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتسليمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، وإذا لم يتفق المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المختصة اختياره بناءً على طلب من يهّمه التعجيل وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويكون للمحكم الذي إختاره المحكمان المعينان أو الذي إختارته المحكمة المختصة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين. يكون المحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي

اختاره رئيس المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

إذا لم يتفق طرفا التحكيم على إجراءات إختيار المحكمين أو خالفها أحد الطرفين، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم إتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن، تولت المحكمة المختصة - بناء على طلب من يهمله التعجيل - القيام بالإجراء، أو بالعمل المطلوب، ما لم ينص في الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

أما عن رد المحكمين فقد تبنى القانون السعودي ذات القواعد الواردة في القانون النموذجي للأونسيترال Model Law UNCITRAL والتي بموجبها لا يجوز رد المحكم من جانب الطرف الذي عينه إلا لسبب تبين بعد هذا التعيين (المادة 4/16)، كما قرر قانون التحكيم السعودي أنه لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوك جدية حول حيده أو إستقلاله، أو إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها طرفا التحكيم، وذلك بما لا يخل بما ورد في المادة الرابعة عشر من هذا النظام (المادة 3/16)

أما عن إجراءات التحكيم في القانون السعودي:

قانون إجراءات التحكيم في القانون السعودي هو القانون الذي اختاره الأطراف واتفقوا عليه، وللأطراف حرية الاتفاق على إجراءات التحكيم التي يجب إتباعها أمام الهيئة التحكيمية أو لهم إخضاع هذه الإجراءات لنظام أي مركز تحكيمي أو حتى وضع إجراءات خاصة بالتحكيم من قبلهم وذلك بشرط عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية (المادة 1/25) من القانون السعودي.

وتخضع لغة التحكيم كمبدأ عام لمبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy وذلك تماشياً مع قانون الأونسيترال، فقد نص القانون السعودي على أن الأصل أن لغة التحكيم هي اللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد المحكمة التحكيمية لغة أو لغات أخرى، ولكن للمحكمة التحكيمية أن تقرّر ترجمة ما يقدم من مستندات أو مذكرات أو وثائق إلى اللغة أو اللغات المستخدمة في التحكيم.

ونصت المادة (38) على أنه مع عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة الأصل أن تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، فإذا لم يتفق طرفا التحكيم، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. ونصت (المادة 2/38) على أنه إذا إتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح، جاز لها أن تحكم به وفق قواعد العدالة والإنصاف، وفي هذه الحالة يجب أن يصدر الحكم بالإجماع (المادة 4/39).

أما عن الأحكام الوقتية Interim measures فقد أكد القانون السعودي صراحة حق هيئة التحكيم في أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة، وذلك ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

ووفقاً للقواعد العامة يكون لمحكمة التحكيم تعيين الخبراء بشأن مسائل معينة تحددها، وفي الغالب يكون تعيين الخبراء بناء على طلب أحد المحكمتين، ويكون تكليف الخبراء بتقديم تقرير في مسائل فنية أو حسابية لا تتوفر الخبرة بها لدى المحكمتين.

ونصت المادة (40) من قانون التحكيم السعودي على وجوب صدور الحكم المنهي للخصومة خلال المدة التي اتفق عليها الطرفين، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهراً من بدء إجراءات التحكيم ويجوز لهيئة التحكيم تجديد الميعاد، على ألا تزيد فترة التحكيم على ستة أشهر إلا باتفاق الطرفين، فإذا لم يصدر الحكم خلال الميعاد جاز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة الأمر بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع.

أما عن إنتهاء التحكيم فتنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها أو صدور أمر بإنهاء إجراء التحكيم سواء من المحكمتين أو من المحكمة القضائية، وكذلك ينتهي التحكيم إذا لم يصدر الحكم في المهلة

القضائية أو التعاقدية إذا لم يتم تجديدها من المحكمين، أو من المحكمة القضائية، وكذلك تنتهي إجراءات التحكيم، إذا اتفق الطرفان على إنهاؤها أو إذا ترك المدعي خصومة التحكيم ولم تقرر محكمة التحكيم الاستمرار فيها بناء على طلب المدعي لوجود مصلحة جدية له في ذلك.

المبحث الثالث

أحكام المحكمين وتنفيذها بتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي

أحكام المحكمين وتنفيذها في دولة الكويت:

من المسائل ذات الأهمية الكبيرة في علم التحكيم الدولي نفاذ حكم التحكيم والذي لا ينفذ إلا بتوقيعه بإجماع أو أغلبية المحكمين سواء أكان التحكيم بالصلح أو بالقانون وهذا هو ما يأخذ به القانون الكويتي كقاعدة، هذا بالإضافة إلى وجوب أن يكون حكم التحكيم مكتوباً ومستوفياً ببياناته الجوهرية والتي بدونها قد يكون الحكم باطلاً، وأن يتضمن الحكم أسبابه على نحو واضح، وأن يشير إلى اتفاق التحكيم وملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم، ومكان صدوره وتوقيع المحكمين أو أغلبيتهم، ومستنداتهم والمنطوق. ويتعين أن يشير الحكم إلى مكان صدوره وتوقيع المحكمين أو أغلبيتهم، وأن يذكر فيه من رفض التوقيع منهم. فضلاً عن أن الحكم يتعين أن يشير إلى التاريخ وهو يعد من البيانات الجوهرية لصدور أي حكم.

واعتبر المشرع الكويتي أن حكم التحكيم يعتبر صادراً من تاريخ توقيع المحكمين عليه بعد كتابة أسبابه، ولذا فإن حكم التحكيم يعد له قوة الأمر المقضي من تاريخ التوقيع عليه. ويجب إيداع الأصل ولو كان الحكم تمهيدياً مع أصل الاتفاق على التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال العشرة أيام التالية لصدور الحكم المنهي للخصومة ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع.

وفيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم فتختلف الحالة حسب كون حكم التحكيم صادراً في الكويت أم خارجها، ففي حالة صدور الحكم التحكيمي في الكويت يكون تنفيذه بأن يصدر رئيس المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها أمراً بتنفيذ الحكم بناءً على طلب صاحب الشأن، وذلك بعد الإطلاع على الحكم واتفاق التحكيم والتأكد من إنتفاء موانع التنفيذ، ويتم وضع أمر التنفيذ على أصل الحكم، وليس لرئيس المحكمة التصدي لأصل النزاع، بل يكون له إما إعطاء

الصيغة التنفيذية أو حجبها عن الحكم، أما في حالة رفع دعوى بطلب إبطال حكم المحكمين، فلا يتم وقف التنفيذ بقوة القانون، وإنما للمحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه إذا وجدت أنه يخشى من تنفيذه وقوع ضرر جسيم وكانت أسباب البطلان مما يرجح معها القضاء ببطلان الحكم التحكيمي.

وقد أجاز القانون للمحكمة عند الأمر بوقف التنفيذ، أن توجب تقديم كفالة لصياغة حق الطرف طالب التنفيذ، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتي يطبق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل على أحكام المحكمين، وعليه فإن أحكام المحكمين تصبح نافذة حتى ولو كانت قابلة للاستئناف.

أما في حالة صدور حكم التحكيم خارج الكويت (حكم أجنبي) فإنه يعتبر الحكم التحكيمي الصادر خارج الكويت حكم تحكيمي أجنبي ولو كان أطرافه من الكويتيين أو كان القانون الكويتي هو المطبق على النزاع، ويجوز تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي في الكويت وفقاً لنصوص اتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي إنضمت إليها الكويت عام 1978⁽¹⁾.

وحرى بالإشارة أن الكويت إنضمت إلى معاهدة واشنطن والمتعلقة بالتحكيم لدى مركز حسم منازعات الإستثمار التابع للبنك الدولي (الإكسيد) للتحكيم عام 1979، ويشترط القانون الكويتي بصفة عامة أن يتم تنفيذ أحكام المحكمين وفقاً لأحكام قانون المرافعات، وأن لا تتضمن أحكام المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة حتى يمكن تنفيذها، وأن يكون حكم التحكيم صادراً في مسألة يجوز التحكيم فيها وذلك وفقاً للقانون الكويتي، وأن يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه.

طرق الطعن في حكم التحكيم في القانون الكويتي:

يكون الطعن على حكم التحكيم إما بالتماس إعادة النظر أو الإستئناف أو برفع دعوى ببطلان حكم التحكيم.

1- راجع موقع مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي فيما يتعلق بإنضمام دول المجلس لاتفاقية نيويورك 1958 <http://www.gccac.org/ar/centre-s-rules/related-gulf-agreements>

أ- التماس إعادة النظر في حكم التحكيم:

أجاز قانون المرافعات الكويتي التماس إعادة النظر في حكم المحكمين وأحالت المادة (186) منه إلى المادة (148) في صدد الحالات التي يجوز فيها التماس إعادة النظر وهي:

إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.

إذا كان الحكم بني على أوراق حصل بعد صدوره إقرار بتزويرها أو قضي بتزويرها أو بني على شهادة شاهد قضي أنها مزورة.

إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.

إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض.

إذا صدر حكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

ونصت المادة رقم (149) من قانون المرافعات الكويتي على أن ميعاد التماس ثلاثون يوماً. ولا يبدأ في الحالات المنصوص عليها في الفقرات (أ) و (ب) و (ج) من المادة السابقة إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش، أو الذي تم فيه الإقرار بالتزوير أو حكم بثبوته أو حكم فيه على شاهد الزور، أو الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة. ويبدأ الميعاد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة (و) من اليوم الذي يعلن فيه الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلاً صحيحاً.

ب- استئناف حكم المحكمين:

ويخضع استئناف حكم المحكمين لاتفاق الأطراف في عقد التحكيم، ويتفقون على جواز الاستئناف، أي أنه لا يجوز استئناف حكم المحكمين إلا عند اتفاق الأطراف، وفي الحالة الأخيرة يخضع الحكم للقواعد المقررة للاستئناف وهي ثلاثون يوماً من تاريخ إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة المختصة. وحي بالإشارة أنه لا يجوز الاستئناف إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح.

ج- دعوى بطلان حكم التحكيم:

يجوز لكل ذي شأن يطلب بطلان التحكيم الصادر نهائياً وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الحكم، وترفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وبالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، وذلك وفق ما تقرره المادتان (186-187) من قانون المرافعات، وذلك على خلاف حالة إلتماس إعادة النظر والتي بينا سلفاً ضوابطه ومواعيده.

وأسباب البطلان هي:

1 - أن يكون حكم التحكيم قد صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل، أو سقط بإنتهاء ميعاده.

2 - إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.

3 - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

ولا يتوقف على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم بقوة القانون، وللمحكمة التي تنظر الدعوى أن تأمر بوقف التنفيذ بناء على طلب المدعي إذا توافر شرطان:

الأول: أن يتضح من ظاهر الأوراق أن تنفيذ الحكم قد يتسبب في ضرر جسيم للمدعي.

الثاني: أن يقوم الدليل من ظاهر الأوراق على ترجيح القضاء ببطلان الحكم.

وإذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم فتقوم بالتصدي لأصل النزاع والفصل فيه.

ويرى البعض أن نظام التحكيم في الكويت له العديد من المثالب سواء التحكيم القضائي لوزارة العدل الصادر بالقانون رقم 11 لسنة 1995 أو التحكيم الاختياري. فبالنسبة إلى القانون 11 لسنة 1995 فقد توسع في تشكيل هيئة التحكيم من العناصر القضائية حيث تشكل هيئة التحكيم من خمسة محكمين ثلاثة منهم رجال قضاء يصدر بتعيينهم قرار من المجلس الأعلى للقضاء،

واثنين من المحكمة العادية يختار كل طرف من أطراف النزاع أحدهما. ويرى أنصار هذا الرأي أنه يجعل المحكّمين غير أحرار في اختيار المحكّمين مما يتناهى وسلطان الإرادة التي يقوم عليها التحكيم أساساً حيث أنه يجب أن يكون للمحكّمين الحرية في اختيار هيئة تحكيم تمثل مصالحهم، هذا مع الخشية من تبني القضاة اتجاهات قضائية محددة وموافقة مع ما أصدره من أحكام.

ويأخذ هذا النوع من التحكيم بفكرة التحكيم الإلزامي من خلال اعتبارهم هيئة التحكيم القضائية مختصة اختصاصاً سالياً لاختصاص أية جهة أخرى. ونحن لا نتفق مع هذا الرأي في مجمله ومطلقه حيث أن الإستعانة بالعناصر القضائية على النحو المبين سلفاً وإن كان يضيق بقدر كبير من مبدأ سلطان الإرادة وهو أمر غير مستحب في نظرنا إلا أنه لا يخفي ما للعناصر القضائية - وفي أحيان كثيرة - من خبرات تراكمية كبيرة بحيث تشكل في الأغلب الأعم من الأحيان إثراءً لعملية التحكيم.

وصفوة القول أننا وإن كنا دوماً نغلب مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم بكل أنواعه وكيفه إلا أن النقد الذي ينبغي أن يوجه في هذا السياق ليس للإستعانة بالعناصر القضائية - وهو ما لا نتفق معه - وإنما يوجه النقد إلى محاولة إهدار مبدأ سلطان الإرادة والنيل منه وهو أساس عملية التحكيم الذي تستمد منه وجودها حيث أنه وفي كثير من الأحيان يستعين الأطراف بعناصر قضائية كمحكّمين اثبتت كفاءتها على مدى العقود في العملية التحكيمية.

أحكام المحكّمين وتنفيذها في دولة الإمارات العربية المتحدة :

إشترط القانون الإماراتي أن يكون الحكم التحكيمي مكتوباً وأن يشتمل على صورة من اتفاق التحكيم وملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم وأن يكون مسبباً، وأن يشتمل على بيان المنطوق وأن يكون مدوناً فيه تاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه، وأن يوقعه المحكّمين، وأن يصدر بالأغلبية وهو ما يقطع بأن الحكم الصادر بالإجماع يكون سليماً طالما إكتفى المشرع بصحة الحكم الصادر بالأغلبية. ويعتبر الحكم صادراً من تاريخ توقيعه من المحكّمين لا من تاريخ إيداعه والمصادقة عليه.

ويجوز للمحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً للمادة (214) من قانون المرافعات الإتحادي عند نظرها إعطاء الحكم صيغة التنفيذ أن تعيده للمحكّمين للنظر فيما قد يكونوا أغفلوا الفصل فيه من مسائل التحكيم أو لتوضيح الحكم إذا كان مبهماً بدرجة لا يمكن معها تنفيذه.

وفيما يتعلق بالصيغة التنفيذية لحكم التحكيم تقوم المحكمة القضائية بالمصادقة على الحكم التحكيمي بعد الإطلاع عليه دون أن تجد فيه ما يقتضي إعادة النظر، أو بعد إرجاعه للمحكّمين لتصحيحه، وفي كلتا الحالتين لا يتم إعطاء الصيغة التنفيذية إلا بعد إطلاع المحكمة على وثيقة التحكيم والتثبت من عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام، وتطبيق قواعد النفاذ المعجل على أحكام المحكّمين في الإمارات.

هذا وقد انضمت دولة الإمارات العربية المتحدة إلى معاهدة نيويورك 1958 لتنفيذ أحكام المحكّمين عام 2006⁽¹⁾.

وإشترط القانون في المادة (217) من قانون المرافعات الإماراتي عدة أسباب لبطلان حكم التحكيم وهي:

أ- أن يكون الحكم قد صدر بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز زمنها أو إذا خرج المحكّم عن حدود الوثيقة.

ب- إذا صدر الحكم من محكّمين لم يعينوا وفقاً للقانون، إذا صدر من بعض المحكّمين ولم يكونوا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين، إذا صدر بناء على اتفاق تحكيمي لاحق للنزاع لم يحدد فيه موضوع النزاع، إذا أصدر اتفاق التحكيم شخص ليس له الأهلية المطلوبة، أو صدر الحكم من محكّم لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة.

أو إذا بطل إجراء من إجراءات التحكيم وكان لهذا البطلان أثره على التحكيم⁽²⁾.

1- راجع موقع مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي فيما يتعلق بإنضمام دول المجلس لإتفاقية نيويورك 1958 <http://www.gccac.org/ar/centre-s-rules/related-gulf-agreements>

2- أنظر: السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة، 2010، دار النهضة العربية، ص 130.

أحكام المحكمين وتنفيذها في سلطنة عمان :

فرق المشرع العماني بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، ففي التحكيم بالقانون تطبق محكمة التحكيم القواعد التي تم الاتفاق عليها بين الأطراف، ويفضل اختيار هذه القواعد عند الاتفاق على التحكيم، بل الزم القانون المحكمة التحكيمية مع مراعاة القانون وجوب مراعاة الأعراف التجارية في نوع المعاملة التي يصدرها النزاع. أما في حالة التحكيم بالصلح فيشترط القانون أن يتم الاتفاق عليه صراحة من جانب الأطراف إذ أنه يعد بمثابة استثناء تطبق فيه هيئة التحكيم قواعد العدالة والإنصاف، ولا تتقيد بأحكام القانون، والقانون العماني في هذا أيضاً يعد موافقاً للقانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التحكيم.

ويجيز القانون العماني أنه يصدر حكم محكمة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء.

وأوجبت المادة (23) من القانون العماني أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم ونص اتفاق التحكيم، وملخص بطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخه ومكان إصداره، ويجب أن يكون الحكم مسبباً إلا إذا اتفق أطراف التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط تسبب حكم التحكيم، ويجب أن يصدر الحكم كتابة وموقع من المحكمين على النحو المتقدم. وقد نصت المادة (55) من قانون التحكيم العماني على أن الحكم الصادر طبقاً لهذا القانون يحوز حجية الأمر المقضي ويكون واجب النفاذ.

ويختلف تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي عنه في التحكيم الدولي، ففي التحكيم الدولي يتم إعطاء الحكم الصيغة التنفيذية من رئيس المحكمة التي تم إيداعه بها بناء على طلب بذلك يرفق به أصل الحكم وصورة من اتفاق التحكيم، وترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية إن كان التحكيم بلغة أجنبية ما لم يكن الحكم صادراً بها، صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم لدى قلم كتاب المحكمة التجارية إن كان تحكيمياً داخلياً ولدى محكمة الاستئناف إن كان تحكيمياً تجارياً دولياً.

ويشترط أن تكون مدة ثلاثة أشهر قد إنقضت على تاريخ إصدار الحكم وهو ميعاد إنتضاء دعوى بطلان الحكم ويجب على رئيس المحكمة التحقق من أن الحكم التحكيمي لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم العمانية ، وأنه لا يتضمن ما يخالف لنظام العام ، وأنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً.

أما تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر خارج سلطنة عمان فإنه يعد بمثابة حكم أجنبي ويسري عليه مرسوم سلطاني خاص رقم 13/1997 بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في دولة أجنبية ولا تسري عليه أحكام التحكيم في القانون العماني، وعليه فإنه يجب أن يقدم الأمر بالتنفيذ بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويتطلب أن تتوافر لحكم التحكيم ذات القواعد التي يجب أن تتوافر لتنفيذ أي حكم قضائي أجنبي وهي قواعد من أهمها، أن تكون محاكم السلطنة غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم، وأن يكون صادراً من جهة قضائية مختصة بها وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي وفقاً لقانون الدولة التي أصدرته، وأن يكون نهائياً وفقاً لذلك القانون، ولم يصدر بناءً على غش، وأن يكون الخصوم قد مثلوا تمثيلاً صحيحاً، وأن يكون الحكم غير متضمناً لإخلال بأي من القوانين المعمول بها في سلطنة عمان، وأن لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالسلطنة، ولا ينطوي على ما يخالف النظام العام أو الآداب بها وأن الدولة التي صدر فيها الحكم المراد تنفيذه تعامل سلطنة عمان بالمثل.

وبالنسبة للطعن على حكم التحكيم بسلطنة عمان فقد نص قانون التحكيم العماني في المادة (53) على الأصل العام وهو أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المقررة قانوناً.

ومع ذلك يجوز رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم، التي تتميز بأنها تتوجه إلى التحكيم كعمل قانوني بصرف النظر عن الأخطاء في التقدير التي يكون الحكم قد وقع فيها، ولذا فإن العيوب التي يجوز التمسك بها في هذه الدعوى يجب أن تكون مبنية على أخطاء في الإجراءات فقط، ولا يجوز رفع دعوى البطلان

استناداً إلى غير ذلك من العيوب، فحكم التحكيم يعد عملاً قضائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي ولا يجوز المساس بحجتيه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون تحديداً، وقد أورد القانون في المادة (53) منه هذه الحالات على سبيل الحصر وهي، عدم وجود اتفاق تحكيم، أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط مدته، أو كان أحد أطراف الاتفاق فاقد الأهلية، أو تعذر على أحد أطراف التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً، أو بتعيين محكم على خلاف اتفاق وإجراءات التحكيم، وإذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف، وتم تشكيل محكمة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف، أو إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود الاتفاق التحكيم، أو إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم، أو إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام والآداب في السلطنة فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم.

أما عن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان فتختلف حسب نوع التحكيم فإذا كان التحكيم تجارياً دولياً كانت محكمة الاستئناف هي المختصة وإن كان التحكيم داخلياً اختصت به المحكمة الابتدائية.

أما ميعاد رفع دعوى البطلان بحسب نص المادة (54) من قانون التحكيم العماني فهو تسعين يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه.

أحكام المحكمين وتنفيذها في المملكة العربية السعودية :

فرق المشرع السعودي في المادة (38) من قانون التحكيم بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، ففي التحكيم بالقانون تطبق محكمة التحكيم القواعد التي تم الاتفاق عليها بين الأطراف، ويفضل اختيار هذه القواعد عند الاتفاق على التحكيم، بل ألزم القانون المحكمة التحكيمية مع مراعاة القانون وجوب مراعاة الأعراف التجارية في نوع المعاملة التي يحسمها النزاع. أما في حالة التحكيم بالصلح فيشترط القانون أن يتم الاتفاق عليه صراحة من جانب الأطراف إذ أنه يعد بمثابة استثناء تطبق فيه هيئة التحكيم قواعد العدالة والإنصاف، ولا

تتقيد بأحكام. وقد تطلب القانون السعودي صراحة في المادة (4/39) أنه إذا كانت هيئة التحكيم مفوضة بالصلح وجب أن يصدر الحكم به بالإجماع ولا تكفي الأغلبية لصدور الحكم في هذه الحالة.

ويجيز القانون السعودي - كأصل عام - أن يصدر حكم محكمة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء.

وأوجبت المادة (42) من القانون السعودي أن يشتمل حكم التحكيم على أسبابه وعلى تاريخ النطق به ومكان إصداره، وأسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وملخص اتفاق التحكيم، وملخص لأقوال وطلبات الخصوم ومرافعتهم ومستنداتهم وملخص تقرير الخبرة - أن وجد - ومنطوق الحكم، ويجب أن يكون الحكم مسبباً. ويجب أن يصدر الحكم كتابة وموقع من المحكمين على النحو المتقدم. وحظرت المادة (2/43) نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة طريف التحكيم كتابة.

أما فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم بالمملكة العربية السعودية فإن المادة (53) من قانون التحكيم السعودي نصت على أن تصدر المحكمة المختصة أو من تتدبه أمراً بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به أصل الحكم أو صورة مصدقة منه، وصورة طبق الأصل من اتفاق التحكيم، وترجمة لحكم التحكيم إلى اللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أخرى، وما يدل على إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة وفقاً للمادة الرابعة والأربعين من هذا النظام (قانون التحكيم السعودي).

أما تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر خارج المملكة العربية السعودية فإنه يعد بمثابة حكم أجنبي وتسري عليه القواعد العامة في شأن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية، لا سيما وأن المملكة العربية السعودية صدقت على معاهدة نيويورك 1958 في شأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ويتطلب أن تتوافر لحكم التحكيم ذات القواعد العامة التي يجب أن تتوافر لتنفيذ أي حكم قضائي أجنبي وهي قواعد من أهمها، أن تكون محاكم المملكة العربية السعودية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم، وأن يكون صادراً من جهة قضائية

مختصة بها وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي وفقاً لقانون الدولة التي أصدرته، وأن يكون نهائياً وفقاً لذلك القانون، ولم يصدر بناءً على غش، وأن يكون الخصوم قد مثلوا تمثيلاً صحيحاً، وأن يكون الحكم غير متضمناً لإخلال بأي من القوانين المعمول بها في المملكة العربية السعودية، وأن لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالسعودية، ولا ينطوي على ما يخالف الشريعة الإسلامية بها أو ما يخالف النظام العام أو الآداب بها وأن الدولة التي صدر فيها الحكم المراد تنفيذه تعامل المملكة العربية السعودية بالمثل. ويخضع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بالمملكة العربية السعودية إلى صدور أمر تنفيذ من ديوان المظالم وذلك بعد تقديم طلب إلى ديوان المظالم مرفقاً به الحكم التحكيمي المستوفي للشروط الواردة بالقانون واللائحة، ويصدر ديوان المظالم - بعد التحقق من توافر الشروط - الصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم.

وبالنسبة للطعن على حكم التحكيم بالمملكة العربية السعودية فقد نص قانون التحكيم في المادة (49) على الأصل العام وهو أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لإحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المقررة قانوناً. ومع ذلك يجوز رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم. وقد حددت المادة الخمسون من القانون الحالات الحصرية التي يجوز فيها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، ولا يجوز رفع دعوى البطلان استناداً إلى غير ذلك من العيوب، فحكم التحكيم يعد عملاً قضائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي ولا يجوز المساس بحجيته إلا في الأحوال التي نص عليها القانون تحديداً.

وقد أورد القانون السعودي في المادة (50) منه هذه الحالات على سبيل الحصر وهي، عدم وجود اتفاق تحكيم، أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط مدته، أو كان أحد أطراف الاتفاق فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، أو تعذر على أحد أطراف التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً، أو بتعيين محكم على خلاف اتفاق وإجراءات التحكيم، وإذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف، وتم تشكيل محكمة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الأطراف، أو إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود إتفاق التحكيم، أو إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات

التحكيم باطله بطلاناً أثر في الحكم، أو إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام في المملكة العربية السعودية أو كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم.

وحدد القانون السعودي ميعاد رفع دعوى البطلان بحسب نص المادة (51) من قانون التحكيم السعودي فهو الستين يوماً التالية والتي تبدأ من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم ضده. هذا ولا يحول تنازل مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم دون قبول الدعوى.

أحكام المحكمين وتنفيذها في مملكة البحرين:

ويجيز القانون البحريني أنه يصدر حكم محكمة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء. وأوجب القانون البحريني في مادته رقم (31) أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم ونص اتفاق التحكيم، وملخص بطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخه ومكان إصداره، والأصل أن يكون الحكم مسبباً إلا إذا اتفق أطراف التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط تسبب حكم التحكيم، ويجب أن يصدر الحكم كتابة وموقع من المحكمين على النحو المتقدم.

ويشترط أن تكون مدة ثلاثة أشهر قد انقضت على تاريخ إصدار الحكم وهو ميعاد إنقضاء دعوى بطلان الحكم ويجب على رئيس المحكمة التحقق من أن الحكم التحكيمي لا يتضمن ما يخالف النظام العام، وأنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً.

أما تنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج مملكة البحرين فإنه يعد بمثابة حكم أجنبي وحرى بالإشارة في هذا المقام أن مملكة البحرين قد إنضمت إلى معاهدة نيويورك في شأن تنفيذ والإعتراف بأحكام المحكمين 1958 .

وبالنسبة للطعن على حكم التحكيم بمملكة البحرين فقد نص قانون التحكيم البحريني في المادة (34) منه على الأصل العام وهو أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن

المقررة قانوناً لدى المحاكم، ومع ذلك يجوز رفع دعوى ببطالان حكم التحكيم، التي تتميز بأنها تتوجه إلى التحكيم كعمل قانوني بصرف النظر عن الأخطاء في التقدير التي يكون الحكم قد وقع فيها، ولذا فإن العيوب التي يجوز التمسك بها في هذه الدعوى يجب أن تكون مبنية على أخطاء في الإجراءات فقط، ولا يجوز رفع دعوى البطلان استناداً إلى غير ذلك من العيوب، فحكم التحكيم يعد عملاً قضائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي ولا يجوز المساس بحجتيه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون تحديداً، وقد أورد القانون في المادة (34) منه هذه الحالات على سبيل الحصر وهي، عدم وجود اتفاق تحكيم، أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط مدته، أو كان أحد أطراف الاتفاق فاقد الأهلية، أو تعذر على أحد أطراف التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً، أو بتعيين محكم على خلاف اتفاق وإجراءات التحكيم، أو تم تشكيل محكمة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف، أو إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود الاتفاق التحكيم، أو إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم، أو إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام والآداب في مملكة البحرين فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم. أما عن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان فهي المحكمة المسماة في المادة (6) من القانون وهي المحكمة الكبرى المدنية.

أما ميعاد رفع دعوى البطلان بحسب نص المادة (34) من قانون التحكيم البحريني فهو ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه.

أحكام المحكمين وتنفيذها في دولة قطر: الوضع في قانون التحكيم القطري 2017:

جاء الفصل الخامس من قانون التحكيم القطري الجديد معنوناً بعنوان حكم التحكيم وإنهاء الإجراءات حيث نصت المادة (28) منه على القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم الدولي فنصت على أن:

1. تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف، وإذا اتفقوا على تطبيق قانون أو نظام قانوني لدولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك.

2. إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق، طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين.

3. لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مبادئ العدالة والإنصاف، دون التقيد بأحكام القانون، إلا إذا أجاز لها الأطراف ذلك صراحة.

4. في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقاً لشروط العقد، وتأخذ في اعتبارها الأعراف والعادات التجارية المتبعة في ذلك النوع من المعاملات.

أما عن إصدار حكم التحكيم فقد نصت المادة (29) على أن تصدر قرارات وأوامر وأحكام هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد، بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده الهيئة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، على أنه يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الأطراف أو جميع أعضاء هيئة التحكيم. وتضمنت المادة (30) من قانون التحكيم القطري حكماً تشريعياً جديداً يعد بمثابة اتجاه جديد للتسوية الودية الإتفاقية وهو حكم التحكيم الإتفاقي حيث نصت على أن:

1. إذا اتفق الأطراف، خلال إجراءات التحكيم، على تسوية النزاع بينهم، أنهت هيئة التحكيم الإجراءات، وإذا طلب منها الأطراف إثبات التسوية وشروطها ولم يكن لدى هيئة التحكيم اعتراض عليها، تثبت الهيئة التسوية في صورة حكم تحكيم اتفاقي.

2. تسري على حكم التحكيم الاتفاقي ذات الأحكام الخاصة بحكم التحكيم المنصوص عليها في المادة التالية، ويجب أن ينص فيه على أنه حكم تحكيم، ويكون لهذا الحكم ما لأحكام المحكمين من صفة وأثر وقوة تنفيذية.

وإشترطت المادة (31) من ذات القانون وجوب أن يصدر حكم التحكيم كتابة، ويوقعه المحكم أو المحكمون، وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد يُكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين، بشرط أن يُثبت في الحكم سبب عدم توقيع باقي المحكمين.

وأوجب ذات المادة أن يكون حكم التحكيم مسبباً، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، أو كانت القواعد القانونية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم لا تشترط ذكر الأسباب، أو إذا كان حكم التحكيم اتفاقياً وفقاً للمادة السابقة من هذا القانون.

وقررت المادة أنه يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الأطراف وعناوينهم، وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، ونسخة من اتفاق التحكيم، وتاريخ صدور الحكم، ومكان التحكيم وفقاً لما هو محدد في المادة (20/ بند 1) من هذا القانون، ويعتبر حكم التحكيم قد صدر في ذلك المكان كما يتعين أن يشتمل الحكم على ملخص لطلبات الأطراف وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً.

وأضافت المادة (31) من القانون ذاته أنه يتعين أن يتضمن الحكم، مقدار تكاليف التحكيم من أتعاب ومصاريف، والطرف الملزم بسدادها وإجراءات السداد، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وقررت أنه يتعين على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد المتفق عليه بين الأطراف، فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم

خلال شهر من تاريخ قفل باب المرافعة، وفي جميع الأحوال، يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد هذا الميعاد لفترة لا تزيد على شهر آخر، ما لم يتفق أو يوافق الأطراف على خلاف ذلك.

واضافت المادة نفسها حكماً آخر يتعلق بجواز أن تقوم هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف، بإعادة فتح باب المرافعة قبل صدور حكم التحكيم، إذا رأت وجهاً لذلك.

وإذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، فلهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع، إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو الفعل الجنائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم.

وبعد صدور حكم التحكيم، يُسلم إلى كل طرف نسخة موقعة من المحكمين وفقاً للبند (1) من هذه المادة، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره. ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة الأطراف وهو ذات الحكم الوارد بتشريعات التحكيم السعودي والعماني.

وأضاف قانون التحكيم القطري في مادته رقم (31) أن تنتهي إجراءات التحكيم بصدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها أو بموجب قرار صادر عن هيئة التحكيم في الأحوال التالية:

أ. إذا اتفق الأطراف على إنهاء الإجراءات.

ب. إذا ترك المدعي خصومة التحكيم، ما لم تقرر الهيئة بناءً على طلب المدعى عليه، أن له مصلحة جديدة ومشروعة في استمرار الإجراءات حتى يُفصل في النزاع.

ج. إذا تبين للهيئة أن استمرار الإجراءات أصبح غير مجد أو مستحيلاً لأي سبب آخر.

وفي كل الأحوال تنتهي ولاية هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم وذلك مع مراعاة أحكام المادتين (32) و(33/ بند 5) من هذا القانون.

وقد نصت المادة (32) من قانون التحكيم القطري على أنه:

1. ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لأي من الأطراف، خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم حكم التحكيم، أو المدة التي يتفق عليها الأطراف، بشرط إعلان باقي الأطراف، أن يطلب من هيئة التحكيم:

أ. تصحيح ما يكون قد وقع في حكم التحكيم من أخطاء مادية حسابية أو كتابية.

ب. تفسير نقطة معينة في حكم التحكيم أو جزء معين منه، وذلك إذا كان الأطراف قد اتفقوا على ذلك.

وإذا رأت هيئة التحكيم أن للطلب ما يبرره، قامت بإجراء التصحيح كتابة أو إصدار حكم بالتفسير، خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم الطلب، ويعتبر التفسير أو التصحيح جزءاً من حكم التحكيم النهائي.

2. يجوز لهيئة التحكيم، بشرط إعلان الأطراف، أن تصحح من تلقاء نفسها، أي خطأ من الأخطاء المشار إليها في البند (1/أ) من هذه المادة، خلال سبعة أيام من تاريخ صدور حكم التحكيم.

3. ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لأي من الأطراف، بشرط إعلان باقي الأطراف، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمه حكم التحكيم أن تصدر حكم تحكيم إضافي في الطلبات التي قدمت خلال إجراءات التحكيم والتي أغفلها حكم التحكيم، وإذا رأت هيئة التحكيم أن لهذا الطلب ما يبرره وجب عليها أن تصدر حكم التحكيم الإضافي خلال سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب.

4. يجوز لهيئة التحكيم، إذا اقتضى الأمر، أن تمد الفترة التي يجب عليها خلالها تصحيح حكم التحكيم أو إصدار تفسير له أو إصدار حكم التحكيم الإضافي، لمدة مماثلة للمدة الأصلية.

5. يدون التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقع من هيئة التحكيم، وتسري ذات الأحكام الخاصة بحكم التحكيم المنصوص عليها في المادة (31) من هذا القانون على تفسير حكم التحكيم وحكم التحكيم الإضافي، ويُعلن باقي الأطراف بصدورها.

6. يجوز في حالة ثبوت استحالة إنعقاد هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم للنظر في طلب التصحيح أو التفسير أو الحكم في الطلبات المغفلة، رفع الأمر إلى المحكمة المختصة للبت فيه، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وجاء الفصل السادس معنوناً بعنوان الطعن في حكم التحكيم حيث نصت المادة (33) على أنه كمبدأ عام لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، إلا بطريق الطعن بالبطلان، وفقاً لأحكام هذا القانون، أمام المحكمة المختصة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة (33) من قانون التحكيم القطري على أنه لا تُقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا قدم طالب البطلان دليلاً يثبت أياً من الحالات التالية:

أ. إن أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرامه كان فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، أو إن اتفاق التحكيم غير صحيح، وفقاً للقانون الذي اتفق الأطراف على أن يسري على هذا الاتفاق، أو وفقاً لهذا القانون إذا لم يتفقوا على ذلك.

ب. إن طالب الإبطال لم يُعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم، أو تعذر على طالب الإبطال تقديم دفاعه لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

ج. إن حكم التحكيم قد فصل في أمور لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة فقط.

د. أن تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين أو إجراءات التحكيم، قد تم بالمخالفة لما اتفق عليه الأطراف وذلك ما لم يكن الاتفاق متعارضاً مع أحد أحكام هذا القانون مما لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، أو في حالة عدم وجود اتفاق أن يكون ذلك قد تم على وجه مخالف لهذا القانون.

وتقضي المحكمة المختصة ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها، إذا كان موضوع النزاع مما لا يجوز الاتفاق على الفصل فيه عن طريق التحكيم وفقاً لقانون الدولة، أو إذا كان حكم التحكيم يخالف النظام العام للدولة.

وتُرفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة خلال شهر من تاريخ تسليم الأطراف نسخة الحكم أو من تاريخ إعلان طالب الإبطال بحكم التحكيم أو صدور قرار التصحيح أو حكم التفسير أو التحكيم الإضافي المنصوص في المادة (32) من هذا القانون، وذلك ما لم يتفق الأطراف كتابة على تمديد ميعاد رفع دعوى البطلان.

وقررت المادة (33) من قانون التحكيم القطري أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز للمحكمة المختصة أن توقف إجراءات نظر الدعوى، بناءً على طلب من أحد الأطراف، إذا وجدت ذلك ملائماً، وذلك للمدة التي تحددها، من أجل منح هيئة التحكيم الفرصة لاستكمال إجراءات التحكيم أو لاتخاذ أي إجراء آخر ترى هيئة التحكيم أن من شأنه إزالة أسباب البطلان. وازدادت المادة (33) سالفة الذكر أنه يكون حكم المحكمة المختصة نهائياً وغير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

وتناول الفصل السابع من قانون التحكيم القطري الجديد الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها حيث نصت المادة (34) منه على أن تحوز أحكام المحكمين حجية الأمر المقضي به، وتكون واجبة النفاذ، وفقاً لأحكام هذا القانون، بصرف النظر عن الدولة التي صدرت فيها. كما نصت على أن يُقدم طلب تنفيذ الحكم كتابةً إلى القاضي المختص مرفقاً به صورة من اتفاق التحكيم وأصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، وترجمة الحكم إلى اللغة العربية من جهة معتمدة، إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك ما لم يتفق الأطراف على

وسيلة بديلة لتنفيذ الحكم. ولا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم، إلا بعد إنقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان هذا الحكم.

وقررت المادة (35) مبدأ مهماً يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في قطر حيث نصت على أنه لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه، بصرف النظر عن الدولة التي صدر فيها، إلا في الحالتين التاليتين:

1. بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده، إذا قدم هذا الطرف إلى القاضي المختص، الذي قدم إليه طلب الاعتراف أو التنفيذ، دليلاً يثبت إحدى الحالات التالية:

أ. إن أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرامه كان فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، أو إن اتفاق التحكيم غير صحيح، وفقاً للقانون الذي اتفق الأطراف على أن يسري على الاتفاق، أو وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم إذا لم يتفقوا على ذلك.

ب. إن الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم، أو تعذر عليه تقديم دفاعه لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

ج. إن حكم التحكيم قد فصل في أمور لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا امكن فصل أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، يجوز الاعتراف أو تنفيذ أجزاء حكم التحكيم التي فصلت في الأمور التي يشملها اتفاق التحكيم أو لم تجاوز هذا الاتفاق.

د. إن تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين أو إجراءات التحكيم، قد تم بالمخالفة للقانون أو لاتفاق الأطراف، أو في حالة عدم وجود اتفاق أن يكون ذلك قد تم على وجه مخالف لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم.

هـ. إن حكم التحكيم لم يعد ملزماً للأطراف، أو قد تم إبطاله أو إيقاف تنفيذه من قبل إحدى محاكم الدولة التي صدر فيها ذلك الحكم أو وفقاً لقانونها.

2- إن يرفض القاضي المختص الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم من تلقاء نفسه في الحالتين التاليتين:

أ- إذا كان موضوع النزاع مما لا يجوز الاتفاق على الفصل فيه عن طريق التحكيم وفقاً لقانون الدولة.

ب- إذا كان الاعتراف بالحكم أو تنفيذه يتعارض مع النظام العام للدولة.

وإذا تبين للقاضي المختص أن حكم التحكيم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه مطعون عليه بالبطلان أمام المحكمة في الدولة التي صدر فيها، يجوز له تأجيل الأمر بالتنفيذ بحسب ما يراه مناسباً، ويجوز له بناءً على طلب طالب الاعتراف أو التنفيذ أن يأمر الطرف الآخر بتقديم الضمان الذي يراه مناسباً.

3- يجوز التظلم من الأمر الصادر برفض تنفيذ حكم التحكيم أو بتنفيذه أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر.

المبحث الرابع

قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي⁽¹⁾

الإتفاق على التحكيم في قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي:

نصت المادة الثانية من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون على أنه الإتفاق على التحكيم وفقاً لأحكام هذه اللائحة أمام المركز يمنع من عرض النزاع أمام أي جهة أخرى أو الطعن لديها بحكم هيئة التحكيم. ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه في حالة اللجوء إلى التحكيم يقترح أن تضمن الصيغة التالية في إتفاق التحكيم:

« جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.»

ونصت المادة الثالثة على أنه تفترض صحة جميع الإتفاقات والمشاركات المقدمة للتحكيم أمام المركز ما لم يقيم الدليل على عدم صحتها.

ويتضح من قواعد المركز الطبيعة الإختيارية للتحكيم حيث تسمح القواعد لمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية بين الأطراف أن يظهر وأن يكون حاكماً حيث أن إختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم هو الأساس. ويتضح من قواعد المركز الطبيعة الاختيارية للتحكيم، وإختيار الأطراف ومبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy هو اساس اللجوء إلى التحكيم. ولعل إختصاص المركز بنظر الدعوى التحكيمية يمنع أية جهة أخرى من نظر الدعوى التحكيمية سواء كانت جهة قضائية أم جهة تحكيمية أخرى.

1- لمزيد من التفصيل حول المركز وإطاره المؤسسي، وإختصاصه، وخصوصية التحكيم وفقاً لقواعده، وحكم التحكيم الصادر عنه راجع من إصدارات المركز المؤلف القيم: د. محمد حسن بشايرة، تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، من إصدارات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، ص 172.

إجراءات التحكيم بقواعد المركز وتشكيل هيئة التحكيم:

ونصت المادة الرابعة على أن يجري التحكيم أمام المركز ووفقاً لهذه اللائحة ما لم يرد نص مغاير في إتفاق التحكيم، ويجوز للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام المركز، على ألا تؤثر على صلاحيات المركز أو هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة.

ولقد كفلت قواعد المركز حقوق الدفاع للأطراف المتنازعة، كما كفلت لهم مبدأ المساواة لدى هيئة التحكيم حيث نصت المادة الخامسة من القواعد على أنه تكفل الهيئة بالمركز جميع حقوق الدفاع لأطراف النزاع، وتعاملهم على قدم المساواة وتتيح لكل منهم في جميع الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض قضيته⁽¹⁾.

وقررت المادة السادسة أن تقوم الهيئة بالمركز بتحديد مكان التحكيم ما لم يتفق الأطراف على ذلك. ويجوز للهيئة، بعد التشاور مع الأطراف، أن تعقد بعض جلساتها واجتماعاتها في أي مكان تراه ملائماً ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. كما يجوز للهيئة إجراء المداولة في أي مكان تراه مناسباً. وفي جميع الأحوال يعتبر الحكم صادراً في المكان المعين للتحكيم والتاريخ المبين فيه.

وقررت المادة السابعة أنه في حالة عدم إتفاق الأطراف تحدد الهيئة اللغة أو اللغات المستعملة في إجراءات التحكيم مع مراعاة ظروف التحكيم ولغة العقد.

تشكيل هيئة التحكيم⁽²⁾:

نصت قواعد المركز في المادة الثامنة على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين بحسب إتفاق الأطراف كأصل عام. وإذا لم يوجد إتفاق يشكل الأمين العام الهيئة من محكم واحد، ما لم ير أن طبيعة النزاع تتطلب تشكيلها من ثلاثة محكمين. ويتضح من ذلك إعلاء قواعد المركز لإختيار الأطراف ومبدأ سلطان الإرادة.

1- لمزيد من التفصيل راجع: د. محمد حسن بشايرة، تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، من إصدارات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، ص 143 - 144.

2- لمزيد من التفصيل عن النواحي الإجرائية لتشكيل هيئة التحكيم راجع: د. محمد حسن بشايرة، تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، من إصدارات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، ص 119 وما تلاها.

ونظمت المواد من (9) إلى (12) طريقة تقديم الطلبات والإحالة إلى هيئة التحكيم.

وجاءت المادة (13) بأحكام مهمة فيما يتعلق بالأطراف المتعددون حيث نصت على أنه: «الأطراف المتعددون:

1 - إذا كان هناك أطراف متعددون سواء كمدعين أو كمدعى عليهم، وإذا كان ينبغي أن يحال النزاع إلى هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين كان على المدعين المتعددين أن يعينوا محكماً، وعلى المدعى عليهم المتعددين أن يعينوا محكماً.

2 - وفي حالة فشل الأطراف في تعيين المحكمين كما سبق الإشارة إليه يقوم الأمين العام بتعيين كل المحكمين بمن فيهم رئيس الهيئة».

ولقد تبنت قواعد المركز مبدأ سلطان الإدارة Party Autonomy حيث ناطت بالمدعون المتعددون تعيين محكم واحد، وكذلك المدعى عليهم المتعددون تعيين محكم واحد، أما إذا أخفق الأطراف في تعيين هيئة التحكيم وفقاً لهذه الآلية - حال وجود مصالح متعارضة بينهم أو حال اختلافهم في اختيار محكم عنهم لأي سبب - يقوم الأمين العام بتعيين كل المحكمين بمن فيهم رئيس الهيئة. أي أن الأمين العام وبهذه المثابة هو السلطة المنوط بها التعيين Appointing Authority وذلك لهيئة التحكيم بالكامل.

ونظمت المادة الرابعة عشرة المنازعة في صحة تعيين أحد المحكمين حيث قررت أن يفصل الأمين العام في هذه المنازعة خلال إسبوعين بقرار نهائي شريطة إبداء المنازعة قبل إنعقاد الجلسة المحددة لنظر النزاع.

وقررت المادة الخامسة عشرة أنه إذا توفى أو اعتذر أحد المحكمين أو حالت قوة القاهرة دون القيام بمهمته أو الإستمرار فيها يتم تعيين من يحل محله بنفس الطريقة التي عين بها.

أما المادة السادسة عشرة فجاءت بحكماً يتعلق بأن يحيل الأمين العام ملف النزاع إلى الهيئة خلال سبعة أيام من تاريخ تشكيلها على الوجه المتقدم، وعلى الهيئة البدء في مهمتها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطارها بذلك.

ونظمت المواد (17) و (18) رد المحكمين⁽¹⁾، كما نظمت المواد (19) حكماً مهماً يتفق مع المستقر دولياً في علم التحكيم الدولي حيث قررت أنه إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يعتبر الاتفاق على التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن العقد موضوع النزاع، فإذا بطل العقد أو إنقضى لأي سبب يبقى قائماً وناظاً اتفاق التحكيم. وتقرر المادة التاسعة عشرة بهذه المثابة المبدأ المستقر في التحكيم الدولي وهو Severability of Arbitration Agreement والذي بمقتضاه يبقى شرط التحكيم مستقلاً وسارياً إذا ما قضي ببطلان العقد أو جزء منه.

ونصت المادة (20) من القواعد على أن هيئة التحكيم تختص بالفصل في الموضوع المتعلق بعدم اختصاصها، ويشمل الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو إنقضائه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ويجب ابداء هذه الدفع في الجلسة الأولى قبل الدخول في الموضوع. وتقرر القواعد وبهذه المثابة المبدأ المستقر في علم التحكيم الدولي وهو مبدأ الإختصاص بالإختصاص Competence - á - Competence⁽²⁾.

ومنحت المادة (28) هيئة التحكيم الحق في إتخاذ تدابير وقتية بناء على طلب أحد الأطراف بما في ذلك الحق في إتخاذ تدابير وقتية بناء على طلب أحد الأطراف بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها في المنازعات التي تتطلب طبيعتها ذلك.

أما عن القانون الواجب التطبيق فقد قررت القواعد في المادة (29) أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأي اتفاق لاحق بينهما، ثم بناء على القانون الذي يختاره الطرفان، والقانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع وفق قواعد تنازع القوانين التي تراها الهيئة مناسبة، ثم أخيراً طبقاً للأعراف التجارية المحلية والدولية.

1- لمزيد من التفصيل حول رد المحكم وفقاً لقواعد المركز راجع: د. محمد حسن بشايرة، تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون العربية، من إصدارات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، ص 138.

2- لمزيد من التفصيل راجع: د. محمد حسن بشايرة، تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، من إصدارات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، ص 172.

حكم التحكيم في قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي⁽¹⁾ :

نظمت المواد من (31) وحتى (38) المداولة وصدور الحكم التحكيمي فقررت أن يصدر الحكم بعد قفل باب المرافعة وسرية المداولة. وقررت المادة (32) أنه إذا تعدد المحكمون فإن الحكم يصدر بالإجماع أو بالأغلبية، وفي جميع الأحوال يصدر الحكم خلال مائة يوم من تاريخ إحالة ملف القضية إلى هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على مدة أخرى لصدور الحكم. وفي حالة صدور الحكم بالأغلبية يدون عضوية التحكيم المعترض على الحكم رأيه بطريقة مستقلة ويرفق بالحكم دون أن يكون جزءاً منه.

وقررت المادة (33) حكماً مهماً مفاداً أنه يجوز تمديد مدة صدور حكم التحكيم بقرار من الأمين العام بناء على طلب مسبب من الهيئة فإذا لم يقتنع الأمين العام بالأسباب التي قدمتها الهيئة لطلب التمديد يحدد الأمين العام أجلاً للتشاور مع طرفي النزاع وعلى الهيئة أن تصدر حكمها خلاله، وتنتهي مهمتها بإنتهائه. وقررت المادة (34) وجوب أن يكون حكم التحكيم مسبباً وتطلبت فيه البيانات العامة الواجبة في الأحكام التحكيمية من أسماء الخصوم وأسماء المحكمين وتوقيعاتهم، وتاريخ الحكم، ومكان الحكم، ووقائع التداعي وطلبات الخصوم وموجز دفعهم ودفاعهم، والرد عليها والطرف الذي يتحمل المصاريف والأتعاب كلياً أو جزئياً.

وتنص المادة (36) على أن يكون الحكم الصادر من الهيئة وفقاً لهذه الإجراءات ملزماً ونهائياً Final and Binding، وتكون له قوة النفاذ Enforceable في الدول الأعضاء في مجلس التعاون بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة. ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه على الجهة القضائية المختصة الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ما لم يتقدم أحد الخصوم بطلب لإبطال الحكم وفقاً لحالات البطلان المحددة حصراً وهي:

أ. إذا كان الحكم قد صدر دون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل أو سقط بتجاوز الميعاد أو خرج المحكم عن حدود الاتفاق.

1- لمزيد من التفصيل والتواصل للنواحي الإجرائية راجع: د. محمد حسن بشايرة، تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، من إصدارات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، ص 203 وما تلاها.

ب. إذا صدر الحكم طبقاً لمحكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدر من بعضهم دون أن يكونوا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين أو صدر بناء على إتفاق تحكيم لم يحدد فيه موضوع النزاع أو صدر من شخص ليست له أهلية الإتفاق على التحكيم.

وعند حدوث أي مما ذكر في الفقرتين أعلاه فإن على الجهة القضائية المختصة التحقق من صحة طلب الإبطال والحكم بعدم تنفيذ حكم المحكمين. ولقد أصدرت المحكمة الدستورية بمملكة البحرين قضاءً مهماً في الطعن المقام بعدم دستورية المادة (36) سائلة الذكر من لائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي سيتم الإشارة إليه بهذا المبحث وعلى نحو مفصل.

وقررت المادة (37) إمكانية تصحيح الخطأ المادى الذي يقع من هيئة التحكيم في حكم التحكيم. كما قررت المادة (38) جواز أن يطلب احد الأطراف من هيئة التحكيم طلب تفسير لما وقع في الحكم من غموض وذلك خلال سبعة أيام من استلام الحكم، وتعطي الهيئة التفسير كتابة خلال عشرين يوماً من تاريخ تسلم الطلب، ويعتبر التفسير جزء متمم للحكم من جميع الوجوه بحسب نص المادة (38) من قواعد المركز.

حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين ومدى دستورية المادة 36 من لائحة إجراءات التحكيم بالمركز:

بتاريخ 25 من يناير 2017 أصدرت المحكمة الدستورية بمملكة البحرين حكماً رائداً حيث قضت برفض الدعوى المقامة بعدم دستورية المادة (36) سائلة الذكر من لائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.

وتخلص وقائع التداعي في هذه الدعوى أن المدعية أودعت صحيفة الدعوى لدى الأمانة العامة للمحكمة الدستورية طالبة الحكم بعدم دستورية المادة (36) الملحقة بالمرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2000 بالموافقة على نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وإلزام

المدعى عليهما الرسوم والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة. وكانت المدعية في الدعوى الدستورية قد اقامت الدعوى رقم 2014/21555 أمام المحكمة الكبرى المدنية السادسة ضد المدعى عليها الأولى طالبة الحكم بإبطال الحكم التحكيمي رقم 2013/74 والصادر عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

وبجلسة 2015/09/29 قضت المحكمة برفض الدعوى وإلزام المدعية المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة، وإذ لم يلق هذا القضاء قبولاً من المدعية، فقد اقامت طعنها عليه بالإستئناف رقم 2015/3810 لدى محكمة الإستئناف العليا المدنية الرابعة، طالبةً الحكم مجدداً بإبطال حكم التحكيم سالف البيان. ولدى نظر الإستئناف دفعت المدعية بعدم دستورية المادة (36) من لائحة إجراءات المركز الموافق عليها بموجب المرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2000.

وبجلسة 2016/2/15 قررت محكمة الإستئناف العليا المدنية الرابعة التصريح للمدعية برفع الدعوى الدستورية وأرجات الفصل في الإستئناف لحين الفصل في الطعن بعدم الدستورية، فاقامت المدعية دعوها الماثلة بعدم الدستورية والمقامة لدى المحكمة الدستورية.

وقررت المحكمة الدستورية أن المادة (36) من لائحة إجراءات المركز لا تعلق على التشريع وليست بمنأى عن رقابة الدستورية وإنما هي بمثابة تشريع نافذ من تشريعات مملكة البحرين يخضع لرقابة الدستورية وفقاً لدستور مملكة البحرين. وأضافت المحكمة الدستورية أن محكمة الموضوع قدرت جدية الدفع بعدم الدستورية وأن الطعن في الدعوى الدستورية ووفقاً للمادة (18/ج) من قانون المحكمة الدستورية يشمل نص المادة (36) بأكملها.

وفي سبيل الفصل في الطعن بعدم الدستورية إنتهت المحكمة الدستورية إلى توافر شرط المصلحة في الدعوى الدستورية حيث أن النص المطعون عليه على هذا النحو الذي طبقته محكمة الموضوع قد ألحق ضرراً محققاً بالمدعية وهو حرمانها من الطعن على حكم التحكيم بالبطلان، وبالتالي فإن المصلحة

الشخصية المباشرة تضحى متوافرة في الدعوى الدستورية لتأثير الحكم الصادر فيها على المركز القانوني للمدعية في دعاها الموضوعية. وقررت المحكمة الدستورية أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة في شأن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها لا تحول بينها وبين رد هذه النصوص إلى الأصول التي أنبتتها كلما آل إبطالها إلى زوال، وكان ذلك مؤداه أن الفصل في المسائل الدستورية لا يجوز أن يكون محللاً فوق أسوارها، منحصرًا في بعض جوانبها أو جزئياتها، بل محيطاً بأصولها وفروعها نافذاً إلى أعماقها ومحدداً على ضوءها - وبالنظر إليها في مجموعها - موضوع الخصومة الدستورية، ونطاق المصلحة فيها. ومن حيث أنه متى كان النص المطعون فيه قد صدر تنفيذاً لحكم المادة (14) و (15) من نظام مركز التحكيم التجاري واللتان تتصان على أن تحول موافقة الطرفين على عرض النزاع على هيئة التحكيم بالمركز وكذلك قضاء هذه الهيئة بإختصاصها بنظر النزاع دون عرض هذا النزاع أو أي إجراء اتبع عند نظره أمام أية جهة قضائية أخرى في أية دولة، كما تحول دون الطعن في الحكم التحكيمي أو في أي من الإجراءات التي إقتضت عند نظره أمام أية جهة قضائية أخرى في أية دولة، كما يكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم وفقاً لهذه الإجراءات ملزماً للطرفين ونهائياً، وتكون له قوة النفاذ في الدول الأطراف بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة. وإرتأت المحكمة الدستورية إرتباط النص المطعون عليه بالنص الوارد بالمادة (2 فقرة 1) من لائحة إجراءات التحكيم أمام المركز والتي تنص على أن الإتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه اللائحة أمام المركز يحول دون عرض النزاع أمام أية جهة أخرى أو الطعن لديها بحكم هيئة التحكيم، الأمر الذي يكون النص المطعون عليه مرتبطاً في حكمه بالنصوص المشار إليها فلا ينعزل عن الأحكام التي تضمنتها بإعتبارها الأصول التي أنبتته، ومن ثم فإن نطاق الدعوى الدستورية يشمل المادتين (14) و (15) من نظام مركز التحكيم التجاري وكذلك نص المادتين (2 فقرة 1) و المادة (36) من لائحة إجراءات التحكيم أمامه.

