دكتور

شهـاب فـاروق عبـد الحـى عزت

دكتوراه في الحقوق - قسم القانون التجاري

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

محام بالاستئناف العالي ومجلس الدولة

التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الطبعة الأولى ١٤٣٥ هـ / ٢٠١٤ م

دار النهضة العربية

٢٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

رقم الإيداع : 21068/2014
الترقيم الدولي: 978-977-04-7644-4

جميع حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

لا يجوز نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تصويره أو تخزينه أو تسجيله بأي وسيلة علمية مستحدثة أو نشره عبر الإنترنت سواء أكان ذلك لأغراض تجارية أو غير ذلك دون موافقة خطية من المؤلف

نشر وتوزيع
دار النهضة العربية للنشر والتوزيع
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

دار النهضة العربية للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

"اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (١) خَلَقَ الإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (٢) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الأَكْرَمُ

(٣) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (٤) عَلَّمَ الإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (٥)"

صدق الله العظيم

سورة العلق من الآية الأولى وحتى الخامسة

شكر وإهداء

إلى من ربياني صغيرا.

إلى كل من شجعني في رحلتي إلى التميز والنجاح.

إلى كل من ساندني، ووقف بجانبي.

إلى الينبوع الصافي الذي نهلت منه فتمكنت من إعداد هذا المؤلف،

لهم جزيل الشكر والعرفان والعهد في السير على الدرب.

شهاب فاروق عبد الحي

تنويه

هذا المؤلَف هو رسالة الدكتوراه التي تقدم بها المؤلِف للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق تحت إشراف أ.د. محمود سمير الشرقاوي – أستاذ القانون التجاري والعميد السابق لكلية الحقوق بجامعة القاهرة ، وأ.د. سامي عبد الباقي – أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري بجامعة القاهرة ، وبالاشتراك مع أ.د. حسام عيسى – أستاذ القانون التجاري بكلية الحقوق بجامعة عين شمس ، وأ.د. احمد وشاحي – أستاذ مساعد بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

مقدمة

١- أضحى التحكيم – وبحق – واحداً من أهم الوسائل الأساسية لتسوية المنازعات التجارية ، محليا ودوليا، وأكثرها ذيوعاً وانتشاراً *، ولعل السبب الرئيسي الذى يدعو المشتغلين بالتجارة إلى الإعراض عن القضاء العادي وتفضيل الالتجاء إلى التحكيم هو ما يعيب القضاء العادي من بطء الإجراءات وكثرة النفقات ، بينما يُهيئ التحكيم قضاءً سريعاً بنفقات مناسبة [١] .

وإذا كان الأصل أن يختص القضاء كسلطة من سلطات الدولة ، بالفصل في المنازعات التي تثور بشأن المعاملات التجارية بين المتعاملين في هذا المجال سواء على المستوى الوطني أو المستوى الدولي، فإن طبيعة المعاملات التجارية – خاصة الدولية – فرضت نظاماً خاصاً لحسم المنازعات التي تنشأ في مجال التجارة الدولية ، لذلك كان من صالح ازدهار التجارة الدولية ، أن يظهر نظام التحكيم التجاري في المجتمع كبديل مقبول عن اللجوء إلى القضاء . [٢] ذلك أن طبيعة التقاضي أمام محاكم الدولة ، غير قادرة على أن

---

* *The ICC recorded 580 requests, with the amount in dispute ranging US $10.000 to US $2.500.000.000.* – Law and Practice of International Commercial Arbitration – Fourth Edition، Student Version 2004 .By Alan Redfern & Martin Hunter with Nigel Blakaby & Constantine Partasides .P1 Margin 1.
"UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law . United Nations – New York , 2011 . United Nations Publication , ISBN 92-1-133632-5 . Page 183

(١) " التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) " أستاذنا الدكتور محسن شفيق – رحمه الله – محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤ ، وقد أعادت دار النهضة العربية طبعه سنة ١٩٩٧ – رقم ٢٠ ص ٢٨ .

(٢) " التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة) " أستاذنا الدكتور محمود سمير الشرقاوي – دار النهضة العربية طبعة ٢٠١١ – الترقيم الدولي ٢-٦٧٢٤-٠٤-٩٧٧-٩٧٨ ، رقم ١ ص ٥ .

تلبى متطلبات المعاملات التجارية من سرعة الفصل ،والمرونة في الاجراءات، وغيرها. والتي يوفرها الالتجاء إلى التحكيم لتسوية مثل هذا النوع من المنازعات [٣].

٢- وعلى الرغم مما يكتنف التحكيم من مشاكل قد تصل في بعض الأحيان إلى مستوى المساوئ[٤] إلا أنه يظل الوسيلة الفضلى لدى المشتغلين بالتجارة لتسوية ما ينشأ بينهم من منازعات ، فهو لم يعد سلعة يجب استظهار محاسنها ؛ بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية . ولم يعد قاصرا على فض المنازعات بعد نشوبها ؛ بل أصبح أداة فعالة يجب استخدامها لتفادى قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى، أو أثناء تنفيذها ، والتي تتعلق بالتصنيع أو نقل التكنولوجيا Know – how أو المشروعات المشتركة joint – venture [٥] أو مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص Public Private Partnerships (PPP) .

٣- من ناحية أخرى ، فإن معيار تقدم الأمم هو قياس مدى تطورها في بنيتها الأساسية ، ونقصد بذلك مشروعات البنية الأساسية / التحتية ، والتي تتمثل في مشروعات الطرق والكباري ، والأنفاق ، والمطارات ، ومحطات الكهرباء ، ومحطات تحلية المياه ، وغيرها من المشروعات ذات النفع العام . ولما كانت الأعباء تتزايد على كاهل الدول فإنها تبحث عن وسائل أو مصادر لتمويل المشروعات ذات النفع العام ، فالدول تلجأ إما إلى الاقتراض (سواء الاقتراض الداخلي أي من مواطنيها على هيئة سندات حكومية أو ما يسمى بأذون الخزانة العامة ، أو الاقتراض الخارجي سواء من دول أخرى أو مؤسسات وهيئات دولية كصندوق النقد الدولي ، أو البنك الدولي) وإما إلى زيادة نسبة الضرائب المفروضة على مواطنيها ، وإما إلى الاعتماد على مواردها

---

(٣) " *Arbitration has advantages , that litigation , from its nature , can never provide* " Peaceful Settlement of Commercial Dispute – By Dr.M.I.M . Aboul –Enein . 2005 . P 24 NOBD No. 4644/2005

(٤) سوف نعرض هذه المشاكل في موضع لاحق من هذا البحث أثناء الحديث عن التحكيم وتقويمه.

(٥) " الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي " الأستاذ الدكتور أبو زيد رضوان – رحمه الله – دار الفكر الجامعي طبعة ١٩٨١ – رقم ٤ ص ٨و٩.

المتمثلة في عائدات مشروعاتها ، ولكل وسيلة من تلك الوسائل السابقة مزاياها وعيوبها – والتي لا يتسع المجال لعرضها في هذا الجزء من البحث - ، إلا أنه تظل الحاجة ملحة لإيجاد وسائل أخرى من شانها أن ترفع عن كاهل الدولة أعباء مشروعات بنيتها الأساسية.

لذلك لجأت العديد من الدول المتقدمة وتلك التي في مرحلة التطور – بعدما عجزت عن تلبية احتياجاتها الاقتصادية والاستراتيجية – إلى إشراك القطاع الخاص في مشروعات بنيتها الأساسية [٦] .

واتخذت هذه المشاركة في بادئ الأمر أسلوب الخصخصة ، والذى بموجبه يحل القطاع الخاص محل القطاع العام في ممارسة النشاط الاقتصادي المنتج للسلع والخدمات، وأسلوب الخصخصة ليس هدفاً في حد ذاته ، ولكنه وسيلة لزيادة معدلات الأداء للاقتصاد الوطني بما يكفل زيادة الانتاجية ،وتحسين الكفاءة الاقتصادية؛ من خلال الاعتماد على آليات السوق والمنافسة ، وتخفيف الأعباء المالية عن الدول التي تعاني من الخسارة الكبيرة في شركات القطاع العام ، وتوسيع حجم القطاع الخاص ، والاعتماد عليه أكثر في عملية النمو والتنمية ، كما أنها تعني في مفهومها الفني قيام الدولة بتحويل ملكية المؤسسات العامة أو المشروعات العامة جزئياً أو كلياً إلى القطاع الخاص[٧] . ولما كانت الممارسات العملية أفردت مساوئ التجاء الدول إلى أسلوب

---

[٦] *"Private sector participation in infrastructure projects may be devised in a variety of different forms , ranging from publicly owned and operated infrastructure to fully privatized projects "* UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects – Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law – New York 2001,P 13- United Nations Publication Sales No. E.01.V.4 ISBN 92-1-133632-5

[٧] " المتطلبات الأساسية لنجاح برنامج الخصخصة " الدكتور محمد معن ديوب – بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية (سوريا) _ سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد (٢٨) العدد (٢)٢٠٠٦ ص ٩٩ ، حكم صادر من مجلس الدولة ، محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار – الدائرة السابعة في الدعوي رقم ١١٤٩٢ لسنة ٦٥ قضائية جلسة ٢٠١١/٥/٧ ، منشور في مجلة التحكيم العالمية – العدد الثاني ، اكتوبر ٢٠١١ السنة الثالثة ص ٦٠٢و٦٠٣.

الخصخصة [٨] فلقد لجأت الدول إلى البحث عن وسائل أخرى من شأنها تحقيق أهدافها الاقتصادية والاستراتيجية دون إثقال كاهل خزانتها العامة ، إذ اتجهت أغلب دول العالم في الوقت الحالي إلى اتباع سياسة تحرير الاقتصاد وبخاصة دول العالم الثالث ، سعيا إلى اللحاق بركب التقدم في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية ، بعد أن ثبت فشل تجربة تأميم الدولة وقيادتها لأوجه النشاط الاقتصادي [٩] لذلك فكان الاتجاه نحو إشراك القطاع الخاص بما يملكه من إمكانيات فنية وإدارية وتمويلية تحقق الأهداف التي أشرنا إليها سابقا . وجدير بالذكر أن كلا من الخصخصة والشراكة يتلاقيان في الهدف ويفترقان في الوسيلة ، فالهدف المشترك هو تحقيق التنمية الاقتصادية وتوفير استقرار أفضل للمجتمع عن طريق زيادة فرص الاستثمار وما يتبع ذلك من نهضة تنموية . أما الوسيلة، فإن الخصخصة تعتمد على التخلي عن ملكية المرفق إلى القطاع الخاص – الخصخصة الكلية – أما في نظام الشراكة فلا يتم التخلي عن الملكية – ماعدا بضع حالات – وإنما تسترد جهة الإدارة المرفق بعد الانتهاء من فترة الاستغلال المتفق عليها بين الطرفين[١٠] كما سنرى لاحقا أثناء الحديث عن الشراكة في الباب الأول من هذا البحث .

---

[٨] لمزيد من الإيضاح في هذا الشأن " حول موضوع خصخصة قطاع الأعمال العام في الاقتصاد المصري " أ.د. محمد حامد دويدار – ندوة لجنة الاقتصاد بالمجلس الأعلى للثقافة ٢٠١٠/٥/٣٠ – مصر ، " النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية " رسالة ماجستير للباحث أ / خالد بن محمد عبد الله العطية ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٩٩ ، ص ٥ الفقرة ٢ . أنظر أيضا " أساليب وطرق خصخصة المشروعات العالمية – خلاصة الخبرات العالمية " أ.د. منير إبراهيم هندي ، طبعة ١٩٩٥ ، الناشر : المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ٤٥ وما بعدها .

[٩] " عقود الشراكة PPP (دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي) " أ.د. رجب محمود طاجن – دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ، ص ٧ الفقرة الأولى ISBN 977-04-5149-5.

[١٠] أنظر رسالتنا في الماجستير بعنوان " التنظيم القانوني والتعاقدي لنظم مشاركة القطاع العام والخاص في تمويل وتشغيل مشروعات البنية الأساسية " كلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٠ ، ص ٥٤ الفقرة الثانية . وهناك رأي من الفقه يرى أن أسلوب الشراكة يعتبر أحد وسائل الخصخصة وهو آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية (بحث مقدم من الأستاذ الدكتور / سامي عبد الباقي أبو صالح ، تحت عنوان " عوائق اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية طبقا لنظام ال BOT " بمركز التنمية الإدارية – كلية الحقوق بجامعة القاهرة ٢٠٠٥ ، ص ١)

ولما كان اشتراك كل من القطاع العام والقطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية يستتبع بالضرورة وضع إطار قانوني وتعاقدي لمثل هذه العلاقة ، فقد آثرت الدول على سن التشريعات اللازمة لتنظيم هذه العلاقة ، وهو مالم يقتصر على الدول وحدها ، بل امتد إلى المؤسسات الدولية المعنية بتنظيم مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص .[١١]

أهمية البحث :

٤- تتجلى أهمية بحثنا هذا في الموضوعات التي يتطلب منا التعرض لها ، فموضوع بحثنا هو " التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة (دراسة قانونية مقارنة) " فالمشاهد أن التحكيم أصبح هو الوسيلة المثلى لتسوية المنازعات التجارية المحلية والدولية لما له من مميزات سوف يرد بيانها لاحقا ، وبما يحقق السرية والمرونة في الإجراءات . ولما كانت الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية من الأهمية لتحقيق الأهداف الاستراتيجية – خاصة في البلدان التي شهدت ثورات لتغيير الأنظمة الحاكمة والتي تُعرف ببلدان الربيع العربي وما استتبع ذلك من مقاومة ،والذى بدوره أدى إلى انهيار قطاعات كبيرة وواسعة من بنيتها الأساسية ، فإن المنازعات التي قد تنشأ بين القطاعين العام والخاص أثناء تشييد المشروع أو حتى قبله ، يجب أن يتم تسويتها بطريقة لا تؤثر على الأهداف المرجوة منه .

٥- لذلك فإن بحث التحكيم ودوره في تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية تتعاظم أهميته

---

[١١] على سبيل المثال منظمة الأونيسترال والتي أصدرت دليلها التشريعي بشأن مشاريع البنية الأساسية ، و منظمة اليونيدو التي أصدرت الدليل التوجيهي لمشروعات البوت ، وكذلك الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص – مصر ، والتي أصدرت دليل الشراكة مع القطاع الخاص ، و كذلك البنك الدولي والذي أفرد مصادر متعددة للشراكة مع القطاع الخاص .

بالهدف المنشود من وراء مشروعات البنية الأساسية ،والتي لا جدال أنها مشروعات حيوية تتصل بالأهداف الاستراتيجية للدولة .

٦- وكما ذكرنا سابقا ، فإن البحث يتطلب منا التعرض لأكثر من موضوع ، فالبحث يتعلق بقانون التحكيم ، وقانون المرافعات ، والقانون المدني ،والقانون التجاري ، وغيرها من القوانين ذات الصلة ، وكذلك يقتضي البحث التعرض للقوانين الوطنية و الدولية مما سيتطلب منا ، استعراض التشريعات الدولية المختلفة ذات الصلة والتجارب المحلية والدولية .

منهج البحث

٧- ننتهج في بحثنا هذا المنهج التحليلي المقارن، آخذين في الاعتبار تجارب بعض الدول سواء تشريعياً أو فقهياً أو قضائيا.

أهداف البحث

٨- نهدف من خلال بحثنا هذا إلى إلقاء الضوء على أهمية اللجوء إلى التحكيم في سبيل تسوية أية منازعات قد تنشأ بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية ، وكذا إلى خصوصية الالتجاء إلى التحكيم في مثل هذا النوع من المشروعات واضعين في الاعتبار مدى خطورة تلك المشروعات على الأمن القومي للبلاد، والتي يجب ألا تُهدد بالتوقف لنشوء نزاع بين طرفي المشروع .

تقسيم البحث

٩- آثرنا تقسيم هذا البحث بشكل يتوائم مع معطياته ، إذ قمنا بتقسيمه إلى بابين ، في الباب الأول نقوم باستعراض الشراكة كأسلوب تلجأ إليه الدول لسد نقص احتياجاتها من مشروعات بنية أساسية وبيان الموضوعات المتصلة والمتعلقة بها ، وكذلك التعرض إلى مختلف الوسائل السلمية البديلة لتسوية المنازعات بين أطراف النزاع .

وفى الباب الثاني نتعرض إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بمشروعات البنية الأساسية المقامة بأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

ونستهل بحثنا هذا بفصل تمهيدي للتعرف على نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية ، وكذلك التحكيم كبديل عن اللجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات ، كل ذلك على النحو التالي :

مقدمة البحث

فصل تمهيدي

الفرع الأول : نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية

الفرع الثاني: التحكيم كبديل عن القضاء لتسوية المنازعات

الباب الأول : ماهية الشراكة وأهميتها وطبيعتها في القانون الوطني والقانون المقارن والمخاطر المحيطة بالمشروع المقام بنظام الشراكة ، والوسائل المتاحة لفض المنازعات الناشئة عنها

الفصل الأول : التعريف بالشراكة وأهميتها في القانون الوطني والقانون المقارن وطبيعة نظام الشراكة في القانون الوطني والقانون المقارن ، والمراحل التي يمر بها المشروع خلال فترة تشييده

الفرع الأول : تعريف نظام الشراكة ومزاياه لكلا القطاعين العام والخاص، و أهميته ودوره في تنمية وتطوير مشروعات البنية الأساسية، والاختلاف حول طبيعة النظام من نظام قانوني لآخر و النتائج المترتبة على تحديد طبيعته

الفرع الثاني : المخاطر التي يتعرض لها المشروع، وكيفية التصدي لها، و إدارتها وتقويم الشراكة من ناحية المزايا والعيوب

الفصل الثاني : الوسائل القانونية المتاحة لفض المنازعات الناشئة عن مشروعات الشراكة في القانون الوطني والقانون المقارن وأطراف مشروع الشراكة

الفرع الأول : الوسائل المتاحة لفض المنازعات والتشريعات المنظمة لها، ودور المنظمات الدولية في تفعيل هذه الوسائل كبديل عن اللجوء إلى القضاء، والقواعد التي أرستها تلك المنظمات .

الفرع الثاني : أطراف مشروع الشراكة والتزاماتهم

الباب الثاني : التحكيم كوسيلة سلمية لتسوية المنازعات في المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الفصل الأول : التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية

الفرع الأول : التفرقة بين التحكيم وغيره من وسائل تسوية المنازعات ، وأنواعه

الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم وآثاره

الفرع الثالث : هيئة التحكيم

الفصل الثاني خصوصية التحكيم وتقويمه

الفرع الأول : خصوصية التحكيم في مشروعات الشراكة والتشريعات المنظمة لها

المبحث الأول : وسائل تسوية المنازعات في مشروعات الشراكة وتقويمها و دور التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات

المبحث الثاني : بعض التشريعات الأجنبية المنظمة للشراكة و موقف التحكيم في تشريعاتها

الفرع الثاني: تقويم التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات باعتباره أنسب الوسائل

المبحث الأول : تقويم التحكيم بشكل عام

المبحث الثاني : تقويم التحكيم في مشروعات البنية الأساسية المقامة بنظام الشراكة

الخاتمة

المراجع

فصل تمهيدي

١٠- نخصص هذا الفصل لتمهيد البحث عن طريق استعراض أسلوب الشراكة كوسيلة لسد نقص احتياجات الدولة من مشروعات بنية اساسية ، وإلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بدلاً من اللجوء إلى التقاضي ، وهكذا فيكون تقسيم هذا الفصل التمهيدي إلى فرعين ، في الفرع الأول نبحث نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية ،وفى الفرع الثاني نبحث التحكيم كبديل عن القضاء لتسوية المنازعات .

الفرع الأول

نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية

١١- تمهيدا لاستعراض نظام الشراكة من جوانبه المتعددة ، نستهل هذا الفرع بعرض أسلوب الشراكة - أو المشاركة كما يطلق عليه البعض - من ناحية النشأة والتطور والتعريفات المختلفة التي قيلت في شأنه من مختلف الأنظمة القانونية . لذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا الفرع إلى مبحثين، نخصص أولهما لدراسة النشأة والتطور، وثانيهما التعريفات في القانون الوطني والمقارن.

المبحث الأول

نشأة نظام الشراكة وتطوره

١٢- **تمهيد :** يعرف نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية في النطاق الدولي للنشاط الاقتصادي بعبارة PPP وذلك اختصاراً لعبارة Public Private Partnerships، أو PPI وذلك اختصارا لعبارة Private Participation in Infrastructure - وسوف نشير إليه لاحقا بالشراكة أو المشاركة - أو PFI وذلك اختصارا لاصطلاح Private Finance Initiative (١٢) والمستعمل في المملكة المتحدة والتي أطلقت مصطلح PFI أوائل عام ١٩٨٠ (١٣)

---

(١٢) "*Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries – An Analytical Perspective* " By Mohamed A.M Ismail –ASHGATE Publishing Limited – ISBN 987-1-4094-2796-4 , Page No. 37 , 1st & 5th Paras . " *Mobilizing Private Finance for Local Infrastructure in Europe and Asia – An Alternative Public Private Partnership Framework* " By Michel Noel & W.Jan Brzeski – World Bank Working Paper No. 46 December 2004 – ISBN 0-8213-6055-8 , Page 1

(١٣) أ.د رجب محمود طاجن – ص ١١ ، مشار إليه سابقا . =

يرجع البعض نشأة النظام عالميا إلى عصر الرومان، فقد كانت تكاليف التصميم والبناء والتشغيل تتم بواسطة القطاع الخاص، ثم تدفع التكاليف بواسطة المنتفعين في نهاية المطاف [١٤] ، ولقد بدأ ظهور وانتشار البنية الأساسية في شكلها المعاصر مع ظهور اختراعات الثورة الصناعية في بدايات القرن التاسع عشر، حيث شهدت هذه الفترة انتشار السكك الحديدية كوسيلة للمواصلات، والطاقة الكهربائية وتطور الاتصالات ، وكذلك تم في هذه الفترة الاستفادة من التكنولوجيا التي وفرتها الثورة الصناعية في بناء قطاعات البنية الأساسية الأخرى .

فقد شهدت العقود الماضية على مستوى كافة دول العالم على اختلاف مراحل التنمية بها عددا من صيغ التعاون بين القطاعين العام والخاص . فقد أثبتت التجربة الدولية محدودية قدرة الحكومات على تنفيذ كافة المشروعات العامة التي تفي بالاحتياجات المتزايدة لمجتمعاتها . فقد ترسخ لدى الدول إيماناً بصعوبة جذب القطاع العام لجميع الكفاءات اللازمة لإنشاء وتطوير مشروعات المرافق العامة والبنية الأساسية من جانب ، وتوفير الاعتمادات اللازمة لتمويل الاستثمارات العامة لتنفيذ تلك المشروعات من جانب آخر . وهو الأمر الذي دفع بالحكومات إلى اللجوء لاستغلال القدرات الفنية والتمويلية للقطاع الخاص من خلال إيجاد أُطر للتعاون المشترك بين القطاعين العام والخاص .

أما من ناحية تمويل البنية الأساسية، فقد مر بمراحل منتظمة في مختلف دول العالم، من خلال تأثره بالأفكار والنظريات التي تطورت خلال هذه المراحل.

ويمكن القول بشكل عام أن تمويل مشروعات البنية الأساسية مر بأربع مراحل هي:

=" Public – Private Partnerships – A Public Economics Perspective " By Efraim Sadka - Authorized for distribution by Richard Hemming – March 2006 IMF (International Monetary Fund) Working Paper Fiscal Affairs Department – Page 3 . An Electronic Version .

[١٤] " دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ BOT – دراسة تحليلية مقارنة مع التطبيق على مصر " رسالة دكتوراه مقدمة من الدكتور / رشدي صالح عبد الفتاح – كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ٢٠٠٥ ص ٥٦.

أولاً : مرحلة الحرية الاقتصادية الكاملة

١٣- امتدت هذه المرحلة من بدايات القرن التاسع عشر حتى منتصفه، وشهدت الثورة الصناعية في أوروبا، حيث بدأ ظهور المبادرات الفردية وتطور المشروعات الصغيرة الممولة من قبل الأفراد والأسر. كما ظهرت مشروعات البنية الأساسية كالسكك الحديدية ،وتزويد المدن بالغاز، والفحم ،وتوزيع البريد، من خلال مؤسسات صغيرة الحجم كثيرة العدد تعمل برؤوس أموال صغيرة .

وتميزت هذه المرحلة بالحرية الاقتصادية الكاملة والتمويل الكامل للبنية الأساسية من قبل القطاع الخاص، خاصة في بريطانيا مهد الثورة الصناعية، وذلك اتباعاً للنهج الاقتصادي الذى وضعه آدم سميث العالم الاقتصادي الشهير في كتابه " ثروة الأمم " (١٥).

ثانياً : تنظيم وتقنين البنية الأساسية

١٤- استمرت هذه المرحلة منذ منتصف القرن التاسع عشر ، وحتى الحرب العالمية الثانية ، حيث ازدهرت مشروعات البنية الأساسية بشكل كبير وانتشرت السكك الحديدية وطرق المواصلات والمطارات ، وكذلك بدأ استخدام الطاقة الكهربائية على نطاق واسع وامتدت شبكات الكهرباء والاتصالات الهاتفية والمياه لتغطى مساحات كبيرة .

---

(١٥) " *An Inquiry into Nature and Causes of The Wealth of Nations* " By Adam Smith – An Electronic Version Downloaded from http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adam-smith/Wealth-Nations.pdf

وأدركت حكومات العالم المختلفة أهمية البنية الأساسية وارتباطها بالتطور الاقتصادي وبرفاهية المجتمع، كما أدركت مخاطر تحول مزودي البنية الأساسية إلى محتكرين وبالتالي تحكمهم في الأسعار وتحقيق أرباح كبيرة على حساب مستخدمي البنية الأساسية، إضافة إلى سعى المستثمرين إلى تشييد مشروعات البنية الأساسية في المناطق الحضرية ،وابتعادهم عن المناطق الريفية الفقيرة والمناطق العمرانية الجديدة . نتيجة لذلك؛ سعت الدول المختلفة في هذه المرحلة إلى وضع القوانين والنظم التي تنظم هذا القطاع والتي تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المستهلكين، وكذلك توجيه البنية الأساسية بالشكل الذى يخدم الاقتصاد القومي ككل، وليس فئات محدودة من المستثمرين . وكذلك عملت بعض الحكومات على تقديم تسهيلات للمستثمرين لتشييد المزيد من مشروعات البنية الأساسية في مناطق مختلفة كمنحهم الأراضي والإعفاءات الضريبية ،وتوقيع عقود امتياز طويلة الأجل معهم .

ثالثاً : تأميم البنية الأساسية وزيادة التدخل الحكومي

١٥- تلت هذه المرحلة الحرب العالمية الثانية، واستمرت خلال الفترة ما بين منتصف السبعينيات حتى الآن بشكل متباين في دول العالم المختلفة، ففي أوروبا، التي دمرت الحرب قطاعات واسعة من بنيتها الأساسية، تولت الحكومات مسئولية إعادة بناء وتأهيل البنية الأساسية، وقامت حكومة حزب العمال في بريطانيا مثلا ، بتأميم محطات وشبكات الطاقة الكهربائية والاتصالات . وفي دول العالم الثالث والدول العربية لم يكن الأمر مختلفاً، حيث قامت الحكومات الوطنية التي تشكلت في هذه الدول بتأميم معظم قطاعات البنية الأساسية، كما حدث في مصر بعد ثورة يوليو وتأميم قناة السويس وغيرها من المشروعات الكبيرة.

وقامت معظم حكومات العالم بتأسيس شركات ومؤسسات حكومية لتشكيل ما يعرف اليوم بالقطاع العام، والذى ساهم في بناء وتشغيل البنية الأساسية خلال هذه الفترة، وكان التمويل حكومياً مباشراً من موازنة الدولة التي تنجم حصيلتها من الضرائب والرسوم وغيرها، وساعد على نمو هذا الاتجاه النظريات الاقتصادية والأفكار الاشتراكية التي انتشرت في هذه المرحلة وتطبيق مبدأ "الدولة المتدخلة" .

رابعاً : العودة إلى مشاركات القطاع الخاص

١٦- بدأت هذه المرحلة مع اتساع مساهمة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية في مرحلة الثمانينات في مختلف قطاعات البنية الأساسية، كالصرف الصحي والطاقة الكهربائية والمياه والنقل والاتصالات . ومنذ عام ١٩٨٤ وحتى سبتمبر ١٩٩٥ ، قامت ٨٦ دولة بخصخصة ٥٤٧ شركة للبنية الأساسية وشارك القطاع الخاص في تمويل ٥٧٤ مشروعاً جديداً للبنية الأساسية في حوالى ٨٢ دولة . وبلغت قيمة ما تم خصخصته ٣٥٧ مليار دولار أمريكي . كما ساهم القطاع الخاص في تمويل مشروعات للبنية الأساسية بقيمة ٣٠٨ مليار دولار أمريكي ، بمعدل استثمارات سنوية من القطاع الخاص حوالى ٦٠ مليار دولار .

ومنذ بداية عقد التسعينات ، اتجهت بعض الدول إلى توسيع نطاق التعاون بين القطاعين العام والخاص من خلال إبرام عقود طويلة الأجل تقوم على تحميل القطاع الخاص مسئولية توفير التمويل ، فضلا عن الخبرات اللازمة لإنشاء وتشغيل وتقديم الخدمات العامة . وكانت من أولى الدول التي أخذت بهذا النمط من المشاركة هي بريطانيا وأستراليا ، إلا أنه منذ بداية التسعينات وحتى منتصف العقد الماضي، دخلت العديد من الدول في حيز تطبيق هذا النمط الجديد من المشاركة مثل فرنسا ، وألمانيا وإيرلندا ، وإيطاليا ، واليابان ، وكوريا ، والبرتغال ، وإسبانيا ، وتركيا ، والأرجنتين والبرازيل ، وجنوب أفريقيا . وهو الأمر الذي تأكد معه أن المجال متاح أمام جميع الدول للدخول في مثل هذا النوع من المشاركة بين القطاعين العام والخاص وأيا

كانت مرحلة التنمية التي تمر بها الدولة ؛ فقد مرت تلك الدول على مدار السنوات الماضية بتجارب أهلتها لتقييد هذا النمط من العقود طويلة الأجل واستخلاص أهم النتائج التي تكفل نجاح المشروعات العامة المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، بحيث أصبحت تلك الدول تمتلك القدرة على وضع نماذج ناجحة لهذا النوع من العقود. [١٦] كما أنه من بين العوامل التي أدت إلى الدفع نحو تبني هذا الاتجاه ، ظهور تطورات وابتكارات تكنولوجية معقدة ، وارتفاع مديونية الدول وزيادة قيود الميزانية ، وزيادة عدد الخبرات الدولية الناجحة لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، وإرساء مبادئ المنافسة ، علاوة على اعتماد تشريعات جديدة لحكم هذه المشروعات لتعديل هيكل السوق وقواعد المنافسة .

---

[١٦] " تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت " دكتور/ جمال الدين نصار – مطابع الأهرام سنة ٢٠٠٠ ص ٤و٥ .أنظر أيضا الدكتور / هاني صلاح سرى الدين "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص"– دار النهضة الطبعة الأولى ٢٠٠١ ص٥٦ . وما بعدها . أنظر أيضا تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية بمجلس الشعب عن مشروع قانون بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة . التقرير الرابع – مشترك – الفصل التشريعي التاسع ، دور الانعقاد العادي الخامس ، إبريل ٢٠١٠ . مطبعة مجلس الشعب ص ٢و٣ . أنظر أيضا

UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects – Page1 , ISBN 92-1-133632-5

"The roles of the public and the private sectors in the development of infrastructure have evolved considerably in history. Public services such as gas street lighting, power distribution, telegraphy and telephony, steam railways and electrical tramways were launched in the nineteenth century and in manyCountries they were provided by private companies that had obtained a license or concession from the Government. Numerous privately funded road or canal projects were carried out at that time and there was a rapid development of international project financing, including international bond offerings to finance railways or other major infrastructure " .

المبحث الثاني

تعريف الشراكة في التشريع الوطني

والتشريعات والأنظمة المقارنة

١٧- **تمهيد :** في هذا المبحث نستعرض التعريفات التي أُسبغت على نظام الشراكة سواء أكانت من التشريعات الوطنية والأجنبية أم الفقهية .

إذ تُعرف الشراكة لغة بأنها : " علاقة تقوم على التعاون وتبادل المصالح في شتى المجالات بين كيانين" [١٧] .

- أما تعريف الشراكة اصطلاحا فقد اختلف من تشريع لأخر ، ففي **التشريع المصري** يُعرف بأنه " **عقد المشاركة** : عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون " [١٨] .

وأما **التشريع الفرنسي** فقد عرفه بأنه : " عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مُجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية " [١٩].

---

[١٧] " معجم اللغة العربية المعاصرة " الأستاذ الدكتور / أحمد مختار عمر – الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ص ١١٩٥ – الناشر عالم الكتب.

[١٨] القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والمسمى " قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة " المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ في العدد ١٩ مكرر (أ) ، وتنص المادة الثانية في الفقرة الأولي من القانون على " للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق ، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره ، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد" .

[١٩] نص المادة الأولى من الأمر رقم ٣٠٠٤-٥٥٩ الصادر في ٢٠٠٨/٦/١٧ والمعدل في ٢٠٠٨ : =

١٨- **في التشريع** : وفيما يلي عرض لبعض التشريعات المقارنة والتي أهتمت بتشريع خاص للشراكة [٢٠] :

- **التشريع البرازيلي:** عرف المشرع البرازيلي في الفصل الأول من القسم الأول- المادة الثانية - نظام الشراكة بأنها : " لأغراض هذا القانون ، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي اتفاقات بين الحكومة أو هيئة قطاع عام ، وبين هيئة قطاع خاص وذلك لإنشاء التزام قانوني لإنشاء أو إدارة ، بشكل كلي أو جزئي ، أو خدمات ، أو تعهدات أو أنشطة تكون للصالح العام ، بحيث يكون القطاع الخاص مسئولا عن التمويل ، و الاستثمار والإدارة بناءً على التوجهات التالية ..... [٢١]

="Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée .

المادة الأولي من أمر ١٧ يوليو ٢٠٠٤ المنظم لعقود الشراكة – أ.د. رجب محمود طاجن ، ص ١ مشار إليه سابقا .

[٢٠] تم الحصول على نسخ من تلك التشريعات من الموقع الرسمي للبنك الدولي

http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#examples

[٢١] النص الأصلي في القانون :

"For the purposes of this law, public-private partnership contracts are deemed to be agreements entered into between government or public sector entities and private sector entities that establish a legally binding obligation to establish or manage, in whole or in part, services, undertakings and activities in the public interest, in which the private sector partner is responsible for the financing, investment and management, pursuant to the following guidelines : ..... " Law No . 11.079 Deals with " Brazil`s Public – Private Partnership Law " , 30 Dec 2004 , Published in the Gazette 31.12.2004

- **التشريع الهندي :** تعريف الشراكة من وجهة نظر المشرع الهندي " الشراكة تعنى اتفاقا بين الحكومة أو كيان عام مملوك للحكومة من ناحية ، وقطاع خاص من ناحية أخرى ، وذلك لتوفير أصول عامة و/ أو خدمة عامة ، من خلال استثمارات من قبل القطاع الخاص و/ أو إدارة يتولاها القطاع الخاص لمدة محددة من الزمن بحيث يكون هناك توزيع جيد للمخاطر بين القطاع الخاص والقطاع العام وبحيث يتلقى القطاع الخاص مدفوعات محددة سلفا (أو مقاسة) بناءً على معايير الأداء وتكون قابلة للقياس من قبل الجهة العامة أو من يمثلها " [٢٢]
- **التشريع الأردني :** عالج المشرع الأردني تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٨ والمسمى " قانون تنظيم عمليات الخصخصة " ، حيث عرف الشراكة بأنها " علاقة تعاقدية مكتوبة طويلة الأجل بين القطاع العام والقطاع الخاص بغرض تقديم خدمة ذات طبيعة عامة أو تنفيذ مشروع أو تنفيذ مهمة معينة ،بحيث يكون تمويل المشروع وتوزيع المخاطر الناشئة عن ذلك (المشروع) منصوصا عليها في العقد " .[٢٣]

---

(٢٢) النص الأصلي هو :

"Public Private Partnership means an arrangement between a government / statutory" entity / government owned entity on one side and a private sector entity on the other, for the provision of public assets and/or public services, through investments being made and/or management being undertaken by the private sector entity, for a specified period of time, where there is well defined allocation of risk between the private sector and the public entity and the private entity receives performance linked payments that conform (or are benchmarked) to specified and pre-determined performance standards, measurable by the public entity or its representative " National Public Private Partnership Policy- Draft for consultation - Department of Economic Affairs- Ministry of Finance .
Government of India 2011 . Page 4

(٢٣) لم يصدر المشرع الأردني قانونا خاصا بالشراكة حتى كتابة هذه السطور، ولكنه عرف الشراكة في قانون الخصخصة سالف البيان . النص الأصلي في القانون :

Article 2 " Public - Private Partnership " A relatively long-term written agreement between the public and private sectors for the purpose of providing a service of a general nature or implementing a project or performing a certain task whereby project financing and allocation of risks arising therefrom shall be pursuant to the contract " Regulation Number (80) of 2008 - Regulation for Implementing Privatization=

- **التشريع الانجليزي :** كما أشرنا سابقا – في البند ١٢ – بأن الشراكة في المملكة المتحدة لها مسمي خاص ، والشراكة من وجهة نظر المشرع الانجليزي عبارة عن " إحدى سياسات الحكومة التي تهدف إلى زيادة دور القطاع الخاص في توفير الخدمة العامة" (٢٤)

- **التشريع الكرواتي :** نظم المشرع الكرواتي الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأفرد له قانوناً خاصاً ، وعرّف الشراكة – في المادة الثانية فقرة ١ من القانون رقم ٢٠٠٨/١٢٩ والمسمى " قانون الشراكة " بأنها " لأغراض هذا القانون ، الشراكة تعني شكل من أشكال المشاركة طويلة الأجل بين القطاع العام وشريك خاص لديه الخصائص الأساسية التالية ..... " (٢٥)

١٩- **في الفقه وبعض المنظمات الدولية** : تعددت التعريفات – وطنية أو مقارنة - بخصوص الشراكة ، لذلك فسوف نعرض بعض التعريفات الفقهية تجنبا للإطالة . فالشراكة " عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص للقيام بمهمة تتعلق بتمويل مشروع من مشروعات المرفق العام وإدارتها واستغلالها وتشغيلها وصيانتها تبعاً لذلك ، طوال مدة العقد مقابل جُعل مادي تدفعه إليه جهة الإدارة بشكل متتالي طوال مدة العقد " (٢٦)

=Transactions - Issued in pursuance of Article (20) of The Privatization Law Number (25) of 2000 .

(٢٤) النص الأصلي هو

" The PFI is one of a range of government policies designed to increase private sector involvement in the provision of public services " Research Paper No. 01/117 - 18 December 2001 , By Grahame Allen Economic Policy and Statics Section - House of Commons Library - The Britain Parliament . An Electronic Version . http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf

(٢٥) النص الأصلي هو

Article 2 " (1) For the purpose of this Act, PPP means a form of long-term partnership between a public and a private partner that has the following basic characteristics..... " Promulgating the Act on Public Private Partnerships No. 129 / 2008 , Class: 011-01/08-01/142, Reg. No.: 71-05-03/1-08-2- Zagreb, 30 October 2008

(٢٦) " القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد " المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد اسماعيل – منشورات الجبلي الحقوقية الطبعة الأولى ٢٠١٠ ص ١٧٦ .

و تعريف آخر للشراكة بأنها " عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القطاع العام إلى أحد أشخاص القطاع الخاص للقيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية " (٢٧)

أما لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية في أوروبا فإنها تُعّرف الشراكة بأنها " وسيلة مبتكرة بواسطة القطاع العام للتعاقد مع القطاع الخاص ، الذى يستجلب معه رأس المال والقدرة على تسليم المشروعات في الوقت المحدد والميزانية المحددة ، بحيث يظل القطاع العام محتفظا بمسئوليته بتوصيل تلك الخدمات إلى العامة ، وبطريقة يستفيد منها العامة وكذلك الارتقاء بالمستوي الاقتصادي وتحسين جودة المعيشة " (٢٨)

وترى منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)(٢٩) الشراكة بأنها " اتفاق بين الحكومة وبين واحداً أو أكثر من القطاع الخاص (والذي من الممكن أن يتضمن إداريين أو ممولين) طبقا لما يقوم به الشريك الخاص من توصيل للخدمة

---

(٢٧) " التحكيم في عقود BOT والشراكة بين القطاع الخاص والعام " بحث مقدم من المستشار / علاء الدين رجب قطب – دورة التحكيم (دورة متقدمة) في الفترة من ٢٠١٢/٣/١٨ إلى ٢٠١٢/٣/٢٢ بمركز البحوث والاستشارات القانونية ، بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

(٢٨) "United Nations Economic Commission for Europe ,Guide book on promoting Good Governance in Public Private Partnerships" ECE/CECI/4 , United Nations, 2008, ISBN 978-92-1-116979-9

" innovative methods used by the public sector to contract with the private sector، who bring their capital and their ability to deliver projects on time and to budget, while the public sector retains the responsibility to provide these services to the public in a way that benefits the public and delivers economic development and an improvement in the quality of life "

(٢٩) OECD is an international organisation helping governments tackle the economic, social and governance challenges of a globalised economy . http://www.oecd.org .