وأوضحت المحكمة أن المدعية تنعى على النص المطعون عليه مخالفته للدستور من وجهين:

الوجه الأول: مخالفته للمادة (31) من الدستور إذ أن الحقوق التي يملك المشرع سلطة تقديرية في تنظيمها لا يجوز للسلطة التنفيذية التدخل مباشرة لتنظيمها باللوائح، والوجه الثاني: أن نص المادة (36) المطعون عليه يخالف نص المادة (20/ و) من الدستور المتعلقة بحق التقاضي إذ يحول دون عرض النزاع أمام أي جهة أخرى أو الطعن عليها في حكم هيئة التحكيم، ويخلق تمييزاً بين الأطراف في التحكيم أمام المركز، وغيرهم من المحكّمين الآخرين ليس له ما يبرره، وأن عدم جواز إقامة دعوى مبتدأة ببطلان حكم التحكيم، وفقاً للنص المطعون عليه، هو مصادرة للحق في التقاضي، كما أنه لا يجوز وضع أي قيد على حق التقاضي بالحد من حالات بطلان حكم التحكيم.

وقضت المحكمة الدستورية في قضاء مستنير بأنه وعن الوجه الأول من أوجه الطعن والذي مؤداه مخالفة لائحة إجراءات التحكيم أمام المركز للمادة (31) من الدستور فإنه غير سديد، ذلك أن هذه اللائحة صدرت تنفيذاً للمادة (28) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي والصادر بالموافقة عليه المرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2000 كذلك فإن المادة (36) من لائحة إجراءات التحكيم قد فصلت ما ورد إجمالاً في المادتين (14) و (15) من هذا النظام. كما أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد وإجراءات التحكيم الإتفاقي يجوز أن تنظمها لائحة تصدر عن السلطة التنفيذية ولا يعد ذلك مخالفاً للدستور فلا يتعين أن تصدر بقانون من السلطة التشريعية.

وحيث أنه عن الوجه الثاني من أوجه الطعن بأن عدم جواز إقامة دعوى مبتدأة ببطلان حكم التحكيم وفقاً للنص المطعون عليه مؤداه مصادرة الحق في التقاضي كما أن حصر حالات البطلان والتضييق منها يخل بالحق في التقاضي ويهدر مبدأ المساواة بين من يلجأون إلى التحكيم وبين غيرهم أمام القضاء العادي عند عرض منازعاتهم فإن هذا النعي مردود عليه بأن أولاً: إن مبدأ المساواة أمام القانون لا يعني أن تعامل فئات المواطنين على ما بينها من تمايز في المراكز القانونية معاملة متكافئة، فإذا كان ذلك، وكان المتحاكمون - أخذاً بالأصل في التحكيم - يتجهون بملء إرادتهم ومحض إختيارهم إلى

إعتماد نظام خاص لفض ما بينهم من نزاعات خارج دائرة المحاكم، ووفقاً لشروط تكون محلاً لإتفاقهم، فإن مركزهم القانوني يضحى بالتالي مختلفاً عما يلجأون إلى المحاكم لفض منازعاتهم طبقاً للقواعد العامة وخارج دائرة التحكيم. وأضافت المحكمة أنه في ظل الإختلاف في المراكز القانونية فإن المماثلة في المعاملة بين المتحاكمين وغيرهم من المتقاضين لا تعد ضرورة لازمة، ولا يشكل عدم الإلتزام بها في حد ذاته إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون. وثانياً: أن مبدأ المساواة أمام القانون ليس مبدأ تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية ولا يقوم على معارضة جميع صور التمييز بين المواطنين إذ أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية، ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لنص المادتين (4) و (18) من الدستور بما مؤداه أن التمييز المنهي عنه هو ما يكون تحكيمياً. وثالثاً: بأنه وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، فإن التنظيم التشريعي لحق التقاضي وكلما كان لا يناقض وجود هذا الحق أو يخل بمحتواه يفترض فيه أن ألا يتقيد بأشكال جامدة لا يريم المشرع عنها لتفرغ قوالبها في صور صماء لا تبديل فيها، بل يجوز أن يغير المشرع فيما بينها، وأن يقدر لكل حال ما يناسبها على ضوء مفاهيم متطورة تقتضيها الأوضاع التي يباشر الحق عملاً في نطاقها، ليظل هذا التنظيم مرناً، لا يطلق الحقوق محلّه من عقالها، إنحرافاً بها عن أهدافها، ولا يعتبر كذلك تفریطاً مجافياً لمتطلباتها بل بين هذين الأمرين قواماً، حتى تظل الحماية القضائية للحقوق في صورتها الأكثر إعتدالاً. وتبعاً لذلك، فإنه يجوز للمشرع أن يغير في تنظيمه لحق التقاضي وتبني ما يراه مناسباً من تنظيمات بالنسبة إلى صنوف بعينها من المنازعات، وفقاً لما تتطلبه طبيعتها، من دون أن يكون في ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون طالما إلترم المشرع بالضوابط الدستورية لمباشرة الحق في التقاضي.

وأنهت المحكمة تسببها لحكمها بقولها بأن وحيث أنه عن النعي بأن النص المطعون عليه خالف ما سار عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (243) منه (الملغية) من حصر لحالات البطلان والتضييق منها لا يعدو أن يكون نعيّاً بمخالفة النص التشريعي المطعون عليه لنص تشريعي آخر، ولا يصلح في ذاته أن يكون عيباً دستورياً، ذلك أن مناط تقرير دستورية النص

التشريعي أو عدم دستوريته هو بإتفاقه أو مخالفته لأحكام الدستور المنوط بالمحكمة الدستورية صونها وحمايتها.

وقضت المحكمة برفض الطعن بعدم الدستورية، على هدي مما تقدم، وألزمت المدعية - وبهذه المثابة - المصروفات.

ولعل قضاء المحكمة الدستورية سالف الإشارة إليه وإلى أسبابه القيمة يؤكد مدى دستورية المادة (36) من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي بل ويؤكد دستورية المواد المرتبطة بهذه المادة وهي المواد (14) و (15) من نظام مركز التحكيم التجاري، المادة (2 فقرة 1) من لائحة إجراءات التحكيم أمام المركز حيث إعتبرت المحكمة الدستورية هذه القواعد مرتبطة ووثيقة الصلة ببعضها البعض.

وحري بالإشارة إلى أنه في مجال تنفيذ الأحكام فإن الأحكام الصادرة عن المركز، وفي إطار إتفاقية تنفيذ الأحكام والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون الموقعة في سلطنة عمان بتاريخ 1995/12/06، نجد أن ما يميز نظام المركز إن اسباب رفض التنفيذ المذكورة في الفقرتين (ج) و (د) من المادة (2) من الإتفاقية لا يمكن التمسك بها لرفض حكم التحكيم الصادر عن المركز وذلك بفضل الإختصاص المانع للمركز الذي يحول دون اختصاص المحاكم في الدول الأعضاء بنظر موضوع النزاع. وتشير المادة (2) في فقرتها (ج) إلى أن من أسباب رفض تنفيذ الحكم التحكيمي أن يكون من أسباب الرفض أن يكون النزاع الصادر في شأنه الحكم محلاً لحكم سابق بين الخصوم أنفسهم ومتعلقاً بذات الحق محلاً وسبباً وحائزاً لقوة الأمر المقضي بالدولة المطلوب فيها التنفيذ أو لدى دولة أخرى عضو في الإتفاقية. وتنص الفقرة (د) من ذات المادة على أنه من أسباب رفض التنفيذ إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب تنفيذه محلاً لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم الدولة المطلوب إليها التنفيذ، بين الخصوم أنفسهم، ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً، وكانت هذه الدعوى قد رفعت في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الدولة التي صدر فيها الحكم.

كما لا يهدد السببان المحددان في الفقرتين (هـ) و (و) من المادة (2) حكم التحكيم الصادر عن المركز لأن نظام المركز هو في حد ذاته إتفاقية دولية تلزم الدول الأعضاء بقبول اختصاصه. وتتص الفقرة (هـ) على أنه إذا كان الحكم صادراً ضد حكومة الدولة المطلوب إليها التنفيذ، أو ضد أحد موظفيها، عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة أو بسببها فقط. وتتص الفقرة (و) من ذات المادة على أنه إذا كان تنفيذ الحكم يتناهي مع إحدى المعاهدات أو الإتفاقيات الدولية المعمول بها لدى الدولة المطلوب إليها التنفيذ.

والخلاصة أن أسباب رفض تنفيذ الحكم التحكيمي، وفي مجال المقارنة بين نظام المركز وإتفاقية تنفيذ الأحكام، أقل عدداً وأضيق نطاقاً بموجب النظام، ولا تشمل بشكل خاص حالة وجود دعوى أمام محاكم الدولة العضو بشأن موضوع الدعوى التحكيمية حيث أن إتفاق التحكيم بموجب نظام المركز يحول دون عرض موضوع النزاع على محاكم أية دولة عضو ابتداءً⁽¹⁾.

1- في هذا النظر: راجع د. محمد حسن بشايرة، تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، من إصدارات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، ص 270-273.

المبحث الخامس

استنتاجات تحليلة لتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي

قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون (منظور مقارن)

ونشير في ختام هذا الإستعراض لقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي وكذلك لتشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي سواء كانت تشريعات تحكيم مستقلة كالمملكة العربية السعودية ومملكة البحرين وسلطنة عمان ودولة قطر أو كانت قواعد وإجراءات العملية التحكيمية متضمنة في قواعد قوانين المرافعات المدنية والتجارية بدول مجلس التعاون الأخرى كدولتي الكويت والإمارات - حري بالإشارة أن هذه التشريعات قد جاءت لتمثل طفرة تشريعية كبيرة كان من شأنها جذب الإستثمارات الأجنبية المباشرة Foreign Direct Investments FDI بدول مجلس التعاون وذلك في مختلف صور النشاط الإقتصادي، حيث إسمت التشريعات المنظمة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية في الدول الست، وكذا قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، ببعض الأمور الهامة من الناحية القانونية الفنية ومن منظور تحليلي التي تعد حوافز دفعت لتنشيط كبير لعملية التحكيم خلال العقود الأخيرة وهي على سبيل الذكر لا الحصر:

1-عاجلت معظم تشريعات التحكيم وقوانين المرافعات المدنية والتجارية وقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي القواعد المتعلقة بإتفاق التحكيم، وهيئة التحكيم وتشكيلها، وإجراءات التحكيم، وحكم التحكيم وإنهاء الإجراءات، وبطلان حكم التحكيم، وحجية أحكام المحكمين وتنفيذها بصور متفاوتة إزدادت إتساعاً وتفصيلاً لهذه المسائل في قوانين التحكيم المستقلة بالسعودية والبحرين وعمان وقطر، إلا أن قوانين المرافعات بالكويت والإمارات تعرضت لمعظم الأمور السابقة تاركة الأجزاء التي لم تتعرض لها في خصوص التحكيم تحديداً للوضع للمستقر في القواعد العامة.

2 - حظرت تشريعات دول مجلس التعاون التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

3 - جعلت تشريعات دول مجلس التعاون وقواعد مركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون اللجوء إلى التحكيم رضائياً اختيارياً اتفاقياً تعاقدياً متمثلاً في اتفاق التحكيم (شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم) وهو ما يعد تأكيداً وإعلاءً لمبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy.

4 - أوجبت تشريعات دول مجلس التعاون على القاضي الوطني أن يقضي بعدم قبول الدعوى إذا تبين له أن بالعقد شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، شريطة أن يدفع أحد الخصوم بذلك أمام القاضي، وأن يكون هذا الدفع إبان ابداء الدفع الشكلية، وقبل الخوض في الدفع الموضوعية، بحسب المستقر في القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وما أشارت إليه تشريعات التحكيم المستقلة بدول مجلس التعاون التي أصدرت تشريعات مستقلة للتحكيم. ومنعت المادة الأولى من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون أي جهة من نظر الدعوى حال وجود اتفاق بإحالة النزاع إلى المركز.

5 - إشتطت تشريعات دول مجلس التعاون أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.

6 - أكدت تشريعات دول مجلس التعاون على أن يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، وهو ما يعرف في الفقه الأنجلوأمريكي باسم (Severability of Contract) أو (Seperability of Contract)، وقد عالجه قانون التحكيم الإنجليزي 1996 في المادة السابعة منه. وهو ذات نص المادة (19) بقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.

7 - أوجبت تشريعات دول مجلس التعاون أن يكون عدد المحكمين فردياً (وتراً) حال تعددهم وإلا كان التحكيم باطلاً. وإشتطت المادة (8) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون أن يكون عددهم واحد أو ثلاثة وهو ذات مفهوم أن يكون عدد المحكمين وتراً.

8 - نظمت تشريعات دول مجلس التعاون إجراءات وأسباب رد المحكم وتحيته وذلك فيما يتعلق بالشكوك التي قد تثور حول حيده وإستقلاله. وهو ذات ما تضمنته المادتين (17) و (18) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

9 - نظمت تشريعات دول مجلس التعاون مبدأ الإختصاص بالاختصاص Competence/ Competence وهو المبدأ الذي ينص بأن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. وهي الفكرة المقابلة للمادة (30) من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة 1996. وهو ذات النظر الذي قرره المادة (20) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون.

10 - تضمنت تشريعات دول مجلس التعاون إمكانية اللجوء إلى التدابير المؤقتة أو التحفظية التي قد تقضيها طبيعة النزاع. وهو ذات ما تضمنته المادة (28) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.

11 - أجازت تشريعات دول مجلس التعاون لهيئة التحكيم الاستعانة بالخبرة الفنية إن كان لذلك مقتضى.

12 - أجازت تشريعات دول مجلس التعاون أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة إتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين (لاسيما قواعد الإحالة Revoi)⁽¹⁾. وهي قواعد تنازع القوانين المعمول بها في مجال القانون الدولي الخاص في القضاء الإنجليزي. ولقد تضمنت المادة (29) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون ذات النظر من إعلاء مبدأ سلطان الإرادة وإعلاء إختيار الأطراف.

1- وقد سايرت تشريعات دول مجلس التعاون في ذلك القواعد الأصولية في تنازع القوانين في القضاء الإنجليزي English Case Law في القضية الشهيرة ، والتي أنفذت إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق طالما كان بحسن نية bona fide ولا يخالف قاعدة قانونية أمره في القانون Mandatory Rule ، كما استبعدت اللجوء إلى قواعد الإحالة Renvoi :

.Vita Food Products v. Unus Shipping (HL), 1939

13 - أجازت تشريعات دول مجلس التعاون لهيئة التحكيم بناء على تفويض طرفي التحكيم صراحة لها أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون Amiable Compositure وهو الأمر الذي نراه محموداً وإن كان محل نقد من بعض المتخصصين في مجال التحكيم.

14 - تقريراً لمبدأ سرعة نظر المنازعات التحكيمية قررت تشريعات دول مجلس التعاون وجوب أن يصدر حكم التحكيم خلال أجل معين من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على سقف معين ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. وقد حددت المادتين (32) و (33) السقف الزمني الذي يلتزم به المحكمون في إصدار حكم التحكيم وطرق تمديده.

15 - أوجبت تشريعات دول مجلس التعاون كأصل عام أن يكون حكم التحكيم مسبباً. وهو ما قرره المادة (34) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.

16 - حكم التحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون نهائي Final، وملزم Binding، وقابل للنفذ Enforceable، وهو ما يميز التحكيم عن الوساطة وهو حكم يتسم بالطبيعة القضائية. وهو ما أكدته المادة (36) من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.

17 - لم ترتب تشريعات دول مجلس التعاون على رفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذ حكم التحكيم بمجرد رفع الدعوى، إلا إذا أمرت المحكمة المرفوع أمامها دعوى البطلان بذلك.

تلك هي أهم معالم تشريعات دول مجلس التعاون في مجال التحكيم من منظور مقارنة ببعض تشريعات الدول الأخرى إذا كان لذلك مقتضى، ومدعم بقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، والتي جاءت لتمثل طفرة في عالم التحكيم في المنطقة العربية وجاءت تتسم بالجدة لتمثل أحكاماً جديدة لم تكن موجودة من قبل. ونهيب بالمشرع في الدول التي لم

تصدر تشريعات مستقلة بالتحكيم في دول مجلس التعاون أن يبادر إلى إصدار تشريعات خاصة بالتحكيم على غرار التشريع السعودي والبحريني والعماني والقطري، إذ أن من شأن ذلك دفع وزيادة ضخ الإستثمارات الأجنبية المباشرة FDI في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي وهو أمر مهم من حيث تصنيف دول مجلس التعاون كدول جاذبة للإستثمار من قبل المؤسسات المالية الدولية الكبرى كالبانك الدولي على سبيل المثال لا الحصر.

الفصل الرابع

المحكم في عقود الأشغال الدولية

بعد أن تناولنا فكرة التحكيم في العقود الإدارية وعقود الأشغال الدولية بصفة عامة نتطرق في هذا الفصل لنتناول سمات منازعات عقود الأشغال الدولية بحسبان أن هذه العقود لها ما يميزها عن غيرها من العقود من سمات وخصائص تحتاج لخبرة متخصصة في فض منازعاتها بخلاف بعض العقود الأخرى التي يمكن أن يشترك في فض منازعاتها أى شخص على دراية بعملية التحكيم بصفة عامة .

ولئن كانت هذه العقود ذات خصائص معينة فإنها تتطلب محكماً ذي مؤهلات خاصة وفي سبيل ذلك نعرض بصفة عامة لنظام المحكم الفرد والتحكيم وطرق تعيين المحكمين بحسبان أن هذا العرض مقدمة لازمة ولا غنى عنها لبيان ما سوف يليها من مباحث تتناول المؤهلات المتطلبية للمحكم في هذا النوع من العقود وخلافه.

المبحث الأول

سمات منازعات عقود الأشغال الدولية

لئن كانت منازعات عقود الأشغال الدولية ذات طبيعة خاصة نظراً لما تتميز به من خصائص تميزها عن غيرها من العقود، فقد وجب علينا أن نستعرض هذه الخصائص لبيانها وبيان ما تتطلبه هذه الخصائص من مواصفات معينة في المحكم المنوط به تسوية منازعاتها.

وإذا ما استعرضنا هذه الخصائص فإننا يمكن أن نوجزها على النحو التالي⁽¹⁾:

أولاً: أن عقود الأشغال تتطلب عدداً كبيراً من المعطيات المختلفة من مجموعة من الموردين والمنشآت المتخصصة والتي تقوم بعملية الإمداد للمشروع بعقود متفرقة، الأمر الذي يتطلب سلسلة من التنسيق التعاقدى الفرعي، والتي تعود إلى المشروع الرئيسى contractual arrangements.

فالنسبة للمقاول يتطلب الأمر منه التنسيق مع المنشآت المختلفة ومع رب العمل كذلك وموظفيه وعماله وممثليه، وكذا المهندس والمعماري وموظفيهم.

ثانياً: إن عقود الأشغال الدولية عادة ما تستمر فترة زمنية طويلة. فعقد الأشغال منذ التخطيط له وطرح المناقصة وحتى تمام تنفيذه قد يستغرق بضعة سنوات وتظل العلاقة بين أطرافه مستمرة تفتقر إلى السكون طيلة تنفيذ المشروع وحتى الإنتهاء منه الأمر الذي قد يؤدي إلى نشأة منازعات أثناء تنفيذ المشروع بين أطراف العقد الرئيسى أو المقاول الرئيسى ومقاولي الباطن أو نزاع متعدد الأطراف بين المقاول الرئيسى ورب العمل وأحد أو بعض مقاولي الباطن.

ثالثاً: إن تنفيذ عقد الأشغال يجب أن يكتمل حتى ولو نشبت منازعة أثناء التنفيذ. ويبدو أن ذلك من القواعد العامة المتعارف عليها في مجال عقود الأشغال الدولية ويدعم هذا الرأي إن بعض العقود الكبرى تنص على عدم جواز بدء التحكيم إلا بعد تمام تنفيذ العقد.

1- Michael E. schneider, Arbitration of construction disputes, I.C.L.R. - 1984 - P 317.

وقد كان منصوباً على ذلك في عقود الفيديك الطبعة الأولى والثانية وعقود الاتحاد الدولي الأوروبي للإنشاءات (FIEC)⁽¹⁾. وقد كانت الطبعة الثالثة للفيديك 1977 هي التي أجازت فقط للتحكيم أن يبدأ قبل تمام التنفيذ وما زالت إلى الآن طبعة جمعية المهندسين المدنيين وجمعية المهندسين الاستشاريين واتحاد المهندسين المقاولين المدنيين⁽²⁾ ICE conditions تسمح ببدء إجراءات التحكيم فقط بعد تمام تنفيذ العقد إلا في حالات معينة⁽³⁾.

رابعاً: إن عقد الأشغال الدولي أحد أطرافه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام فإن هذا الشخص العام غالباً ما يكون خاضعاً لبعض اللوائح والتنظيمات التي تصدرها الدولة لأشخاصها العامة. وكثيراً ما تمثل تصرفات الدولة وما يصدر عنها سواء في تشريعات أو خلافه قوة قاهرة لبعض العقود ولاشك وأن تأثير هذه التصرفات ومدى الزاميتها لأشخاص القانون العام الأخرى بالدولة وتعاقداتها من الأهمية بمكان حيث أن ذلك من النقاط التي تثار دائماً أبداً في منازعات عقود الأشغال الدولية.

وعلى الجانب الآخر، فإن كثيراً ما تتسم أداء أجهزة الدولة بالبيروقراطية والبطء الشديد وبخاصة ما يتسبب عن ذلك من البطء في دفع المستخلصات للمقاول والتي تمكنه من الاستمرار في الأعمال بانتظام ومن المشاكل التي تثير أهمية كبيرة مشكلة التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها حيث أن هذا الأمر كان مثار حوار طويل كما سبق البيان.

خامساً: تعنى منازعات عقود الأشغال الدولية بداء ذي بدء بالأعمال المعيبة والتأخير في التنفيذ وهذا ما يهمل الدولة أما المقاول فعادة ما يشكو من عدم كفاية المدفوعات المعطاة له وهذا عادة ما يجد أساسه في العقد المبرم أو قد يطالب بمدفوعات إضافية نظير الأعمال الإضافية التي يكون قد قام بها أو نظير تغير الظروف والتي قد تسبب اختلال التوازن الإقتصادي للعقد⁽⁴⁾.

1- Federation internationale Europeenne de la construction.

2- بند 66 من نموذج العقد .

3- Michael E. Schneider, Op. Cit., I.C.L.R., 1984 – P. 317.

4- Michael E. Schneider, Op. Cit., I.C.L.R., 1984 – P. 317.

إن عقود الأشغال الدولية لا تقوم فقط على الإلتزامات العقدية المتقابلة بين كل من المقاول ورب العمل بأن يقوم الأول بتقديم العمل نظير المدفوعات التي سيقدمها الأخير نظير ذلك العمل، بل أن هذه العقود ذات طبيعة خاصة في تنفيذ ما تحويه بين طياتها من التزامات تكاد تكون مندمجة في بعض الأحيان.

فتنفيذ هذه العقود يتطلب قدراً كبيراً من التعاون بين كلا من رب العمل والمقاول، فرب العمل عليه أن يقدم عدداً من العناصر والتي سوف يتحدد بالبناء عليها وقت إتمام الأعمال وجودتها. ولذلك، فإن المنازعات عادة ما تشب إماً بسبب الأعمال المعيبة أو التأخير في تنفيذ الأعمال الذي قد يرجع إماً إلى رب العمل أو إلى المقاول.

إن جوهر النظام العقدي في عقد الأشغال العامة الدولي يستند إلى حد كبير لفكرة الائتمان حيث ينفذ المقاول الأعمال المتعاقد عليها ويقبض المدفوعات الخاصة به نظير تقدم العمل دائماً ووفائه بمتطلبات رب العمل أو المهندس المسئول. هذا، ويعد أحد أهم الأسباب نشوب المنازعات في هذا النوع من العقود إدعاء المقاول باستحقاقه مدفوعات إضافية إما لزيادة وقت تنفيذ العملية أو زيادة الأعمال نتيجة لذلك أو لغير ذلك من الأسباب وإما بسبب وجود القوة القاهرة أو تغير الظروف في العقد والتي أرهقت المقاول وأخلت بالتوازن المالي والإقتصادي له أو وجود صعوبات مادية غير متوقعة قد تؤدي إلى نفس ما سبق من اختلال عقدي.

المبحث الثاني

التحكيم في عقود الأشغال الدولية

كما يتصور أن تشكل محكمة التحكيم The arbitral tribunal من ثلاثة محكمين أو من خمسة يتصور أيضاً أن تشكل من محكم فرد.

وليس من شك أن نظام المحكم الفرد، هو من أقدم النظم فقد كان ينص عليه قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة 1950 القديم، كما ينص عليه قانون التحكيم الإنجليزي الأخير الصادر في 1996 كأصل عام مع إمكانية زيادة عدد المحكمين.

ومن التشريعات الحديثة التي عالجت موضوع عدد المحكمين الذين تتشكل منهم محكمة التحكيم التشريع الهولندي الصادر سنة 1986 في مادته (1026) حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه « يجب أن يكون عدد المحكمين الذين تتشكل منهم محكمة التحكيم وتراً . كما يمكن أن تتشكل من محكم فرد».

وقد نصت قواعد التحكيم الموضوعية بواسطة لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (قواعد الأونسيترال) في المادة الخامسة على أن « إذا لم يتفق الأطراف مقدماً على عدد المحكمين (واحد أو ثلاثة)، وإذا لم يتفق الأطراف أن هناك محكماً واحداً خلال خمسة عشر يوماً بعد استلام الإجابة على الإخطار بالتحكيم، يعين ثلاثة محكمين».

ومن ناحية أخرى فقد نصت تشريعات دول مجلس التعاون على أن يكون عدد المحكمين فردياً (وتراً) حال تعددهم على نحو ما سبق بيانه. ونحيل إلى الفصل الثالث المبحث الثاني من القسم الثاني من هذا المؤلف الذي بين تشكيل هيئة التحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي سواء تشريعات التحكيم أو قوانين المرافعات المدنية والتجارية.

وتنص قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي بصد
هيئة التحكيم على أن: «هيئة التحكيم»: مادة (8)

«تشكل الهيئة من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين بحسب اتفاق الطرفين،
فإن لم يوجد اتفاق يشكل الأمين العام الهيئة من محكم واحد، ما لم ير أن
طبيعة النزاع تتطلب تشكيلها من ثلاثة محكمين».

ولقد جعلت قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي
الأصل هو تعيين محكم واحد أو ثلاثة وجعلت الأصل في ذلك هو اتفاق الأطراف
وهي بهذه المثابة تعلق مبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy . أما في
حالة عدم وجود اتفاق فيشكل الأمين العام هيئة التحكيم من محكم واحد
كأصل عام، ما لم ير أن طبيعة النزاع تتطلب تشكيلها من ثلاثة محكمين.

ونرى أن كل الفروض التي أثارها المادة تتعلق بتشكيل محكمة التحكيم -
سواء من الأطراف أو من الأمين العام للمركز - من عدد وتر أو عدد فردي
Odd number وهو ما يتفق مع تشريعات الدول الكبرى في مجال تشكيل
هيئة التحكيم التي يكون الأصل فيها هو إعلاء مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾.

طرق تعيين المحكمين

هناك طرق مختلفة لتعيين محكمة التحكيم. وغالباً ما يتم اختيار المحكمين
أما باتفاق الأطراف أو بواسطة إحدى الجمعيات التجارية أو المنظمات المهنية

1- تجدر الإشارة إلى أن قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون نصت في المادة (12) منها على أنه تشكيل هيئة
التحكيم بطريقة تعلق مبدأ سلطان الإرادة وتتفق مع قواعد المراكز التحكيمية الأخرى في العالم، وناطت قواعد المركز بالأمين
العام بحسابه سلطة التعيين Appointing authority التدخل بإجراء التعيين حال إخفاق الأطراف في تعيين محكمهم أو
المحكم المرجح Presiding arbitrator .

1 . إذا شكلت الهيئة من محكم واحد وجب على الأطراف الاتفاق على تعيينه خلال المدة المحددة بالمادة السابقة والالتوى الأمين
العام تعيينه خلال أسبوعين من انتهاء هذه المدة المحددة من بين قائمة المحكمين بالمركز، ويخطر الأمين العام جميع الأطراف
بهذا التعيين.

2 . إذا لم يعين طالب التحكيم المحكم الذي يختاره في طلبه يتولى الأمين العام تعيين المحكم خلال مدة أسبوعين من تاريخ
وصول الطلب.

3 . إذا لم يعين المطلوب التحكيم ضده المحكم الذي يختاره خلال المدة المنصوص عليها في المادة السابقة يتولى الأمين العام
تعيينه خلال أسبوعين.

4 . يدعو الأمين العام محكمي الطرفين لاختيار محكم ثالث يكون رئيساً للهيئة، وفي حالة عدم اتفاقهما خلال عشرين يوماً من
تاريخ الدعوة يتولى الأمين العام خلال أسبوعين تعيين المحكم الثالث.

أو التحكيمية أو بواسطة المحكمون المختارون. وأخيراً يمكن تعيين المحكمين بواسطة المحاكم الوطنية.

وسوف نستعرض الطرق المختلفة لتعيين المحكمين .

أ - تعيين المحكمين باتفاق الأطراف؛

ليس من شك أن تعيين المحكمين بواسطة الأطراف من الطرق المألوفة حيث أنه يكفل أن يختار الأطراف محكمين بإرادتهم مباشرة دون تدخل طرف آخر في عملية الاختيار.

وتبدو إرادة الأطراف واضحة جلية في هذه الطريقة حيث أن جوهر العملية التحكيمية يكمن في تلاقى إرادات الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة. ولئن كانت محكمة التحكيم تستمد سلطتها هذه من إرادة الأطراف فخير طريق لذلك هو أن يتم تعيينها مباشرة بواسطة هؤلاء الأطراف دون وسيط.