بحيث تتو افق أهداف الحكومة مع أهداف القطاع الخاص من جني الربح، وبحيث تكون فاعلية التنسيق بين القطاعين معتمدة على نقل الخطر إلى الشريك الخاص " (٣٠)

وأيضا فإن الشراكة تعني " اتفاق تعاقدي بين مشروع عام (سواء أكان وطنياً أم إقليمياً) وبين شركة خاصة ، وذلك لتوريد أصول بنية أساسية أو خدمات تدخل عادة في نطاق الخدمات التي تقوم بها الحكومات "(٣١)

تعريف آخر للشراكة بأنها " مجموعة من العلاقات المحتملة بين الهيئات العامة والخاصة في سياق البنية الأساسية والخدمات الأخرى " (٣٢)

كما تعرف الشراكة أيضا بأنها " سلطة محلية أو وكيل لحكومة مركزية ، تدخل في علاقة تعاقدية طويلة الأجل مع مورد خاص ، وذلك لتوصيل بعض الخدمات . بحيث يتحمل المورد مسئولية تشييد المشروع وتمويله وإدارته وصيانته "(٣٣)

---

(٣٠) OECD , *Public Private Partnership – In pursuit of Risk Sharing and Value for Money*
Copied From " Public – Private Partnership in Portugal – The Legal Structure of the Public – Private Partnership Contract and the Peripheral Contracts " By Alexandre Andrade and André Santos Rawuel . Paper published in EPPPL (European Public Private Partnership Law) Volume 5, Number 1 , 2010 . Page 46,47

(٣١) " Public-Private Partnerships, e-Government, and Privacy " By . Jim Dempsey Center for Democracy & Technology , Nov 2006 , Page 1

" Basically, a PPP is a contractual agreement between a public agency (national, regional، state or local) and a private company to supply infrastructure assets or services that traditionally have been provided by governments "

(٣٢) " Public Private Partnership Handbook " By Klaus Felsinger - Asian Development Bank- Publication Stock No. 071107

(٣٣) " The Simple Micro –Economic of Public – Private Partnerships" By Elisabetta , Iossa and David Martimort . A Research Paper Series , Vol.6, Issue12, No.139-December 2008. Published in Centre for Economic and International Studies .

وأخيراً ، فإن الشراكة تعني " علاقة تعاقدية طويلة الأجل بين القطاع العام والقطاع الخاص من أجل قيام القطاع الخاص بتسليم المشروع أو الخدمة والتي يتكفل بها القطاع العام عادة " [٣٤]

٢٠- ومما سبق بيانه ، يلاحظ أنه لا يوجد تعريف موحد حتى الأن في خصوص هذا النظام، ولكن التعريفات جميعاً تدور حول العلاقة بين القطاع الخاص (المستثمر) والقطاع العام (الحكومة) في إنها عبارة عن مشاركة القطاع الخاص (وطني أو أجنبي) للقطاع العام في التمويل ، والإنشاء والتنفيذ ، والإدارة، والتشغيل، والصيانة، وذلك مقابل أن يتحصل القطاع الخاص (طبيعي أو اعتباري) على ما تكبده من أموال مدفوعة وجهود مبذولة ومكاسب إما عن طريق الحكومة (كأن تشترى الخدمة أو السلعة) أو عن طريق مستخدمي ومستهلكي ومنتفعي الخدمة أو السلعة، وإما عن طريق الجمع بين الطريقتين .[٣٥]

الخلاصة : نخلص إذن أن أسلوب الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في مشروعات البنية الأساسية (PPP) ليس حديث النشأة ، إلا أن المصطلح ذاته قد يبدو حديث العهد ، وتطور هذا الأسلوب بشكل متواز مع تطور الفكر الاقتصادي والصناعي ، ومرور هذا الأسلوب بمراحل تطوره حتى تبلور إلى الشكل المعروف حاليا . كذلك خلصنا إلى تعدد التعريفات التي قيلت في شأن أسلوب الشراكة والتي تنوعت ما بين التشريعات القانونية المختلفة سواء على المستوى الوطني أو الإقليمي أو الدولي وأراء الفقهاء وطنيا ودوليا والمنظمات الدولية ، وخلصنا إلى تعريفها بشكل جامع يضم سمات هذا الأسلوب من حيث منهجه وكيفية تطبيقه.

---

[٣٤] " *Update on The National Program for Public Private Partnership* " June 2009 – Presented By Public Private Partnership Central Unit , Egypt . Page 6
" PPP is a long-term contractual relationship between the public sector and the private sector for the purpose of having the private sector deliver a project or a service traditionally provided by the public sector".

[٣٥] أنظر رسالتنا في الماجستير ص ١٦ . سابق الإشارة إليها .
See also" PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN INDIA" By M.Sathana Priya and P.Jesintha – Published in Journal of Management and Science , Vol.1, No.1 (Sep'2011) ISSN: 2249-1260 . Page 61 .

الفرع الثاني

التحكيم كبديل عن القضاء لتسوية المنازعات

٢١- في هذا الفرع، نستعرض نشأة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة بين الأفراد، والتعريفات المختلفة التي قيلت في شأنه سواء كانت تشريعية أو فقهية. وهكذا فيكون تقسيمنا لهذا الفرع إلى مبحثين، نستعرض في أولهما نشأة التحكيم، وفى ثانيهما التعريفات المختلفة التي وردت في شأنه.

المبحث الأول

نشأة التحكيم كوسيلة لتسوية

المنازعات بين الأفراد

٢٢- **تمهيد :**ليس في نيتنا استعراض النشأة التاريخية للتحكيم بين الشعوب المختلفة ، إلا أننا يمكننا أن نعرض اختصاراً للمراحل التي مر بها التحكيم حتي تبلور في الشكل المعروف حاليا على المستوى الدولي :

٢٣- **المرحلة الأولى: (مرحلة ما قبل الإسلام)** . كان العرب قبل الإسلام عبارة عن مجموعات منتشرة من القبائل، ولم تكن هناك أية سلطة مركزية معروفة يمكن الولاء إليها غير القبيلة، وكانت القبائل تتقاتل لأسباب مختلفة، ولم تكن هناك أية وسيلة لحفظ الأمن والنظام داخل هذا المجتمع لعدم وجود أي سلطة تمتلك القدرة على السيطرة؛ حيث إن القبيلة ممثلة بشيخها الذي كان كثيراً ما يقوم بدور المحكم بين أفراد قبيلته، وفي حال الخلاف بين قبيلتين مختلفتين كان يتم اللجوء إلى محكم خارجي يتم اختياره من قبل القبائل المختلفة، وهذا ما يعرف بالتحكيم الاختياري.

أما من حيث الإجراءات التحفظية التي يقوم بها شيخ القبيلة قبل إصدار قراره، فكان يأمر بوضع الشيء المتنازع عليه بين الأطراف لدى شخص ثالث ليتسنى تنفيذ قراره عند صدوره بطريقة سهلة، وهذا يعني أن الخصوم قد حددوا مسبقاً وسيلة التنفيذ.

أما إذا كان الشيء المتنازع عليه لا يمكن نقله فإنه يتم وضع كفيل عن كل طرف يكون معروفاً وموثوقاً لدى الطرفين، حتى يتسنى له في النهاية تنفيذ حكم التحكيم .

٢٤-**المرحلة الثانية: (التحكيم في الشريعة الإسلامية).** أقر الإسلام شريعة التحكيم، حيث ورد ذكره في القرآن الكريم عدة مرات منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ﴾[٥٨: النساء].

وكذلك قوله ﷻ: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾[٦٥: النساء].

نجد أن الآية الكريمة الأولى كانت بمثابة خطاب لجميع المسلمين تكريساً للمبدأ العام للتحكيم، في حين أن الآية الثانية جاءت تحدد بوضوح مجال التحكيم في حال المنازعات.

كما أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ التحكيم في العديد من الأمور بعضها ورد النص عليه صراحة كما هو الحال في بعض المنازعات بين الزوجين؛ حيث جاءت الآية الكريمة: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [٣٥: النساء].

حيث يُعد نظام التحكيم ونظام الصلح من أقدم الأنظمة المتبعة في حل المنازعات ، وكانا معروفين في جميع الشرائع القديمة [٣٦].

٢٥- وعلى الرغم من أن هذا النظام عتيق ، إلا أنه لم يتم اللجوء إليه كنظام لحل المنازعات التجارية الدولية إلا في منتصف القرن التاسع عشر [٣٧] . و نرى أن التحكيم بصورته الحالية هو نتاج التطور التدريجي لما عُرف في العصر الروماني بالبريتور (Praetor) وهي كلمة أصلها لاتيني وتعني القاضي ، وكانت وظيفة المُحكم - لا ليفصل فيما قد ينشأ عن العقد من خلاف ، وإنما لتكملة شروطه أو الإشراف على تنفيذه ، كتعيين الثمن في البيع أو الأجرة في الاجارة أو توزيع الأرباح

---

[٣٦] " التحكيم في القضايا العمالية " للباحث / عمر العطين ، مجلة المنارة الأردنية، ص ١٨٤ ، مجلد ١٥ العدد ٢ – ٢٠٠٩/٦/٤ . نسخة الكترونية http://web2.aabu.edu.jo/manar/index.jsp

[٣٧] أنظر أ.د. محمود سمير الشرقاوي ص٦، بند ٣ ، سابق الإشارة إليه .

في الشركة . وكان قرار المُحكم يعتبر جزءاً من العقد ويستمد قوته الالزامية من هذه الصفة [٣٨] .

٢٦- **المرحلة الثالثة (التحكيم التجاري على المستوى الدولي)** [٣٩] : ظهرت عدة اتفاقيات منذ أوائل القرن السابق كان موضوعها تنظيم التحكيم التجاري الدولي . من بين هذه الاتفاقيات على سبيل المثال :

- اتفاقيات جنيف (البروتوكول الخاص بأحكام التحكيم الموقع بجنيف في ١٩٢٣/٩/٢٤)[٤٠] .
- الاتفاقية الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب الموقعة في جنيف. كذلك في ١٩٢٧/٩/٢٦ وفي الفترة التي تلت أو أعقبت الحرب العالمية الثانية جسدت مفهوم التحكيم التجاري الدولي في نصوص دولية هامة منها على سبيل المثال :

❖ اتفاقية نيويورك الموقعة في ١٩٥٨/١/١٠ في ختام الندوة التي نظمتها الأمم المتحدة بخصوص التحكيم التجاري الدولي، والتي توجت أعمالها بالتوقيع على هذه الاتفاقية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

❖ اتفاقية واشنطن (١٩٦٥/٣/١٨) التي أسست المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين دولة وأحد رعايا دولة أخرى .

---

[٣٨] أنظر أ.د. محسن شفيق ، سابق الإشارة إليه ، ص ٥٣ و ٥٤ بند ٤١ . أيضا " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية " ا.د. صوفي حسن أبو طالب – رحمة الله عليه – دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ ص٢١٨ الفقرة الأخيرة وص٢٤٠ الفقرة الأخيرة ، الترقيم الدولي ٩-١٩٨-٤٠٣-٩٧٧ ، أنظر أيضا أ.د. رضوان أبو زيد ، سابق الإشارة إليه ، ص ٤

" *Why Arbitration* " By Prof. Eugen Bucher - Professor emeritus at the University of Bern – Germany Unpublished Research Paper , page 1 . An Electronic Version downloaded from http://www.eugenbucher.ch/publikationen/14_nichtpubli.html

[٣٩] ورقة بحثية مقدمة في دورة التحكيم المتقدمة بكلية الحقوق – جامعة القاهرة (سابق الإشارة إليها) بعنوان " التحكيم في العقود التجارية الدولية) مقدمة من المستشار الدكتور / محمد ياسر أبو الفتوح، ص ٦و٧ .

[٤٠] " *Dispute Settlement - International Commercial Arbitration* " Published by UNCTAD 2005 New York and Geneva - UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.38- Page 19

المبحث الثاني

تعريف التحكيم من النواحي التشريعية والفقهية والقضائية

٢٧- **تمهيد :** يُعرّف التحكيم لغة بأنه " التفويض في الحكم ، ويقال حكّمت فلانا في مالي تحكيماً ، إذا فوضت إليه الحكم فيه (فاحتكم عليه في ذلك) " وهو في الاصطلاح " تولية الخصمين حكما بينهما " [٤١] وتتعدد التعريفات التي قيلت عن التحكيم سواءً أكان على المستوى المحلي أم الدولي منها على سبيل المثال :

٢٨- **مجلة الأحكام العدلية** [٤٢] : نصت المادة ١٧٩٠ من المجلة على تعريف التحكيم بأنه " التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما، ويقال لذلك حَكَم بفتحتين ومُحَكّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة " [٤٣]

٢٩- **التشريع المصري** : لم يُعرِّف المشرع المصري التحكيم بشكل مباشر ، بل أظهر عناصره في تعريفه لاتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون

---

[٤١] " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ.د. مصطفى محمد الجمال ، أ.د. عكاشة محمد عبد العال . الجزء الأول ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ – دار الفتح للطباعة والنشر ، ص ١٨ هامش ١ . أنظر أيضا " مُعجم القانون " الصادر عن مجمع اللغة العربية سنة ١٩٩٩ ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية . ص ٤١٩ .

[٤٢] أنشأت مجلة الأحكام العدلية بعد توقف حرب القرم الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنيناً واضحا لكيفية معاملة الرعايا المسلمين، مما دفع الروس للرد بالمثل، فأنشأ السلطان عبد المجيد لجنة من الفقهاء الحنفية مع مساهمين من المذاهب الثلاث الأخرى كمراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية، فصدرت مجلة الأحكام العدلية ، والتي هي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتابا أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء ، وهي تحتوي على القوانين الشرعية والأحكام العدلية المطابقة للكتب الفقهية حررتها لجنة مؤلفة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين .

[٤٣] مجلة الأحكام العدلية ، المادة ١٧٩٠ ص ٢٦٠ الكتاب السادس عشر ، طبعت بمطابع بيروت بالمطبعة الأدبية سنة ١٢٠٢ هجرية (١٧٨٧ م) .

رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمسمى "القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المنية والتجارية " الصادر في ٧ ذي القعدة سنة ١٤١٤ هـ الموافق ١٨ أبريل سنة ١٩٩٤ م والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ١٦ (تابع) الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٤/٢١، وترك تعريف التحكيم للقضاء ،كما انتهجت العديد من التشريعات العربية والأجنبية ذات الدرب [٤٤] .

٣٠- **التشريع التونسي** : عرّف المشرع التونسي التحكيم بأنه " طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم " [٤٥] .

٣١- **التشريع اليمني** : عرّف المشرع اليمني التحكيم في المادة الثانية من الفصل الأول بأنه "اختيار الطرفين برضائهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات " [٤٦] .

٣٢-أما تعريف التحكيم فقهاً ، فقد تعددت التعريفات ، منها على سبيل المثال تعريف أستاذنا الدكتور محسن شفيق – رحمه الله - بأن التحكيم هو " نظام للقضاء الخاص

---

[٤٤] كالمشرع الأردني ، والعماني ، والجزائري ، والسوداني ، والسوري ، والعراقي ، والقطري ، والكويتي ، والمغربي ، والانجليزي ، والفرنسي ، والإسباني ، والسويدي ، والروسي ، والهندي ، والصيني ، والياباني ، والجنوب أفريقي .

[٤٥] قانون التحكيم التونسي المسمى " مجلة التحكيم المنظمة لإجراءات التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي " رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ الصادر في ٢٦ ابريل ١٩٩٣ (منشور في جريدة الرائد الرسمية عدد ٣٣ بتاريخ ٤ مايو١٩٩٣ ص ٥٨٠) الباب الأول مادة رقم ١ .

[٤٦] قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ المسمى " قانون التحكيم " الصادر في ٢٧ رمضان ١٤١٢ الموافق ٣١ مارس ١٩٩٢ بالقرار الجمهوري رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

تقضي فيه خصومة معينة بعيداً عن اختصاص القضاء العادي ، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها " [٤٧] .

أيضا فإن التحكيم يُعرّف بأنه " نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع " [٤٨] .

كذلك فإنه يُعرّف بأنه " مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص ، بمقتضي اتفاق بين المعنيين به ، عن طريق قضاة خاصين ، مختارين من قبلهم ، لا معينين من قبل القانون "[٤٩]

وأيضا فإن التحكيم هو " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة به " [٥٠]

وكذلك فإن التحكيم يعني " اتفاق يبرم بين طرفين أو أكثر لسحب (أو سلب) منازعة (أو منازعات) معينة من اختصاص المحاكم الوطنية وإعطائها لمحكم فرد أو هيئة تحكيم مكونة من أكثر من محكم للفصل فيها بحكم ملزم " [٥١]

---

[٤٧] أنظر أ.د. محسن شفيق – المرجع السابق ص ١٣ ، نقلا عن J.Robert في مؤلفه بعنوان "Arbitrage civil et commercial" الطبعة الرابعة رقم ١ . يقارب من هذا التعريف أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، سابق الإشارة إليه ص ٥ رقم ٢ ويُعرّف بأنه " نظام للقضاء الخاص يستبعد بمقتضاه أطراف النزاع قضاء الدولة ويختارون أفرادا للفصل في المنازعات التي تثور بينهم .

[٤٨] " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " أ.د. فتحي والي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ – منشأة المعارف ، ص ١٣ رقم ١.

[٤٩] أنظر أ.د. مصطفى الجمال ، وعكاشة . سابق الإشارة إليه ص ٢٣ رقم ١١ .

[٥٠] " التحكيم الاختياري والإجباري " أ.د. أحمد أبو الوفا ، الطبعة الثالثة ١٩٧٨ ، منشأة المعارف ص ١٥ رقم ١ .

[٥١] " Peaceful Settlement of Commercial Disputes – Commercial Arbitration and other ADR Techniques " By Dr. M.I.M. Aboul-Enein .2005 Page 23 - NOBD No. 4644/2005 .

أيضا فالتحكيم هو " عبارة عن نظام للقضاء الخاص ، ينظمه القانون ، ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي ، لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم كقاعدة ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات " ، وهو أيضا " طريق غير قضائي لفض الخصومات استناداً إلى إرادة المتعاقدين [٥٢]

ومن هذه التعريفات السابقة ، فإننا نرى أن التحكيم هو عبارة عن نظام موازٍ للقضاء ، بمقتضاه يلجأ أطراف النزاع إلى شخص أخر (فردا كان أو مؤسسة) ليقضي فيما نشأ بينهم من نزاع أو خلاف بحكم ملزم لهما .

٣٣- وأخيراً ، فإن تعريف التحكيم قضاءً – كما عرفته محكمتنا الدستورية – هو " وسيلة فنية لها طبيعة قضائية، غايتها الفصل في نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من طرفيها، وركيزته اتفاق خاص بين متنازعين لعرض ما بينهما من خلافات على مُحكَّم من الأغيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددانها .ويستمد المحكم سلطته من هذا الاتفاق ليفصل في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأة ، مجرداً من التحامل ، وقاطعاً لدابر الخصومة التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية " [٥٣]

---

[٥٢] " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " رسالة دكتوراه للأستاذ الدكتور / احمد حسان حافظ مطاوع ، بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٩٨ ص ١٩و٢٠ . المحامية لبنى دواني نمري (الأردن) تعقيبا على حكم التحكيم الصادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٢ بتاريخ ١٩٩٤/٧/٢٨ والمنشور في مجلة التحكيم العالمية – العدد العاشر ، إبريل ٢٠١١ السنة الثالثة ص ٦٦٦.

[٥٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضتين المقيدتين بجدول المحكمة الدستورية العليا برقمي ١١٤ ، ١١٥ لسنة ٢٤ قضائية " دستورية " بتاريخ ٢ نوفمبر ٢٠٠٣م الموافق ٨ رمضان ١٤٢٤هـ ، وذات التعريف في حكم المحكمة في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية " دستورية" في جلستها ٣ يوليو سنة ١٩٩٩م الموافق ١٩ ربيع الأول سنة ١٤٢٠هـ ، و في القضية رقم ٦٥ لسنة ٢٠ قضائية " دستورية " في جلستها ٦ يناير لسنة ٢٠٠١=

كما عرفته محكمة النقض المصرية في عديد من أحكامها بأنه " طريق استثنائي لفض الخصومات . قوامة ، الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات [٥٤] وذلك بحكم ملزم للخصوم " [٥٥] ويكون مقصورا على ما تنصرف إليه إرادة أطرافه " [٥٦] .

٣٤- وبعد أن فرغنا من عرض الفصل التمهيدي ، ننتقل إلى الباب الأول من هذا البحث والذي نستعرض فيه كلا من الشراكة (الفصل الأول) والوسائل البديلة لتسوية المنازعات (الفصل الثاني) بشكل أكثر تفصيلا وذلك على ما سيرد تباعاً .

<u>الخلاصة</u> : عرضنا لتطور نشأة التحكيم على مر العصور في مراحله المختلفة بدءاً من عصر ما قبل الإسلام إلى العصر الحديث ، ورأينا مدى تطوره حتى استقر على ملامحه المعمول بها حاليا . وكذلك التعريفات العديدة المختلفة التي قيلت في شأنه تشريعيا من قبل التشريعات الوطنية والإقليمية والدولية ، وحرص تلك التشريعات

= الموافق ١١ شوال ١٤٢١ هـ ، وكذلك في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية " دستورية " بجلستها ٦ نوفمبر لسنة ١٩٩٩ م الموافق ٢٨ رجب ١٤٢٠ هـ ، وأخيرا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية " دستورية " بجلستها ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ م الموافق ١٤ رجب ١٤١٥ هـ http://hccourt.gov.eg/index.asp

[٥٤] أحكام نقض أرقام ١٠٠٤ لسنة ٦١ ق بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٧ ، و ٤١٧٣ لسنة ٦١ ق بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢١ ، و٢٢٦٣ لسنة ٥٤ بتاريخ ١٩٩٢/٧/١٣ ، و٧٤٠ لسنة ٥٢ بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٨ ، و١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق بتاريخ ١٩٨٨/٢/١٤ . http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx. وتعليقا على ما انتهت إليه محكمة النقض المصرية من أن قوام التحكيم الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ، فإننا نرى عكس ما انتهى إليه هذا الحكم ، ونرى أن التحكيم يكفل الضمانات الأساسية في التقاضي لأطرافه من مبدأ المواجهة والدفاع والحق في الرد وغيرها من مبادئ التقاضي الأساسية .

[٥٥] حكم صادر من محكمة القضاء الإداري العُماني – الدائرة الاستئنافية – مسقط – الاستئناف رقم ١٢٤ لسنة ٧ ق.س – منشور في مجلة التحكيم العالمية – العدد الثاني ، إبريل ٢٠٠٩ ص ٢٧٦ .

[٥٦] محكمة التمييز الكويتية – الدائرة التجارية في الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٢٠٠٤ تجاري جلسة ٢٠٠٥/١١/٢٣ ، والمنشور في مجلة التحكيم العالمية – العدد الثاني ، إبريل ٢٠٠٩م ص ٣٠٣ .أيضا المحكمة الاتحادية العليا – أبو ظبي ، الطعن رقم ٨٩١ لسنة ٢٧ قضائية عليا – نقض تجاري في الجلسة العلنية يوم السبت ٢١ جماد الأول ١٤٢٧ هـ الموافق ٢٠٠٦/٦/١٧ م . المنشور في مجلة التحكيم العالمية – العدد الأول ، يناير ٢٠٠٩م ص ٣١٢.

على وضع تعريف للتحكيم و رسم ملامحه بشكل يضمن تحقيق الغاية منه ، وكذا التعريفات الفقهية والقضائية والتي بدورها ساعدت على تفسير تلك التشريعات وتطبيقاتها .

الباب الأول

مفهوم الشراكة وأهميتها وطبيعتها في القانون الوطني والقانون المقارن ، والوسائل البديلة لتسوية المنازعات

٣٥- نستعرض في هذا الباب مفهوم الشراكة وأهميتها وطبيعتها والمزايا والعيوب في القانون الوطني والقانون المقارن والمخاطر المحيطة بالمشروع المقام بهذا النظام (**الفصل الأول**) والوسائل البديلة المختلفة لتسوية المنازعات (**الفصل الثاني**)

الفصل الأول

الشراكة في القانون الوطني والقانون المقارن والمخاطر المحيطة بالمشروع المقام بهذا النظام

- **تمهيد وتقسيم:**

٣٦- نتعرض في هذا الفصل إلي مفهوم الشراكة وأهميتها وطبيعتها القانونية في القانون الوطني والقوانين المقارنة (الفرع الأول) ، والمخاطر التي قد يتعرض لها المشروع ، ومزايا النظام وعيوبه (الفرع الثاني) وذلك علي النحو التالي :

الفرع الأول

مفهوم الشراكة وأهميتها وطبيعتها القانونية في القانون الوطني والقانون المقارن

٣٧- نقسم هذا الفرع إلى مبحثين ، نستعرض في الأول مفهوم الشراكة وأهميتها ، و في الثاني الطبيعة القانونية في القانون الوطني وبعض التشريعات الأجنبية ، وذلك على النحو الآتي بيانه :

المبحث الأول

مفهوم الشراكة وأهميتها

٣٨- **تمهيد :** كما أشرنا سابقا – بند ٢٠- إلى تعدد التعريفات التي أُسبغت على نظام الشراكة سواءً كانت التشريعية أو الفقهية أو القضائية ، وانتهينا إلى أنه لا يوجد تعريف موحد بخصوص الشراكة ، إلا أنها جميعها تدور حول العلاقة بين القطاع الخاص (المستثمر) والقطاع العام (الحكومة) في إنها عبارة عن مشاركة القطاع الخاص (وطني أو أجنبي) للقطاع العام في التمويل ، والإنشاء والتنفيذ ، والإدارة، والتشغيل، والصيانة، وذلك مقابل أن يتحصل القطاع الخاص (طبيعي أو اعتباري)

على ما تكبده من أموال مدفوعة وجهود مبذولة ومكاسب ،إما عن طريق الحكومة (كأن تشترى الخدمة أو السلعة)، أو عن طريق مستخدمي ومستهلكي ومنتفعي الخدمة أو السلعة ، وإما عن طريق الجمع بين الطريقتين [٥٧].

٣٩- يتطلب منا الحديث عن أهمية مشروعات الشراكة ، بحث الأسباب الداعية إلى الالتجاء إليه (مطلب أول) وكذلك أهمية مشروعات الشراكة ودورها في تنمية اقتصاديات الدول (مطلب ثان)

المطلب الأول

أسباب الالتجاء إلي نظام الشراكة

٤٠- تتعدد الأسباب الداعية إلى التجاء الدول إلي تبني نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية ، فمنها ما هو اقتصادي ، أو اجتماعي ، أو سياسي ، أو غير ذلك من الأسباب، إلا أنه بصفة عامة يمكن حصر أبرز تلك الأسباب فيما يأتي :

أ- عجز الموازنة الحكومية: [٥٨]

٤١- يحدث عجز الموازنة الحكومية عندما تنفق الحكومة أكثر مما تحصل عليه من إيرادات، وحجم العجز عادة هو قضية سياسية واقتصادية مهمة ،لذا يقصد بالعجز [الزيادة في مجموع إنفاق الحكومة على الإيرادات الحكومية] وتتعدد أسباب العجز

---

[٥٧] أنظر سابقا بند ٢٠ .

[٥٨] رسالة ماجستير بعنوان " أثر عجز الموازنة الحكومية على سعر الصرف الأجنبي – اليابان – حالة دراسية للمدة (١٩٩٠-٢٠٠٥) " مقدمة من الباحثة شيماء هاشم علي – كلية الإدارة والاقتصاد – جامعة بغداد ٢٠٠٨ .

نسخة الكترونية http://econ.to-relax.net/t743-topic

"Partnership between the Public and Private Sectors – The Egyptian Case " By Dr. Mohamed Ibrahim Darwish , Published in L`Egypt Contemporaine – Revue Scientifique arbitrée ..Quart annel de la Ssciété Egyptienne d`Economie Polotique de Statistique et de Législation , Page 55 – Jan 2013 No.509 LL IV itéme Année

في الموازنة العامة، ومن أبرز تلك الأسباب ، تزايد النفقات العامة ، وانخفاض الإيرادات العامة :-

أولا - تزايد النفقات العامة :- يكمن السبب وراء حدوث عجز في الموازنة إلى تزايد النفقات العامة مع ثبات الإيرادات العامة ،وذلك لانخفاض قيمة النقود و اتساع إقليم الدولة وزيادة عدد سكانها، أو بسبب انخفاض الإيرادات العامة للدولة وزيادة الإنفاق الحكومي.

ثانياً - انخفاض الايرادات العامة : يمكن أن ينشأ عجز الموازنة الحكومية عندما يكون أثر الإنفاق العام محدوداً ، ويحدث العجز بسبب انخفاض الإيرادات العامة ، إذ يمكن استخدام تخفيض الضرائب سبيلا لتحفيز الطلب الكلي ، ومواجهة ظروف الكساد ، فعندما تنخفض الضرائب وخاصة على الدخول ، يكون وسيلة لعلاج أزمة البطالة ،إذ سيزداد الدخل القابل للتصرف به لدى الأفراد، ومن ثم يزداد إنفاقهم الاستهلاكي ، ويعد الارتفاع في معدل الضريبة لسحب القوة الشرائية من القطاع الخاص ، فإذا تم تخفيض الضرائب مع بقاء مقدار الانفاق الحكومي ثابت ، عندها سترتفع القوة الشرائية، وتدخل عملية إنفاق الدخل المرحلة الأولى وهي زيادة إيرادات الدخل الشخصي ، ونجد إن العجز الذي سيحدث قد لا يزيد من الانفاق الحكومي بشكل مباشر، ويعني هذا ، أن الأفراد يتوجهون نحو زيادة نسب إنفاقهم على السلع والخدمات التي تمثل المرحلة الثانية لعملية إنفاق الدخل ، وإذا كان من الضروري إنفاق المقدار الكلي للدخل الناجم عن انخفاض الضريبة فإن القطاع الخاص لن ينفق مقدار الدخل بالكامل ، لأن جزءاً منه سيتوجه نحو الادخار.

ب- تباطؤ معدلات النمو الاقتصادي

٤٢- شهد عقدا السبعينات والثمانينات من القرن الماضي تصاعد هذه الظاهرة التي بدأت تجوب معظم البلدان النامية ، والتي تمثلت في تباطؤ معدلات النمو في الناتج المحلي الإجمالي لتسجل معدلات نمو سلبية ، وقد نتج هذا الوضع عن تراجع الإنتاج

الزراعي الذي يشكل في بعض البلدان النسبة الأكبر من حجم الإنتاج الكلي، هذا التراجع جاء نتيجة عدم قدرة هذه البلدان على دعم هذا الإنتاج، كما هو الحال في بلدان الاتحاد الأوربي وأمريكا، وبالتالي فإن سيطرة هذه البلدان على التجارة الدولية في الغذاء واستعماله كعامل (ضغط سياسي) على البلدان النامية يعد واحدا من أهم وسائل البلدان المتقدمة لفرض سياساتها على البلدان النامية في ظل تصاعد أزمة الغذاء الدولية [٥٩].

ج- الديون الخارجية

٤٣- من المعروف أن الدول تعتمد في تمويل استثماراتها على مصدرين أساسيين ، أولهما المدخرات المحلية والثاني المصادر الخارجية ، وتأتي الحاجة إلى التمويل الخارجي نتيجة لما يطلق عليه فجوة الموارد المحلية (فجوة الاستثمار) ،وهي الفجوة القائمة بين الادخار المحلي والاستثمار المطلوب تحقيقه للوصول إلى معدل نمو مستهدف ، إذ استهدفت الدول النامية (ومنها العربية) بعد حصولها على الاستقلال السياسي ، تحقيق معدلات نمو اقتصادية واجتماعية عالية ، ونظراً لقلة الموارد المالية المحلية اللازمة، لذلك اتجهت إلى المصادر الخارجية للحصول على تلك الموارد .

وتكمن أسباب تفاقم الديون الخارجية للبلدان النامية في آلية التقسيم الدولي السائد في الأسواق العالمية ، وهي آلية جرى من خلالها انتقال الموارد الاقتصادية من البلدان النامية إلى البلدان المتقدمة صناعياً ، مما أدى إلى حدوث عجز مزمن في ميزان المدفوعات؛ نتيجة لتدهور معدلات التبادل التجاري لتلك الدول، وكذلك ارتفاع أسعار الفائدة العالمية، وارتفاع أسعار صرف الدولار وإعادة جدولة الديون بأسعار فائدة

---

[٥٩] بحث بعنوان " أزمة الديون كجزء من أزمة هيكلية متعددة الأبعاد " للباحث الاقتصادي محمد ولد عبد الدائم بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٣ ، نسخة الكترونية

. http://www.aljazeera.net/specialfiles/pages/9aec37fc-edb6-466a-acd0-455b8591e473

مرتفعة وارتفاع أسعار الطاقة ، ومحاولة إعادة تدوير هذا الفائض الاقتصادي في الدول الصناعية المتقدمة [٦٠] .

٤٤- هذا إلي جانب ضرورة وجود بنية أساسية جيدة لتحقيق التنمية الاقتصادية ، ونقص التمويل الحكومي اللازم خاصة مع تزايد النفقات العامة، ونقص الفائض الاقتصادي ، وضرورة وجود دور حيوي للقطاع الخاص في إشباع الخدمات العامة ، وضعف الاداء الحكومي [٦١] وعدم قدرة الحكومات على تحقيق التنمية المستدامة بمفردها ، وضغوط المنافسة المتزايدة ، ومحدودية الموارد المالية والبشرية والتكنولوجية لدي القطاع العام بسبب تعدد المجالات والمشاريع التي يتطلب تنفيذها [٦٢].

الاتجاه العالمي نحو التوسع في مشاركة القطاع العام في تقديم خدمات البنية الأساسية :

٤٥- شهدت معظم دول العالم خلال العقود الثلاثة الأخيرة من القرن العشرين تطورات اقتصادية متعددة منها انخفاض معدلات النمو الاقتصادي ، واتساع نطاق المديونية الخارجية ، والارتفاع الحاد في نسب التضخم وأسعار الفائدة وأسعار الصرف ، وازدياد الشكوك حول فاعلية دور الدولة في تخصيص الموارد وتحقيق أهداف السياسة الاقتصادية عامة . وقد أدى ذلك إلي ضغوط محلية عديدة في كثير

---

(٦٠) رسالة دكتوراه بعنوان " سياسات الإصلاح الاقتصادي و انعكاساتها على التنمية البشرية (دراسة لبلدان مختارة) " للدكتورة / ابتسام علي حسين – كلية الإدارة والاقتصاد – جامعة بغداد ٢٠٠٩ ، ص ٢٥ . نسخة الكترونية hp ://www.eacbu.com/maktaba3.html

(٦١) " إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – والتشغيل – والتحويل (B.O.T) " بحث صادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، فرع الدقهلية – دكرنس ، إعداد د/ محمد المتولي – عميد الأكاديمية . الجزء الأول ، طبعة ٢٠٠١ ص ١٢٥ .

(٦٢) المستشار / علاء الدين رجب قطب ، سابق الإشارة إليه ، ص ٥ ، أنظر أيضا " دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية " مقدمة من الباحث / محمد متولي دكروري محمد ، إدارة بحوث التمويل التابعة للإدارة العامة للبحوث المالية – وزارة المالية المصرية، ص ٦ بدون تاريخ .

من دول العالم تدعو لاتباع سياسات اقتصادية أكثر تحرراً بهدف تحجيم عملية التدخل الحكومي وتقليصه خاصة في المجال الاقتصادي . ونتيجة لذلك صار للقطاع الخاص دوره الرئيسي في الاضطلاع بجانب من هذا النشاط وبالتالي قيامه بالمشاركة في تقديم خدمات البنية الأساسية ، ولم يعد ذلك مقصوراً على الدول الصناعية والمتقدمة فحسب ، بل امتد ليشمل دول العالم النامي أيضا ، واتجهت كثير من دول جنوب شرق أسيا، والولايات المتحدة الامريكية، ودول أمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص بجانب الدولة والأجهزة التابعة لها على نحو يتيح أساليب أكثر كفاءة وأقل تكلفة في تقديم هذه الخدمات والربط بين الأنشطة الاقتصادية المختلفة، وهو ما يؤدى في النهاية إلى تحقيق معدلات تنمية مقبولة ورفع مستوى المعيشة للأفراد .[٦٣]

المطلب الثاني
أهمية مشروعات الشراكة في تنمية اقتصاديات الدول

٤٦- تعرضنا فيما سبق إلي أبرز الأسباب الداعية إلي لجوء الحكومات إلي مشروعات الشراكة المتعلقة بالبنية الأساسية ، وفي هذا المبحث نتعرض إلي أهمية تلك المشروعات ودورها في تنمية اقتصاديات الدول وزيادة دخلها القومي .

أ- يُمكّن نظام الشراكة الدولة من إنشاء مشروعات حيوية دون إجراء عملية اقتراض أو ضمان أو ديون أو ضرائب إضافية من أجل زيادة العائدات ، لأن التمويل المباشر من الميزانية العامة لن يكون لازماً ؛حيث إن مصادر القطاع الخاص سوف تُسخّر لإنشاء وتطوير البينة الأساسية ، بشرط أن يسمح له باستغلال المشروع لفترة زمنية كافية لاسترداد ما أنفقه بالإضافة إلى ربح مناسب لما تحمله من مخاطر.

---

[٦٣] الدكتور / رشدي صالح عبد الفتاح، ص ٧٧ ، سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا الدورة السادسة والأربعون للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، فيينا ٨-٢٦ يوليه ٢٠١٣ ، دورة مناقشة الجمعية العامة ، ص ٤ . A/CN.9/779

ب- تستفيد الحكومة من خبرات القطاع الخاص في إدارة وتشغيل هذه المشاريع ، حيث تبين أن القطاع الخاص أكثر حرصاً وكفاءة في إدارة المشروعات الكبرى ، وأن سرعة التنفيذ والاقتصاد في التكلفة أمور يحرص عليها أكثر من غيره .

ج- تسيير المشروع على أكمل وجه ، نظراً لما يتمتع به القطاع الخاص ، وخاصة على مستوى المؤسسات والمنظمات الدولية ، من الخبرة والدقة في إنجاز المشاريع وإدارتها ، بعد إعداد الدراسات القانونية ،والمالية، والإدارية، والتقنيات اللازمة ، مما ينعكس إيجاباً على الوضع الاقتصادي والمالي للبلد المضيف ، ويساهم في تطوير عمل المؤسسات وتشجيع الاستثمارات ، وتوسيع أسواق المال والتسليفات النقدية لتمويل أكبر عدد ممكن من المشاريع

د- المساهمة في تطوير إمكانيات البلد الاقتصادية ، وتدريب العمال المحليين على أحدث التقنيات المستخدمة ، ويساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة في شتى الميادين الاقتصادية والإنتاجية ، وفي تطوير أسواق رأس المال الوطنية ، ويساهم أيضاً في الحد من وقوع الهدر بأوجهه المختلفة ، بحسبان إن القطاع الخاص يقوم بتصميم وتخطيط عملية تأمين المواد اللازمة والتجهيزات الضرورية للتنفيذ والتشغيل ، بما يملكه من خبرة عملية وفنية ، بأدنى كلفة ممكنة تحقيقاً للربح وتوفيراً للإمكانيات .

هـ - نجد على أرض الواقع الميداني وبشكل واضح أن نظام الشراكة يعتبر أحد أهم الآليات التي يتم العمل بها في ميدان العقود الإدارية والتي تساهم في إنجاز المشاريع وإدارتها بعد إعداد الدراسات القانونية والمالية والإدارية بما ينعكس إيجاباً على الوضع الاقتصادي من خلال إدخال التكنولوجيا الحديثة من جهة ،والحد من الهدر بإنجاز المشروع بأقل كلفة ممكنة وبأعلى جودة وبأقصى سرعة [٦٤].