وهناك مفترضان لتعيين المحكمة أو المحكمون باتفاق الأطراف أولهما ضرورة تلاقى إرادات الأطراف حول المحكم المختار وثانيهما قبول المحكم الذي تم اختياره التعيين محكماً.

ويختار الأطراف المحكمين عادة لدرابيتهم بتجاره معينة أو مهنة معينة إلا أنه في كل الأحيان لاغنى عن محكم قانوني حينما يتعلق الأمر بمسألة قانونية يتطلب حسمها التطبيق السليم للقانون. ومن الأفضل إذا عين المحكم بواسطة اتفاق الأطراف أن يتم هذا الاتفاق بعد نشوب النزاع. وتكون عملية الاختيار مثار مناقشة ومفاوضات بين الأطراف و ممثلوهم القانونيون ويقوم كل طرف باختيار ثلاثة أو أربعة مرشحين يراهم ملائمين للقيام بدور المحكم مع الإشارة لخبرات كل منهم ومؤهلاته ويتم تبادل الأسماء لإجراء عملية الاختيار.

ولكن الأمر لا يخلو من بعض الصعوبات من الناحية العملية، فإذا كانت محكمة التحكيم ستتكون من محكم فرد يجب موافقة الأطراف جميعاً على شخص المحكم المزمع تعيينه.

وعلى الصعيد الآخر فمن الناحية العملية نادراً ما يحدث ذلك، فأطراف النزاع حين يجدون صعوبة في تعيين محكم فرد، فإنهم يسعون لتشكيل محكمة تحكيم أكبر، فإذا ما توصلوا إلى ذلك فإن طريقة تعيين المحكم. الثالث قد تثير مشكلة من الناحية العملية.

ومن المشاكل التي تثار عملاً أيضاً أحد الأشخاص المعيّنين كمحكمين قد يرفض الموافقة على المحكم الثالث. وتعالج هذه الحالة بوضع شرط في اتفاق التحكيم يتضمن أن تقوم إحدى مؤسسات التحكيم بتعيين المحكم الثالث (غالباً المنظمة التي يجري بها التحكيم فعلاً وفقاً لقواعدها ويكون النص على هذه المؤسسة باتفاق التحكيم).

أما عن التحكيم الخاص ad hoc فإن قانون محل التحكيم Lex arbitri والذي سوف ينظم عملية التعيين والذي غالباً ما ينص على أن تتم عملية تعيين المحكمين عن طريق المحاكم الوطنية إلا أن عواقب التعيين بواسطة المحاكم الوطنية قد تتمثل في أن عملية التعيين سوف تتأخر قليلاً لازدحام القضاء الوطني بالفصل في العديد من القضايا.

ب- التعيين بواسطة الجمعيات التجارية Trade associations

والمؤسسات المهنية Professional Institution⁽¹⁾ :

وفي بعض الأحيان قد ينص شرط التحكيم على تعيين المحكم أو المحكمين بواسطة إحدى المنظمات التجارية. وقد يكون ذلك بناءً على رغبة الأفراد بعد نشوب المنازعة. أما المنظمات المهنية فتلعب دوراً مهماً في هذا الشأن فيوجد لديها أسماء من ترى ترشيحهم كمحكمين ويتم اختيار المحكم الفرد عادة أو المحكم الثالث عن طريق أي من هذه الجمعيات أو المنظمات.

ج- منظمات التحكيم:

لكل منظمة من منظمات التحكيم قواعدها الخاصة بها، وحين تقوم أي من هذه المنظمات بتعيين محكما فإنها تقوم بتعيينه وفقاً لهذه القواعد الخاصة.

1- Redfern and Hunter, op. cit., Third Edition, 1999.

ومما لا شك فيه أن تعيين المحكمين بواسطة منظمات التحكيم له كثيراً من المزايا التي تكمن في أن هذه المنظمات تعمل باستمرار في حقل التحكيم الدولي مما يجعلهم على دراية كاملة بكل متطلبات ومؤهلات المحكم المطلوب تعيينه، كما أن هذه المنظمات تحتفظ عادة بأسماء ومؤهلات المحكمين في المجالات المختلفة الأمر الذي يجعل لديها استعداداً كبيراً لتقديم الخدمة في كل ما يتعلق بهذه المجالات.

ولا غرو أن هذا النظام يكون في كثير من الأحيان مفيداً في عقود الأشغال العامة حين يتطلب الأمر تعيين محكمين ذوي صفات معينة وخبرات معينة بل أن في الكثير من الأحوال يكون المحكم مهندساً كيميائياً يكون على دراية كبيرة بمتطلبات النزاع المطروح أمامه، أما إذا كان قانونياً كما هو الأصل المتبع في معظم التحكيم فإنه يجب أن يكون محكماً قانونياً ذو خبرة خاصة للإمام بشتات منازعة قد تصل قيمتها إلى مئات الملايين من الدولارات لاسيما وإذا كان مشروعاً يتعلق بالبنية الأساسية للدول.

وليس من شك في أن الآلية التي إستنتها قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي مهمة في هذا الصدد حيث نصت المادة (12) وعلى سبيل المثال على أن إذا شكلت الهيئة من محكم واحد وجب على الأطراف الاتفاق على تعيينه خلال المدة المحددة بالمادة السابقة وإلا تولى الأمين العام تعيينه خلال أسبوعين من إنتهاء هذه المدة المحددة من بين قائمة المحكمين بالمركز، ويخطر الأمين العام جميع الأطراف بهذا التعيين. ونصت الفقرة الثانية على أن إذا لم يعين طالب التحكيم المحكم الذي يختاره في طلبه يتولى الأمين العام تعيين المحكم خلال مدة أسبوعين من تاريخ وصول الطلب. وازافت الفقرة الثالثة أنه إذا لم يعين المطلوب التحكيم ضده المحكم الذي يختاره خلال المدة المنصوص عليها في المادة السابقة يتولى الأمين العام تعيينه خلال أسبوعين.

وأخيراً قررت الفقرة الرابعة أن يدعو الأمين العام محكمي الطرفين لاختيار محكم ثالث يكون رئيساً للهيئة، وفي حالة عدم اتفاقهما خلال عشرين يوماً من تاريخ الدعوة يتولى الأمين العام خلال أسبوعين تعيين المحكم الثالث.

د - التعيين بواسطة المحكمين المختارين من الأطراف؛

يتم التعيين في هذه الحالة بواسطة المحكمين المختارين بالفعل حيث يقوم المحكمان بتعيين المحكم الثالث والذي سيكون رئيساً لمحكمة التحكيم.

فعلى سبيل المثال تنص المادة (3/7) من قواعد الأونسيترال للتحكيم على أن:

« إذا لم يتفق المحكمين المعيّنين على اختيار المحكم الثالث الرئيسي خلال ثلاثين يوماً من تعيين المحكم الثاني فإن المحكم الثالث سوف يعين بواسطة سلطة التعيين بنفس الطريقة التي كان سيعين بها المحكم الفردي وفقاً للمادة (6) ».

ومما لا شك فيه أن هذه الطريقة هي الأكثر شيوعاً في العمل وهي التي تكفل الاختيار العادل لرئيس محكمة التحكيم حيث يختاره المحكمان المختاران بواسطة الأطراف الأمر الذي يكفل قدراً من العدالة والاختيار السليم لمحكم تتوافر فيه المؤهلات المطلوبة في تحكيمات عقود الإشغال الدولية من خبرات ذات طبيعة خاصة والإلمام باللغات الأجنبية إلى جانب اللغة العربية.

وهذا هو في تقديرنا الحل السليم لحسم مشكلة اختيار المحكم الثالث، حيث أن المحكمين يقومان باختياره وإذا أخفقوا في ذلك خلال مدة يحددها الأطراف من تعيين المحكم الثاني فإن إحدى منظمات التحكيم تقوم باختيار المحكم الثالث خلال مدة تحدد إما في شرط التحكيم Arbitration clause أو مشاركة التحكيم arbitration agreement .

هـ - التعيين بواسطة المحاكم الوطنية⁽¹⁾ :

تقوم المحاكم الوطنية بتعيين المحكمين في أحوال كثيرة. أما عن الاختصاص فإنه يكون للمحاكم الوطنية إذا ما جرى التحكيم على أرضها، وتبعاً لذلك فإنه إذا ما نص على مكان التحكيم في شرط التحكيم Arbitration clause أو مشاركة التحكيم Arbitration agreement فلا تثار مشكلة حيث يستطيع الطرف الذي يرغب في البدء في إجراءات التحكيم أن يلجأ إلى المحكمة الوطنية المختصة لإجراء التعيين.

1- Redfern and Hunter ، op. Cit- Third Edition, 1999, P. 200.

أما عن الفرض الآخر والمتعلق بعدم النص على مكان التحكيم في شرط التحكيم أو مشارطته فإن الخصم الذي يرغب في اللجوء إلى التحكيم قد يزعم بوجود الاختصاص. فإذا ما أراد المقاتل أن يقاضي رب العمل (الدولة) فإنه يتعين عليه أن يحاول بأن يدعى الاختصاص متوافراً للمحاكم الوطنية على سند من القول أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع The substantive law هو قانون الدولة المدعى عليها والتي يجرى على أرضها النزاع. كما يمكن له أيضاً الادعاء بأن محاكم الدولة المدعى عليها بحسبانها محاكم موطن المدعى عليه هي صاحبة الاختصاص في إجراء التعيين The appointment .

ومما لا شك فيه أن الحجتين سائغتين في الفرض العكسي إذا ما أرادت الدولة اللجوء إلى التحكيم ضد المقاتل فإنه يمكنها اللجوء إلى محاكم الدولة التي يكون قانونها هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لإجراء التعيين وقد تكون هي دولة المقاتل أو دولة أخرى مغايرة لدولة المقاتل وغالباً ما تشترط الدولة أن تكون محاكمها هي المختصة بإجراء التعيين بحسبان أن الدولة عادة ما تشترط أن يكون قانونها هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث أن ذلك هو ما يتفق عادة مع جوهر فكرة العقد الإداري⁽¹⁾.

وعلى الجانب الآخر فإن القدرة Power على التعيين عادة لا تثير مشاكل من ناحية التطبيق العملي فطالما توافر الاختصاص فإن إجراء التعيين Appointment عادة ما يكون يسيراً.

1- انظر إفتاء الجمعية العمومية السابق الإشارة إليه عامي 1989 ، 1993 والتي انتهت إلى جواز التحكيم في العقد الإداري في إطار الضوابط الموضوعية لنظرية العقد الإداري.

المبحث الثالث

المؤهلات المطلوبة في المحكم في عقود الأشغال الدولية

لئن كانت منازعات عقود الأشغال الدولية تتسم بسمات معينة فإن المؤهلات المطلوبة في المحكم الذى يفصل في منازعات هذا النوع من العقود يجب أن تتواءم مع هذه السمات. فليس من شك في أن المحكم في عقود الأشغال الدولية يجب أن يكون مؤهلاً تأهيلاً خاصة يمكنه في النهاية من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع.

وبالبناء على ما تقدم فيمكن أن يكون المحكم قانونياً ويمكن ألا يكون كذلك فقد يستدعى الحال أن يكون المحكم في عقود الأشغال مهندساً ، ويحدث ذلك كثيراً في العصر الحديث حين تستدعي المنازعة أن يفصل فيها شخصاً يستطيع الإلمام ببعض النواحي الفنية الهندسية التي لا يستطيع غيره الإلمام بها.

وقد يستدعي الحال في محكمة التحكيم الثلاثية أن يكون أحد العناصر مهندساً دون العنصرين الآخرين في التحكيم إلا أنه من المفضل أن يكون رئيس محكمة التحكيم من المحكمين ذوي الخبرة القانونية⁽¹⁾ التي بمقتضاها يستطيع الرئيس أن يمتضى في النظر في النزاع دون ما قد يشوب نظر المنازعة من أخطاء قد يؤدي في النهاية إلى إمكانية التنكيل بحكم التحكيم بواسطة أي من أطراف النزاع بالطعن عليه بالطرق المقررة قانوناً.

إلا أننا نرى وبالإضافة إلى ما سبق أنه يتعين كيما يكون المحكم القانوني أهلاً للفصل في نزاع متعلق بعقد من عقود الأشغال الدولية أن يكون على دراية بالتحكيم الدولي عن طريق الدراسة و الممارسة العملية معاً كما يتعين أن يكون ملماً بالقواعد العامة للقانون الدولي الخاص حيث أن ذلك يساعد كثيراً في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وكذا القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .

1- نوضح ذات المذهب

Icc Arbitration : The international solution to international business disputes, Icc publication No. 301 , P-20 (copyright Icc 1977).

وذهب البعض إلى أكثر من ذلك فاشتراط أن يكون للمحكم خبرة قضائية تمكنه من وزن الأدلة المقدمة من الأطراف يميزان القانون لا سيما وأنه قد تمرس على ذلك إبان عمله القضائي بطريقة تمكن من الوصول إلى قرارات منطقية تتعلق بالأدلة المستمدة من وقائع النزاع، وليصل في النهاية إلى حكم محكمة التحكيم، وليس هذا فحسب بل أن المحكم بحسابه قاضيا للواقع والقانون فإنه يتعين أن يكون ملماً بنظرية العقد وأصولها وأسسا القانونية، وقوانين الإثبات ونظرياته العامة كيما يستطيع أن يستمد اقتناعه من الأدلة المقدمة من الأطراف⁽¹⁾.

ولما كان الفصل في منازعات العقود الدولية يتطلب أن يكون المحكم على دراية كبيرة باللغات الأخرى⁽²⁾ فإنه يفضل في المحكم في هذا النوع من العقود أن يكون ملماً بلغة التحكيم أي أنه بصفة عامة يتعين أن يكون المحكم ملماً بلغة أو لغتين بالإضافة إلى لغته الأم مما يمكنه من الاطلاع على مستندات النزاع إن كانت بلغة مغايرة للغته الأم وكذا المذكرات المقدمة من الأطراف والمراجع ذات الأهمية في حسم النزاع. وأخيرا كتابة حكم التحكيم إذا تطلب الأمر ذلك بلغة التحكيم التي اتفق عليها الأطراف.

كما أن المحكم في عقود الأشغال الدولية يتعين أن يكون ملماً بنواحي التجارة الدولية والإقتصادية أخذاً بناصية النظام القانوني الذي يرغب الأطراف تطبيقه على موضوع العقد وما إذا كان ينتمي إلى النظام اللاتيني civil law system أو النظام الأنجلو أمريكي Common law system لينزل القواعد القانونية على وقائع النزاع على النحو الذي يحقق العدالة بين أطرافه.

هذه هي أهم المؤهلات التي يتعين أن يتسم بها المحكم في عقد من عقود الأشغال الدولية ونعود لنؤكد أنه يتعين أن يكون رئيس محكمة التحكيم قانونياً على دراية كبيرة بالتحكيم الدولي وملماً باللغات الأجنبية كالإنجليزية وحبذا لو لغة أخرى بالإضافة إلى هذه اللغة الأخيرة ، أما إذا تضمن النزاع نواحي هندسية فإنه يمكن أن يكون أحد أعضاء محكمة التحكيم مهندساً ويظهر دور

1- Douglas A. Stephenson, Arbitration Practice in construction contracts, third Edition foreword by the Rt Hon. Lord Goff of Chieveley, P.28.

2- Alan Redfern and Martin Hunter, op. Cit., Third Edition, P. 206.

الخبرة الفنية Technical expertise في هذه الحالة لتعاون محكمة التحكيم في الفصل في العناصر الفنية للنزاع بإنزال حكم القانون على معطيات التداعي من وقائع وخلافه.

ولا يفوتنا في هذا المقام الإشارة إلى المؤهلات العامة المتطلبة في سائر المحكمين كان يكون المحكم شخصاً طبيعياً كامل الأهلية وفق قانون بلده⁽¹⁾، وعدم جواز أن يكون المحكم خصماً في النزاع المعروض عليه أو له مصلحة فيه⁽²⁾، أو سبق له إبداء رأياً فيه⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك لا يجوز للمهندس الذي اشرف على عملية ما أو قام بإعدادها للتنفيذ أن يكون محكماً في الخصومة بين رب العمل والمقاول والذي نفذ هذه العملية إذ أن المهندس بهذه المثابة يكون قد اشرف على عمل المقاول الأمر الذي يكون به المهندس قد أضحى طرفاً في النزاع المعروض عليه.

1- التحكيم التجاري الدولي للدكتور فوزى محمد سامى سابق الإشارة إليه ص 154، 155 .

2- اتفاق التحكيم وقواعده للدكتور محمود السيد عمر التحيوى ص 631، د. احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والإجبارى - ط 5 - 1988 ، ص 158 .

3- انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى - دائرة العقود الإدارية والتعويضات طعن رقم 4860 لسنة 49 قضائية - غير منشور .

الفصل الخامس

التحكيم متعدد الأطراف⁽¹⁾ في عقود الأشغال الدولية

وفي هذا الفصل وبعد أن إنتهينا من بيان سمات منازعات عقود الأشغال الدولية والمحكم فيها ومؤهلاته ، فإننا سوف نعرض في هذا الفصل للتحكيم متعدد الأطراف في منازعات عقود الأشغال الدولية بحسبان هذا النوع من التحكيم يثير مشاكل كثيرة في مجال التطبيق العملي في هذه العقود وغالباً ما تنشأ هذه المشاكل في عقود الأشغال الدولية التي تتطلب حنكة معينة بدءاً من صياغة العقد وشرط التحكيم وإنتهاء بصدور حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع.

وفي هذا الفصل نتناول ماهية التحكيم المتعدد الأطراف في عقود الأشغال الدولية، وأهميته ثم في مبحث ثان نتناول المشاكل التي يثيرها التحكيم متعدد الأطراف في عقود الأشغال الدولية - وأهم هذه المشاكل مشكلة تعيين المحكمين وتشكيل محكمة التحكيم إذا ما زاد عدد المحكمين عن محكم فرد وفي سبيل دراسة هذه المشكلة نتناول بالتحليل والشرح قضية DUTCO الشهيرة بسلطنة عمان والحل المقترح من غرفة التجارة الدولية بباريس وتقديرنا لكل ما تقدم مع رأينا في هذا الشأن.

1- Multi - Party arbitration

المبحث الأول

ماهية التحكيم المتعدد الأطراف في عقود الأشغال الدولية

تعنى كلمة التحكيم متعدد الأطراف أن التحكيم في هذه الحالة يضم أكثر من طرفين. والمثال على ذلك واضحاً في عقود الأشغال الدولية ، فعندما تقاضي الدولة المقاول The contractor فيعود الأخير بدوره على المقاولين من الباطن والموردين، تظهر أهمية التحكيم المتعدد الأطراف.

فإذا قاضت الدولة المقاول الرئيسي فإنه بدوره يعود على المقاولين من الباطن والموردين عن طريق تحكيمات أخرى متفرقة ، إلا أنه وجد من الأفضل أن يتم حسم هذا النزاع وتلك المنازعات المتفرقة عن طريق محكمة تحكيم واحدة - أولاً- لتلافي صدور أحكام متعارضة مما يزيد العملية تعقيداً ثم أن حسم هذه المنازعات كلها عن طريق محكمة تحكيم واحدة يوفر الوقت والجهد والنفقات التي ستبذل في عدة تحكيمات منفصلة.

ومن هنا جاءت أهمية التحكيم المتعدد الأطراف والذي سوف يبحث محاولة التوفيق بين الأحكام المتعارضة والتي قد يستحيل تنفيذها وقد تؤدي إلى زيادة العملية تعقيداً بدلاً من حسمها.

وقد أكد القضاء الإنجليزي أهمية تلافي صدور أحكام متعارضة في تحكيمات منفصلة⁽¹⁾ والأمثلة على ذلك كثيرة ونعرض لأهمها بالشرح على النحو التالي:

تحكيم شركة أبو ظبي للغاز⁽²⁾ The ADGAS arbitration

وتخلص وقائع هذه القضية في أن شركة أبو ظبي للغاز أقامت تحكيمياً ضد المقاول الرئيسي (هوشركة مقاولات أمريكية) في عقد من عقود الأشغال العامة بأبو ظبي على سند من القول أن التنكات المنشأة لحفظ الغاز كانت

1- Abu Dhabi Gas liquefaction co. Ltd. V. Eastern Bechtel corporation (1982) 2 Lloyd's Rep. 425,427.

2- مشار إليها في Alan Redfern and Hunter المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، 1999 ، ص 177-178.

معيبة إلا أن المقاول الأمريكي أنكر ادعاء شركة أبو ظبي مشيراً إلى أنه إذا كان هناك خطأ ما في هذا الشأن فإنه ينسب للمقاول من الباطن الياباني الجنسية والذي قام بتوريدهم وتركيبهم.

وأقامت شركة أبو ظبي صاحبة مصنع الغاز تحكيما (AD Hoc) في لندن أمام محكم فرد ضد المقاول الرئيسي الشركة الأمريكية ، التي أقامت بدورها تحكيما منفصلاً ضد المقاول من الباطن الياباني الجنسية محله العقد من الباطن بينها وبينه وكان هذا الأخير بلندن أيضا .

وتجدر الإشارة إلى أن رب العمل رفض إدخال المقاول من الباطن إلى التحكيم المشترك بينهم، كما رفض أيضا المقاول من الباطن الياباني الجنسية ذات الفكرة.

وقد قضت محكمة الاستئناف بالمملكة المتحدة أنه إذا كان هناك ثلاثة أطراف في النزاع أمام المحكمة الإنجليزية فليس من بد من أن يكون الأطراف الثلاثة أمام القضاء في ذات المنازعة وذات الإجراءات، ولكن إذا كانت المنازعة ستحسم بواسطة التحكيم فإنه لا يمكن ضم التحكيم في نزاع واحد لنظرهما معا دون رضاء الأطراف وهو أحد أهم عناصر العملية التحكيمية.

إلا أن المقاول الأمريكي تقدم بطلب إلى المحكمة طالبا تعيين محكم فرد ليقوم بحسم النزاعين بحكم واحد ، فإنتهت المحكمة إلى أنه من المستحب أن يتم حسم الأمر بتحكيم واحد يضم شتات المنازعتين ليصدر فيهما حكم واحد تلافيا لتعارض الأحكام الذي يمكن أن يحدث إذا تم حسم الأمر عن طريق تحكيمين منفصلين⁽¹⁾.

ومن ذلك يبين أن للتحكيم متعدد الأطراف أهمية كبرى في الوصول إلى حل يحسم منازعات متفرقة بين أكثر من طرفين وهو الأمر الذي كثيرا ما يحدث في علاقات عقد الأشغال الدولي الذي يتسم بالتعقيد وتشابك العلاقات بين أكثر من طرفين لذا ، فإن حسم الأمر بتحكيم واحد يبدو ملائما ومجنبنا للوصول إلى نتائج قانونية متعارضة الأمر الذي يحدث صعوبات جمة عند التنفيذ الفعلي لهذه الأحكام.

1- It seems to me highly desirable that this should be done so as to avoid inconsistent findings- Lord Denning , Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd-V. Eastern Bechtel coporation (1982) Lloyd's Rep- 425,427-

التحكيم متعدد الأطراف بالنسبة لأطراف عقد الأشغال الدولي⁽¹⁾. ولعل أفضل وسيلة لفهم ميكانيكية التحكيم المتعدد الأطراف هي النظر إلى موقف كل من رب العمل ، المقاول الرئيسي ، والمقاول من الباطن محاولين معرفة الزاوية التي ينظر منها كل منهم لهذا النوع من التحكيم في فقه هذا النوع من العقود في المملكة المتحدة.

ليس من شك أن اهتمام رب العمل بالتحكيم متعدد الأطراف يقل عن اهتمام المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن. فكل ما يسعى إليه رب العمل هو أن يثبت مسؤولية المقاول الرئيسي أمامه عما هو منسوب إليه من ادعاءات إلا أن رب العمل قد لا يستطيع أن يجعل المقاول الرئيسي مسؤولاً عن كل الأخطاء المتسبب فيها المقاولون من الباطن⁽²⁾.

ولهذا فإنه إذا لم تلق الأعمال رضاء رب العمل فسوف يكون من الضروري البدء في التحكيم ضد المقاول الرئيسي إذا كان الأخير قد خرج عن موضوع العقد .

فإذا دفع المقاول الرئيسي أن الأمر لم يدخل في نطاق مسؤوليته وإنما يكون في مسؤولية أحد المقاولين من الباطن، فإن رب العمل سوف يواجه بضرورة اتخاذ إجراءات ما ضد المقاول من الباطن، لإخلاق الأخير بالتعاقد بينه وبين رب العمل.

إن نموذج العقد بين رب العمل والمقاول من الباطن يجب أن يتضمن نصاً بضرورة الربط بين الإثنتين في إجراءات تحكيم مع نوع جديد من التحكيم يعرف بالتحكيم الثلاثي أو متعدد الأطراف.

وعلى الجانب الآخر فإن المقاول الرئيسي له مصلحة أكيدة في أن محكمة واحدة سوف تقوم بحسم النزاع الذي يخصه ورب العمل وكذا المقاول من الباطن، لاسيما إذا أراد إثبات خطأ المقاولون من الباطن ليدرء مسؤوليته عن التقصير المنسوب إليه. إلا أن هذا الموقف من المقاول الرئيسي قد يتغير

1- Humphrey Lloyd, Q.C., Multi Party Clauses and Agreements, revised version of paper given in Stockholm, ICC Publication, 1991, p. 61.

2-Humphrey Lloyd, op. cit., p. 64.

إذا ما أساء هذا التحكيم إليه بأن وضعه موضع المقصر أمام رب العمل فإن كان يتعين على المقاول الرئيسي أن يدلي بتعليمات أو إرشادات وتوجيهات إلى المقاول من الباطن لأداء عمله على نحو معين إلا أنه قد قصر في أداء واجبه، الأمر الذي قد يرتب مسؤوليته كمقاول رئيسي مسئول عن جميع الأعمال أمام رب العمل⁽¹⁾.

أما المقاول من الباطن قد تكون مصلحته في محكمة فردية ويعتمد ذلك على حقه في قبض المبالغ المستحقة له⁽²⁾. فإذا كان حقه في قبض مستحقاته يعتمد على استلام المقاول الرئيسي للمبالغ المستحقة له، فسوف يكون له مصلحة أكيدة في ضمان وسيلة إجرائية يتم بموجبها تضمين المقاول الرئيسي دعواه ضد رب العمل والتي سوف تتضمن ادعاء المقاول من الباطن ضمناً.

وإذا كان ادعاء المقاول من الباطن سوف يعتمد في نجاحه على إثبات أن المقاول الرئيسي هو ضامن جدى لرب العمل في الدفع، فإن المقاولون من الباطن سوف يكون لهم ادعاءاتهم:

أ - تجاه المقاول الرئيسي الذي سوف يكون مسئولاً إما بالرجوع أو بدون الرجوع لرب العمل:

ومثال ذلك عندما يدعى بتأخير تقديم الأعمال الخاصة بالمقاول من الباطن والذي يعتمد على إثبات المقاول الرئيسي أن سبب التأخر هو أمر من الأمور الخاصة برب العمل والتي يكون الأخير مسئولاً عنها.

ب - ضد المقاول الرئيسي عندما يكون المقاول من الباطن:

إما (1) غير مسئول قبل رب العمل لأن المقاول الرئيسي لن يكون له أى خسارة بخلاف القدر الذي ربما يدفعه للمقاول من الباطن.

أو (2) أن المسؤولية الباقية فقط لأن خسارة المقاول الرئيسي تمثل قدراً صغيراً من خسارة المقاول من الباطن⁽³⁾.

1- Humphrey Lloyd, op. cit., p. 64.

2- Humphrey Lloyd, op. cit., p. 65.

3- H. Lloyd, Op. Cit., P.65.

إذا كان العقد المبرم مع المقاول من الباطن يشمل على نصوص بموجبها يختار المقاول من الباطن 3 أنواع من الإجراءات:

1 - تحكيم مباشر ضد المقاول الرئيسي في أمور يكون المقاول الرئيسي فقط مسئولاً عنها قبل المقاول من الباطن.

2 - ادعاء ضد المقاول الرئيسي ، أو وجوب أن يكون النزاع أمام المحكم المختص بالفصل في منازعات العقد الرئيسي لوجود صلة بين هذا النزاع والعقد الرئيسي والتحكيم الخاص بهذا الأخير.

3 - ادعاء ضد رب العمل مباشرة ولكن من خلال المقاول الرئيسي عندما يكون من حق المقاول من الباطن استعمال اسم المقاول الرئيسي ليدير تحكيم المقاول الرئيسي ضد رب العمل ويأخذ الإجراءات المناسبة لنفسه⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ما تقدم فقد يعطي العقد المبرم بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن الحق لمقاول الباطن في أن يستعمل ذات الحقوق والمزايا التي للمقاول الرئيسي قبل صاحب العمل.

إن نموذج العقد للمقاول من الباطن لأعمال الهندسة المدنية⁽²⁾ يحتوى نصوص مشابهة ولكنها أبسط.

وتكمن أهمية هذا النموذج في استعماله على الصعيد الدولي بكثرة لاسيما إذا كان العقد الرئيسي هو عقد الفيديك (FIDIC) فيستعمل هذا النموذج مصاحباً له في الأغلب الأعم من الأحوال.

1- H. Lloyd, Op. Cit., P.65.