---

[٦٤] " التحكيم في عقود البوت (B.O.T) " بحث للقاضي / محمد وليد منصور، منشور في مجلة "المحامون السورية" العددان ٧و٨ لسنة ٢٠٠٦. السنة ٧١ ص ٦٤ .

و- توفير بنية أساسية تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، إذ يعد الحصول ولو على الحد الأدنى من خدمات البنية الأساسية ضرورة هامة لتحقيق حياة كريمة للأفراد ، فمما لا شك فيه أن مشروعات البنية الأساسية الجيدة تساعد على تحقيق نهضة اقتصادية وعمرانية يلزم لتحقيقها توافر العناصر اللازمة من مصادر قوى رخيصة مثل الكهرباء والغاز ، مع توافر اتصالات جيدة وطرق ووسائل نقل تربط المناطق المختلفة، بالإضافة إلى مياه شرب نظيفة وصرف صحي مناسب ،مما يجعل الحياة أكثر رفاهية ويسراً مع إيجاد فرص عمل مناسبة ، ويساهم في تحسين وحماية البيئة من التلوث [٦٥] .

ز- تتعدد صور مشاركة القطاع الخاص للقطاع العام في مشروعات البنية الأساسية [٦٦]، وبالتالي يمكن للدولة اختيار الأسلوب الأمثل لتحقيق الغاية المرجوة من الشراكة مع القطاع الخاص ، والحصول على أعلى عائد يمكن تحقيقه .

- ومما يؤكد على أهمية نظام المشاركة ، ازدياد عدد وحجم المشروعات المنفذة من قبل القطاع الخاص بالمشاركة مع القطاع العام في مجال المشروعات العامة في العديد من بلدان العالم وفقا للجدول التالي :*

---

[٦٥] الدكتور / رشدي صالح عبد الفتاح، ص ٧٦ سابق الإشارة إليه. انظر أيضا "Guide on Promoting Good Governance in Public Private Partnerships " Published by United Nations Economic Commission for Europe – 2008. ISBN 978-92-1-116979-9 . Page 64 أنظر أيضا ورقة مناقشة حول الندوة الدولية للشراكات بين القطاعين العام والخاص ، المنعقدة بواسطة الجمعية العمومية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، فيينا ٢-٣ مايو ٢٠١٣ ، ص ٥ . A/CN.9/782

[٦٦] في خصوص بيان صور مشاركة القطاع الخاص مع القطاع العام ، أنظر رسالتنا في الماجستير ، سابق الإشارة إليها ، ص ٣٨ تحت عنوان " أشكال الشراكة بين القطاعين العام والخاص " وهي تزيد عن عشرين صورة من صور الشراكة .

* المصدر : قاعدة بيانات البنك الدولي عن مشروعات المشاركة بين القطاعين العام والخاص . (مشار إليه في تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية – مجلس الشعب المصري، ص ٦) مشار إليه سابقا .

المنطقة	عدد المشروعات		قيمة المشروعات بالمليار دولار	
	سنة التعاقد (١٩٩٠ – ١٩٩٩)	سنة التعاقد (٢٠٠٠ – ٢٠٠٨)	سنة التعاقد (١٩٩٠ – ١٩٩٩)	سنة التعاقد (٢٠٠٠–٢٠٠٨)
شرق آسيا والباسيفيك	٣٢١	٥٣٨	٩٢,٤	٩٣,٧
أوروبا ووسط آسيا	١٧٥	٨٦	٢٢	٩٦,٢
أمريكا اللاتينية والكاريبي	٣٠٧	٢٧٧	٦٠,٩	١٠٨,٩
الشرق الأوسط وشمال أفريقيا	٢٢	٥٥	٧,٣	٣٤,٥
جنوب آسيا	١٢٦	١٧٤	٢٤,١	١٠٣,١
جنوب صحراء أفريقيا	٨٩	١١٦	٦,٢	٤٩,٤
الإجمالي	**١٠٤٠**	**١٢٤٦**	**٢١٣**	**٤٨٥,٧**

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لنظام الشراكة

في القانون الوطني والقانون المقارن

٤٧- **تمهيد :** في هذا المبحث نتعرض إلي الطبيعة القانونية لنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص وما أُسبغ عليه في القانون الوطني (مطلب أول) وفي بعض التشريعات الأجنبية (مطلب ثان) وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لنظام الشراكة في القانون الوطني

٤٨- لكي نستعرض الطبيعة القانونية لنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، يلزم أن نبحث هذه المسألة قبل صدور قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ سنة ٢٠١٠ و المُسمى " قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة " ، وبعده .

٤٩- **<u>الوضع قبل صدور قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ :</u>**

٥٠- بداية يجب أن ننوه إلى الأساس الدستوري والذي بمقتضاه سُمح للقطاع الخاص بمشاركة القطاع العام في مشروعات البنية الأساسية ، وذلك بنص المادة ١٢٣ من دستور سنة ١٩٧١ والتي كانت تنص على " يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها

المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك " [٦٧] ونص الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بجلسة فبراير ١٩٩٧ على أن " التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يتطلبها الدستور هدفها تغيير أشكال الحياة من خلال منظومة تتكامل روافدها – تحقق التنمية من خلال الاستثمار في رأس المال - مادياً كان أو بشرياً - لتقابلها زيادة في الدخل . تجميع الأموال – سواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص – لازم لضمان قاعدة انتاجية " [٦٨]

٥١- اختلف الرأي حول طبيعة عقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ، هل هي من قبيل العقود الخاضعة للقانون العام (ذات الطابع الإداري)؟ وبالتالي تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص؟ أم من قبيل العقود الخاضعة للقانون الخاص (العقود المدنية) تتساوى فيها مصالح الطرفين وتتوازن ويخضع طرفيه لمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين؟، أم ذات طبيعة خاصة أو مختلطة ؟ ولعل السبب في هذا الاختلاف هو الفراغ التشريعي الذي اكتنف تنظيم هذا النوع من العقود آنذاك ، فعقود الشراكة لا تنطوي على عقد وحيد أو عقدين فقط ، بل هي آلية تمويلية متكاملة تقتضى الدخول في علاقات تعاقدية متعددة بغرض قيام القطاع الخاص بتمويل وتصميم وبناء وتمويل وتشغيل أحد مشروعات البنية الأساسية الاقتصادية لفترة زمنية محددة . ويستلزم إتمام المشروع من المستثمر – عادة - الدخول في أكثر من عشرين علاقة تعاقدية مرتبطة جميعها ببعضها البعض [٦٩] .

٥٢- استقر الفقه والقضاء في مصر علي وضع معايير محددة تميز العقد الإداري عن غيره من العقود ، فأقرا أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً

---

[٦٧] يقابل هذا النص ، المادة ٣٦ من دستور ٢٠١٤ المعمول به حاليا ، والمادة ١٤ من دستور ٢٠١٢ المُعطل .

[٦٨] حكم المحكمة الدستورية بجلسة فبراير سنة ١٩٩٧ ، القضية رقم ٧٧ لسنة ١٦ق . الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا http://www.hccourt.gov.eg ، مشار إليه في " عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها " المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل – منشورات الحلبي الحقوقية – طبعة ٢٠٠٣ ، ص٥٧٤ .

[٦٩] – " *Trade and Project Finance in Emerging Markets* " By Michael Rowe , P 129 Published by Euro- money Publications PLC – 1995. ISBN 85564 387 1

عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية ، وهو انتهاج أسلوب القانون العام في ما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص [٧٠] . وهناك جانب من الفقه يري أن عقود الشراكة تتسم بالطابع الإداري [٧١] استناداً إلى أن عقود الشراكة استجمعت كل أركان العقد الإداري من مرفق عام ، كما أن أحد طرفي العقد شخص معنوي عام ، ويتضمن العقد شروطاً استثنائية ، وبالتالي فإن عقد الشراكة ما هو إلا صورة من صور عقود امتياز المرفق العام [٧٢] .

---

[٧٠] مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – القضية رقم ١٤٢ لسنة ١٩٩٩ – حكم نهائي بتاريخ ٢٩ يناير ٢٠٠٠ . مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر – اكتوبر ٢٠١١ – السنة الثالثة ، ص ٥٥٩ .

[٧١] " عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها " د/ جيهان حسن أحمد ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ١٨ و٣٤ . أ.د. رجب محمود طاجن ، سابق الإشارة إليه – ص ٢٢ ، " الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية " البوت " ، رسالة دكتوراه أ.د. دويب حسين صابر عبد العظيم ، ص ٥٤٢ ، كلية الحقوق بجامعة أسيوط ٢٠٠٦م ، المستشار / علاء الدين رجب قطب ، سابق الإشارة إليه ، ص ٢و٣ ، الدكتور / رشدي صالح عبد الفتاح صالح ، سابق الإشارة إليه ص ٧٢ ، " عقود الأشغال العامة والتحكيم فيها " المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد اسماعيل ، ٢٠٠٣ منشورات الحلبي الحقوقية ص٥٦ . " عقد امتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة) " رسالة دكتوراه للدكتور / إبراهيم الشهاوي – كلية الحقوق بجامعة عين شمس – ٢٠٠٣ ص ١٤٩ و ١٥٠ ، " عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص " مؤلف للأستاذ الدكتور / محمد الروبي ، الطبعة الثانية ٢٠١٣ ص ٩٠ بند ٦٨ . دار النهضة العربية ، " هندسة الخدمة – مدخل لهندسة صناعة قرار التجارة في المرافق العامة في ظل الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات مع التطبيق على مرفق الطرق العامة في مصر " رسالة دكتوراه ، م.د. فاروق عبد الحي عزت كلية الهندسة – جامعة القاهرة ، مارس ٢٠٠٣ ص ٩٦ و ٩٧. أنظر أيضا " الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام B.O.T " أ.د. طارق بن هلال البوسعيدي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون بكلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد السادس والثلاثين ، أكتوبر ٢٠٠٨ . ص ٧٤

[٧٢] **عقد امتياز المرافق العامة** :"هو عقد إداري يتولى الملتزم – فردا كان أو شركة – بمقتضاه وعلى مسئوليته ، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تُضمنها الإدارة في عقد الامتياز" الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة الدكتور سليمان محمد الطماوي . دار الفكر العربي الطبعة الخامسة ١٩٩١ ، ص ١٠٨.

- أما الجانب الآخر من الفقه ، فيرى أن عقود الشراكة من قبيل العقود ذات الطابع المدني[٧٣] ، ويستندون في هذا الرأي إلى أن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة يتعارض مع متطلبات التجارة الدولية التي تتطلب نزول الدولة إلى مستوى الأفراد العاديين في التعاقد ، والبعد عن أساليب القانون العام في التعاقد ، إذ أن عقود الشراكة هي أبرز صور العقود التي تتم وفقا لها الاستثمارات المصرية حيث تبرم بصيغة عقدية أقرب لعقود القانون الخاص، وما يسوده من مبدأ سلطان الإرادة وبأن العقد شريعة المتعاقدين ، وإن شرط احتواء العقد على شروط استثنائية غير متوافر في عقود الشراكة [٧٤] وأنه من الناحية العملية فقد جرى العمل على أن يوضح أطراف التعاقد في عقد الشراكة أنه عقد مدني وليس عقداً إدارياً ، أو تضمينه ما يشير إلى ذلك .
- وأخيراً ، فإن الرأي الذي يُسبغ على عقود الشراكة طابعاً خاصاً ، يرى أن إضفاء طبيعة واحدة على عقود الشراكة غير سليم ، إذ أن عقود الشراكة يتم عقدها من

---

(٧٣) **العقود المدنية** : "هي التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص بعضهم وبعض أو بينهم وبين شخص من أشخاص القانون العام لا باعتباره صاحب سيادة " الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات –نظرية العقد والإرادة المنفردة " الدكتور سليمان مرقس ، الطبعة الرابعة رقم ٢ ، دار الكتب القانونية شتات مصر ، سنة ١٩٨٧ ص ١٢٢ .

(٧٤) " النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " رسالة دكتوراه ، د/ ماهر محمد حامد أحمد ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق فرع بنها ، ٢٠٠٤ ص١٧٧ ، أ.د. هاني صلاح سري الدين ، سابق الإشارة إليه ص٢٢ ، " مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص " بحث مقدم في مؤتمر شرم الشيخ ٢٩ و٣٠ سبتمبر ٢٠٠١ للدكتور المستشار / محمد أبو العينين ، رسالة دكتوراه بعنوان " التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام الـ (B.O.T) الدكتور / نجاتي عبد الغنى إبراهيم –" كلية الحقوق – جامعة القاهرة سنة ٢٠٠٧– ص ٧٤ ، دكتور / سينوت حليم دوس – مقال بجريدة "الأهرام" بعنوان " عقود البوت وتطبيقاتها " بتاريخ ٨ يوليو ٢٠٠٠م السنة ١٢٤ العدد ٤١٤٨٧ ، " القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد " المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل ، ص ١٦٠ ، الطبعة الأولى ٢٠١٠ منشورات الحلبي الحقوقية ISBN 978-614-401-063-1 ، " الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص ودورها في تحقيق التميز في تقديم الخدمات " بحث مقدم من الدكتور / أحمد بوعشيق ، في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية تحت عنوان (نحو أداء متميز في القطاع الحكومي) في الفترة من ١–٤ نوفمبر ٢٠٠٩ ، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات – الرياض– المملكة العربية السعودية – ص ١٧ .

خلال نظم قانونية مختلفة ، ولكل عقد ظروفه الخاصة ، بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة تقضي بأن عقد الشراكة عقد إداري أو عقد مدني ، لذا لابد من تكييف كل عقد على حدة في ضوء شروطه وعناصره، والظروف والملابسات التي أحاطت به بحيث يكون التكييف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد ، فالعقود المبرمة بين الدولة والمستثمر ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد ، والعبرة في ذلك بتحليل كل عقد على حدة لمعرفة أركانه ، وأن الاتفاق على مشروع من مشروعات البنية الأساسية الممولة من قبل القطاع الخاص يتناول عدة عمليات قانونية ينهض بكل منها في العادة عقد واحد ، فهو ينطوي على إنشاء بنية تحتية مادية أو توسيعها أو تحديثها ، وهذه العملية ينهض بها في العادة عقد الأشغال العامة ، كما أنه ينطوي على إدارة هذه البنية واستغلالها فترة من الزمن، وهذه العملية ينهض بها في العادة عقد الالتزام ، فضلا عن عمليات التوريد التي تصاحب اتفاق المشروع والتي يتضمنها في العادة عقد التوريد ، كما أن هذا الاتفاق يلقي على عاتق الملتزم مسئولية ترتيب تمويل هذه العمليات، وهو بهذه المثابة يحقق وظيفة عقد القرض العام ، وبالتالي فإن كل عملية قانونية ينطوي عليها اتفاق المشروع تخضع لأحكام العقد الخاص بها ، فعملية الإنشاء تخضع لعقد الإنشاء والأشغال العامة حسب الأحوال ، وعملية الإدارة أو التشغيل تخضع لأحكام عقد المقاولة أو عقد الالتزام بحسب الأحوال [٧٥]

---

[٧٥] " عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة " الدكتور / أحمد رشاد محمود سلام ، دار النهضة العربية ٢٠٠٤ ، ص١٩٦ و١٩٧ (مشار إليه في رسالة الدكتوراه للباحث الدكتور ماهر محمد حامد أحمد ص ١٨٢) ، رسالة ماجستير بعنوان "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" أ / خالد بن محمد عبد الله العطية ، مشار إليه سابقا ص ٧٢ و ٢٦٤ ، " الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام ال B.O.T " للدكتور / أحمد محرم محمد إبراهيم ، كلية الحقوق بجامعة أسيوط ٢٠٠٨ ص ٦١ ، " تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة " بحث مقدم من أ.د. أحمد محمد أحمد بخيت ، ص٢٢ في الدورة التاسعة عشرة تحت مظلة منظمة المؤتمر الإسلامي – الإمارات العربية المتحدة – إمارة الشارقة ٢٦-٣٠ إبريل ٢٠٠٩. " مشروعات B.O.O.T " الدكتور / حسن الهنداوي ص ٣٦٠ ، دار النهضة العربية ٢٠٠٧

٥٣- ولعل سبب الاختلاف حول طبيعة عقود الشراكة آنذاك هو - حسبما نرى – عدم وجود تشريع خاص لتنظيم تلك العقود ، فكانت عقود الشراكة تُبرم إما تحت مظلة قانون المناقصات والمزايدات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ، والتي رأى البعض بأن القانون سالف الذكر لا ينطبق على عقود الشراكة، ذلك أن قواعد هذا القانون في جانب ليس بالقليل منها ، لا تتلاءم مع الطبيعة القانونية والاقتصادية لهذه المشروعات ، وهو الأمر الذي استتبع العديد من الدول التي تنتمي إلى نظم القانون المدني إلي إصدار قوانين خاصة في شأن اختيار المستثمر في إطار مشروعات البنية الأساسية لكي تلائم طبيعة هذه المشروعات [٧٦] ، وإما تحت مظلة القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن التزام المرافق العامة [٧٧]

٥٤- وفي ظل عدم وجود تشريع موحد ينظم كافة أشكال مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ، صدر العديد من القوانين الخاصة والتي تنظم كل مشروع على حدة ، منها على سبيل المثال :

أ - القانون رقم ٢٩٩ لسنة ١٩٩٦ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة (منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٧ مكرر الصادر في ١٩٩٦/٧/١٤) والذي أجاز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب - أشخاصاً طبيعيين أو معنويين- وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها .

---

[٧٦] أ.د. هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ص ٢١٥ ، أيضا المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد اسماعيل " عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها " ص ٧١ مشار إليه سابقا.

[٧٧] رسالة دكتوراه للدكتور / ماهر محمد حامد أحمد ، سابق الإشارة إليه ص ١٣٨ . كان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن منح التزام المرافق العامة ، هو القانون الساري حينه على كافة مشروعات البنية الأساسية – إلا ما استثني بقانون خاص – ووضع لتنظيم العلاقة بين السلطة مانحة الالتزام و الملتزم في شأن إدارة المرفق العام الذى يعهد إلى الملتزم بالمشاركة في تسييره . (الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ تاريخ الجلسة ١٧-١-١٩٧٠ مكتب فنى ١٥ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٤٠) .

ب - القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر (منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر الصادر في ١٩٩٦/٦/٣٠) والذي أجاز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء .

ج - القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية (منشور بالجريدة الرسمية العدد ٥ مكرر الصادر في ١٩٩٦/٢/١) والذي أجاز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين في الداخل أو الخارج لإنشاء موانئ تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانئ

د - القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول (منشور بالجريدة الرسمية العدد ١٦ مكرر الصادر في ١٩٩٧/٢/٨) والذي أجاز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم أشخاصاً طبيعيين واعتباريين في الداخل والخارج لبناء وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول كاملة أو أجزاء منها .

هـ - القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية (الصادر في ٢٦ مارس١٩٩٨) بتحويل الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة مصرية غرضها الرئيسي إنشاء وتشغيل شبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية داخل البلاد وربطها بالمجال الجوي [٧٨] .

---

[٧٨] .د. هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ص٢٣٧ .

- **الوضع بعد صدور قانون الشراكة المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ :**

٥٥- كما أوضحنا سابقاً ، اختلف الفقه في إسباغ الطبيعة القانونية لعقود الشراكة قبل صدور قانون الشراكة ، ولعل السبب آنذاك هو عدم وجود إطار تشريعي ينظم مسألة الشراكة برمتها ، إلا أنه بعد صدور قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ ، ظلت حالة الاختلاف في تحديد طبيعة عقود الشراكة ، فالقانون لم يحدد بطريقة مباشرة طبيعة تلك العقود ، إلا أننا نرى تبني المشرع المصري للطبيعة الإدارية في عقود الشراكة ، على الرغم من النص في الفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد الإصدار والتي تنص على عدم سريان أحكام القوانين التالية على عقود الشراكة وهي أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة ، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثورة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة، والتي يدل ظاهرها على عدم تبني المشرع للطبيعة الإدارية لعقود الشراكة، إلا أننا نستند فيما ذهبنا إليه إلى حجتين [٧٩] :

الأولى : قرر المشرع في المادة السابعة من القانون سالف البيان ، للجهة الإدارية الحق في تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير بإرادتها المنفردة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، ويتضح أنه بتوافر هذا الحق فإنه قد اكتسب الصفة الإدارية

---

[٧٩] أنظر رسالتنا للماجستير ، ص ٣٠ و٣١ مشار إليها سابقا. أنظر عكس ما ذهبنا إليه (مشار إليه سابقا) في ذات الموضع

" *Globalisation and New International Public Works Agreements in Developing Countries* " By. Mohamed A.M Ismail . P 65 " Today , in light of the newly promulgated law in Egypt, for instance , a PPP transaction is not purely administrative contract , it has a hybrid nature " .

وكذلك "مشروعات البنية الأساسية وموافقة الوزير المختص " بحث للمستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل منشور في مجلة التحكيم العربي – العدد السابع عشر ، ديسمبر ٢٠١١ ص١٨٦ .

والتي من بين خصائصها وجود شروط استثنائية غير مألوفة في العقود الخاضعة للقانون الخاص.

الثانية : النص في المادة الخامسة والثلاثين، بجواز الاتفاق على التحكيم في حالة تسوية النزاعات بالطرق غير القضائية ، ولكن بشرط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة (وهي اللجنة المشكلة طبقا للمادة ١٤ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ و تُشكل برئاسة رئيس مجلس الوزراء ، وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية والاستثمار ، والتنمية الاقتصادية ، والشئون القانونية ، والإسكان والمرافق ، والنقل ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة ، ويتولى الوزير المختص بالشئون المالية رئاسة اللجنة في حالة غياب رئيس مجلس الوزراء) ، وهو ذات الشرط الذى اشترطه المشرع في القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمسمى قانون " التحكيم في المواد المدنية والتجارية " والذى أجاز في مادته الأولى التحكيم في العقود الإدارية، ولكن بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك . والذي أسبغ ضمناً الطبيعة الإدارية على عقود الشراكة ، وإلا لما اشترط موافقة اللجنة العليا لشئون الشراكة والتي تقابل موافقة من يتولى اختصاص الأشخاص الاعتبارية العامة . ولعل مسلك المشرع المصري في تبنيه للطبيعة الإدارية لعقود الشراكة ليس غريباً؛ ذلك أن المشرع المصري متأثر بالنظام اللاتيني - على سبيل المثال فرنسا- التي تبنت الطابع الإداري لعقود الشراكة مع القطاع الخاص .

نطاق تطبيق قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ :

٥٦- تنص المادة الأولى من مواد الإصدار من قانون الشراكة المشار إليه على سريان أحكام هذا القانون على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها والتي تبرمها الجهات الإدارية ، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها . كما نصت على عدم سريان عدد من أحكام القوانين على تلك العقود ، وهي أحكام القانون رقم ١٢٩

لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة . إلا أننا نرى وجوب تعديل المادة المشار إليها لتتلاءم مع نص المادة ٣٢ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في ٢٠١٤ والتي نصت في فقرتيها الثالثة والرابعة على :

" ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة ، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون ، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاما .

ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات ، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاما بناء على قانون " .

ويعني ما تقدم- من وجهة نظرنا - أن نطاق تطبيق قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ قد أنحسر عن المشروعات المتعلقة بمنح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة التي تتجاوز خمسة عشر عاما ، ويكون نطاق تطبيق تلك الأخيرة بناءاً على قانون يصدر بشكل منفصل بشأن تلك المشروعات . أما المشروعات المتعلقة بمنح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات ، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاما ، فيكون بناءاً على قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ . هذا من جانب ، وعلى جانب آخر ، فإنه وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٣٢ من الدستور الصادر في ٢٠١٤ ، فإنه يجب ألا يتجاوز منح حقوق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة ثلاثين عاماً ، بما يعني أنه يجب تعديل الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والتي تقضي بجواز الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية بشرط موافقة مجلس

الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة ، وهو ما يتعارض من نص دستوري صريح .

- من ناحية أخرى ، من النصوص الواجب تسليط الضوء عليها ، المادة ٣٨ من قانون الشراكة والتي تعطي الحق للجهة الإدارية المتعاقدة إبرام اتفاقات مباشرة مع جهات التمويل ، والتي يجوز لوزارة المالية أن تضمن الجهة الإدارية في أداء التزاماتها المالية محل التعاقد . وهذا النص يتعارض مع المادة ١٢٧ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في ٢٠١٤ والتي تنص على " لا يجوز للسلطة التنفيذية الاقتراض ، أو الحصول على تمويل ، أو الارتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة العامة للدولة لمدة مقبلة ، إلا بعد موافقة مجلس النواب " وهكذا فإنه يتضح أن المشرع الدستوري قد اشترط صراحة ضرورة الحصول على موافقة مجلس النواب - مجلس الشعب سابقا - قبل قيام السلطة التنفيذية ، أي الجهة الإدارية ، بالاقتراض، أو إبرام اتفاقات تمويل ، أو الارتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة ، إلا بعد الحصول على موافقة مجلس النواب ، وهو الأمر الذي يستوجب تعديل النص التشريعي في قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لنظام الشراكة في القانون المقارن

في هذا المطلب نستعرض بعض القوانين الأجنبية التي أهتمت ببيان طبيعة عقود الشراكة ، على النحو الآتي :

القانونان الانجليزى والأمريكى :

٥٧- تجدر الإشارة إلي أن كلا من القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي يطلق عليهما نظام القانون المشترك (The Common Law) [٨٠] والذي كان يطلق عليه سابقا النظام الأنجلوساكسوني ، والذي لا يعرف القضاء الإداري المستقل ، وما أبداه الفقيه الانجليزي (دايسي) من إنكار وجود القانون الإداري في انجلترا وإن خضوع الإدارة للقضاء العادي يحقق مبدأ سيادة حكم القانون ، بحيث يخضع الجميع لقضاء واحد ، هذا فضلاً عن ثقة الإنجليز في قضائهم ، واستبعاد سوء الظن بالمحاكم العادية [٨١]، ولا يعرف الفقه والقضاء الإنجليزي الشروط الاستثنائية في عقود الحكومة أو الإدارة، وإن كان القضاء قد ميز بين طائفتين من العقود [٨٢]:

---

(٨٠) *Anglo – Saxon law, Guide to American Law* . By. Anthony D' Amato & Stephen B. Presser - An Electronic Copy Downloaded from http://anthonydamato.law.northwestern.edu

" Anglo – Saxon law is the name generally used to refer to the legal system that prevailed in Britain for approximately the five centuries before the Norman Conquest in 1066. It was the law of Germanic tribes that ruled the nation following their victory in Danes " P 259.

[٨١] "نشأة القضاء الإداري في مصر" بحث للمستشار عمرو عبد الرحيم محمد ، منشور بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢ على الموقع الالكتروني

http://www.ar-lawyers.com/vb/showthread.php?t=560

أنظر أيضا أ .د. رجب محمود طاجن ، سابق الإشارة إليه ، ص ٢٠ . " مشروعات البنية الأساسية وموافقة الوزير المختص " بحث للمستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل ، ص ١٨٥ سابق الإشارة إليه.

[٨٢] بحث للمستشار / محمد أبو العينين – مقدم في مؤتمر شرم الشيخ بعنوان " Build – Own / Operate – Transfer (BOT) Projects " أكتوبر ١٨-٢٠/ ١٩٩٨م برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

الأول: العقود التجارية: وهى عقود يتعين على الحكومة فيها أن تتعامل كما لو كانت فرداً عادياً وأن تسدد تعويضاً حال ارتكابها مخالفة لأحكام العقد .

الثاني: العقود غير التجارية: وهى العقود التي يجوز فيها " للتاج " (Crown) التمسك بفكرة الضرورة بهدف الدفاع عن المصلحة العامة(Public Good) ويتعين أن يكون التمسك بهذه الفكرة مستهدفاً توفير حرية الحركة (Freedom of Action) حال الحرب .

أما النظام المطبق في الولايات المتحدة الأمريكية ، فهو ذاته المطبق في المملكة المتحدة ؛ باعتبارها دول النظام الأنجلو أمريكية، وبالتالي فعقود الشراكة لا تعتبر من قبيل العقود الإدارية في كل من المملكة المتحدة ، والولايات المتحدة الأمريكية .

القانون الفرنسي [٨٣] :

٥٨- تبني القانون الفرنسي الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة مع القطاع الخاص ، ففي المادة الأولى من الأمر رقم ٥٥٩ / ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يوليو ٢٠٠٤ المنظم لعقود الشراكة ، عرّفت هذا النوع من العقود بأنه " عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص بالقيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة

---

[٨٣] ينتمي النظام القانوني الفرنسي إلى عائلة النظم اللاتينية ، والتي يعترف فيها النظام القضائي بالقضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي . أنظر

" The French justice system " Publication from French Ministry of Foreign Affairs , 2007. P3. Electronic Copy Downloaded from http://ambafrance-us.org/IMG/pdf/Justice_ag.pdf

التعاقدية " [٨٤] وهكذا ، أصبحت عقود الشراكة من العقود الإدارية بجانب كل من عقود الأشغال العامة[٨٥]، وعقود تفويض المرفق العام [٨٦] .

القانون البرازيلي [٨٧] :

٥٩- أسبغ المشرع البرازيلي في المادة الثامنة من القسم الخامس من قانون الشراكة مع القطاع الخاص الصادر في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٤ ، الصبغة الإدارية على عقود الشراكة بنصه على " من أجل تلبية متطلبات / شروط السداد المنصوص عليها في العقود الإدارية الناتجة عن عقود الشراكة ....." [٨٨]

٦٠- وهكذا ، وبعد أن استعرضنا الطبيعة القانونية لعقود الشراكة واختلافها من نظام قانوني لآخر بحسب انتمائها إلى النظام الأنجلو - أمريكي أو إلى النظام اللاتيني ، فإننا نرى وجوب تحديد طبيعة تلك العقود في ضوء توجه السياسات الاقتصادية للدولة ، فالمستثمر الأجنبي أو الوطني (سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً) لن يقوم باستثمار رؤوس أمواله في دولة ما دون أن يتعرف علي النظام القضائي المعمول به في تلك الدولة ، وما إذا كان هذا النظام ينحاز إلي الدولة أم إلي الأشخاص العاديين ،

---

[٨٤] أ.د. رجب محمود طاجن، سابق الإشارة إليه ص ١ . وأيضا بحث بعنوان " مشروعات البنية الأساسية وموافقة الوزير المختص " للمستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل ، ص ١٨٥ مشار إليه سابقاً.

[٨٥] **عقود الأشغال العامة** : هي العقود التي تبرم بين أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام واستغلال واستثمار المرفق طوال مدة العقد في مقابل ثمن يترتب على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة . أنظر المرجع السابق ص٢٣ .

[٨٦] **عقود تفويض المرفق العام** : ويعرف أيضا بعقد الالتزام ، وفيه تقوم جهة الإدارة بإسناد مهمة إنشاء المرفق العام واستغلاله من قبل المتعاقد . وظهرت عقود تفويض المرفق العام عام ١٩٩٣ كمقابل لعقود الأشغال العامة .أنظر المرجع السابق ص٢٤ .

[٨٧] أنظر سابقاً فقرة ١٨ في شأن القانون البرازيلي للشراكة مع القطاع الخاص .

[٨٨] الصيغة الأصلية لهذا النص :

*" In order to meet the payment conditions stipulated in **administrative contracts resulting from a public-private partnership,** the earmarking of revenues or the creation or use of special funds shall be allowed, so long as these are provided for in a specific law "*

وكذا نصوص القانون التي تحكم العلاقة بين المستثمر وبين الدولة وما إذا كانت هذه النصوص تتمتع بالحياد أم بالانحياز لصالح الدولة [٨٩].

الخلاصة : عرضنا إذن مفهوم الشراكة باعتبارها أحد آليات الدولة في الارتقاء بالمستوي الخدمي لمواطنيها ، ورأينا الأسباب التي دعت إلى تبني هذا الأسلوب والتي تعددت واختلفت من دولة لأخرى بحسب مركزها الاقتصادي والمالي ، وكذلك أهمية مشروعات البنية الأساسية بالنسبة للدول النامية . كما عرضنا للطبيعة القانونية التي قيلت في شأن هذا الأسلوب والتي تنوعت واختلفت من نظام قانوني لآخر وطنيا كان أو دوليا ، ورأينا تبني المشرع المصري للطبيعة الإدارية بعد صدور قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ .

---

[٨٩] تأييدا لما ذهبنا إليه ، أنظر " عقد البوت بين القانون الخاص و القانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات – بحث مقارن " الأستاذ الدكتور / ناصر خليل جلال ، بحث مقدم في مؤتمر " عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة" الثامن عشر– ص ٣٥ في الفترة من ١٩ إلى ٢١ إبريل ٢٠١٠ بدولة الإمارات العربية المتحدة – دبي .

الفرع الثاني

المخاطر المصاحبة لمشروعات الشراكة مع القطاع الخاص ، وتقويمها

٦١- بعد أن استعرضنا مفهوم الشراكة وأهميتها والأسباب الداعية إلى اللجوء إليها ، وكذا طبيعتها في القانون الوطني والمقارن ، نستعرض في هذا الفصل المخاطر التي تصاحب مشروعات الشراكة قبل وأثناء وبعد تشييد المشروع ، وكذلك نقوم بتقويم نظام الشراكة من حيث المزايا والمساوئ ، وما إذا كان هذا النظام يستحق أن يتم تبنيه من قبل الحكومات المختلفة أم لا . وعلى هذا فإننا نقسم هذا الفرع إلى مبحثين ، في المبحث الأول نتحدث عن مخاطر مشروعات الشراكة ، وفي المبحث الثاني نتحدث عن تقويم المزايا والمساوئ لهذا النظام .

المبحث الأول

مخاطر مشروعات الشراكة

٦٢- **تمهيد :** يرى البعض تكييف مخاطر مشروعات الشراكة على أنها من قبيل عيوب هذا النظام [٩٠] إلا أننا نرى لا نتفق مع هذا الرأي ، فالمشاهد أن أي مشروع (سواء أكان متعلقا ببنية أساسية ، أم باستثمار ، أم بغير ذلك) لا يخلو من مخاطر متعلقة إما بالإنشاء ، أو التشغيل، أو الصيانة، هذا بخلاف العيوب ، التي تنتقص من الغرض من المشروع المراد إنشائه، لذلك فإننا لا نتفق مع الرأي القائل بأن مخاطر نظام الشراكة هي من قبيل العيوب .

٦٣- الحديث عن المخاطر يقتضي منا التعرف على ماهية المخاطر ، وكذلك أنواعها ، وأخيرا كيفية توزيعها (إدارتها) ، وبالتالي فإننا نقسم هذا المبحث إلي مطلبين ،

---

[٩٠] أنظر أ.د. هاني سري الدين ، سابق الإشارة إليه ص ١٩٠ و ١٩٨. أيضا المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل " القانون العام الاقتصادي" ص ١٦٤ و ١٦٦، سابق الإشارة إليه.

نتعرض لتعريف المخاطر وأنواعها (مطلب أول) وكيفية توزيعها (مطلب ثان) وذلك على النحو التالي .

المطلب الأول

تعريف المخاطر وأنواعها

٦٤- تتعدد التعريفات المتعلقة بالمخاطر ، وذلك بتعدد أنواعها ، فتعريف المخاطر السياسية يختلف عن المخاطر الاقتصادية ، وكذلك الاجتماعية ، إلا أن ما يعنينا هو تعريف المخاطر المرتبطة بالمشروعات المتعلقة بمرفق عام ، وتُعّرف بأنها " تلك الظروف – من وجهة نظر الأطراف – التي لها تأثير سلبي على مصالحهم التي يتوقعون تحقيقها من المشروع. بحيث تحدث ظروف من شأنها أن تعرض مصالح الأطراف إلي الخطر " (٩١)

---

(٩١) "UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " Page38.

مشار إليه سابقا .

" The notion of"project risks "refers to those circumstances which, in the assessment of the parties, may have a negative effect on the benefit they expect to achieve with the project. While there may be events that would represent a serious risk for most parties"

يقترب من هذا التعريف : أنظر أ.د. هاني سري الدين ، ص ١٦٧ سابق الإشارة إليه – " يقصد بالمخاطر المرتبطة بالمشروع في هذا الصدد أية وقائع مادية أو قانونية قد تطرأ بعد البدء في المشروع ويكون من شأنها إحداث ضرر أو خسارة لطرف من الأطراف المعنية في المشروع " . أنظر أيضا

" Risk is the chance of an event occurring that would cause actual project circumstances to differ from those actually assumed when forecasting project benefits and cost " Research paper titled " Managing Risk in PPP Projects through Legal Documentation" . Presented in The Expert Roundtable on Private-Public Partnerships Sponsored by The MENA-OECD Investment Program and the Executive Privatisation Commission of Jordan-Amman, Jordan September 6, 2007 Prepared by Alan G. Straus Director and General Counsel, Acap Partners Ltd .

٦٥- أما عن أنواع المخاطر ، فإنه لا يمكن حصرها بشكل مفصل ، و إنما إجمالا يمكن أن نقسمها إلي نوعين ، المخاطر العامة ، والمخاطر الخاصة بالمشروع ، وذلك على النحو التالي :

المخاطر العامة [٩٢] :

- وهي التي تتعلق بالنمو الاقتصادي والبيئة السياسية والنظام الضريبي والنظام القانوني والنظام النقدي في الدولة المضيفة للمشروع ، ويمكن تقسيمها إلي ثلاث طوائف ، المخاطر السياسية ، والمخاطر التجارية، والمخاطر التشريعية .

أ- **المخاطر السياسية** [٩٣]: تُعد المخاطر السياسية من أخطر أنواع المخاطر التي تتعرض لها مشروعات الشراكة نظرا لاتصال تلك المشروعات بالبنية الأساسية وتطلبها العديد من التصاريح والامتيازات. وفى هذا الصدد من الضروري الحصول على تعهدات من الحكومة المضيفة ، بطلب تعديل التشريعات لمنع خطر التأميم ، وتعهد البنوك المركزية بضمان إتاحة العملة الصعبة التي تحتاجها هذه المشروعات. كذلك قد يواجه القطاع الخاص خطراً عند تنفيذ المشروع ، إذ أنه من الممكن أن يتأثر سلبا بسبب أعمال السلطة العامة المتعاقدة ، ويمكن تقسيم تلك المخاطر إلى ثلاث فئات :

١- **المخاطر السياسية التقليدية** : إن تأميم موجودات شركة المشروع أو فرض ضرائب جديدة تضعف الإمكانيات المتاحة لشركة المشروع لسداد ديونها واسترجاع قيمة استثماراتها ، هي من قبيل المخاطر السياسية التقليدية، وفى هذا الصدد ، فإنه من

---

[٩٢] " النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT " رسالة دكتوراه من مقدمة من د/ مي محمد عزت علي شرباش – كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ٢٠٠٩ – ص ٢٢٤ .

[٩٣] " دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص " أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) نيويورك ، ٢٠٠١ – ص ٤٨ . United Nations Publication Sales No. A.01.V.4

الضروري الحصول على تعهدات من الحكومة المضيفة ، وتطلب تعديل التشريعات لمنع خطر التأميم .

٢- **المخاطر الرقابية التنظيمية** : كاستحداث معايير أكثر تشددا بشأن تقديم الخدمات أو استحداث قطاع من القطاعات للمنافسة .

٣- **المخاطر شبه التجارية** : كمخالفات ترتكبها السلطة المتعاقدة أو حالات توقف العمل في المشروع نتيجة لتغييرات في أولويات وخطط السلطة المتعاقدة .

وعلاوة على المخاطر السياسية الصادرة عن البلد المضيف ، فإن بعض المخاطر السياسية قد تنشأ من تصرفات حكومة أجنبية ، مثل حالات الحصار أو الحظر أو المقاطعة التي تفرضها حكومات بلدان المستثمرين أنفسهم .