2- هذا النموذج لعقد المقاول من الباطن ويرمز له بـ (ECEC) The Federation of Civil Engineering

المبحث الثاني

المشاكل التي يثيرها التحكيم المتعدد الأطراف

في عقود الأشغال الدولية

مما لا شك فيه أن تشكيل محكمة التحكيم في التحكيم متعدد الأطراف قد يثير صعوبة عندما تكون المحكمة ثلاثية التشكيل. فإذا كان الأمر في التحكيم العادي أن يقوم كل طرف من طرفي المنازعة باختيار محكماً عنه ثم يختار المحكمان محكماً مرجحاً (المحكم الثالث) إلا أن الأمر جد مختلف في التحكيم متعدد الأطراف.

ففي عقد الأشغال العامة الدولي قد يكون هناك نزاعاً بين رب العمل والمقاول الرئيسي الذي قد يحيل بدوره إلى المقاول من الباطن فيصبح هناك ثلاثة أطراف في النزاع . والسؤال الذي يطرح نفسه الآن:

كيف سيتم إختيار محكمة التحكيم ثلاثية التشكيل؟

هل سيختار رب العمل محكماً والمقاول الرئيسي والمقاول من الباطن محكماً آخر!! أم سيكون ذلك مجحفاً بهم إذا كان هناك ثمة تعارض في المصالح بينهم!!

وما هو المعيار الذي بناء عليه سيتم تمكين كل طرف من اختيار المحكم الخاص به ؟ هل هو معيار المصالح المشتركة لكل طرف فإذا كان هناك طرفان لهما مصلحة مشتركة فإنه من الأخرى أن يقوما بتعيين محكماً واحداً عنهما يمثل مصالحهما المشتركة.

إلا أن الصعوبة تظهر أكثر ما تظهر في عقود الكونسورتيوم⁽¹⁾ حيث يقوم بتنفيذ المشروع أكثر من شركة وقد تشب منازعة بين بعض هذه الشركات

1-Hani Sarie-El Din, "Consortia Agreements in the International Construction Industry", Kluwer Law International, سابق الإشارة إليه

وبعضها وقد تنشأ بينها وبين رب العمل وبعض المقاولين من الباطن فتثور نفس المشكلة عن كيفية تشكيل محكمة التحكيم ليختارها كل أطراف المنازعة ولتحقق أكبر قدر من المساواة والعدالة بين المتقاضين في اختيار المحكمين. وحسماً لهذه المشكلة فقد اخترنا من القضايا الشهيرة التي أثارَت مشكلة كبيرة في التطبيق العملي قضية Dutco علنا نجد فيها حسماً لهذه المشكلة.

قضية Dutco بسلطنة عمان⁽¹⁾

وتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة BKMI (وهي ألمانية الجنسية) دخلت في اتفاق كونسورتيوم مع Siemens (شركة ألمانية الجنسية أيضاً) وشركة Dutco (شركة منشأة وفقاً لقوانين أبوظبي) لتنفيذ عقد تسليم مفتاح لمصنع أسمنت لرب عمل من سلطنة عمان.

وقد تضمن اتفاق الكونسورتيوم شرط تحكيم مفاده أنه في حالة نشوب نزاع بين أطراف التعاقد ولم يتم حسمه ودياً، يحسم النزاع عن طريق قواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس عن طريق ثلاثة محكمين، ويكون مكان التحكيم بباريس.

وبالفعل، فقد نشب الخلاف بين Dutco من ناحية، والشركتين الأخرتين من ناحية أخرى، فما لبثت Dutco أن طلبت اللجوء إلى إجراءات التحكيم وعينت محكماً عنها، إلا أن BKMI و SIMENS اعترضتا طالبتين أن تقيم Dutco تحكيمياً منفصلاً خاصاً بكل منهما على حدة، فما كان من غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) إلا أن طلبت من الشركتين المعترضتين تعيين محكم واحد لهما معاً فقبلت الشركتان ذلك مع الاحتفاظ بحقوقهما.

وقد أصدرت محكمة التحكيم حكماً تمهيدياً Interim award فيما يتعلق بالاختصاص أوضحت فيه أن أطراف النزاع تجمعهم نوايا مشتركة لحسم النزاع بتحكيم متعدد الأطراف وذلك نظراً لطبيعة اتفاق الكونسورتيوم بينهم التي تحتمل أن ينشب نزاعاً بهذه الطريقة، كما أن شرط التحكيم أشار إلى

1-مشار إليها تفصيلاً في رسالة الدكتوراه المقدمة من د. هاني سرى الدين إلى جامعة لندن سابق الإشارة إليها ص: 217.

غرفة التجارة الدولية ICC بصفة عامة ولم يستثن من التحكيم متعدد الأطراف الأمر الذي معه يتصور أن يتم حسم النزاع بتحكيم متعدد الأطراف. وأضافت أن كلمة « كل طرف » « Each party » المنصوص عليها في المادة 4/2 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس تعنى الإشارة إلى مدعي واحد أو أكثر، مدعى عليه واحد أو أكثر وتفسر وفقاً للظروف حيث أن حق كل طرف في اختيار محكماً ليس حقاً مطلقاً وإنما يقبل التنازل عنه.

وأوضحت المحكمة في حكمها كذلك أن ضم شتات المنازعة في إجراءات تحكيم واحدة لم يخل بقواعد العدالة والمساواة بين أطراف النزاع كما أنه لم يضمن أي خرق لقواعد النظام العام الفرنسي الداخلي أو قواعد النظام العام الدولي.

فما كان من الشركتين BKMI و SIMENS إلا أن لجأتا إلى محكمة استئناف باريس لإلغاء الحكم التمهيدي الصادر من ICC وبناء على المادة 2/1502 ، 5/1502 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي تأسيساً على أن اتفاق الكونسورتيوم لم يتضمن ثمة إشارة إلى التحكيم متعدد الأطراف كما أن قواعد المساواة بين الأفراد قد انتهكت وفقاً لهذا الحكم وبالتالي قواعد النظام العام الدولي حيث أن كلا منهم قد حرم من تعيين المحكم الخاص به في حين أن شركة Dutco قد تمكنت من تعيين محكماً.

وقد أصدرت محكمة استئناف⁽¹⁾ باريس حكماً في 5 مايو سنة 1989 أيد الحكم التحكيمي الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس ورفضت طعن الشركتين والسببين اللذين قاما عليه وأكدت وجود النية المشتركة للأطراف في اللجوء إلى تحكيم متعدد الأطراف من خلال شرط التحكيم الذي تضمنه اتفاق الكونسورتيوم ، كما أضافت المحكمة أن تشكيل محكمة التحكيم قد تم وفقاً لقواعد غرفة تجارة باريس ، وقررت أن هذا التشكيل لم يمس مبدأ المساواة بين الأطراف في اختيار محكمين عنهم على الرغم من أنهم قاموا بتعيين محكم مشترك عنهم .

1- حكم محكمة استئناف باريس في 5 من مايو سنة 1989 .

إلا أن محكمة النقض الفرنسية في حكم رائد لها⁽¹⁾ قررت براءة ذى بدء أن مبدأ المساواة بين أطراف النزاع هو أمر من أمور النظام العام وأن هذا الحق في المساواة لا يمكن التنازل عنه قبل نشوب النزاع وإنما يمكن فقط بعد نشوب النزاع. وانتهت المحكمة إلى أن حكم محكمة استئناف باريس تضمن خرقاً لمبدأ المساواة مما استتبع إلغائه⁽²⁾.

ومما لا شك فيه أن اتجاه غرفة التجارة الدولية كان مثيلاً لاتجاهها فيما سبق لحسم ذات المشكلة في قضايا مماثلة⁽³⁾.

تقديرنا لهذه المشكلة :

قبل أن نشرع في حسم هذه المشكلة فإنه يتعين أن نعرض لهذا الحل في ضوء الأعراف الدولية وما فرضه التطبيق العملي لهذه المشكلة من حلول واقعية.

وفي سبيل ذلك ، فقد أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس كتيباً إرشادياً⁽⁴⁾ في وقت سابق على قضية Dutco تضمن حلها لهذه المشكلة ، وأوضحت به أن المحكمين جميعاً يجب أن تعينهم محكمة التحكيم الدولية دون أن يكون لأي طرف سلطة تعيين المحكمين لاسيما في عقود الإنشاءات والأشغال الدولية وعقود المنشآت الصناعية.

1- حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 7 من يناير 1992.

2- انظر التعليق على هذا الحكم :

-Delvolve, J., " Multipartisme: The Dutco Decision of the French Cour de Cassation " , International Arbitration, (1993) ,P. 197

ورسالة الدكتور هانى سرى الدين سالف الإشارة إليها .

Schuartz, E., " Multi- party Arbitration and the ICC in the wake of Dutco " , Journal of International Arbitration, (1993) ,P.9.

وانظر أيضاً :

-Christopher R Seppaea, French Supreme Court Nullifies ICC Practice for Appointment of Arbitrators in Multi-Party Arbitration Cases- ICLR, 1993 , P. 222 - 227..

3- انظر في ذلك :

-Arab Republic of Egypt. V. Westland Helicopters Ltd. (cour de justice, Geneva, 26 November 1982 , affirmed by the tribunal federal suisse, 16 May 1983.)

4- Guide to Multi- Party Arbitration under the (4) rules of the ICC Court of Arbitration , ICC Publication No. 404 .

وفي تقرير مهم من غرفة التجارة الدولية بباريس⁽¹⁾ فيما يتعلق بالتحكيم متعدد الأطراف أكدت الغرفة ذات المضمون الذي اتجهت إليه في تقريرها السابق حيث أن الغرفة هي التي تتولى تعيين محكمة التحكيم في حالة صعوبة ذلك من جانب أطراف النزاع.

ونحن من جانبنا نرى أن هذا الحل هو الواجب الاتباع ، وتدعيما لذلك فإنه يتعين على كل الأطراف عند صياغة شرط التحكيم في عقد من عقود الأشغال النص على أنه في حالة التحكيم متعدد الأطراف يجب أن تكون هناك سلطة للتعيين appointing authority حيث يتعين أن يعين المركز محكمة التحكيم سواء كان تشكيل المحكمة يتكون من محكم فرد أم تحكيمياً ثلاثياً الأمر الذي يجنب أطراف النزاع مشكلة كيفية تشكيل محكمة التحكيم والمشاكل التي تثيرها هذه العملية عند نشوب منازعة ما بين أكثر من طرفين وهو الأمر الذي كثيراً ما يحدث في عقود الأشغال الدولية لاسيما وأن القانون المصري للتحكيم لم ينص على التحكيم متعدد الأطراف وكذلك معظم تشريعات التحكيم بالدول العربية.

ولعل قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي جاءت متفردة في هذا المجال حيث نصت في المادة (13) تحت عنوان الأطراف المتعددون على أن:

الأطراف المتعددون

مادة (13)

1 . إذا كان هناك أطراف متعددون سواء كمدعين أو كمدعى عليهم، وإذا كان ينبغي أن يحال النزاع إلى هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين كان على المدعين المتعددين أن يعينوا محكماً، وعلى المدعى عليهم المتعددين أن يعينوا محكماً.

2 . وفي حالة فشل الأطراف في تعيين المحكمين كما سبق الإشارة إليه يقوم الأمين العام بتعيين كل المحكمين بمن فيهم رئيس الهيئة.

1- Commission on International Arbitration (meeting of 28 April 1994) Final Report on Multi - Party Arbitration . Report by the working group approved by the Commission . Submitted to the 77th session of the executive Board , paris , 14 June 1994.

ولقد أعلت قواعد المركز - في إطار سياستها المستقرة - مبدأ سلطان الإرادة حيث ناطت بالمدعون المتعددون تعيين محكم واحد ، وكذلك المدعى عليهم المتعددون تعيين محكم واحد ، أما إذا أخفق الأطراف في تعيين هيئة التحكيم وفقاً لهذه الآلية - حال وجود مصالح متعارضة بينهم أو حال إختلافهم في إختيار محكم عنهم لأي سبب - يقوم الأمين العام بتعيين كل المحكمين بمن فيهم رئيس الهيئة. أي أن الأمين العام وبهذه المثابة هو السلطة المنوط بها التعيين Appointing Authority وذلك لهيئة التحكيم بالكامل.

لعل قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي بهذه المثابة تبنت حلاً عملياً جاء متوافقاً مع المعايير والإتجاهات الدولية في هذا المجال ليحسم مسألة خلافية متواترة في مجال التحكيم في عقود الأشغال الدولية على الأصعدة المحلية والدولية.

وأخيراً فإننا نفضل أن يكون التحكيم المتعدد الأطراف مؤسسياً أو منظماً Institutional كما تكون المنظمة التي يعقد التحكيم في كنفها هي السلطة التي تقوم بتعيين المحكمين⁽¹⁾ وذلك تجنباً لما قد يثور من مشكلات حول السلطة المختصة بالتعيين The appointing authority وأن يتم النص في العقد على المؤسسة أو المنظمة التي سيجرى التحكيم وفقاً لقواعدها والتي ستقوم بدور السلطة المختصة بالتعيين لتشكيل محكمة التحكيم.

وجدير بالإشارة إلى أن المادة الرابعة عشرة نظمت المنازعة في صحة تعيين أحد المحكمين حيث قررت أن يفصل الأمين العام في هذه المنازعة خلال إسبوعين بقرار نهائي شريطة إبداء المنازعة قبل إنعقاد الجلسة المحددة لنظر النزاع. وقررت المادة الخامسة عشرة أنه إذا توفى أو إعتذر أحد المحكمين أو حالت قوة القاهرة دون القيام بمهمته أو الإستمرار فيها يتم تعيين من يحل محله بنفس الطريقة التي عين بها. كما أضافت المادة السادسة عشرة حكماً يتعلق بأن يحيل الأمين العام ملف النزاع إلى الهيئة خلال سبعة أيام من تاريخ تشكيلها على الوجه المتقدم ، وعلى الهيئة البدء في مهمتها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطارها بذلك.

1- انظر الورقة المقدمة منا إلى مؤتمر التحكيم في عقود الإنشاءات الذي أقامه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في مايو 1996 بفندق النيل هيلتون تحت عنوان

Appointing the Arbitral Tribunal in Multi- Party Arbitration.

-Humphrey Lloyd, Multi-Party Arbitration, A National Experience, ICC Publications, p. 61.

-Piero Bernardini and Joachim GOEDEL, Examination of Issues Involved in Drafting Arbitral Clauses, op. cit., p 47 and 103.

-J.Gillis Wetter, Multi-Party Arbitration Clauses, op. cit., 115.

- Mathieu de Boissesson, Constituting an Arbitral Tribunal, op. cit., p. 147

الفصل السادس

وسائل تسوية المنازعات في عقود الأشغال الدولية

بالتطبيق على نموذج عقد الفيديك

لئن كنا قد تناولنا في الفصول السابقة تعريف التحكيم ومزاياه وأنواعه ومدى جوازه في عقود القانون العام، ثم تطرقنا بعد ذلك إلى سمات منازعات العقود الدولية للأشغال العامة ومؤهلات المحكم فيها وحيدته المطلوبة لأداء مهمته وتعرضنا للتحكيم المتعدد الأطراف Multi-party arbitration حيث بينا أهمية هذا النوع من التحكيم لعقود الأشغال الدولية والمشاكل التي تثيرها في التطبيق العملي وعرضنا لذلك بالتطبيقات القضائية شارحين رأينا في حل هذا النوع من المشكلات.

وأخيراً فإننا نعرض لوسائل تسوية المنازعات في الأعراف الدولية ولبيان ذلك يتعين أن نعرض لبعض العقود الدولية للأشغال العامة بالتطبيق على نموذج عقود الفيديك وذلك للأهمية الكبرى التي تحظى بها هذه العقود في التطبيق العملي وما تثيره من مشكلات عملية يتعين إيجاد حل حاسم لها على الصعيدين المحلي والدولي.

ومما لا شك فيه أننا حين نعرض للمشكلات العملية في تسوية منازعات عقود الأشغال الدولية (الفيديك) فإننا لا بد وأن نعرض لنص المادة (67) من هذه العقود شارحين في مبحث أول دور المهندس وفقاً لهذه المادة وما إذا كان محكماً Arbitrator أو شبه محكم Quasi-arbitrator ، والطبيعة القانونية للقرارات التي يصدرها تبعاً لذلك ثم في مبحث ثان نعرض للمواعيد التي نصت عليها الطبعة الرابعة (1987) في المادة 67 والمادة 20 من الطبعة الجديدة (1999) ويعالج المبحث الثالث الطبيعة القانونية لهذه المواعيد وما يترتب عليه من عدم الامتثال لهذه المواعيد وإمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني من عدمه في حالة فوات المواعيد المذكورة.

المبحث الأول

دور المهندس في المادة (67) من

نموذج عقد الفيديك (الطبعة الرابعة)

مما لا شك فيه أن نموذج عقد الفيديك من العقود الأكثر إنتشاراً في مجال العقود الدولية للأشغال العامة ، ومن المعلوم أن دور المهندس في هذا النموذج شديد الإتساع فهو مدير للمشروع Contract administrator ويرى البعض⁽¹⁾ أنه قد يكون شبه محكم Quasi - arbitrator بجانب مهمته الأولى وكل ذلك على الرغم من أنه يتصرف بحسبانه وكيلا عن رب العمل.

وفي كل من النظامين القانونيين اللاتيني والأنجلوسكسوني تكون علاقة المهندس العقدية برب العمل وليست بالمقاول. ويكون الاختلاف بين دور المهندس في النظام الإنجليزي ودوره في الأنظمة الأخرى نابعاً من نصوص العقد بين رب العمل والمقاول. وفي ذات النظام يكون للمهندس - غالباً - سلطات واسعة وتبعاً لذلك فإن للمهندس سلطات واسعة في عقود الفيديك.

وفي النظام الدولي⁽²⁾ للعقود الدولية للأشغال العامة يختلف دور المهندس إلى حد كبير فهو يتصرف إلى حد كبير بحسبانه وكيلا عن رب العمل ويمارس السلطات التعاقدية المخولة لرب العمل بموجب العقد.

إن وظائف المهندس في عقد الأشغال الدولي تختلف في كلا النظامين القانونيين: فهو مسئول عن الأعمال الأولية للتخطيط للمشروع ودراسات الجدوى المطلوبة له، فهو بهذه المثابة مصمم المشروع وأثناء تنفيذ المشروع يكون المهندس ممثلاً لرب العمل في علاقته بالمقاول فيمكن أن يصدر قرارات تتعلق بالتخطيط للمشروع، تغيير الأعمال أو الأعمال الإضافية ، كما أنه في الوقت ذاته يعد مراقباً لتنفيذ الأعمال.

1- Fritz Nicklisch The Role of the Engineer as Contract Administrator and Quasi - Arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects, (1990) 7 ICLR 322.

Nael G. Bunni, the Eidic Form of Contracts 4th Edition, Second Edition, 1997, 155.

2- Nicklisch, op- cit., p- 324.

ومن هذا المنطلق يكون المهندس ممثلاً لرب العمل⁽¹⁾.

وفي النظام الإنجليزي وطبقاً لذلك في عقود الفيديك يكون للمهندس وظيفة
ثالثة وهي أنه مدير العقد « Contract Administrator » .

وفي هذه الناحية، فإن المهندس يجب أن يكون محايداً، مستقلاً، يتصرف
بحياد حيال طرفي العقد، وأحد أهم وظائفه - وفقاً لذلك - هي أنه يصدر
شهادات إنجاز الأعمال⁽²⁾ والتي يتم بناء عليها صرف المستخلصات كما أنه
يقوم بإقرار ما قد يدعيه المقاول للمدفوعات الإضافية والوقت الإضافي للتنفيذ
والأعمال الإضافية وإذا ما كان هناك ثمة معوقات تعوق تنفيذ العمل.

وبالإضافة إلى ذلك فإن المهندس - وفقاً لنموذج عقد الفيديك - يجب عليه
أن يصدر قرارات لحسم المنازعات بين طرفي العقد وفقاً لنص المادة 67
من عقد الفيديك. وإذا لم يطعن عليها الأطراف بطلب اللجوء إلى التحكيم،
فإن قرار المهندس بالتبعية يكون نهائياً Final وملزماً binding.

ويرى كثير من الشراح أن وظيفة المهندس بهذه المثابة تكون بمثابة وظيفة شبه
تحكيمية A Quasi - Arbitral Function⁽³⁾.

والمهندس في سبيل أدائه هذه الوظيفة يتعين أن يكون محايداً يقوم بإصدار
قرارات لفض المنازعات في عقود الأشغال الدولية بين الأطراف المتعاقدة وهو
بهذه المثابة لا يمثل أياً من مصلحته الشخصية أو مصلحة رب العمل أو بالطبع
المقاول. ويجب عليه أن يكون محايداً ومستقلاً استقلالاً تاماً إبان أدائه لهذه
المهام فهو بمثابة سلطة محايدة لفض المنازعات.

ومن المنظور الأنجلو- أمريكي فإنه لا يتصور وجود فكرة عقد للإنشاءات
بدون وجود مهندس دون اختصاصات شبه تحكيمية.

1- Nael G. Bunni, Op. Cit, P. 163.

2- Nael G. Bunni, Op. Cit., P. 182 - 183

3- Mohamed AM Ismail, Globalization and New International Public Works Agreements in
Developing Countries, Ashgate Publishing, Routledge, 2016.

أن السلطات المخولة للمهندس كيما يكون سلطة محايدة في النظام الإنجليزي تجد أساسها في الحاجة الشديد لسلطة اتخاذ قرارات محايدة أثناء التنفيذ الفعلي للمشروع. لذلك، فإن العديد من الأنظمة التي أنشأت نماذج لعقود الإنشاءات قد أخذت في الاعتبار الحاجة لإنشاء سلطة اتخاذ قرار decision making authority ولفض المنازعات dispute settlement خلال التنفيذ الفعلي للعقد.

ونظراً لما تتميز به عقود الأشغال العامة من أنها عقود تستغرق وقتاً طويلاً في التنفيذ، وأن بها من التعقيد ما يمكن أن يثير الكثير من المشكلات أثناء التنفيذ فإن هذه العقود تحتاج أشد ما تحتاج إلى سلطة فعالة لاتخاذ القرار خلال فترة تنفيذ المشروع. إلا أن المهندس وهو بصدده ممارسته لهذه السلطات: هل يعد محكماً arbitrator أم شبه محكم Quasi- arbitrator⁽¹⁾.

يرى الدكتور أحمد قسمت الجداوى أن المهندس ليس محكماً ولا قراره النهائي والملزم حكم تحكيم، ذلك لأن المهندس وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد الذي ينص على أن المحكم يفترض فيه أن يكون شخصاً يبعد تماماً عن العلاقة القانونية التي سببت المنازعة بين الأفراد وهو مالا يتوافر في المهندس والذي هو بحق ممثل رب العمل في تنفيذ العقد.

وكون المهندس يعمل لصالح أحد الأطراف، فإن المهندس لا يعد - والحال كذلك - محايداً وغير منحاز لأي من طرفي المنازعة ذلك أنه فقد شرط الحيادة والاستقلال حيال هذين الطرفين. ويضاف إلى ذلك أن المهندس لا يتقيد بأية قواعد إجرائية إبان إصداره لقراره، وهو في ذلك يختلف عن التحكيم الذي يتميز بوجود قواعد إجرائية وهو ما يتعارض مع وظائف وواجبات المحكم.

ومن الصعوبة بمكان أن يكون القرار النهائي والملزم للمهندس بمثابة حكم محكمة تحكيم حيث أنه من الصعوبة أن يحوز حجية الأمر المقضى أو أن يكون واجب النفاذ كذلك من الصعب أن يتم إصدار أمر بتنفيذ قرار المهندس أو الطعن عليه بالبطلان.

1- Nael G. Bunni, Op. Cit., P. 182 - 183

وأخيراً وليس آخراً ، فإن قرار المهندس إذا كان نهائياً وملزماً فيمكن أن يخضع للطعن فيه باللجوء إلى التحكيم وفقاً للمادة 4/67 حيث تنص هذه المادة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم وأن الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني المختص مكفول هو الآخر⁽¹⁾.

ونحن نتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور أحمد قسمت الجداوى من أن المهندس وهو بصدد ممارسة هذه السلطات لا يعد محكماً إذ أن المهندس وهو بصدد ممارسته لجميع سلطاته، إنما هو وكيل عن رب العمل⁽²⁾، فإذا اقتصر ما يقوم به من أعمال مادية فإن هذه الأعمال تكون مقاولة أما إذا اختلطت بالأعمال المادية تصرفات قانونية كان العقد مزيجاً من عقد المقاوله وعقد الوكالة ومن ثم تسري أحكام المقاوله والوكالة ولكن عنصر المقاوله يكون هو الغالب فإذا ما حدث تعارض بين الأحكام وجب تطبيق أحكام عقد المقاوله، فإنه بهذه المثابة لا يتصور أن يكون له اختصاص تحكيمي أو شبه تحكيمي Quasi- arbitral ذلك أن القضاء في معظم الدول قد تطلب درجة عالية من الحياد فإذا ما أبدى أحد المحكمين رأياً سابقاً بصدد تنفيذ المشروع فإنه يكون قد فقد شرط الحيده لأن يصبح محكماً⁽³⁾ لذلك فلا يتصور أن يصبح محكماً أو شبه محكم.

1- Dr. Ahmed Kesmat El-Geddawy, The time limit for commencing arbitration under FIDIC Rules relating to construction contracts. Its nature and effect in the light of Egyptian law.

ورقة مقدمة إلى مؤتمر التحكيم التجارى الدولي الذي ينظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولي - فندق النيل هيلتون ، يونيو 1996 -

وأُنظر في دور المهندس

- Dr. A. El Kholy, The Engineer unique dual role. Recent development in Arab law. paper presented in the conference on the latest development in International construction contracts, Cairo . April 1993, p. 22 - 23

2- الوسيط في شرح القانون المدنى - الجزء السابع - العقود الواردة على العمل - المجلد الأول - عبد الرزاق أحمد السنهورى - الطبعة الثانية 1989 - ص 236.

3- أنظر في ذلك حكم محكمة القضاء الادارى في الدعوى رقم 4860 لسنة 49ق سالف الاشارة إليه (غير منشور).

الحاجة إلى سلطة صانعة قرار في المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال الكبرى:

مما لا شك فيه أن السلطات المخولة للمهندس في النظام الإنجليزي والتي تمكنه من التصرف كسلطة محايدة تجد أساسها في الحاجة إلى وجود سلطة صانعة قرار خلال التنفيذ الفعلي للمشروع، كما أن التباين في الأنظمة القانونية للدول والتي قد يقبل بعضها أن يكون المهندس صانعاً للقرار خلال تنفيذ المشروع ولا يقبل البعض الآخر ذلك يستوجب إيجاد سلطة صانعة للقرار في إطار مقبول من كافة الأنظمة القانونية.

إن عقود الأشغال الدولية - مثلها كمثل العقود الطويلة المعقدة - لها تصميم خاص وتكوين معين تتطلب معه وجود سلطة صانعة للقرار خلال تنفيذ العقد ولفرض المنازعات ، على الأقل المؤقت منها ، مهما كان نوع هذه المنازعات⁽¹⁾ والتي يحتمل أن تنشأ بين أطراف العقد. كما يتعين أنه يوجد مدير «Manager» للعقد يراقب تنفيذه ويؤكد أن التنفيذ سوف يتم من خلال الخبراء المختصين بالتنفيذ . ويضاف إلى ذلك أن هذه السلطة يجب أن تكون على دراية بالأمور الفنية والعقدية والنواحي المختلفة التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد.

إن فقه العقود الدولية لم يقدم ثمة شئ يمكن التعويل عليه لإيجاد هذه السلطة، كما أن هذا النظام الدولي لتلك العقود يمد الأطراف بالحقوق الممنوحة لهم والواجبات التي يتعين عليهم الإلتزام بها وعلاقة كل منهم بالآخر، ويحاول هذا النظام بذلك أن يغطي كافة المواقف والأوضاع التي يمكن أن تطرأ أثناء تنفيذ العقد.

فإن وجود سلطة محددة، منوط بها اتخاذ قرارات معينة خلال تنفيذ هذا العقد لفض المنازعات وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتعاقدة والتي قد تختلف خلال تنفيذ العقد ليست من الأشياء التي تعارف عليها هذا النظام.

لقد ترك أمر إيجاد هذه السلطة للمتعاقدين ليقوموا بالنص على وجود هذه السلطة إما كتابة في العقد أو باتخاذ أي من الإجراءات التي تمكنهم من

1- Nicklisch, op. cit., p. 324, etc..

إيجادها لأداء المهام المنوط بهم أدائها. والأمثلة على ذلك كثيرة، يذكر منها تعيين طرف ثالث كمحكم أو شبه محكم أو كخبير فني، الأمر الذي يكفل حياد واستقلال السلطة صانعة القرار.

وكما أن التحكيم قد يكون منصوصاً عليه في العقد، فإن الإجراءات الأولية بخاصة إجراءات الحفاظ على الدليل، والأحكام الأولية قد لا تكون ممكنة بصفة عامة. وبطريق الإجراءات التكميلية فإن الأطراف يمكنهم الاستفادة من هذه الإجراءات الأولية ولدرجة معينة.

وعلى صعيد التطبيق العملي، فإن هذه الصعوبات تعني أن الأطراف قد يحاولون اللجوء لحل وسط مرضية، لجميع الأطراف خلال تنفيذ العقد وإرجاء التقاضي أو اللجوء إلى التحكيم حتى نهاية العقد وتنفيذ المشروع.

إن الحاجة إلى خبير ملم إماماً تاماً بجوانب المشروع معه يكون بداخل عملية التنفيذ الفعلي للمشروع كان مثار اهتمام النظام الإنجليزي⁽¹⁾.