ب- المخاطر التجارية [٩٤]: تتعلق المخاطر التجارية باحتمال عجز المشروع عن تحقيق العائد المتوقع بسبب التقلبات في أسعار السوق أو في الطلب على السلع أو الخدمات التي ينتجها المشروع . وقد يؤدي هذان الشكلان من المخاطر التجارية إلى إضعاف خطير لقدرة الشركة على سداد ديونها . ومن بين المخاطر التي تدخلها البنوك المقرضة في تكلفة القرض تلك المتعلقة : بتذبذب سعر الصرف ، وسعر الفائدة ، في الأسعار العالمية ، ومعدل التضخم ، وفرض رسوم جمركية جديدة. ولهذا على المقترض أن يدخل في صفقة المشروع تسهيلات أخرى للمقرضين من أهمها العقود المستقبلة. وبالإضافة إلى ذلك فإن الطريقة التي يتم بها سداد أقساط الدين وفوائده ، وكذلك نسبة الإيرادات التي ستخصص مباشرة للمقرضين يمكن ربطها بإحصاءات مثل إحصاءات حركة الأسعار ومعدلات التضخم. كما أن تلك المخاطر قد تتحقق في حالة عدم تحقيق المشروع العائد المتوقع منه ، بسبب أسعار السوق أو قلة الطلب على السلع أو الخدمات التي يقدمها المشروع ، وهذه المخاطر

---

(٩٤) " UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " مشار إليه سابقا. Page 41 .

إذا ما تحققت ، فإنها تنال من قدرة المشروع على سداد مستحقات دائنيه . وتختلف تلك المخاطر من مشروع لآخر وفقا لعدد من المعطيات ، منها نوع المشروع والقطاع المستثمر فيه .

ج- **المخاطر التشريعية :** يعتمد نظام الشراكة على الاتفاقات التعاقدية والأُطر القانونية والتي تدعم اتفاقات تمويل المشروع . فالمخاطر المتعلقة بالتشريع تتمثل في أن الدولة المضيفة للمشروع من الممكن أن تقوم بتعديل أو بتغيير القوانين المتعلقة بالمشروع ، فعلى سبيل المثال التشريعات المتعلقة بالبيئة وكذلك المنظمة للملكية، فإنه من الممكن بعد تعديل أي منهما ، أن يؤثر بالسلب على المشروع . وتلك المخاطر تُعتبر عند البعض [٩٥] من أكثر المخاطر أهمية ، نظرا لأن مصدرها هو الحكومة ذاتها.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن أهمية أو خطورة مثل تلك المخاطر تختلف من دولة إلى أخرى، ومن مشروع إلى آخر .

المخاطر الخاصة بالمشروع :

- يقصد بالمخاطر المتعلقة بالمشروع هي تلك المخاطر التي تستهدف مشروع البنية الأساسية ذاته ، فهي مخاطر ترتبط بالمشروع وجوداً وعدماً ، وهي تنقسم إلي :

أ- **مخاطر التنمية :** وهي تتضمن المخاطر المرتبطة بعدم رسو العطاء على شركة المشروع ، ومن ثم تكبد المساهمين خسائر التجهيز وإعداد مستندات العطاء . كما

---

[٩٥] "خصخصة صيانة الطرق الضرائبية في مصر " رسالة ماجستير للدكتور مهندس / فاروق عبد الحي عزت – كلية الهندسة بجامعة القاهرة – مارس ١٩٩٩ ، ص ١١٠ .

تشمل أيضا المخاطر الناشئة عن عدم الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة لإقامة المشروع [٩٦].

ب- **مخاطر التشييد** [٩٧]: تنحصر المخاطر الرئيسية في :

١- أن التكلفة الفعلية للتشييد قد تكون أعلى بكثير مما كان مخطط له .

٢- أن الانتهاء من التشييد قد يأخذ وقتاً أطول مما كان متوقع .

٣- أن تشييد المشروع قد لا يكتمل .

وفي الحالة الأخيرة ، فإن التمويل المُستَثمر في مشروع غير مكتمل قد يؤدي إلي فقدانه ، أما في الحالتين الأولى والثانية فإن التمويل – بلا شك – سوف يتأثر . وكما سبق أن ذكرنا ، فإن درجة الخطر تختلف من مشروع إلى آخر ، فعلى سبيل المثال ، فإن المخاطر المرتبطة بمشروع إنشاء محطات نووية ، تكون أكثر خطورة من المخاطر المرتبطة بمشروع إنشاء طرق سريعة أو محطة تحلية مياه .

ينظر المقرضون أيضا إلي الوسائل التي يحمون بها أنفسهم من مخاطر التشييد مثل: التأخر في الإنجاز ، أو عدم توافر القوى العاملة القادرة على انجاز المشروع. ومن بين وسائل الحماية التي يلجأ إليها المقرضون في هذا الصدد، العقود طويلة المدى لتوريد المواد اللازمة للمشروع بأسعار ثابتة، إنشاء شبكة مواصلات أو إنشاء محطات قوى لتسهيل إنجاز المشروع ، وإصدار ضمانات الأداء ، وضمانات الانجاز أو استكمال المشروع على حساب المقاولين .

---

[٩٦] النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT " د / مي شرباش – رسالة دكتوراه ، ص ٢٢٦ – مشار إليها سابقاً. أنظر أيضا " UNIDO BOT Guidelines " Prepared by United Nations Industrial Development Organization – Vienna, 1996 ISBN 92-1-106304-3 . Page 151

[٩٧] " UNIDO BOT Guidelines " ، ص ١٦٨ سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " ماهية الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأشكالها " أ.د. عمر سالمان ، بحث منشور ضمن فعاليات ندوة (الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها) تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمنعقدة بشرم الشيخ – جمهورية مصر العربية في الفترة من ٦ إلى ٧ ديسمبر ٢٠١١ – ص ٤٢ .

ج- **مخاطر التشغيل والصيانة** [٩٨] : يقصد بمخاطر التشغيل تلك المخاطر الناشئة عن مرحلة تشغيل وصيانة المشروع بعد بدء التشغيل التجاري للمرفق . ومخاطر التشغيل تتمثل في نوعين أساسين من المخاطر :

١- ارتفاع تكلفة التشغيل والصيانة .

٢- الإخلال بعملية التنفيذ وعدم تحقيق الأغراض المتفق عليها في اتفاق التشغيل .

إلى جانب هذين النوعين ، فإنه توجد أنواع أخرى من المخاطر المتعلقة بالتشغيل [٩٩]:

- **مخاطر البنية التحتية :** ويقصد بها تلك المخاطر المتعلقة بالمرافق التي تؤثر على سير المشروع ، كخطوط النقل في مشروعات الطاقة ، بحيث تكون مسئولية تشييد المشروع مرتبطة بعوامل أخري غير رعاة المشروع أنفسهم . فبالرغم من أن تلك المرافق أو العوامل ليست من خصائص المشروع ذاته ، إلا أنها لازمة لنجاح تشغيل المشروع .
- **المخاطر الفنية (التكنولوجية) :** وتتضمن عيوب التصميم وكذلك العيوب الخاصة بمعدات المشروع . فمشروعات الشراكة عادة مطالبة بتحقيق وظيفة معينة محددة من قبل الدولة المضيفة ، على سبيل المثال عمليات استخراج المياه من محطات معالجة المياه وكذلك الكهرباء الناتجة عن تلك المحطات ، فإن المخاطر الناتجة عن التكنولوجيا المستخدمة في تلك المحطة يكون لها عظيم الأثر ، خاصة أن مثل تلك المشروعات تستخدم معدات وأجهزة تكنولوجية غاية في التعقيد .
- **مخاطر الطلب :** أغلب مشروعات الشراكة والتي تعتمد على متطلبات السوق ، تواجه مخاطر الطلب والمتعلقة بالأسعار ، في حالة ما إذا كان العرض الحقيقي للسلعة

---

[٩٨] أنظر أ.د. هاني سري الدين – ، ص ١٧٤ سابق الإشارة إليه. " المخاطر الناشئة عن عقود الشراكة بين منظمات القطاع العام والقطاع الخاص – دراسة استطلاعية " أ.د. معن وعد الله المعاضيدي ، أ/ أيمن جاسم محمد الطائي بحث منشور في مجلة تنمية الرافدين ، بكلية الإدارة والاقتصاد ، جامعة الموصل بالعراق ، العدد ١٠٩ مجلد ٣٤ لسنة ٢٠١٢ ص ١٠٢ .

[٩٩] " UNIDO BOT Guidelines " ، ص ١٦٨ سابق الإشارة إليه .

أو الخدمة الناتجة عن المشروع أقل مما هو متوقع ، إلا إذا كان للمشروع طبيعة احتكارية (محلياً) كمشروعات الطاقة على سبيل المثال :

- **المخاطر الإدارية :** إن حُسن إدارة المشروع هو دائما عنصر النجاح الأساسي والرئيسي لمشروعات الشراكة .
- **مخاطر القوة القاهرة** [١٠٠]**:** قد يواجه المشروع مخاطر احتمال تعطله نتيجة أحداث غير متوقعة أو طارئة خارقة للعادة تقع خارج سيطرتها ، فقد تكون ذات طابع مادي كالكوارث الطبيعية – كالفيضانات أو عواصف أو هزات أرضية – أو نتيجة لأفعال البشر كالحروب أو الهجمات الإرهابية . وقد تتسبب هذه الأحداث غير المتوقعة أو الخارقة للعادة في تعطل مؤقت في تنفيذ المشروع أو تشغيل المرفق، مما يؤدي إلى تأخير التشييد ، أو فقدان العائد وغير ذلك من الخسائر . وقد تؤدي أحداث شديدة الخطورة إلى إلحاق أضرار مادية بالمرفق أو حتى إلى تدميره إلى درجة يتعذر معها إصلاحه .

المطلب الثاني

كيفية توزيع المخاطر

٦٦- نستعرض في هذا المطلب كيفية توزيع المخاطر - أو كما يسميها البعض إدارة المخاطر [١٠١] - بين القطاع العام والقطاع الخاص .

---

(١٠٠) " UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " Page 48 مشار إليه سابقا.

(١٠١) " Risk Management in BOT Project" a Master of Science in Civil and Environmental Engineering – Massachusetts Institute of Technology - Prepared by Hsu-Hsun Hsiao – May 2000 . Page 9 .
See also " An Introduction to Risk Management in a Public Private Partnership " Prepared by Partnerships British Columbia – July 2006 . " Risk management is the process of identifying, analyzing and addressing significant risks on an on-going basis. It is a process that can help avoid negative outcomes, and help recognize emerging opportunities "

٦٧- يقصد بعبارة توزيع المخاطر ، تعيين أي طرف أو أطراف ينبغي لها أن تتحمل تبعات وقوع أحداث تُكيف على أنها من مخاطر المشروع [١٠٢] ويعد مبدأ توزيع المخاطر أحد السمات الرئيسية لعقود الشراكة والمميز لها عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى[١٠٣].

- قد يكون من الملائم اقتصاديا نقل عبء أحد المخاطر إلى طرف آخر غير الطرف الذي سيتحمل هذه المخاطر لو طبقت القواعد القانونية العامة في هذا الشأن [١٠٤] ، والوضع الأمثل أن يتحمل المخاطر الطرف الأكثر قدرة على السيطرة عليها بأقل تكلفة ، وأن يكون أكثرهم استفادة من السيطرة على المخاطر المعنية [١٠٥] . وينقسم توزيع المخاطر (من زاوية تحملها) إلي ثلاث مجموعات [١٠٦]:

١- مخاطر يتحملها القطاع العام .

٢- مخاطر يتحملها القطاع الخاص .

٣- مخاطر يشترك في تحملها كل من القطاعين العام والخاص.

---

(١٠٢) " The expression " Risk Allocation " refers to the determination of which party or consequences the occurrence of events identified as project risks parties should bear " UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects – Page 39.

(١٠٣) أ.د. رجب محمود طاجن ، ص ١٩١، سابق الإشارة إليه.

(١٠٤) أ.د. هاني سري الدين ، ص ١٦٧– مشار إليه سابقا.

(١٠٥) " النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT " د/ مي شرباش – رسالة دكتوراه ص ٢٣٢، مشار إليها سابقا.

أنظر أيضا

" The Treasury's general principle of risk transfer is that risks should be transferred to the parties best able to manage them " Research paper titled Public Private Partnership Financiers' Perceptions of Risks – Presented by Istemi Demirag , Iqbal Khadaroo, Pamela Stapleton , and Caral Stevenson . Published by The Institute of Chartered Accountants of Scotland – 2010 , ISBN 978-1-904574-69-9 . Page 25 .

(١٠٦) " Risk Allocation in Public-Private Partnership Infrastructure Projects: Comparative Study " Research Prepared by Yongjian Ke , ShouQing Wang , and Albert P. System - DEC 2010 , Page 345 C Chan . Published in Journal of Infrastructure.

١- **المخاطر التي يتحملها القطاع العام[١٠٧] :**

٦٨- تتعدد المخاطر التي يتحملها القطاع العام في مشروعات البنية الأساسية ، والسبب في ذلك أن تلك المخاطر لا يمكن بحال من الأحوال أن يقوم القطاع الخاص بالتصدي لها ، فهذه المخاطر قد تكون سياسية وتتمثل في عدم الاستقرار السياسي في الدولة، وما يكتنف ذلك من تغيرات محتملة في الحكومات ، وتعرض المشروع لمخاطر الاسترداد . وقد ترتبط المخاطر بعملية تفعيل المشروع بنظام الشراكة ذاته ، مثل الرفض الذي قد يطرأ من بعض التشكيلات الاجتماعية على وجه الخصوص[١٠٨] ، كذلك المخاطر المرتبطة بأعمال الإنشاءات والتشييد، كالمخاطر الجيولوجية، ومخاطر الحفريات الأثرية، والمخاطر المناخية، والتأخير في الدخول إلى الموقع، والحصول على التراخيص الإدارية الضرورية لبدء الأعمال، ومخاطر تأمين الموقع، والتعديلات التشريعية والإدارية .

٦٩- كما يتحمل القطاع العام المخاطر المتعلقة بالأحداث المنسوبة إلي ما تتخذه من إجراءات، أو قرارات، أو تشريعات، من شانها الإضرار بالتدفق المالي لشركة المشروع، كعدم كفاية المواصفات التقنية المعطاة خلال عملية الاختيار أو التأخر الناجم عن عدم توفير الإمدادات المتفق عليها في الوقت المقرر ، أو إصدار تشريعات تحد من الصلاحيات الممنوحة لشركة المشروع . و يمكن أن يتحمل القطاع العام تبعة الأعطال الناجمة عن تصرفات الحكومة ، وذلك عن طريق الموافقة مثلا على تعويض شركة المشروع عن خسارة العائد المترتب على تدابير مراقبة الأسعار أو تفعيل شرط الثبات التشريعي والذي يعني ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه يمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها إذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار

---

[١٠٧] أ.د. رجب محمود طاجن ، ص ٢٠٣ . سابق الإشارة إليه.

[١٠٨] مثال على ذلك ، ما حدث في مصر أثناء مناقشة قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ ، وما وصفه البعض بأنه عودة لزمن الاحتلال والامتيازات الأجنبية . مقال للسيدة إيمان ندا ، منشور في جريدة صوت البلد بتاريخ ٢٠١٠/٧/١١ تحت عنوان " قانون شراكة القطاع الخاص ..... عودة لزمن الاحتلال والامتيازات "

تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب على ذلك التشريع الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها ، والتي تعتبر كأداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع من ناحية تعديل العقد بسن تشريعات من شأنها الإضرار بمصلحته [١٠٩].

- كذلك يتحمل القطاع العام مخاطر التقلبات في سعر الصرف وعدم استقراره ، أو صعوبة الحصول على العملة الأجنبية وفرض قيود على تحويل العملة إلى الخارج ، أو التضخم في العملة المحلية وفرض قيود على الجمارك وارتفاع الرسوم الجمركية ، أو ارتفاع نسبة الضرائب ،الذى من شأنه إرهاق المشروع ، أو ضعف الطلب على الخدمة أو السلعة ، أو التأخير في إصدار التصاريح والتراخيص الخاصة بالمشروع .

٢- المخاطر التي يتحملها القطاع الخاص

٧٠- عادة ما ترغب الدولة المضيفة في تحويل كافة المخاطر إلى القطاع الخاص ، وعلى الجهة الأخرى ، فإن المستثمرين قد يرغبو في تحمل المخاطر التي اعتادوا عليها ، كمخاطر التشييد والانتهاء من المشروع وتشغيله ، إلا أن القطاع الخاص سوف يتردد في الموافقة على تحمل مخاطر لا يستطيع السيطرة عليها ، كالمخاطر السياسية ، أو المخاطر التجارية غير المتوقعة ، أو مخاطر القوة القاهرة . إلا أنه إذا رغبت الدولة المضيفة في تحميل القطاع الخاص لتلك المخاطر ، فإن ذلك من شأنه أن

---

[١٠٩] " دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص " ص ٥٢ .مشار إليه سابقا .
"شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول " بحث مقدم من د/ غسان عبيد محمد المعموري ، منشور في مجلة رسالة الحقوق بكلية الحقوق – جامعة كربلاء العراقية ، المجلد الأول العدد الثاني لسنة ٢٠٠٩ ص ٣.

يزيد من سعر الخدمة المقدمة من القطاع الخاص كي يستطيع تغطية الخسائر الناجمة عن تحمله لمثل تلك المخاطر . [١١٠]

٧١- يتحمل القطاع الخاص المخاطر المتعلقة بالعيوب في التصميم المنفذة من قبل مقاول التشييد ، والتأخير في إنجاز المشروع في الموعد المتفق عليه ، و فشل المشروع في تحقيق معايير الأداء عند إتمامه ، وارتفاع تكاليف التشغيل ، وتغير تعريفة الخدمة، ونقص في كمية الخدمة أو السلعة أو تدني الجودة .[١١١] ، كذلك يتحمل القطاع الخاص مخاطر التوريد ، كتوريد المواد الخام اللازمة لتصنيع السلعة أو الخدمة ، أو توريد المعدات والآلات .

٣- المخاطر المشتركة بين القطاعين العام والخاص

٧٢- قد يتعرض أحد الأطراف إلى مواجهة نوع معين من المخاطر ويفشل في مواجهته ، على الرغم من أن هذا الطرف هو المسئول عن هذا الخطر وتداعياته ، لذلك فقد يتفق على أنه في تلك الحالة ، يتم مشاركة كل من القطاعين العام والخاص في توزيعه بينهما ، فالقوة القاهرة ، أو التغير المفاجئ في بنود العقد ، أو الحالة المتردية للأسواق المالية ، أو الأحداث الاقتصادية المؤثرة ، كل هذه المخاطر لديها ذات السمات والتي قد لا يفلح أحد القطاعين في التعامل معها منفرداً ، ومن ثم فإن آلية المشاركة في مواجهة تلك المخاطر هي الخيار الأفضل.[١١٢]

---

[١١٠] " UNIDO BOT Guidelines " سابق الإشارة إليه ، ص ١٧٢ .

[١١١] الدكتور / محمد غازي الجلالي ، رسالة دكتوراه ص ١٣٨ و ١٣٩ .سابق الإشارة إليها .

[١١٢] " Risk Allocation in Public-Private Partnership Infrastructure Projects: Comparative Study

" ص٣٤٥ مشار إليه سابقا ،. النص الأصلي :

" Risks to Be Shared

Eleven risks were preferred to be shared between the public and private sectors, seven out of them belong to micro-level, including all relationship_ six _risks and one third party risk. The remaining sharing risks include" force majeure" ".excessive contract variation". "poor financial market "،and" influential economic events". All these risks have the same characteristic that both public and private sectors may not be able to deal with it solely. Hence, a shared mechanism would appear to be the best option "

٧٣- من ناحية أخرى ، فإن مؤسسات التمويل الدولية وكذا مؤسسات التأمين الدولية يلعبان دوراً هاماً في حماية المشروع من مواجهة العديد من المخاطر ، من ذلك على سبيل المثال البنك الدولي، و وكالة ضمان الاستثمار المتعدد الأطراف (MIGA) وبنوك التنمية الإقليمية ،وصندوق النقد الدولي، ومؤسسة التمويل الدولية [١١٣] إذ تهدف تلك المؤسسات إلي التخفيف من مخاطر التخلف فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية السيادية أو القروض التي تستحق السداد بعد آجال طويلة والتي تتحملها الحكومة ، أو التقصير في مواصلة العمل بالإطار التنظيمي المتفق عليه ، بما في ذلك صيغ الأسعار أو عدم دفع تعويض عن حالات تأخر العمل أو التوقف عنه نتيجة لإجراءات حكومية أو أحداث سياسية ، أو الحماية من الخسائر الناجمة عن عجز المستثمر عن تحويل العملة المحلية إلى عملات أجنبية ، أو الحماية من خسارة الاستثمار المؤمن عليه نتيجة

---

[١١٣] البنك الدولي (World Bank - WB) : يتألف من مؤسستين تديرهما ١٨٨ بلداً عضواً: البنك الدولي للإنشاء والتعمير (IBRD) والمؤسسة الدولية للتنمية (IDA). يهدف البنك الدولي للإنشاء والتعمير إلى الحد من الفقر في البلدان متوسطة الدخل والبلدان الأفقر المتمتعة بالأهلية الائتمانية، في حين تركز المؤسسة الدولية للتنمية – على نحوٍ خاص – على مساعدة البلدان الأشدّ فقراً في العالم. وهاتان المؤسستان هما جزء من كيان أكبر يُعرف باسم مجموعة البنك الدولي http://www.worldbank.org

وكالة ضمان الاستثمار المتعددة الطراف (Multilateral Investment Guarantee – MIGA Agency): هي عضو في مجموعة البنك الدولي. تهتم بتشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) في البلدان النامية للمساعدة في دعم النمو الاقتصادي والحد من الفقر، وتحسين حياة الناس.http://www.miga.org/

بنوك التنمية الإقليمية : وهي ليست بنكا واحدا ، وإنما بنوك متعددة تهدف إلى تعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال القروض والمساعدات التقنية كبنك التنمية الآسيوي ، وبنك التنمية الخليجي ، وبنك التنمية لدول أمريكا اللاتينية والكاريبي ، و بنك التنمية الأفريقي ، والبنك الأوروبي لإعادة الإعمار والتنمية .