فكما يقوم المهندس بالعمل التخطيطي للمشروع وبسبب وظائفه الأخرى يكون على دراية بالمشروع الذي يقوم بالعمل من أجله، فسوف يكون على دراية أولاً بأول بطبيعة المشاكل التي قد تثار وتتطلب قراراً يصل إليه المهندس تعاوناً منه لحسم النزاع.

وإذا كان المهندس بهذه المثابة - وكما يرى البعض - له سلطات شبه تحكيمية Quasi - arbitrator، فإنه يتعين عليه أن يكون محايداً ومستقلاً. وهنا تكمن نقطة الضعف في هذه المهمة التي استنتها النظام الإنجليزي.

وفي عقود الأشغال الدولية يكون للمهندس مهام كثيرة ومتشعبة تبدأ منذ مولد المشروع وتستمر مع مراحل المختلفة، فالمهندس يقوم بالإعداد للمناقصة، والمستندات المطلوبة للتعاقد، ويراقب تنفيذ الأعمال نيابة عن رب العمل، ولذا، فإن الشك الذي غالباً ما يثور حول حياد المهندس واستقلاله عادة يكون له ما يبرره.

1- Nicklisch, op. cit., p. 324.

إن النظام الإنجليزي يمنح المهندس هذه السلطات، كصانع قرار، وآلية لفض المنازعات بقرار ملزم منه، ويتطلب منه كذلك أن يكون محايداً، ووكيلاً مستقلاً .

وقد أكد القضاء الإنجليزي أن المهندس وكيل عن رب العمل⁽¹⁾ . وقد أكد النظام الإنجليزي كذلك أنه يتعين عليه أن يؤدي مهامه ويصدر قراراته في هذا الخصوص بحياد وعدالة⁽²⁾ . ويؤكد النظام الإنجليزي على أن المهندس يجب أن يؤدي مهامه ولا يأخذ في اعتباره مصلحة رب العمل، بل يتعين عليه أن يؤدي هذه المهام بحياد وأمانة ونزاهة مهنية Professional integrity حيال طرفي العقد.

وبناء على ما تقدم فالمهندس له ثلاث مهام: أولها، أنه الشخص المسئول عن التخطيط للمشروع، وثانيها أنه وكيل عن رب العمل، آخرها وظيفته في تسوية المنازعات كسلطة تصدر قراراً ملزماً.

وبهذه المثابة وكسلطة محايدة، فإن المهندس من الممكن له أن يصدر قراراً يتعارض مع مصالح رب العمل، بل وأكثر من ذلك، فإذا ما تعلق الأمر بأخطاء في مرحلة التخطيط فقد يصدر قراراً ضد نفسه⁽³⁾ !!

وليس من شك أن جميع أطراف العقد يتعين عليهم إنتظار قرار المهندس كما يتعين عليهم أن يتوقعوا ألا يتلقى المهندس أية توجيهات من رب العمل.

ولقد أكدت المحكمة العليا (The house of Lords) في إنجلترا عام 1974 رفضها الصفة الشبه تحكيمية للمهندس، والتي يمكن أن تحرم عميل المهندس من الحق في طلب التعويض من المهندس لخطئه Negligence .

وقد أكدت المحكمة في تسبيبها أن المهندس ليس إلاً وكيلاً عن رب العمل وملزماً بإتباع تعليماته في أحوال عديدة. وقالت المحكمة في قضائها سالف الذكر أنه إذا كان المهندس له بمقتضى العقد سلطة إصدار قرارات بناء على رأيه الشخصي وفي هذه الحالات فإنه يتعين عليه أن يعمل وفقاً لمقتضيات العدالة تجاه الآخرين

1- Sutcliffe V. Thackrah (1974) 1 All E.R. 859.

2- Nicklisch, op. cit., p. 325 Neal G. Bunni, op. cit, p. 183.

3- Nicklisch, op. cit., p. 325.

بصفة خاصة المفاوض، فإن ذلك لا يجعله لا محكماً Arbitrator ولا شبه محكم
Quasi - arbitrator (1) (2).

وللأطراف المتعاقدين مكنه اختيار الخبير الملائم أثناء التنفيذ لمهمة حفظ
الدليل وعلى صعيد التطبيق العملي، فإنه من البين أن الخبير له دور فعال ومهم
جداً في عملية حفظ الدليل أثناء تنفيذ العقد، وذلك لمرحلة التحكيم والتي قد
تتطلب هذه العملية لأهميتها البالغة أثناء المرحلة الأخيرة. على الرغم من عدم
إلزام الخبير فإن رأيه المحايد في هذا الصدد غالباً ما يكون له وزن كبير.

ويرى Nicklish في النهاية (3) أن عقود الأشغال الدولية في المرحلة المقبلة يتعين
عليها أن تنص على أنه يجب إتباع إجراءات صنع القرار خلال تنفيذ العقد واتخاذ
الإجراءات الأولية لتسوية المنازعات جنبا إلى جنب مع قواعد غرفة باريس للتجارة
الدولية (ICC) للتحكيم، ويضاف إلى ذلك ضرورة تضمين عقد الفيديك لهذه
القواعد، والتي تحل محل دور المهندس كلياً أو جزئياً بحسب الأحوال والذي يوجد
ظلالاً كثيرة الشك والريبة حول حيده واستقلاله.

وفي تقديرنا أن ما ذهب إليه Nicklish في اتجاهه السابق هو محمود
وسديد لا سيما أن يتضمن العقد آلية لفض المنازعات خلال التنفيذ الفعلي
للعقد تقوم بإصدار قرارات لها صفة الإلزام، وعلى الشخص الذي يرفضها
اللجوء إلى التحكيم.

وبدلاً من النص على هذه الوسيلة لفض المنازعات في المادة 67 من
عقد الفيديك (الطبعة الرابعة) وإعطاء اختصاصها للمهندس نرى أن تكون
لهذه السلطة لجنة محايدة، وتشكل من عضوتي هندسي (خبير فني محايد

1- أنظر القضية السابقة Sutcliffe V. Thackrah.

2- أنظر في مسؤولية المهندس حيال المفاوض في ظل عقد الفيديك إتجاه القضاء الانجليزي:
C.A. Nicklish 1172 and 1191 and 1190 . p. 1190 . 1 W.L.R. 1550 (1989) Pacific Associates V. Baxter ، مشار
إليها أيضاً في المرجع السابق.
ومشار إليه أيضاً في :

- Neal G. Bunni: P. 183 -

حيث قال Mr. Justice Purchas في رفضه لكلمة quasi-arbitrator :

“ I am quite unable to accept the proposition that the role played by the Engineer under GC
67 was anything other than a review of an earlier executive decision made in the course of
its function, as supervising engineer and subject. To arbitration under the latter provisions of
GC 67....”

3- Nicklisch, op. cit., p. 340.

يختاره مركز التحكيم الذي يجري على أرضه النزاع) وعنصر قانونى على خبرة ودراية عقود الأشغال الدولية ومتطلباتها وطبيعة منازعاتها، وعنصر ثالث مرجح إما هندسي أو قانوني. وتخول هذه اللجنة اختصاصات تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد وتصدر قرارها المسبب خلال ميعاد معين ثم يكون للأفراد حق الطعن عليه قضاءً أو تحكيمياً بحسب الأحوال خلال ميعاد معين، وذلك لاستقرار الأوضاع إلا أن فوات هذا الميعاد لا يحرم الأفراد حق اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، ولا يمس الحق الموضوعي بأية حال من الأحوال، ويمكن القول في هذه الحالة أن لهذه اللجنة اختصاصاً شبه تحكيمي Quasi - arbitral نظراً لحياذها عن أطراف النزاع حيث يختار أطراف النزاع أعضاءها منذ التوقيع على العقد، وتبدأ في عملها منذ ذلك الحين وتستمر لحين الإنتهاء من الأعمال.

أما عن تعيين أعضاءها فيمكن أن يختار كل طرف عضواً من الأعضاء فيختار طرفاً العضو الفني الهندسي، ويختار الطرف الآخر العضو القانوني ويختار العضوان الثالث المرجح.

ويمكن القول في هذا الصدد: أننا بصدد لجنة إدارية محايدة ذات اختصاص شبه تحكيمي دائم يبدأ مع مولد المشروع وتوقيع العقد وينمو، ويستمر مع سير المشروع لا سيما في المشروعات المعقدة التي يستمر تنفيذها لمدة طويلة Complex long term Contracts وهي بمثابة محكمة تحكيم محايدة تصدر قرارها سريعاً في عدد قليل من الأيام ومن ثم يكون للأفراد حق الطعن فيه خلال عدد قليل من الأيام (30 يوماً مثلاً) فإذا طعنوا فيه تحكيمياً أو قضاءً كان الأمر كذلك، وأن لم يطعنوا صار القرار نهائياً.

وأخيراً فإن هذه السلطة يتعين النص عليها في نموذج عقد الأشغال العامة على المستوى المحلي والنموذج الدولي لعقود الأشغال، واللذين سنشير إلى ضرورة وجودهما في خاتمة هذا المؤلف، وذلك كيما تأخذ جهة الإدارة في إبرامها لعقودها الداخلية والمحلية على السواء بهذه الآلية أو الوسيلة لفض المنازعات مبكراً وقبل اللجوء إلى التحكيم، الأمر الذي قد يوفر كثيراً من الوقت والنفقات والتي قد تكون باهظة لا سيما في عقود البنية الأساسية والأشغال الضخمة والتي تبرمها البلاد في هذه المرحلة من مراحل النمو الإقتصادي.

**تعديل عقد الفيديك (الطبعة الرابعة) - م/67 في خصوص السلطة
صانعة القرار:- (Dispute Adjudication Board)**
تطبيقاً للاجتهاد السابق⁽¹⁾. صدر تعديل للمادة/ 67 من عقد الفيديك
(الجزء الأول) المتعلق بالشروط العامة لعقود أعمال الهندسة المدنية، إذا
ما قرر الأطراف استبدال المهندس كصانع قرار Decision Maker بهيئة
لتسوية المنازعات.

وقد نص تعديل المادة 1/67 على أنه في حالة نشوب منازعة من أي نوع بين
رب العمل والمقاول لها صلة بالعقد أو بتنفيذ الأعمال، أو ناشئة عن أية منهما
وكذلك أية منازعة راجعة لأي رأي، تعليمات، تحديد، أو شهادة أو تقدير من
المهندس فإن المنازعة سوف يتم إحالتها كتابة إلى السلطة صانعة القرار
Dispute Adjudication Board لإصدار قرارها. ويجب النص على أن
هذه الإحالة تمت وفقاً لهذا البند من العقد.

وإذا لم يكن الأطراف قد حددوا الشخص أو الأشخاص أعضاء اللجنة في
العقد، فإن الأطراف يجب عليهم في خلال 28 يوماً من بداية التنفيذ تعيين
أعضاء اللجنة معاً. ويجب على أعضاء اللجنة أن يكونوا مؤهلين لمهمتهم، كما
يمكن أن يكون هؤلاء الأعضاء شخصاً أو ثلاثة أشخاص.

وإذا تألفت اللجنة من ثلاثة أشخاص فإن على كل طرف تعيين شخص واحد،
ثم يتفق الطرفان على تعيين الشخص الثالث والذي سيكون رئيساً للجنة.

ويكون تعيين أعضاء اللجنة وفقاً لشروط عقد الفيديك كما يراها الأطراف،
كما يجب أن يكون كل شخص من أعضاء هذه اللجنة مستقلاً عن أطراف العقد
طيلة مدة تعيينه، وأن يتصرف بحياد، وتتضمن التزامات الأطراف (حيال

1- كنا قد اجتهدنا في ابتكار الفكرة المتعلقة بوجود السلطة صانعة القرار لحسم المنازعات أثناء تنفيذ العقد على نحو سريع
يوفر الجهد والوقت والنفقات، إلا أنه تصادف أن صدر تعديل المادة/67 من الشروط العامة لعقد الفيديك والتي نصت على
سلطة حسم المنازعات والمنوط بها إصدار قرارات لحسم المنازعات أثناء تنفيذ الأعمال بدلاً من المهندس وذلك إذا ما رغب
أطراف العقد في ذلك.

ومن المؤلفات في الفقه الإنجليزي التي عالجت هذه المسألة أنظر:

Nael G. Bunni, op. cit., p. 437 – 438.

Christopher R. Seppala, the New FIDIC Provisions for a Dispute Adjudication Board, I.C.L.R.,
vol. 14., 1997, p. 443.

بعضهم البعض وحيال اللجنة) أن أعضاء هذه اللجنة لا يسألون عن أي شيء تم القيام به أثناء تنفيذ العقد إلا إذا كان ذلك ناشئ عن سوء نية. وعلى الأطراف تعويض أعضاء اللجنة إذا ما كان هناك مطالبات تأسيساً على ذلك.

وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 67 المعدلة أجر أعضاء اللجنة وكيفية تحديده وما يتحمله كل طرف، وكيفية عزل أي من أعضاء اللجنة.

وقد نظمت الفقرة الثانية من المادة 67 كيفية عمل اللجنة وللمهندس وأوجبت على الأطراف تزويد اللجنة بكل المعلومات اللازمة، وزيارة موقع الأعمال حسبما تطلب اللجنة لأعضاء القرار.

وللجنة السلطة الكاملة في : -

- أ - وضع الإجراءات الواجبة التطبيق لنظر المنازعة.
 - ب - تحديد اختصاصها ، وكذلك تحديد نطاق أية منازعة يتم الإشارة إليها.
 - ج - المبادرة بتحديد الوقائع والأمور المتطلبة للقرار المزمع إصداره.
 - د - الإنتفاع بمعلومات أي من اخصائها إذا وجدت.
 - هـ - تحديد نظام دفع الفوائد وفقاً للعقد.
 - و - تقرير إجراءات مناسبة كالإجراءات الوقتية أو التحفظية.
 - ز - النظر في، ومراجعة أي رأي، أو تعليمات، أو تحديد، أو شهادة، أو تقويم من المهندس يرجع إلى المنازعة المعروضة.
- ويجب على اللجنة إصدار قرارها المسبب خلال 84 يوماً من إحالة المنازعة إليها، على أن تخطر به الأطراف، وكذلك المهندس.

وقد نظمت هذه الفقرة أيضاً كيفية الطعن في التحكيم على قرار اللجنة إذا لم يرتض أي من الأطراف قراره، كما نظمت ميعاد الطعن في التحكيم فنصت على أنه في أو قبل اليوم الثامن والعشرين بعد استلام قرار اللجنة يجب إخطار الطرف الآخر المهندس بعدم الرضاء عن هذا القرار.

وإذا لم تخطر اللجنة قرارها في أو قبل اليوم الرابع والثمانين التالي ليوم إحالة المنازعة إليها، فإن كلا من الطرفين في أو قبل اليوم الثامن والعشرين بعد إنتهاء اليوم الرابع والثمانين يمكن أن يخطر الطرف الآخر، المهندس، بعدم رضائه.

وإذا أخطرت اللجنة قرارها في المنازعة لرب العمل أو المقاول، والمهندس ولم يعترض أي من الأطراف على هذا القرار في أو قبل اليوم الثامن والعشرين بعد اليوم الذي استلم فيه الأطراف قرار اللجنة، فإن قرار اللجنة يكون نهائياً وملزماً للمقاول ورب العمل.

كما نظمت الفقرة الثالثة كيفية حسم المنازعات ودياً في حالة عدم الرضاء بقرار اللجنة وذلك تلافياً للجوء للتحكيم. وإذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يبدأ التحكيم - في أو بعد - اليوم السادس والخمسين التالي لليوم الذي يبلغ فيه الأطراف بعدم رضائهم بقرار اللجنة، حتى ولو لم يتم محاولة تسوية النزاع ودياً.

وقد أوجبت الفقرة الرابعة من المادة 67 حسم النزاع عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

أما الفقرة الخامسة فنصت على وجوب اللجوء إلى التحكيم إذا لم يمثل أحد الأطراف لقرار اللجنة في حالة صيرورته نهائياً.

وإذا ما تم عزل أحد أعضاء اللجنة أو إنتهت مدة تعيينه، فإن أي منازعة يشار إليها وفقاً لنص المادة 2/67 سوف تحسم نهائياً عن طريق التحكيم وفقاً لنص المادة 4/67، (م/6/67).

ونرى أن هذا التعديل يتفق مع اتجاهنا في وجوب تعيين سلطة صانعة للقرار أثناء تنفيذ الأعمال على نحو ما بينا سلفاً.

كما نرى وجوب أن يتضمن نموذج عقد الأشغال - المقترح عمله على المستويين المحلي والدولي - وجود سلطة مماثلة لحسم وتسوية المنازعات أثناء التنفيذ، وذلك مع اختلاف عناصر تشكيلها حسب ما إذا كان العقد محلياً أو دولياً.

المبحث الثاني

الوضع في عقد الفيديك (1999)

أوضحت المادة 20 من من نموذج عقد الفيديك طبعة 1999، ما يتعلق بكيفية تسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد. ففي صدر المادة أوضحت كيفية لجوء المفاوض إلى المطالبة بحقوق له كالزيادة في وقت الأعمال أو المطالبة بمدفوعات إضافية وإخطار المهندس بمطالبات المفاوض في خلال 28 يوماً من علم المفاوض بالحدث الذي ألجأه إلى المطالبة. ونظمت المادة في فقرتها الثانية كيفية تعيين وعمل لجنة فض المنازعات (DAB) Dispute Adjudication Board. تشكل اللجنة من عضو أو ثلاثة أعضاء المؤهلين فإذا لم يحدد الأطراف عددهم كانوا ثلاثة. وإذا ما تكونت اللجنة (DAB) من ثلاثة أعضاء فإن كل طرف يعين عنه عضواً ويستشير الأطراف هؤلاء الأعضاء لاختيار العضو الثالث الذي سيعين كرئيس للجنة. ونظمت اللجنة الأحكام المتعلقة باختيار اللجنة وتشكيل أعضائها وقراراتها. وفي خلال 84 يوم من إحالة النزاع للجنة (DAB) تصدر اللجنة قرارها المسبب والذي ينص على أنه صدر وفقاً لنص المادة 4/20، علماً بأن هذا القرار Binding ملزم للطرفين والذين سيلتزمون به فوراً على ما لم يتم مراجعته بصورة ودية أو عن طريق التحكيم. وعلى المفاوض الاستمرار في تنفيذ الأعمال.

وإذا لم يرتض أي من الأطراف قرار اللجنة فيجب عليه إخطار الطرف الآخر بعدم الرضا خلال 28 يوماً. فإذا أخفقت اللجنة (DAB) في إصدار قرارها خلال 84 يوماً، فإن أي من الأطراف وفي خلال 28 يوماً بعد تمام هذه المدة أن يرسل إخطاراً للطرف الآخر بعدم رضائه. وفي كل الأحوال، يجب أن ينص هذا الإخطار على أنه مرسل وفقاً للمادة 4/20، كما يجب أن ينص على موضوع النزاع وأسباب عدم الرضا.

وماعدا ما نص عليه في المادة 7/20 (الإخفاق في التوافق مع قرار اللجنة (DAB) والمادة 8/20 (إنهاء صلاحية تعيين أعضاء اللجنة (DAB) فإن

أي من الأطراف لن يستطيع البدء في التحكيم لحسم النزاع ما لم يتم الإخطار بعدم الرضاء سالف البيان وفقاً لهذه الفقرة من المادة (20).

إذا ما أعطت اللجنة (DAB) قرارها لأي من الأطراف ولم يخطر أي منهم بعدم رضائه خلال 28 يوماً بعد تسلم قرار اللجنة (DAB)، فإن هذا القرار يصبح نهائياً Final وملزماً Binding لكل من الطرفين.

ونصت الفقرة التالية 5/20 على إمكانية التسوية الودية في حالة الإخطار بعدم الرضاء بقرار اللجنة، وذلك قبل بدء التحكيم. وعلى ذلك فإذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن التحكيم يمكن أن يبدأ في أو بعد اليوم السادس والخمسون بعد اليوم الذي أبدى فيه الإخطار بعدم الرضاء، ولولم يكن ثمة محاولة للتسوية الودية.

ونصت الفقرة 6/20 على التحكيم كسبيل أخير لتسوية المنازعات. ونصت المادة 7/20 على أنه في حالة عدم الاتفاق مع قرار اللجنة (DAB) وفي حالة: أ- إذا لم يخطر أي من الأطراف بعدم رضائه وفقاً للميعاد المنصوص عليه في المادة 4/20.

ب- كان قرار اللجنة (DAB) نهائياً Final ، ملزم Binding

ج- رفض الأطراف الامتثال لهذا القرار.

فإن على الطرف الآخر إحالة النزاع للتحكيم وفقاً لنص المادة 6/20 ولن تطبق النصوص 4/20, 5/20.

والسؤال الذي يطرح نفسه في ضوء ما تقدم :

إذا ما كان قرار اللجنة نهائياً وملزماً أو مضت مواعيد الطعن عليه وفقاً لنص المادة 4/20 فقد أجابت الفقرة 7/ من المادة (20) بأنه يمكن إحالة النزاع للتحكيم، إلا أنه هل تعد المواعيد المنصوص عليها في هذه المادة مواعيد تنظيمية أم مواعيد سقوط تؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي؟ وما هي النتائج المترتبة على ذلك؟

المبحث الثالث

الطبعة القانونية للمواعيد المتصوص عليها في

عقود الفيديك (الطبعة الرابعة)

جاءت المادة 67 من عقد الفيديك (الطبعة الرابعة) لتتص على أنه إذا ما نشبت منازعة بين المقاول ورب العمل فعلى الطرف المتضرر أن يحيل المنازعة للمهندس ليصدر فيها قراراً خلال 84 يوماً، فإذا لم يرتض أى من الأطراف قرار المهندس، أو إذا لم يصدر المهندس قراره خلال 84 يوماً، فإنه يجب على أي من المقاول أو رب العمل أن يخطر الآخر برغبته في البدء في إجراءات التحكيم خلال 70 يوماً.

وإذا لم يخطر أي من الأطراف الآخر برغبته في البدء في التحكيم خلال المدة المذكورة فإن التحكيم قد لا يبدأ لمدة 56 يوماً آخرين للسماح للأطراف بحل النزاع ودياً، وبعد 56 يوماً فإنه يمكن بدء التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) أو أية قواعد أخرى يتفق عليها الأطراف.

وقد بينت المادة 67 في فقرتها الأولى الجزاء المترتب على مخالفة هذه المواعيد فنصت على أن قرار المهندس يكون Final and binding نهائياً وملزماً للمقاول ورب العمل.

بينما نصت المادة 4/20 من الطبعة الجديدة (1999) على أنه إذا لم يرتض الأطراف قرار DAB فيجب على الطرف الذي لم يرتض هذا القرار خلال 28 يوم من استلامه له أن يبعث ما يفيد عدم رضائه للطرف الآخر. فإذا أخفقت DAB في إصدار قرارها خلال 84 يوم (أو إذا نص على ميعاد آخر) يعد تسلّم هذه الإشارة أو المدفوعات فإن أي من الأطراف، خلال 28 يوم من المدة السابقة، عليه أن يرسل ما يفيد عدم رضائه للطرف الآخر.

في هذه الأحوال، فإن الإخطار بعدم الرضاء يجب أن ينص على أنه وفقاً لهذه المادة (4/20)، ويجب أن يوضح سبب المنازعة وأسباب عدم الرضاء.

وما عدا ما ذكر في المادة الفرعية 7/20 (الإخفاق في التوافق مع قرار DAB) والمادة الفرعية 8/20 فإن أي من الأطراف لا يستطيع اللجوء إلى التحكيم ما لم يبلغ عدم رضائه وفقاً لهذه المادة الفرعية (4/20). ويكون قرار DAB نهائي وملزم إذا لم يبدي أي طرف من الأطراف عدم رضائه خلال 28 يوماً. ونصت المادة 5/20 على أنه في حالة عدم الرضاء وإرسال ملحوظة بذلك وفقاً لنص المادة 4/20 السابق فإنه يجب على الأطراف حسم النزاع ودياً قبل بدء التحكيم، وعلى ذلك فإنه إذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فإنه يجب أن يبدأ التحكيم خلال أو بعد 56 يوماً من اليوم التالي ليوم إبداء ملحوظة عدم الرضاء حتى ولو لم يتم محاولة حسم النزاع ودياً. ووفقاً لهذه النصوص فإنه إذا استغلفت المواعيد فإن المنازعة لا تعرض على التحكيم.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن: هل تعد المواعيد المنصوص عليها في هذه المواد مواعيد تنظيمية أو مواعيد سقوط تؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي؟ وما هي النتائج المترتبة على ذلك؟

يرى الدكتور أحمد قسمت الجدوى⁽¹⁾ أن ميعاد السبعين يوماً وفقاً لنص المادة 67 من عقد الفيديك هو ميعاد إجرائي تنظيمي وذلك للأسباب الآتية:

1- إن تشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي نصت على أنه يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

ومن المسلم أنه يتعين إذا ما رفع نزاع إلى محكمة ما يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي بعدم قبول الدعوى فإن ذلك يتعلق بالنواحي الإجرائية ولا ينصرف بأية حال إلى الحق الموضوعي نفسه.

1- Dr. Ahmed Kesmat El-Gedawy, Time limit for commencing arbitration under FIDIC Rules relating to Construction contracts Its nature and effect in the light of Egyptian law بحث مقدم إلى دورة التحكيم الدولي في قضايا الانشاءات والتي أقامها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بفندق النيل هيلتون - يونيو 1996

2 - أن المواعيد المنصوص عليها في شرط التحكيم إنما تلزم محكمة التحكيم دون المحكمة الوطنية المختصة لاسيما إذا تم البدء في التحكيم بعد فوات موعد من هذه المواعيد فعلى محكمة التحكيم The arbitral tribunal المختصة أن تقضي بعدم اختصاصها دون التطرق إلى الحق الموضوعي، والأمر هنا يتعلق بدفاع ذي طبيعة إجرائية وليس موضوعيا.

3 - أن المواعيد المتعلقة بالتقادم في التشريعات المدنية العربية لها طبيعة أخرى. فمضي المدة يمنع من سماع الدعوى وفقا للتشريعات المدنية العربية وينصب تأثيرها على الحق الموضوعي، ويمنع صاحب الحق من المطالبة به عن طريق اللجوء إلى القضاء. وبعبارة أخرى، فعندما تقرر المحكمة الوطنية عدم سماع الدعوى لإنقضاء الحق بمضي المدة، يجب عليها بدءا أن تتحقق من أنها مختصة بنظر الدعوى. فالدفع بالتقادم لا يؤثر على اختصاص المحكمة الوطنية، لأنه دفع موضوعي يؤثر على الحق الموضوعي فإذا أخذ به إنقضى الحق بحكم قضائي.

4 - وفي المقابل، إذا ما أرتكز الدفاع على مدة معينة للتقادم في ظل القانون الواجب التطبيق وأمام محكمة تحكيم، فإن هذا الدفع لن يؤثر على اختصاص محكمة التحكيم. وفي الواقع أن الدفع بتقادم الدعوى لن يتقرر إلا بعد التأكد من اختصاص محكمة التحكيم حيث أن هذا الدفع يرجع إلى الموضوع وليس إلى المسائل الإجرائية ولا الاختصاص.

5 - إن المدد المنصوص عليها في المادة 67 ليست مدة تقادم وبالتالي لا تتعارض مع أي نص يستند إلى التقادم في التشريعات المدنية العربية ودول مجلس التعاون الخليجي.

6 - وأكثر من ذلك إن المدة المنصوص عليها في المادة 67 تتعلق بالحق في اللجوء إلى التحكيم بينما مدة التقادم تتعلق بالحق في ولوج باب التقاضي أمام المحاكم الوطنية.

وقد استشهد الأستاذ الدكتور الجداوي بالدكتور محمود هاشم حيث يقول الأخير: إن الحق في اللجوء إلى التحكيم هو امتياز قانوني وهو لصالح طرفي المنازعة حيث يمكن أن يكون هناك اتفاق بينهم للإحالة للتحكيم بدلا من محاكم الدولة.

وينتج عن هذا أن الحق في اللجوء إلى التحكيم يختلف عن الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية .. فالحق الأخير هو أيضاً امتياز قانوني لشخص واحد يدعى وجود حق له أو مركز قانوني .. وهذا الامتياز إذا ما تمت ممارسته يسمح للمدعي بأن يحصل من المحكمة الوطنية المختصة على حكم في موضوع الدعوى.

والحق في اللجوء للتحكيم، لا يمكن أن يوجد بمجرد أن يدعى الشخص حقاً أو مركزاً قانونياً، ولكنه يتواجد إذا ما تحقق رضا الطرفين في اللجوء إلى التحكيم أو بعبارة أخرى رضائه بإحالة المنازعة لشخص مختار بدلاً من إحالة المنازعة إلى المحكمة الوطنية.

إذا ما لم يستطع أحد الأطراف الحصول على رضا الطرف الآخر في اللجوء إلى التحكيم، فلن يستطع بمفرده إحالة النزاع إلى التحكيم، وإذا أراد الحصول على حقه فلن يكون أمامه إلا الرجوع إلى القضاء بإتباع الإجراءات المرسومة للدعوى القضائية والتأكد من أن الشروط المطلوبة تتوافر لرفعها⁽¹⁾.

أخذين في الاعتبار الحق في التحكيم والحق في اللجوء إلى القضاء الوطني، فإنه من الواضح أن النصوص القانونية التي تنص على التقادم في القوانين المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي تتعلق فقط بالحق في اتخاذ إجراءات قضائية أمام المحاكم الوطنية وليس التحكيم.

7 - وعلى الجانب الآخر فمن المسلم به أن المقصود بمضي المدة هي المدة التي تمنع المحاكم الوطنية من سماع الدعوى، وما يتعلق بالحق الموضوعي الذي تحميه الدعوى القضائية. وكل النصوص القانونية الواردة بشأن التقادم تكون صريحة بخصوص ذلك.

وبناء على ذلك، فإن الحق في اللجوء إلى التحكيم لا يقع في نطاق هذه النصوص، لأنه حق ذو طبيعة إجرائية نشأت بالاتفاق المشترك بين الأفراد.

1- د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول: اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، 1990، ص 58 - 59

إن الطبيعة الإجرائية للحق في اللجوء إلى التحكيم ليست محل خلاف. وفي الواقع، فإن الحق الذي نشأ برضاء الأطراف يؤثر مباشرة في الدعوى القضائية وإجراءات التقاضي أمام المحكمة الوطنية، كما أنها تمنع المحاكم الوطنية من سماع الدعوى التي تم وضع اتفاق التحكيم بشأنها.

وخلالصة القول، أن الأستاذ الدكتور أحمد قسمت الجدوى يرى أن المواعيد الخاصة بالتقادم في القوانين المدنية العربية تتعلق بالحق في اتخاذ إجراء قضائي وتأثير إنقضاء المواعيد على الحق الموضوعي بينما المواعيد في المادة 67 تتعلق بالحق في اللجوء إلى التحكيم وتأثير مضي المدة عليها دون التأثير على الحق الموضوعي.

والسؤال المطروح الآن :

هل فوات المواعيد وفقاً لنص المادة 67 يضيع الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني المختص؟

من المسلم أن فوات هذه المواعيد يفقد محكمة التحكيم اختصاصها ويجعل حكمها عرضة للتكيل به. وعلى صعيد القانون المقارن، نجد قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة 1950 (م/27) كان يفتح الميعاد للطعن على أساس الظروف الطارئة. فالنظرة التقليدية التي تجعل فوات المواعيد في اللجوء إلى التحكيم تضيع الحق في المطالبة بالحق الموضوعي أمام المحاكم تبدو إلى حد ما غير مؤكدة في القضاء الإنجليزي، فالقضية الوحيدة التي تجعل فوات المواعيد يضيع الحق في اللجوء إلى القضاء كانت في عام 1923⁽¹⁾. وقد اتجه القضاء الإنجليزي حينئذ إلى الرأي الذي يميل إلى منع اللجوء إلى المحاكم في حالة فوات مواعيد اللجوء إلى التحكيم⁽²⁾.

وفي الفقه العربي يرى البعض⁽³⁾ أن التحكيم هو إجراء استثنائي على القاعدة العامة، وهي أن المنازعات يتم حسمها بواسطة المحاكم الوطنية⁽⁴⁾

1- Ian Duncan wallace, construction contracts, principles and policies in tort and contract, 1986, P. 280.

2- Ian Duncan wallace, construction contracts, Op. Cit., P. 280.

3- الأستاذ الدكتور أحمد قسمت الجدوى - الورقة سبق الإشارة إليها ص : 16.

4- محكمة النقض - طعن رقم 1579 لسنة 49 المؤرخ 10/2/1986 .

وأنه إذا كان هناك اتفاق على اللجوء إلى التحكيم فإنه يمنع المحاكم الوطنية من نظر النزاع طالما ظل هذا الاتفاق سارياً أما إذا سقط هذا الاتفاق لأي سبب فإن الاختصاص يعود للمحاكم الوطنية. وجاءت تشريعات التحكيم والمرافعات بدول مجلس التعاون الست تؤيد هذا النظر.

ونحن نتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور أحمد قسمت الجداوي في أن المواعيد المنصوص عليها في المادة 67 من عقد الفيديك والتي وردت في خصوص التحكيم في عقود الإنشاءات تؤدي في حالة إنقضائها دون اللجوء إلى التحكيم في سقوط حق الأطراف في عرض النزاع على التحكيم، أما النصوص المتعلقة بالتقادم في القوانين المدنية العربية فهي تتعلق بالحق الموضوعي، حيث تلحق الدعوى باعتبارها وسيلة صاحب الحق في حماية حقه فيبقى الحق دون دعوى تحميه.

ومن الملاحظ أن الغاية من تحديد مواعيد قرار المهندس 84 يوماً، ثم تحديد ميعاد للأطراف للجوء إلى التحكيم خلال 70 يوماً، هو سرعة حسم المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال، فإذا إنقضت هذه المواعيد دون اللجوء إلى التحكيم استغل هذا السبيل كوسيلة لفض المنازعات بين الأطراف. غير أن ذلك لا يعني سقوط حق الأطراف في اللجوء إلى القضاء الوطني للمطالبة بحقوقهم طالما أن مدة التقادم لم تكتمل.

أما بخصوص المادة 20 من عقد الفيديك (طبعة 1999) فإن ذات الأحكام تسري عليها فيما يتعلق بنهاية قرار لجنة فض المنازعات DAB شأنها شأن قرار المهندس.

إن حق التقاضي حق دستوري نص عليه المشرع الدستوري في الدساتير العربية وبالأخص دساتير دول مجلس التعاون الخليجي بحسبان أن الأصل العام هو لجوء الفرد إلى قاضيه الطبيعي، فإذا لم يلجأ الأطراف إلى التحكيم فيتعين عليهم اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي إعمالاً للمبدأ الدستوري المستقر أن الحق في التقاضي هو حق مكفول للكافة.

خاتمة

خاتمة

عرضنا في هذه الدراسة إلى التحكيم في عقود الأشغال الدولية من منظور الطبيعة القانونية لعقود الأشغال العامة وأثر هذه الطبيعة الجديدة على الأحكام الخاصة بهذا العقد لاسيما ما يترتب على ذلك من إنتهاج أساليب جديدة لتسوية منازعات هذا العقد بغير اللجوء إلى القضاء كالتوفيق والوساطة، وكذلك التحكيم الذي أصبح يحظى بدراسات كبيرة في شأن عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية. جاءت هذه الدراسة بالتطبيق على تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي وقواعد مركز التحكيم التابع لهذه الدول.

فعرضنا في الباب الأول من القسم الأول الخاص بالطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي الجديد على الصعيد الدولي لتعريف عقد الأشغال الدولي، وذلك بعد بيان خصائصه فأوضحنا أنه يتعين أن يكون محل هذا العقد عقارا بطبيعته أو بالتخصيص وأن تكون غايته تحقيق المصلحة العامة، كما يجب أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام.

وعرضنا بالشرح لبعض خصائص هذا العقد من أنه عقد طويل المدة، من العقود التي تحتوي على التزامات قانونية متبادلة وشرحنا صفة الدولية به وأخيرا قمنا بتعريفه.

وميزنا بعد ذلك بين هذا العقد والعقود الإدارية المسماة على نحو ما سبق بيانه بهذه الدراسة وبيننا صور جديدة لهذا العقد ومصادر النظام القانوني لعقود الأشغال الدولية.

وفي الفصل الثاني أوضحنا الطبيعة القانونية الجديدة لعقد الأشغال الدولي وهي الفكرة التي تركز عليها هذه الدراسة وبيننا الطبيعة الخاصة لعقد الأشغال العامة في صورته الدولية الجديدة.

ولبيان فكرة الطبيعة الخاصة لهذا العقد عرضنا للشروط الجديدة التي يحتويها والتي أدت إلى تغيير الطبيعة القانونية له فأوضحنا شروط الثبات

التشريعي التي يتضمنها عقد الأشغال الدولي وكذا شروط ثبات العقد وشروط التحكيم في العقد الإداري وأخيراً شرط القانون الواجب التطبيق وأثر هذه الشروط على تحول الطبيعة القانونية للعقد الإداري من عقد إداري تقليدي صرف إلى عقد جديد تمتزج فيه أحكام العقود الإدارية مع الأفكار الجديدة في العقود الدولية وبخاصة ما يتعلق بتسوية منازعاتها بأساليب وطرق جديدة. وعرضنا كذلك لتكوين هذا العقد وصياغته.

وفي الباب الثاني من القسم الأول عرضنا لدخول العقد حيز التنفيذ، والإخلال بالالتزامات المتقابلة فيه فعرضنا لصور الإخلال من جانب الدولة وصورها من جانب المقاول وكان ذلك مصحوباً بالتطبيقات القضائية من القضاء الإداري وأحكام التحكيم الدولي، وكيفنا هذا الإخلال بالالتزامات بأنه لا يعدو أن يكون سوى خطأ عقدي في صورته المعروفة في القانون المدني سواء في الفقه المصري أو المقارن.

وشرحنا في الفصل الثاني الجزاءات في عقود الأشغال الدولية من إمكان فسخ العقد ومصادرة التأمين أو سحب العمل والتنفيذ على الحساب، وما يترتب من تحميل المقاول المقصر ببعض النفقات في حالة التنفيذ على الحساب من فروق أسعار، ومصروفات إدارية وغرامات تأخير وحددنا طبيعة الأخيرة وما إذا كانت شرطاً عقابياً أو تعويضاً اتفاقياً في الفقه والقضاء المقارنين.

وفي الفصل الثالث بينا عوارض تنفيذ عقود الأشغال الدولية من استحالة تنفيذ الإلتزام وأثر القوة القاهرة على الإعفاء من المسؤولية في هذه العقود وبيننا ذلك في الفقه المقارن وقضاء مجلس الدولة وأحكام التحكيم الدولي والأعراف الدولية كنموذج عقد الفيديك والأونسيترال وتقديرنا للقوة القاهرة في هذه النماذج.

وفي المبحث الثاني تحدثنا عن صعوبة تنفيذ الإلتزام وفكرة التوازن المالي والإقتصادي للعقد فشرحنا نظرية عمل الأمير في عقود الأشغال العامة ونظرية الظروف الطارئة وفكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة في هذه العقود.

وقد إنصب القسم الثاني من المؤلف المائل على تسوية المنازعات في عقود الأشغال الدولية عن طريق التحكيم لبيان أن هذه الوسيلة الجديدة هي أحد الآثار المترتبة على تلك الطبيعة القانونية الجديدة، حيث تناولنا بالشرح التحكيم كوسيلة مهمة وفعالة في مجال تسوية منازعات هذا العقد، فبيننا خصائصه وأوضحنا أنواعه ومزاياه وعيوبه، ثم عرضنا تفصيلاً للتحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي، وقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي حيث تعرضنا لإتفاق التحكيم، وإجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، وحكم التحكيم وصدوره وتنفيذه والظعن عليه بطريق البطلان وذلك كله بمزيد من التفصيل في تشريعات التحكيم لقطر وللسعودية والبحرين وعمان، وتشريعات المرافعات في الإمارات والكويت. وفي ختام هذا العرض المفصل للتحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون وقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون قمنا بعمل تحليل للمبادئ التي تضمنتها التشريعات والقواعد المشار إليها من منظور مقارن لربطها بالتشريع المقارن والأعراف الدولية في علم التحكيم الدولي.

وبعد ذلك تناولنا المحكم في عقود الأشغال الدولية من حيث صفاته ومؤهلاته وتعيينه ثم بحثنا في التحكيم المتعدد الأطراف بحسبان أن هذا النوع يثير مشكلات كثيرة في هذه العقود مع شيوع استعماله فيها، وتناولنا أخيراً بالبحث وسائل تسوية المنازعات في نماذج عقود الأشغال الدولية كعقد الفيديك بحسبان أن الأعراف الدولية تمثل جزءاً تطبيقياً مهماً من نطاق الدراسة، فأوضحنا دور المهندس في المادة 67 من نموذج عقد الفيديك والطبيعة القانونية للمواعيد المنصوص عليها في المادة 67 من هذا العقد، وفي طبعته الرابعة - 1987، الجديدة - 1999، كل ذلك مصحوباً بتقديرنا للمسألة محل البحث.

وباستعراض هذه الدراسة نخلص إلى النتائج التالية:

1- إن عقود الأشغال الدولية في النظام القانوني لدول مجلس التعاون ذات طبيعة قانونية مختلطة جديدة على فقه القانون العام فهي ليست بالعقود الإدارية التقليدية وليست - على العكس - عقداً من عقود القانون الخاص وإنما

تجمع بين طياتها شروطاً جديدة دخيلة على هذه العقود الأولى هي شروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد وشرط التحكيم وما قد يستتبعه من وجود شرط للقانون الواجب التطبيق على العقد خلافاً للقانون الوطني وهو ما يتناهى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري ويقصد بذلك الأفكار الأصولية الراسخة في مجال العقود الإدارية، وأهمها ظهور جهة الإدارة بمظهر الجاه والسلطان بأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وأن يطبق على هذا العقد القانون الوطني، وكذلك أن تحسم منازعات هذا العقد عن طريق القضاء.

وإنتهينا إلى أن عقود الأشغال الدولية بهذه المثابة، وإن كانت عقوداً ذات طبيعة مختلطة فإنها تميل بعض الشيء إلى العقد الإداري ذلك أنها وإن كانت تتضمن هذه الشروط الجديدة على العقد الإداري فإنها مازالت تتضمن بعض من مظاهر الشروط الإستثنائية من فسخ للعقد ومصادرة للتأمين أو التنفيذ على الحساب مع تحميل المتعاقد المقصر بالأعباء المالية المترتبة على ذلك وغيرها من الجزاءات وهو الأمر المستقر في النظر الأكاديمي وعلى صعيد التطبيق العملي بدول مجلس التعاون الخليجي وذلك في قضاء محاكم التمييز بدول مجلس التعاون على النحو السالف بيانه بهذا المؤلف.

2- تضمنت تشريعات عقود الشراكة بدول مجلس التعاون الخليجي وبالأخص قانون الشراكة الكويتي الصادر عام 2014 جواز الإتفاق على تعديل عقد الشراكة طبقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد، وذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد الشركة، بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام هذا العقد والتي يترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد الذي يكفل تطبيق النظريات المستقرة في صدد إعادة التوازن المالي العقدي إلى نصابه حال إختلاله، وكذلك يكفل تطبيق شروط الثبات التشريعي *Stabalization Clauses* بصدد عقود الشراكة وهو ما يعد إنتهاجاً للمشرع الكويتي لأحدث الإتجاهات التشريعية في صدد عقود الدولة والتي تؤكد خلق بيئة جاذبة للإستثمار بدولة الكويت في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي وزيادة ضخ الإستثمارات الأجنبية المباشرة FDI. كما تؤكد

هذه الإتجاهات التي إنتهجها المشرع الكويتي تبنيه للطبيعة القانونية الجديدة لعقود الدولة - والتي لم تعد بهذه المثابة عقوداً إدارية بالمفهوم التقليدي - وذلك كما أوضحنا وإستعرضنا بهذا المؤلف.

3 - تضمن قانون الشراكة بإمارة دبي العديد من القواعد الإجرائية والموضوعية التي تعد - وبحق - قواعد قانونية من شأنها خلق إطار تشريعي محفز بل وجاذب للإستثمارات الأجنبية المباشرة FDI في كافة مجالات الإستثمار المباشر بإمارة دبي.

4 - تضمن قانون الشراكة بإمارة دبي 2015 في المادة الحادية والثلاثون منه إمكان تعديل عقد الشراكة وفقاً لنظرية الظروف الطارئة وهو ما يؤكد على حرص المشرع بإمارة دبي على الحفاظ على وكفالة التوازن المالي العقدي طوال فترة تنفيذ المشروع.

5 - تضمن قانون الشراكة بإمارة دبي 2015 وهو الأحدث بالعالم إمكان تسوية منازعاته بطريق التحكيم ولكن بداخل إمارة دبي وشريطة تطبيق قانون إمارة دبي على موضوع النزاع وذلك كقواعد أمرت إستنها تشريع الشراكة بإمارة دبي وهو ما يكفل - وبهذه المثابة - الحفاظ على المصالح الوطنية وعدم التضحية بها في إطار العديد من الحوافز التي تضمنها قانون الشراكة بإمارة دبي وكذلك كافة التشريعات السارية بإمارة دبي وبدولة الإمارات العربية المتحدة.

6 - تناولت الدراسة أثر الطبيعة القانونية الجديدة على الأحكام العامة لعقد الأشغال الدولي من حيث دخول العقد حيز التنفيذ والإلتزامات المتقابلة به، والجزاءات المترتبة على الإخلال بالتنفيذ.

كما تناولت الدراسة عوارض تنفيذ عقود الأشغال الدولية عندما يستحيل تنفيذ الإلتزام، ثم صعوبة تنفيذ الإلتزام وما عرف في فقه القانون العام من نظريات أصولية فقهيته وقضائية بحثنا فيها آثار تطبيق هذه النظريات على عقود الأشغال الدولية وجاء كل ذلك مشفوعاً بالتطبيقات القضائية من قضاء المحاكم العليا لدول مجلس التعاون الخليجي.

ولعل الأثر الأكبر المترتب على الطبيعة القانونية الجديدة لهذا العقود هو إمكان تسوية منازعات هذه العقود بطرق لم يألفها عقد الأشغال العامة في صورته التقليدية وذلك عن طريق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات كالوساطة والتوفيق وعن طريق التحكيم بحسبانه أهم بديل للقضاء الوطني المختص في تسوية منازعات عقود الأشغال الدولية، والوسيلة الأكثر شيوعاً وانتشاراً لحسم هذه المنازعات بما تتضمنه من مزايا عرضنا لها تفصيلاً في القسم الثاني من هذه الدراسة.

ولمناسبة التعرض للتحكيم عرضنا لما يتعلق به في عقود الأشغال الدولية من صفات ومؤهلات يتعين أن تتوافر في المحكم الذي يضطلع بالقيام بإحدى مهام التحكيم فيها، وكذلك للتحكيم المتعدد الأطراف مع التعرض لمشاكله والحلول المقترحة لها في التحكيم الدولي وكذلك تحدثنا عن التحكيم في هذه العقود في الأعراف الدولية.

7 - أنه على الرغم من الطبيعة القانونية الجديدة لهذا العقد فإن هذه الطبيعة المختلطة لهذا العقد كعقد إداري دولي لا يترتب عليها - عادةً - الإفلات من تطبيق القانون الوطني على هذا العقد وهو ما يتفق مع الإطار الموضوعي لفكرة العقد الإداري Contrat Administratif كما أن أقصى ما يمكن السماح به للأطراف هو تطبيق اختيارهم على نحو لا يتعارض مع القواعد الآمرة في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي. وحرى بالإشارة إلى أنه وفي أحيان كثيرة في التطبيق العملي بدول مجلس التعاون يمكن تطبيق قانون غير القانون الوطني على عقود الأشغال الدولية.

8 - إن عقد الأشغال الدولي يتم تطويعه في أحيان كثيرة في الواقع العملي ليصبح عقداً إدارياً فلو أخذنا نموذجاً لعقد الفيديوك وضمنناه شروطاً استثنائية - بجانب المعايير الأخرى - لأصبح عقداً إدارياً أو ذا طبيعة مختلطة بحسب الأحوال وبحسب ما سيتضمنه هذا العقد من شروط بين دفتيه.

9 - جاءت الدراسة نظرية تطبيقية لاسيما القسم الثاني منها الذي يضطلع بشرح وتحليل التحكيم في عقود الأشغال الدولية وبالأخص بدول مجلس التعاون الخليجي. وتخلص الدراسة إلى أن قواعد مركز التحكيم التجاري

لدول مجلس التعاون الخليجي دائماً ما تعلي مبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy وهو المبدأ الذي يعليه قانون التحكيم الفرنسي الجديد المعدل في 13 /1/ 2011، وتشريعات التحكيم في دول العالم التي تأثرت بالقانون النموذجي للأونسيترال كقانون التحكيم الإنجليزي 1996، وتشريعات التحكيم العربية كقانون التحكيم القطري 2017، والسعودي 2012، والعماني 1997، والأردني 2001، والبحريني 2015، والمصري 1994. ولقد واكبت قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي قواعد المراكز التحكيمية الكبرى في العالم مثل غرفة التجارة الدولية بباريس 2012، وقواعد غرفة لندن 2014، جاء ذلك واضحا بقواعد المركز في مواضع عديدة لاسيما تعيين هيئة التحكيم، وتعدد الأطراف في الدعوى التحكيمية، والقانون الواجب التطبيق وغير ذلك في العديد من المواضع.

10 - أصدر المشرع القطري قانوناً جديداً للتحكيم في فبراير 2017، وهو القانون الأحدث في العالم، ولقد تناولنا هذا التشريع بالشرح والتأصيل والتفصيل، ونهيب بالمشرع في الدول العربية التي لم تصدر تشريعات خاصة بالتحكيم أن تبادر إلى إصدار تشريعات خاصة بالتحكيم على غرار قطر 2017، البحرين 2015، السعودية 2012، وعمان 1997، لما لإصدار هذه التشريعات من أثر مهم وفاعل في جذب الإستثمارات الأجنبية المباشرة FDI إلى كافة قطاعات النشاط الإقتصادي بدول مجلس التعاون، وإرتفاع التصنيفات التي تعدها المؤسسات الدولية الكبرى لدول مجلس التعاون من بين الدول الأكثر جذباً للإستثمار على الصعيدين العربي والدولي.

وقد خلصت الدراسة بعد بحث ما تقدم إلى التوصيات الآتية:

1 - أوضحت القوانين المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي تعريف عقد المقاولة كأحد أهم العقود الواردة على العمل، وبحسبان أن هذا التعريف الوارد بالقوانين المدنية لدول مجلس التعاون هو الإطار التشريعي الحاكم لعقود الأشغال الدولية فيما لم يرد به نص في النظرية العامة للعقد الإداري وعقود الأشغال الدولية.

2 - إن المشرع بدول مجلس التعاون الخليجي والتي لم تصدر تشريعات خاصة ومستقلة بالتحكيم يتعين عليه أن يبادر بإصدار تشريعات مستقلة للتحكيم، حيث أن ذلك من شأنه أن يساعد في تنامي وإزدهار عملية التحكيم بدول مجلس التعاون، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة ضخ الإستثمارات الأجنبية في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي بدول المجلس وإرتفاع تصنيفها - وبصفة مستمرة- ضمن الدول الجاذبة للإستثمار من جانب المؤسسات التمويلية الكبرى في العالم على سبيل المثال لا الحصر البنك الدولي.

3 - يتعين على جهة الإدارة أن تعهد إلى أحد المكاتب الاستشارية الكبرى لإعداد تصميمات المشروع المعمارية والإنشائية، وكذا أبحاث التربة قبل الإعلان عن المناقصة وذلك تلافياً لحدوث مفاجآت أثناء التنفيذ كوجود تربة صخرية صلبة او عدم تناسب طبيعة التربة مع منسوب التأسيس (كأن تكون الأرض رخوة أو أن يقام المشروع على ممر مائي سابق تم الإستغناء عنه). قد تؤدي إلى التأخر في تنفيذ الأعمال وزيادة التكلفة المالية للمشروع مما قد يكون محلاً للتقاضي أمام القضاء الوطني أو التحكيم تأسيساً على فكرة الظروف المادية غير المتوقعة وهي إحدى الأفكار الشائعة الإستعمال في منازعات عقود الأشغال الدولية. ويعهد إلى هذه المكاتب الاستشارية الكبرى كذلك الإشراف على التنفيذ بعد التعاقد.

4 - يتعين على جهة الإدارة التحقق من خلو مواقع تنفيذ الأعمال من الموانع الطبيعية أو القانونية وخلافه قبل الإعلان عن المناقصة تلافياً للتأخير في تنفيذ الأعمال مما يؤدي إلى حدوث منازعات نتيجة لذلك.

5 - يجب على الدولة إعداد نموذج لعقد الأشغال العامة ضابطاً للأحكام المنظمة لها على أن يكون هناك نموذج محلي، وأخيراً دولي يقوم بإعداده لجنة من كبار المختصين حتى يواكب هذا النموذج الأشكال المألوفة للعقود على الساحة الدولية يتعين أن يتم الاستعانة في إعداده بالنماذج الشهيرة كنموذج عقد الفيديك مع تطويعه على النحو المناسب ليتناسب مع الظروف المختلفة كالنموذج المتبع في المملكة المتحدة 1/ GC/Works/1 وكذلك كراسة الشروط الإدارية في فرنسا. Cahier des clauses administratives generales.

ونرى أن يتضمن هذا النموذج ما سجلناه من ملاحظات بهذه الدراسة
بخاصة السلطة صانعة القرار أثناء تنفيذ العقد تلافياً لنشوب المنازعات.

6 - أما عن الضابط الذي تطلبه المشرع القطري في قانون التحكيم القطري
الجديد 2017 والذي إشتراط وجوب الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء
أو من يفوضه قبل اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فهو ضابط محمود
غايته الحفاظ على المصلحة العامة وصون المال العام. وحري بالإشارة أنه
إعمالاً لقاعدة أنه لا يجوز أن يرد تفويضاً على تفويض، فإن الشخص المفوض
من رئيس الوزراء القطري لا يجوز له أن يفوض غيره في الموافقة على التحكيم
في العقود الإدارية، بحسبان أنه ليس هو الأصيل بل هو مفوض والأصيل هو
رئيس مجلس الوزراء فالمفوض لا يفوض غيره على ما جرت عليه قواعد القانون
العام في التفويض في الإختصاصات.

7 - وبالنسبة للضابط الذى تطلبه المشرع السعودي في قانون التحكيم
السعودي الصادر عام 2012 في مادته العاشرة /2 وهو الضابط الذي ناط
برئيس مجلس الوزراء السعودي الموافقة على التحكيم بالنسبة للجهات
الحكومية حال لجوئها إلى التحكيم، إلا إذا كان هناك نص نظامي خاص
يجيز ذلك، ففي تقديرنا أنه ضابط منطقي غايته الحفاظ على الصالح العام
وصون المال العام بعدم اللجوء إلى التحكيم إلا عندما يقتضي الحال وبالأوضاع
والأحوال التي تستظهر معها السلطة المختصة إمكانية الحفاظ على المال العام.

8 - إلا أنه قد يذهب رأي إلى أن الإذن بالتحكيم الذي يصدر من رئيس
مجلس الوزراء القطري أو السعودي يجب أن يحدد أموراً كثيرة تتعلق بالعملية
التحكيمية نفسها، كمكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق على الموضوع
والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وطلبات جهة الإدارة أمام محكمة
التحكيم، وذلك كله تقليباً للمصلحة العامة وحفاظاً على المال العام وصوناً له
بضمان نجاح جهة الإدارة في عملية التحكيم قدر الإمكان والحصول على أكبر
قدر من طلباتها أمام محكمة التحكيم.

فموافقة رئيس مجلس الوزراء القطري أو السعودي على التحكيم يمكن أن تصدر محددة إجرائه في مكان معين وفقاً لقانون معين يحكم الموضوع (غالباً القانون الوطني) وآخر يحكم الإجراءات وخلافه من المسائل المتعلقة بالعملية التحكيمية.

فإذا كان التحكيم سيجري في الخارج مثلاً فليس ثمة مساس بالمصلحة العامة والمال العام، ولكن إذا كان سيطبق عليه قانوناً غير القانون الوطني ففي ذلك مساس بالطبيعة الموضوعية للعقد الإداري وسيادة الدولة، بحسبان أن العقد المائل وإن كان عقداً ذي طبيعة جديدة مختلطة إلا أنه لا يزال يصطبغ بالصبغة الإدارية في شطر منه تستلزم خضوعه للقانون الوطني ليطبق على موضوع العقد .

وليس من شك أن المقصود بسلطات رئيس مجلس الوزراء هنا تلك السلطة الرئاسية دون السلطات الوصائية وفقاً للمفاهيم القانونية المستقرة. وسلطات رئيس مجلس الوزراء هنا أيضاً يجب أن تكون في إطار القوانين الأخرى التي يستمد منها كافة السلطات التي يباشر منها سلطاته بنوعيتها، مع إحترام مبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy للأطراف المتعاقدة قدر الإمكان.

فهذه السلطات يجب أن تكون في إطار قواعد القانون العام الدولي الجديد ومحاولة التوفيق بين عقد الأشغال الدولي في صورته الجديدة ومقتضيات ومتطلبات مبدأ سلطان الإرادة، والأفكار العامة المستقرة في العقود الإدارية. ولا شك أن المشرعين السعودي والقطري قد تأثرا بالمشرع الفرنسي في المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي والتي حظرت - كأصل عام - على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم إلا إذا كان هناك نص تشريعي يجيز ذلك كما نص المشرع الفرنسي على جواز التحكيم في عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص PPPs، وبعض القطاعات الثقافية مثل الكوميدي فرانسيز، وأوبرا باريس، وبعض القطاعات الأخرى الخدمية مثل البريد، والمؤسسات الاقتصادية والصناعية، وبعض الحالات الأخرى التي تعرضنا لها في هذه الدراسة وكما أسلفنا.

9 - يجب أن توجد سلطه معينه لاتخاذ القرار أثناء تنفيذ العقد يناط بها حسم المنازعات وديا التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد، تشكل من عنصر هندسي بجانب عضوين قانونيين، وتكوين لجنة إدارية محايدة لمحاولة الفصل في منازعات هذه العقود إداريا ووديا قبل إحالتها إلى القضاء توفيراً للوقت والنفقات وذلك تلافياً لإحالتها إلى القضاء أو التحكيم.

وقد جاء تعديل المادة 67 من عقد الفيديك مؤازراً لهذا الاجتهاد حينما نص على إمكان استبدال اللجنة المنصوص عليها به Dispute Adjudication Board بالمهندس إذا ما رغب الأطراف في ذلك، وما تلا ذلك في طبعة 1999 والتي رتبت خطوات حسم المنازعات وأولت دور كبيراً لهذه اللجنة كبديل للمهندس.

وصفوة القول، أن عقد الأشغال العامة الدولي عقد ذو طبيعة جديدة على فقه القانون العام يصطبغ أحياناً بالصبغة الإدارية بما يتضمنه هذا العقد من جزاءات توقع على المتعاقد المقصر في حالة إخلاله بالتزاماته وبما قد تستلزمه هذه الصبغة والشروط الموضوعية من بعض الأحكام الخاصة التي تتفق مع كونه عقداً دولياً متأثر - وإلى حد كبير - بمقتضيات العولمة الثقافية القانونية والأفكار التعاقدية والتحكيمية الواردة من الثقافة القانونية الأنجلو أمريكية إلى فرنسا والدول العربية وبالأخص دول مجلس التعاون الخليجي.

وبهذه المثابة، فإن هذا العقد ليس إلا عقداً يتضمن بعض الشروط الموضوعية الجديدة والدخيلة على العقد الإداري التقليدي وفقه القانون العام، وأضحى الأثر المباشر لذلك هو أن تتم تسوية منازعاته بطرق جديدة لم يألفها العقد الإداري التقليدي من قبل كالتحكيم والتوفيق والوساطة وكل ذلك - وبحق - بمثابة ثورة جديدة على المفهوم التقليدي للعقد الإداري.

إن هذه بحق هي نظرية تحول العقد الإداري في عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية والتحكيم بهذه العقود كآثر مباشر لهذا التحول.

أسأل الله أن يتحقق بما بذلت ما إبتغيت وهو الموفق والهادي إلى سواء السبيل...

تم بحمد الله،،

قائمة بالمراجع باللغة العربية

- 1 - د. إبراهيم على حسن
القانون 89 لسنة 1998 لتنظيم المناقصات والمزايدات لا تزال تسرى فيه روح القانون 9 لسنة 1983 مقال منشور بجريدة الأهرام - عدد 27 ديسمبر 1998 - ص 14.
- 2 - د. إبراهيم محمد عبد الحليم
أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس 1994.
- 3 - إبراهيم نافع
اقتصاد مصر من الهزيمة والخراب إلى العبور والإنطلاق - مقال منشور بجريدة الأهرام - عدد 30 أكتوبر 1994 - ص 3.
- 4 - د. أبو زيد رضوان
- الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي - القسم الثاني - دولية التحكيم التجاري.
- مجلس الحقوق والشريعة - جامعة الكويت - السنة الثانية - العدد الثاني يونيو 1987.
- الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي - القاهرة - 1981.
- 5 - د. إبراهيم أحمد إبراهيم
التحكيم الدولي الخاص - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - 2000.
- 6 - د. أحمد أبو الوفا
- التحكيم الاختياري والإجباري - الطبعة الخامسة.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح - 2007 - دار المطبوعات الجامعية.

- 7- د. أحمد حسان مطاوع
التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات - رسالة دكتوراه - جامعة
القاهرة 1998.
- 8- أحمد عبد الكريم سلامة
قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، 2004، دار
النهضة العربية.
- 9- د. أحمد رفعت خفاجي
- نظرية الأشغال العمومية في القانون الإداري - مجلة المحاماة المصرية
1953 - س 33 - العدد السادس.
- طبعة الغرامة التعاقدية في العقود الإدارية - مجلة المحاماة
المصرية 1956 - س 36 - العدد العاشر.
- 10- د. أحمد صادق القشيري
التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي - نادى مجلس الدولة
- مجموعة محاضرات الموسم الثقافي - المجلد الأول - ص 114 وما
بعدها.
- 11- د. أحمد عثمان عياد
مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية
الحقوق جامعة القاهرة - دار النهضة العربية - 1973.
- 12- د. أحمد يسرى
أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - منشأة المعارف
بالإسكندرية - 1991.
- 13- د. أكنم الخولي
الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد - مؤتمر القاهرة
للتحكيم الدولي - 12 ، 13 سبتمبر 1994.

- 14 - د. أنور أحمد رسلان
- القانون الإداري - 1984.
- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة 48 - العددان (3) ، (4) - سنة 1980.
- 15 - د. الدناصوري وعكاز
التعليق على قانون المرافعات - الطبعة السابعة - 1992.
- 16 - د. السلال سعيد جمعة الهويدي
سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة - رسالة ماجستير جامعة طنطا - 1994.
- 17 - د. السيد الحبيب ملوش
آخر التطورات في حقل التحكيم الدولي بتونس - مقال مقدم لمؤتمر القاهرة والإسكندرية عن التحكيم الدولي المنعقد في القاهرة في الفترة من 11-15 أكتوبر 1992.
- 18 - د. السيد المراكبي
التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثيره بسيادة الدولة ، الطبعة الثانية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2010 .
- 19 - د. ثروت بدوي
- القانون الإداري - 1988 ، دار النهضة العربية.
- النظرية العامة في العقود الإدارية 1991- ، دار النهضة العربية.
- المعيار المميز للعقد الإداري - مجلة القانون والاقتصاد - 1957س27 العددان الثالث والرابع.
- 20 - د. ثورية العيوني
معيار العقد الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 1987.

- 21- د. جميل الشرقاوى
- شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة - 1966.
- محاضرات في العقود الدولية - دار النهضة العربية - 1993 - 1994.
- 22- د. حبيب إبراهيم الخليلي
مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية - مجلة الأحكام - المجلد السابع 1997.
- 23- د. حسام عيسى
التحكيم التجاري الدولي - نظرة نقدية - دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية - القاهرة - بدون ناشر - 1988.
- 24- د. حسني سعد عبد الواحد
التحكيم في العقود الإدارية - مجلة الأحكام - المجلد الثالث - 1995
ص 76 وما بعدها - الناشر - شركة الخدمات التعليمية القاهرة.
- 25- د. حفيظة الحداد
العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة - الطبعة الأولى - 1996.
- 26- د. خالد فلاح عواد العنزي
التحكيم في العقود الإدارية في الكويت ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 2007 .
- 27- د. خميس خضر
العقود المدنية الكبيرة "البيع والتأمين والإيجار" - الطبعة الثانية 1984.
- 28- د. سامية راشد
- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول - اتفاق التحكيم - دار النهضة العربية - 1984.
- دور التحكيم في تدويل العقود - دار النهضة العربية القاهرة - 1990.

- 29- د. سعاد الشرقاوي
- القانون الإداري - دار النهضة العربية - 1992.
- تحرير الاقتصاد ودستور سنة 1971 - دار النهضة العربية -
يوليو 1993.
- العقود الإدارية - دار النهضة العربية - 1995.
- تنوع وتزايد العقود الإدارية وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر
إلى الاتفاق والمكافأة - مجلة الأمن والقانون - (مجلة تصدرها كلية
الشرطة بدبي الإمارات العربية المتحدة) - 1995 - س 3 - العدد
الثاني.
- 30- د. سلامة فارس عرب
وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة
الدولية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1998.
- 31- د. سليمان الطماوي
- الأسس العامة للعقود الإدارية - الطبعة الخامسة مطبعة جامعة
عين شمس - 1991.
- القضاء الإداري - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - 1996 دار
الفكر العربي.
- 32- د. سليمان مرقص
العقود المسماة - عقد البيع - المجلد الأول - الطبعة الرابعة - 1980.
- 33- د. عاطف محمد راشد الفقي
التحكيم في المنازعات البحرية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق
جامعة القاهرة - 1995.
- 34- د. عبد الله عيسى على الرمح
التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ، الإطار العام للتحكيم ،
2013 (بدون ناشر).

- 35- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري
- الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثالث - نظرية الإلتزام
بوجه عام المجلد الثالث - إنقضاء الإلتزام - 1984.
- الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على العمل - الجزء
السابع - المجلد الأول - الطبعة الثانية.
- العقود التي تقع على الملكية - المجلد الأول - البيع والمقايضة - 1960.
- 36- د. عبد العظيم عبد السلام عبد المحيد
- أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري - سنة 1989.
- أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري -
1990.
- 37- د. عبد الفتاح صبري أبو الليل
أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق - 1994.
- 38- د. عبد الفتاح عبد الباقي
موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإرادة المنفردة -
دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي - 1984.
- 39- د. عبد المجيد فياض
نظرية الجزاءات في العقد الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة عين
شمس 1974.
- 40- د. عبد المنعم البدرأوى
عقد البيع في القانون المدني - الطبعة الأولى - 1957.
- 41- د. عبد المنعم الشرقاوى
المرافعات المدنية والتجارية - 1950.
- 42- د. عبد الودود يحيي
- الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الأول - مصادر
الإلتزام - 1989.
- الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الثاني - أحكام
الإلتزام 1987.

- 43- د. عبسي عبد القادر الحسن
حقوق والتزامات المتعاقدين في عقود الأشغال العامة - رسالة
دكتوراه جامعة القاهرة - 1997.
- 44- د. عزت صديق طنبوس
نزع الملكية للمنفعة العامة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة
عين شمس - 1988.
- 45- د. عزيزة الشريف
التحكيم الإداري في القانون المصري - دار النهضة العربية -
1992-1993.
- 46- د. عزيزة الشريف
دراسات في نظرية العقد الإداري - دار النهضة العربية - 1982
- 47- د. على الفحام
سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق
جامعة عين شمس - 1975.
- 48- د. على رمضان على بركات
خصوصية التحكيم في القانون المصري والمقارن - رسالة دكتوراه -
جامعة القاهرة - 1996.
- 49- د. عمر حلمي فهمي
-الأحكام العامة للعقود الإدارية - دار الثقافة الجامعية 1991 .
-أثار العقود الإدارية - دار الثقافة الجامعية - 1991.
-معيار تمييز العقد الإداري - 1993.
- 50- د. عوض الله هيبه الحمد السيد
النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدولة والشركات
الأجنبية الخاصة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 1992.
- 51- د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد
الموجز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي - 1988.

- 52- د. فتحي فكري
محاضرات في العقود الإدارية - 1994 .
- 53- د. فتحي والى
- الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - 1986 .
- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - منشأة المعارف بالإسكندرية -
الطبعة الأولى .
- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - منشأة المعارف بالإسكندرية
- 2013 .
- 54- د. فتحية قرة
أحكام عقد المقاوله - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1992 .
- 55- د. فوزي محمد سامي
التحكيم التجاري الدولي - عمان - 1992 .
- 56- د. ماجد راغب الحلو
- القانون الإداري - 1994 .
- العقود الإدارية والتحكيم - دار الجامعة الجديدة - 2004 .
- 57- د. محسن شفيق
- التحكيم التجاري الدولي - دروس لطلبة الدكتوراه - على الآلة
الكاتبه 1973 / 1974 - كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
- عقود تسليم المفتاح - دار النهضة العربية - (بدون تاريخ) .
- التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - 1997 .
- 58- د. محمد أنس قاسم جعفر
- الوسيط في القانون العام - أسس وأصول القانون الإداري - 1985 .
- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - مقالات الأعمال المدني -
دراسة لأهم الجوانب الإقتصادية والقانونية - 1995 .
- 59- د. محمد بدران
- الوسائل البديلة لحسم المنازعات الإدارية في القانون الإداري المصري
بحث على الآلة الكاتبه - بدون تاريخ - غير منشور .
- رقابة القضاء على أعمال الإدارة - دار النهضة العربية - 1997 .

60- د. محمد حسين بشايرة
تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون
لدول الخليج العربية ، مؤلف صادر عن مركز التحكيم التجاري لدول
مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الطبعة الأولى ، 2015 .

61- د. محمد رضا أبو قنبر
نحو مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة - مجلة المحاماة المصرية
- 1991 - س 71 - العددان التاسع والعاشر.

62- د. محمد سعيد أمين
- المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - 1991.
- دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها دار الثقافة
الجامعية - 1992.
- الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإداري في تنفيذ العقد
الإداري رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - 1983.

63- د. محمد صلاح عبد البديع
سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة عين
شمس - 1993.

64- د. محمد عبد اللطيف
- نزع الملكية المنفعة العامة - دار النهضة العربية - 1988.
- نظرية التنازل في القانون الإداري - دار النهضة العربية - 1990.
- التقادم المكسب والمسقط - الطبعة الثانية - 1966.

65- د. محمد عبد المجيد إسماعيل
- عقود الأشغال الدولية - دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه
العقود على الأحكام الخاصة بها - القاهرة - مايو 2000 .
- عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية
- بيروت - 2003.
- تأملات في العقود الدولية وأثر العوالة على عقود الدولة - منشورات

الحلبي الحقوقية - بيروت - 2009 .
-القانون العام الإقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد- منشورات
الحلبي الحقوقية - بيروت 2010 .
-دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة -
منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2014 .

66- د. محمد كامل ليلة
مبادئ القانون الإداري - الجزء الأول - 1969.

67- د. محمد كمال الدين منير
التحكيم في العقود الإدارية - بحث منشور بمجلة العلوم الإدارية -
السنة الثالثة والثلاثون - العدد الأول - يونيو 1991.

68- د. محمد لبيب شنب
شرح أحكام عقد المقاولة - دار النهضة العربية - 1962.

69- د. محمد ماجد محمود
العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي - مجلة العلوم الإدارية السنة
الخامسة والثلاثون - العدد الأول - يونيو 1993.

70- د. محمد ماجد محمود
دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول
النامية دار النهضة العربية - 1997.

71- د. محمد ماهر أبو العينين
الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - 1987.

72- د. محمد ماهر أبو العينين وعاطف عبد اللطيف
قضاء التحكيم 2010 .

73- د. محمد نور شحاته
مفهوم الغير في التحكيم - دار النهضة العربية - 1996.

74- د. محمود السيد عمر التحيوى
اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27
لسنة 1994 رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1994.

75- د. محمود عاطف البنا
- العقود الإدارية - 1984.
- الوسيط في القانون الإداري - الطبعة الثانية - 1992.
- الرقابة على دستورية اللوائح - سنة 1992.
- العقود الإدارية - دار العلوم للطباعة والنشر - الرياض - 1984.

76- د. محمود سمير الشرقاوي
- التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - 2011.
- العقود التجارية الدولية - دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع -
دار النهضة العربية - سنة 1992.

77- د. محمود هاشم
النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - الجزء الأول -
اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلاميين
- 1990.

78- د. مختار أحمد بريري
- التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - 1995.
- التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - 2004.

79- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال
التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - الطبعة الأولى - 1998.

80- د. مصطفى كمال وصفي
حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة -
مجلة العلوم الإدارية - 1971 - س 13 - العدد الأول.

- 81- د. موحند إسعاد
القانون الدولي الخاص - باللغة الفرنسية - ترجمة فائز أنجق -
الجزائر - 1989.
- 82- د. ناريمان عبد القادر
اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27
لسنة 1994 - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - 1994.
- 83- نبيل إسماعيل عمر
التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - دار الجامعة
الجديدة - الطبعة الأولى - 2004 .
- 84- د. نبيلة عبد الحليم كامل
دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزاع
الملكية دار النهضة العربية - 1993.
- 85- د. نصر الدين محمد بشير
غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام - رسالة
دكتوراه - جامعة القاهرة - 1998 .
- 86- د. نعيم عطية
تغييرات سعر الصرف وأثرها على ثمن العقد الإداري - مجلة العلوم
الإدارية 1992 - س 34 - العدد الثاني.
- 87- د. هارون عبد العزيز الجمل
النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة - رسالة دكتوراه
جامعة عين شمس - 1979 .
- 88- هشام خالد
معيار دولية التحكيم التجاري - منشأة دار المعارف - الإسكندرية -
2006 .

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف بالإسكندرية - سنة 1995.

مجموعات الأحكام ، والإفتاء ، والدوريات العلمية :

- مجموعات المبادئ التي أرسنها محكمة التمييز الكويتية.
- مجموعات المبادئ التي أرسنها محكمة التمييز البحرينية.
- موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً ، الكتاب الثالث ، منازعات الأفراد والعقود الإدارية ، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى 2000 . (المستشار ناصر معلا ، المحامي جمال الجلاوي).
- مجموعات المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع بدولة الكويت.
- مجموعات الفتاوى القانونية الصادرة عن إدار الفتوى والتشريع بدولة الإمارات العربية المتحدة ، وزارة العدل.
- مجموعات الفتاوى الصادرة عن الفتوى والتشريع بسلطنة عمان.
- مجلة القانونية - تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني بالبحرين.
- مجلة الأمن والقانون - مجلة تصدرها كلية الشرطة بدبي الإمارات العربية المتحدة.
- مجلة مجلس الدولة ، صادرة عن مجلس الدولة المصري.
- مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.
- مجلة إدارة قضايا الحكومة سابقاً ، جمهورية مصر العربية.
- مجلة العلوم الإدارية.
- مجلة المحاماة.

الفهرس

5	كلمة دار القرار (الناشر)
7	كلمة المؤلف
9	مقدمة
21	القسم الأول الطبيعة القانونية الجديدة لعقد الأشغال الدولي
24	الباب الأول : ماهية عقد الأشغال الدولي
25	الفصل الأول : تعريف عقد الأشغال الدولي
26	المبحث الأول : خصائص عقد الأشغال الدولي وتعريفه
26	أولاً : عقد المقاولة في تشريعات دول مجلس التعاون :
28	ثانياً : عقد الأشغال الدولي في الفقه المقارن :
42	المبحث الثاني : التمييز بين عقد الأشغال الدولي والعقود الإدارية المسماة ..
42	أولاً : التمييز بين عقد الأشغال الدولي وعقد التوريد :
43	ثانياً : التمييز بين عقد الأشغال الدولي وعقد التزام المرافق العامة :
46	المبحث الثالث : الصور الجديدة لعقود الأشغال الدولية
46	أولاً : عقود تسليم المفتاح :
46	ثانياً : عقود البوت BOT، BOOT :
52	السمات الرئيسية لعقد المقاولة المبرم بنظام الB.O.T :
Complex, logterm	أولاً : عقود البوت عقود معقدة طويلة الأمد
52	agreements :
53	ثانياً : عقد المقاولة في هذه الحالة غالباً ما يكون عقد تسليم مفتاح :
53	ثالثاً : الثمن في عقد المقاولة المبرم بنظام البوت :

53	صور عقد المقاولة بنظام البوت:
53	أولاً: نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT:
55	ثانياً: إلتزام المرافق العامة (إحاله):
55	ثالثاً: البناء والإيجار ونقل الملكية Build, Lease and Transfer: B.L.T
55	رابعاً: البناء ونقل الملكية والتشغيل: Build, Transfer and Operate: B.T.O
58	عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص
59	ماهية عقود الشراكة (PPP):
60	نشأة نظام الشراكة (PPP) في المملكة المتحدة وفرنسا:
63	عقود الشراكة في دول مجلس التعاون الخليجي:
63	قانون الشراكة بإمارة دبي:
67	قانون الشراكة بدولة الكويت:
70	مزايا التعاقد بنظام الشراكة (PPP) وعيوبه:
71	التمييز بين نظام الشراكة (PPP) وعقود البوت (BOOT):
72	النظام التعاقدي لعقود الشراكة:
72	الإلتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد (المستثمر) في عقود PPP:
73	تقديرنا لنظام الشراكة (PPP):
75	المبحث الرابع : النظام القانوني لعقود الأشغال الدولية
76	أولاً : النصوص التشريعية:
77	ثانياً: كراسات ودفاتر الشروط العامة والخاصة:
81	ثالثاً: القضاء الإداري:
83	رابعاً: أحكام التحكيم الدولي والأعراف الدولية:

84	خامساً: الفقه:
86	الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي.....
87	المبحث الأول : الطبيعة الخاصة لعقد الأشغال الدولي.....
91	نظرية تحول الطبيعة القانونية لعقد الأشغال الدولي.....
91	أولاً : شروط الثبات التي يتضمنها عقد الأشغال الدولي:.....
96	ثانياً : شرط ثبات العقد Clause d'intengebilité (عدم المساس بالعقد):
98	ثالثاً: شرط التحكيم في العقد الإداري:
99	رابعاً : شرط القانون الواجب التطبيق:
100	الآثار المترتبة على تحول الطبيعة القانونية لهذا العقد:
103	المبحث الثاني: صياغة عقد الأشغال الدولي وتكوينه
105	مكونات العقد :
105	لغة العقد :
106	الباب الثاني : دخول العقد حيز التنفيذ والإخلال بالالتزامات المتقابلة فيه
107	الفصل الأول : دخول العقد حيز التنفيذ والتزامات كل من طرفيه.....
107	المبحث الأول : دخول العقد حيز التنفيذ.....
112	المبحث الثاني : التزامات الأطراف.....
112	المطلب الأول : صور إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها.....
112	أولاً: التأخر في تسليم موقع الأعمال عن الحد الزمني المعقول:
112	ثانياً: التأخر في إعداد التصميمات والرسومات أو إعدادها على نحو غير سليم من الواقع أو القانون:
113	ثالثاً: ظهور عقبات تحول دون التنفيذ:

- 114..... رابعاً: إيداء ملكية الأرض المقام عليها المشروع من قبل الغير:
- 115..... خامساً : التأخر في صرف الدفعة المقدمة والمستخلصات:
- 117..... سادساً : التأخر في تسليم الأعمال عن الحد الزمني المعقول:
- 118..... المطلب الثاني : صور إخلال المقاول بالتزاماته
- 118..... أولاً: الإخلال بالتزام المقاول بالتنفيذ الشخصي للعقد:
- 118..... ثانياً : تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال الموكلة إليه بالعقد عن الميعاد المحدد:
- 122.....
- 124..... ثالثاً: تنفيذ الأعمال على نحو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها:
- 125..... رابعاً: بعض الإلتزامات الأخرى الملقاة على عاتق المقاول:
- 126..... المبحث الثالث: تكييف الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن عقد الأشغال الدولي...
- 127..... الطبيعة القانونية للإخلال بالإلتزامات في الفقه المقارن:
- تقديرنا لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذا العقد على صور الإخلال المتقابلة من طرفيه:
- 127.....
- 129..... الفصل الثاني : الجزاءات في عقود الأشغال الدولية
- 130..... المبحث الأول : فسخ العقد ومصادرة التأمين
- 133..... اتجاهات القضاء بدول مجلس التعاون واتجاهات القضاء الفرنسي في هذا الشأن:
- 139..... المبحث الثاني : سحب العمل والتنفيذ على الحساب
- 141..... أولاً: فروق الأسعار:
- 142..... ثانياً: المصروفات الإدارية:
- 142..... ثالثاً: غرامات التأخير:
- 142..... الأحكام التي تنتظمها في الفقه والقضاء المقارنين:
- 145..... فكرة الإنهاء الجوهري للأعمال:
- 147..... غرامات التأخير في الفقه والقضاء المقارنين:

التمييز بين غرامات التأخير كتعويض Liquidated damages والعقوبات	
Penalties :	150.....
الفصل الثالث : عوارض تنفيذ عقود الأشغال الدولية.....	154.....
المبحث الأول : إستحالة تنفيذ الإلتزام.....	155.....
القوة القاهرة وأثرها على الإعفاء من المسؤولية.....	155.....
المبحث الثاني : صعوبة تنفيذ الإلتزام.....	169.....
المطلب الأول : نظرية الظروف الطارئة.....	170.....
المطلب الثاني : نظرية عمل الأمير في عقود الأشغال العامة.....	176.....
أولاً: شروط تطبيق النظرية:.....	176.....
ثانياً: الآثار المترتبة على تطبيق النظرية:.....	179.....
المطلب الثالث : فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الأشغال	
الدولية.....	183.....

القسم الثاني : التحكيم في عقود الأشغال الدولية (بالتطبيق على الوضع	
بدول مجلس التعاون الخليجي والأعراف الدولية).....	187.....
التحكيم في عقود الأشغال الدولية.....	191.....
فصل تمهيدي التحكيم في عقود الدولة ودول العالم الثالث.....	193.....
الفصل الأول : تعريف التحكيم في عقود الأشغال الدولية.....	199.....
المبحث الأول : خصائص عملية التحكيم.....	199.....
المبحث الثاني : تعريف التحكيم.....	203.....
أولاً - المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم:.....	203.....
ثانياً : تعريف التحكيم في تشريعات الدولة المختلفة:.....	206.....
ثالثاً: تعرف التحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي (إحالة):...:	206.....

رابعاً: تعريف التحكيم في قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي:	207
المبحث الثالث : مزايا نظام التحكيم وعيوبه	209
تقديرنا لنظام التحكيم:	212
المبحث الرابع : التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص AD HOC	215
الفصل الثاني : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي	220
أولاً : قانون الأمم المتحدة النموذجي للتحكيم التجاري الدولي - UNCITRAL Model Law:	220
ثانياً: القانون الفرنسي:	221
ثالثاً: القانون الدولي الخاص السويسري 1987:	221
رابعاً: قانون التحكيم القطري الصادر عام 2017:	222
خامساً: نظام التحكيم السعودي الصادر عام 2012:	223
سادساً: قانون التحكيم العماني الصادر عام 1997:	224
التحكيم الدولي ومنازعات عقود الأشغال العامة في الأعراف الدولية:	224
الفصل الثالث : التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي وظاهرة العولمة الثقافية القانونية:	226
تقديم: تشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي وظاهرة العولمة الثقافية القانونية:	226
مبحث تمهيدي : تطور ظاهرة التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي	228
التحكيم في دولة الكويت:	228
بعض صور التحكيم الإجباري بدولة الكويت:	232
التحكيم في سلطنة عمان:	233
التحكيم في دولة قطر:	234

- 238..... التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة:
- 240..... قانون تحكيم مركز دبي المالي العالمي 2008:
- 241..... التحكيم في القانون السعودي (نظام التحكيم السعودي 2012):
- 243..... التحكيم في القانون البحريني رقم 9 لسنة 2015:
- المبحث الأول : تعريف التحكيم في تشريعات دول مجلس التعاون
الخليجي 245.....
- تعريف التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي: 245.....
- اتفاق التحكيم في النظام القانوني الكويتي: 245.....
- اتفاق التحكيم في النظام القانوني الإماراتي: 247.....
- إتفاق التحكيم في النظام القانوني لسلطنة عمان: 248.....
- اتفاق التحكيم في النظام القانوني القطري: 250.....
- إتفاق التحكيم في القانون السعودي: 255.....
- إتفاق التحكيم في القانون البحريني..... 258.....
- المبحث الثاني : هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم في تشريعات دول مجلس
التعاون الخليجي 259.....
- هيئة التحكيم وإجراءاته في النظام القانوني الكويتي: 259.....
- هيئة التحكيم وإجراءاته في دولة الإمارات العربية المتحدة: 262.....
- هيئة التحكيم وإجراءاته في سلطنة عمان: 263.....
- هيئة التحكيم في قانون التحكيم القطري 2017: 266.....
- هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم في القانون البحريني: 275.....
- هيئة التحكيم وإجراءاته في القانون السعودي: 277.....

المبحث الثالث : أحكام المحكمين وتنفيذها بتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي	281
أحكام المحكمين وتنفيذها في دولة الكويت:	281
أحكام المحكمين وتنفيذها في دولة الإمارات العربية المتحدة:	285
أحكام المحكمين وتنفيذها في سلطنة عمان:	287
أحكام المحكمين وتنفيذها في المملكة العربية السعودية:	289
أحكام المحكمين وتنفيذها في مملكة البحرين:	292
أحكام المحكمين وتنفيذها في دولة قطر:	294
المبحث الرابع : قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي	302
الإتفاق على التحكيم في قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي	302
إجراءات التحكيم بقواعد المركز وتشكيل هيئة التحكيم:	303
حكم التحكيم في قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي:	306
حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين ومدى دستورية المادة 36 من لائحة إجراءات التحكيم بالمركز:	307
المبحث الخامس : إستنتاجات تحليلية لتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي وقواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون (منظور مقارن) ...	314
الفصل الرابع : المحكم في عقود الأشغال الدولية	319
المبحث الأول: سمات منازعات عقود الأشغال الدولية	320
المبحث الثاني : التحكيم في عقود الأشغال الدولية	323
المبحث الثالث : المؤهلات المتطلبة في المحكم في عقود الأشغال الدولية....	330
الفصل الخامس : التحكيم متعدد الأطراف في عقود الأشغال الدولية....	333

المبحث الأول: ماهية التحكيم المتعدد الأطراف في عقود الأشغال الدولية..	334
المبحث الثاني : المشاكل التي يثيرها التحكيم المتعدد الأطراف في عقود الأشغال الدولية	339
الفصل السادس : وسائل تسوية المنازعات في عقود الأشغال الدولية بالتطبيق على نموذج عقد الفيديك	345
المبحث الأول : دور المهندس في المادة (67) من نموذج عقد الفيديك (الطبعة الرابعة)	346
الحاجة إلى سلطة صانعة قرار في المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال الكبرى:	350
تعديل عقد الفيديك (الطبعة الرابعة) – م/67 في خصوص السلطة صانعة القرار:- (Dispute Adjudication Board)	355
المبحث الثاني : الوضع في عقد الفيديك (1999)	358
المبحث الثالث : الطبيعة القانونية للمواعيد المنصوص عليها في عقود الفيديك	360
خاتمة	367
قائمة بالمراجع باللغة العربية.....	381