صندوق النقد الدولي (International Monetary Fund –IMF): هو وكالة متخصصة من وكالات منظومة الأمم المتحدة ، ويستهدف منع وقوع الأزمات في الدول عن طريق تشجيع تلك البلدان على اعتماد سياسات اقتصادية سليمة ، وكذلك تيسير التوسع والنمو المتوازن في التجارة الدولية وتحقيق استقرار أسعار الصرف ، وتجنب التخفيض التنافسي لقيمة العملة ، وإجراء تصحيح منظم لاختلالات موازين المدفوعات التي تتعرض لها البلدان www.imf.org.

مؤسسة التمويل الدولية (International Finance Cooperation - IFC) : تعتبر مؤسسة التمويل الدولية ذراع مجموعة البنك الدولي المعني بالتعامل مع القطاع الخاص. وهي مؤسسة عالمية للاستثمار وتقديم المشورة، وهي ملتزمة بتشجيع المشاريع المستدامة في البلدان النامية الأعضاء بها، والتي تتميز بفائدتها الاقتصادية، وسلامتها المالية والتجارية، واستدامتها بيئياً واجتماعياً. www.ifc.org

إجراءات تتخذها الدولة المضيفة ، مما قد ينقص أو يزيل ملكية الاستثمار المؤمن عليه أو القدرة على التحكم فيه أو الحقوق المتصلة به ، كما يشمل أيضا الحماية من التأميم والمصادرة أو التأمين من مخاطر سياسية وتجارية ومالية معينة ، وكذلك مخاطر الإقراض المباشر.[١١٤]

المبحث الثاني

تقويم مشروعات الشراكة

٧٤- **تمهيد :** نستعرض في هذا المبحث تقويما شاملا لمشروعات الشراكة من حيث المزايا والعيوب من وجهة نظر كل من القطاعين العام والخاص ، لذلك فإننا نقسم هذا المبحث إلي مطلبين ، أولهما تقويم المزايا من وجهة نظر القطاع العام والقطاع الخاص، وثانيهما تقويم للعيوب من وجهة نظر القطاع العام والقطاع الخاص ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

تقويم للمزايا من وجهة نظر القطاعين العام والخاص

٧٥- نستهل هذا المطلب بعرض مزايا نظام المشاركة من وجهة نظر القطاع العام (أولاً) ثم نتبعه بعرض المزايا من وجهة نظر القطاع الخاص (ثانياً) .

---

[١١٤] " دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص " ص ٦٦ . مشار إليه سابقا .

أولا – المزايا من وجهة نظر القطاع العام

٧٦- سبق أشرنا في البند رقم ٣ ، إلى لجوء الدول لأسلوب الشراكة مع القطاع الخاص في مشروعات بنيتها الأساسية ، ومن قبلها أسلوب الخصخصة ، وذلك لتحقيق عدة أهداف ، من أهمها زيادة دور القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية بما يكفل للدولة الفرصة إلي الاتجاه نحو الاهتمام بتنمية القطاعات غير الربحية كالتعليم والصحة على سبيل المثال . وفيما يلي نعرض المزايا من وجهة نظر القطاع العام :

أ- تعظيم استفادة الدولة من المدخرات العالمية ، ومن قدرة القطاع الخاص على خلق قنوات لتمويل الاستثمارات المطلوبة . وهو الأمر الذي من شأنه الإسراع بمعدلات تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وتوسيع سقف النمو الاقتصادي للدولة ، بما يتخطى قيود الموارد العامة ، ويحافظ في الوقت ذاته على السلامة المالية للدولة .

ب- تقليل المخاطر والأعباء المالية والإدارية التي تتحملها الدولة لإتاحة الخدمات العامة ، خاصة في ظل التباطؤ النسبي الذى يتسم به تنفيذ الحكومات ووحداتها العامة لمشروعات البنية الأساسية ،مقارنة بمعدلات الإنجاز التي يمكن أن تفرضها هذه الحكومات على القطاع الخاص في إطار نظام المشاركة . فضلاً عن تقليل المخاطر المرتبطة بطول التنفيذ مثل مخاطر ارتفاع أسعار الخامات، وتغيرات أسعار الصرف إذا ما كان التمويل بالعملات الأجنبية، وغيرها من العوامل المتغيرة .[١١٥]

---

[١١٥] تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية – مجلس الشعب المصري ، ص ٥ مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " Globalisation and New International Public Works Agreements in Developing Countries " By Mohamed A.M Ismail . Page 42 . مشار إليه سابقا

ج- يساهم هذا الاسلوب في جذب الاستثمارات والتكنولوجيا المتطورة ، واكتساب خبرات فنية متقدمة من الخارج ، إذ يقدم هذا النظام فرصة جيدة للدولة المضيفة للمشروع للحصول على التكنولوجيا المتطورة واستعمالها ، حيث يقوم القطاع الخاص بتوفير تلك التكنولوجيا؛ إذ أنها تساعد شركة المشروع للوصول إلى المواصفات الفنية الأكثر دقة للمشروع وكذا الوصول إلى الحد الأقصى للميزة الفنية للمشروع ، وهذه التكنولوجيا تؤدي إلى تحسين الاقتصاد المحلي خلال فترة حياة المشروع ، وكذلك يساعد على تنشيط أسواق المال عن طريق التوسع في إنشاء شركات جديدة وطرح أسهم وسندات مما يؤدي إلى إقامة سبل جديدة للاستثمار .[١١٦]

د- استخدام القطاع الخاص في تمويل المشروع يؤدي إلى كسب مورد جديد للحكومة ، وبالتالي يؤدي إلى خفض الإنفاق والاقتراض الحكومي ، وهو يعد وسيلة للحد من تزايد المديونية الخارجية ، إذ تعد أزمة المديونية العالمية في الفترة من ١٩٨٠ – ١٩٩٠ من أكثر القضايا التي شغلت اهتمام الفكر الاقتصادي العالمي ، فقد بلغت هذه الديون عام ٢٠٠٠ نحو ٢٠٦٨,١ مليار دولار أمريكي.[١١٧] ، وكذلك النهوض بمستوى قطاع الخدمات بالدولة من خلال إقامة قاعدة صناعية جديدة وإدارتها بواسطة القطاع الخاص الأكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية ، حيث يعمل

---

[١١٦] " إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل (BOT) " ص ١٢٦ مشار إليه سابقا .. أنظر أيضا رسالة ماجستير للأستاذ خالد بن محمد عبد الله العطية ، ص ١٦ . مشار إليها سابقا . أنظر أيضا د/ محمد غازي الجلالي ، رسالة دكتوراه ص ٣١ . سابق الإشارة إليها . أنظر رسالة دكتوراه " تقييم دور المشروعات التي طبقت نظام منح واسترداد الامتيازات (BOT) على قطاع الكهرباء في مصر " د/ طه محمد محمد أبو العلا ، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية – كلية العلوم الإدارية للدراسات العليا بالقاهرة سنة ٢٠٠٨ ، ص ٦ وما بعدها .

[١١٧] أنظر د/ رشدي صالح عبد الفتاح صالح – رسالة دكتوراه ص ٨٠ . سابق الإشارة إليها . أيضا أ.د. رجب محمود طاجن ، ص ٣ . سابق الإشارة إليه. أنظر أيضا بحث بعنوان " الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومتطلبات التنمية : الإمكانيات والتحديات – الحالة المصرية في ضوء التجارب الدولية " أ.د. محمود عبد الحافظ ، صادر عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠١٣ ، ص ٤٢ وما بعدها .

القطاع الخاص على استخدام التكنولوجيا الحديثة في إقامة وإدارة وتحديث تلك المشروعات مما يحسن من أداء هذه الخدمات .[١١٨]

هـ - إن تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص أيضا يلعب دورا هاما في توفير العملة الأجنبية التي تحتاجها الحكومة ،وذلك شريطة أن يكون التمويل في الجزء الأكبر منه بالعملة الأجنبية التي يتم توفيرها من خارج البلد المضيف . وتبرز أهمية هذا الشرط في الأحوال التي تواجه فيها الدولة أزمة سيولة للعملة الأجنبية في السوق المحلية .[١١٩]

و- يؤدي تنمية المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص إلي التنمية بالمحافظات والمناطق والمدن الجديدة ، حيث يؤدي ذلك إلى شق طرق إلى هذه المناطق لتمكين المستثمر من مباشرة عمله بها والوصول إليها ، ومد شبكات الكهرباء والمياه والصرف الصحي مما يسهم في خلق مجتمعات عمرانية جديدة وأتساع الرقعة السكانية بتوزيع أكبر للكثافة السكانية على مساحة أكبر من أراضي البلاد .[١٢٠]

ز- <u>عقود الشراكة تتوسط بين نظامين</u> :

١- الخصخصة الكاملة للمرافق العامة ، بما تعنيه من رفع يد الدولة عن المرفق محل الخصخصة ، وإطلاق العنان للقطاع الخاص في الهيمنة على مرافق تتسم بأهميتها الاجتماعية والاقتصادية بالنسبة للدولة ومواطنيها ، وعدم تمكنها بالتالي من أن تمارس حق الرقابة والإشراف اللازمين لضبط عمل المرافق العامة والوقوف على جودة خدماتها ومنتجاتها وتقديمها بالسعر الذي يناسب جمهور المنتفعين .

---

(١١٨) أنظر دكتور / احمد محرم محمد إبراهيم – رسالة دكتوراه ص ٣٤ مشار إليها سابقا . .

(١١٩) أ .د. هاني صلاح سري الدين ، ص ١٨٦ . سابق الإشارة إليه .

(١٢٠) " القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد " المستشار د / محمد عبد المجيد اسماعيل . ص١٦٣ .سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " السياسات التشريعية في فلسطين والتوجه نحو الشراكة بين القطاعين العام والخاص– الواقع والمنظور " دراسة مقدمة من الباحث / بلال البرغوثي ، ضمن برنامج الإصلاح الديمقراطي المحلي– تواصل . سبتمبر ٢٠٠٩ . فلسطين ، أنظر أيضا

" *<u>Guidebook on Promoting Good Governance in Public – Private Partnerships</u>* "
Published by United Nations Economic Commission for Europe – New York and Geneva , 2008. ISBN: 978-92-1-116979-9 . Page 77

٢- إنشاء المرافق العامة وإدارتها مباشرة عن طريق جهة الإدارة ، وما يمثله ذلك من أعباء مالية على موازنة الدولة من ناحية ، والإدارة الحكومية المباشرة للمرافق العامة التي تتسم عادة بالبيروقراطية من ناحية أخرى .

ثانيا – المزايا من وجهة نظر القطاع الخاص

٧٧- مما لا شك فيه أن القطاع الخاص لا يخوض أية تجربة استثمارية مالم يتأكد من كفاية العائد الناتج عن هذا الاستثمار ، وبالتالي فإن أسلوب المشاركة له من المزايا – من وجهة نظر القطاع الخاص – ما يدفعه إلي الخوض فيه . وتلك المزايا هي :

أ- يحصل القطاع الخاص على عدة مزايا من قبل الحكومة يتمثل أهمها في الإعفاء من رسوم الانتفاع بالأراضي واستئجارها ، وكذلك الإعفاء من الجمارك للمعدات والآلات المستخدمة في المشروع ، تخفيض نسبة الضرائب أو الإعفاء منها لفترة معينة .(١٢١)

ب- تُمثل مشروعات البنية الأساسية فرصة جيدة للقطاع الخاص لاستخدام التكنولوجيا المتطورة وكذلك لتقديم فرص عمل ، والتي من شأنها سرعة إنجاز المشروع بأفضل المواصفات المطلوبة . (١٢٢)

---

(١٢١) أنظر :

VIETNAM: new regulations on infrastructure development " By Nasir PKM Abdul Published in PPP Bulletin Vol.6 , 11/2010 . Page 17 .

(١٢٢) *Potential Benefits of Public Private Partnerships"* www.owrldbank.org/ppp . See also *" Public Private Partnership Handbook "* Version1 .Presented by Ministry of Singapore – Oct 2004 . Page 7.

ج- يترتب على قيام القطاع الخاص بتمويل وتشغيل مشروعات البنية الأساسية داخل الدولة المضيفة للمشروع ، أن يؤدى إلى خلق الفرص لفتح أسواق عالمية عن طريق إعلان شركة المشروع عن نفسها بقيامها بتحمل مسئولية المشروع من ناحية التمويل والتشييد والتشغيل والصيانة، إذ تعطى الفرصة لنفسها كي تثبت كفاءتها وجدارتها في تحمل هذه المسئولية، مما يؤدى إلى ترتيب آثار إيجابية مؤداها قيام دولة أخرى بالاستعانة بها للدخول معها في شراكات خاصة بمشروعات بنيتها الأساسية [١٢٣]

د- تتحمل الدولة عبء المخاطر السياسية – بند ٦٥ فقرة (أ)– وبالتالي فإذا حدثت اضطرابات سياسية من شأنها تقليص فرصة القطاع الخاص في استرداد رأس ماله مع الربح ، فإن الدولة تتعهد بشراء الخدمة / السلعة منه وهو ما يسمى بالدعم الحكومي [١٢٤]

المطلب الثاني

تقويم للعيوب من وجهة نظر القطاعين العام والخاص

٧٨- نستعرض في هذا المطلب عيوب نظام المشاركة من وجهة نظر كل من القطاعين العام والخاص على النحو التالي :

أولا – العيوب من وجهة نظر القطاع العام

٧٩- لما لنظام المشاركة من مميزات ، فإن له من العيوب في المقابل ، إلا أننا نرى أن تلك العيوب ليس من شأنها أن تؤدي إلى إعراض الدول عن تبني مثل هذا النظام ،

---

[١٢٣] أنظر رسالتنا في الماجستير ص ١١٠ . سابق الإشارة إليها .

[١٢٤] أ.د. هاني سري الدين ص ١٩٣ . سابق الإشارة إليه .

لما له من نفع عظيم للأسباب السابق بيانها - بند ٧٦- ، ونعرض لتلك العيوب فيما يلي :

أ- **الفجوة الاجتماعية :** قد يحدث فجوة اجتماعية بين القطاعين العام والخاص والتي قد تنتج عن فقدان الثقة بينهما . فجني الأرباح هو الحافز الرئيسي للقطاع الخاص ، عكس القطاع العام والذي يهمه في المقام الأول المصلحة العامة . مثال آخر عن الفجوة بين القطاعين ، الاختلاف في نسبة الخصم التي يمنحها القطاع الخاص عن القطاع العام والتي قد تفسر باختلاف الحافز بين القطاعين العام والخاص . (١٢٥)

ب- **التدخل في السياسة الداخلية للبلد المضيف :** يرى رأي من الفقه (١٢٦) أن من شأن نظام الشراكة أن يتيح لشركة المشروع التدخل في سياسة الدولة الاقتصادية بل والسياسية أحياناً وتهديد أمنها القومي ، وذلك لما لها من نفوذ اقتصادي ومصالح مالية تجبرها على حماية استثماراتها حتى ولو من قبل الدولة المضيفة ذاتها . ويحدث ذلك عادة في الدول النامية التي تعاني من عجز في موازنتها العامة و لا تستطيع أن تقوم أجهزتها بمفردها بالنهوض بمشروعات بنيتها الأساسية (١٢٧) .

ج- ارتفاع نسبة التمويل من البنوك المحلية مما يؤدي إلى استنزاف جزء لا يستهان به من السيولة المحلية بالعملات الصعبة . مثال ذلك مشروع سيدي كرير لتوليد الطاقة الكهربائية في جمهورية مصر العربية الذي بلغت تكاليفه الاستثمارية حوالي ٤٢٠ مليون دولار . وكانت نسبة الدين إلى حقوق الملكية نحو ٧٥ % أي حوالي ٣١٥ مليون دولار، تم اقتراض نحو ٣٠٠ مليون دولار منها من البنوك المحلية

---

(١٢٥) *"Public Private Partnerships . The Advantages and Disadvantages Examined "* Research Paper Presented by G.W.E.B. van Herpen - Presented in AET- Conference – September 9 . 2002 - London. Page 9.

أنظر أيضا " الشراكة بين القطاعين العام والخاص : خصخصة جديدة أم نهج للإصلاح ؟ " مقال منشور في جريدة المصري اليوم بتاريخ ٢٠١٣/٦/٣ بقلم ا/ إبراهيم الغيطاني .

(١٢٦) " المشروع ذو القوميات المتعددة " أستاذنا الدكتور المرحوم / محسن شفيق – دار النهضة العربية ٢٠٠٦ – صـ٥٠ .

(١٢٧) أنظر رسالتنا في الماجستير ص ١٠٤ . سابق الإشارة إليها .

المصرية. ولما كانت فلسفة نظام الشراكة تقوم في الأساس على إقامة المشروعات الوطنية برؤوس الأموال الأجنبية وليس باستغلال احتياطي الدولة من العملات الصعبة، فقد تنبهت العديد من الدول النامية لخطورة هذا الأمر ، من قبل مستثمرين أجانب، بأن بادرت إلى ربط الموافقة على أي مشروع بنظام بأن يتم تمويله بأموال أجنبية من الخارج . ومن هذه الدول الهند، الصين، الفليبين، بنجلاديش، باكستان، ماليزيا، وفيتنام [١٢٨].

د- ضعف الوعي الحكومي في شأن مفهوم أسلوب الشراكة باعتباره وسيلة من وسائل التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة ، فالكوادر الحكومية – في البلدان النامية – غير مؤهلة لاستيعاب فكرة المشاركة مع القطاع الخاص ، إلا أنه يتم التغلب على هذا العيب بتثقيف تلك الكوادر عن طريق دورات التعريف بالشراكة من حيث المفهوم والهدف والأهمية والكيفية وغيرها ، ومثال على ذلك ما تقوم به الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص المصرية في تبنيها لعدد من المؤتمرات والدورات لنشر الوعي بخصوص الشراكة باعتبارها من أهم وسائل التنمية الشاملة للدولة .

هـ - تتشابك العلاقات التعاقدية المتعلقة بمشروع الشراكة ، وذلك يقتضي من الدولة تكبد تكاليف باهظة لإعداد وتحضير مستندات التعاقد، وتدريب ممثليها، وتعيين مستشارين فنيين، وماليين، وقانونيين ذوي كفاءة عالية من القطاع الخاص لتمثيلها وهو ما يستنزف أموالا كثيرة بالنسبة للأجهزة الحكومية. كما أن المراحل الأولية للمشروع تستغرق وقتا طويلا ، فقد أثبتت التجربة في بعض البلاد مثل الهند وتركيا وباكستان أن مرحلة الإعداد وحتى إتمام التفاوض قد تستغرق خمس سنوات ، وهو ما بدوره يؤدي إلي تعطيل حركة التنمية .[١٢٩]

---

[١٢٨] " نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ورقة بحثية صادرة عن المعهد العربي للتخطيط بالكويت – العدد ٣٥ نوفمبر ٢٠٠٤ – السنة الثالثة . ص ١٢ .

[١٢٩] أنظر أ.د. هاني سري الدين ص ١٩٠ . سابق الإشارة إليه .

و- إسراف جهة الإدارة في تقديم الضمانات على اختلاف أنواعها وأشكالها لشركة المشروع، والدعم المبالغ فيه من شأنه أن يؤثر سلبا على باقي المشروعات الأخرى ، ويترتب على ذلك الالتفات عن المشروعات الأخرى والتي - في عدد غير قليل من الأحوال – من شأنها أن تؤثر بشكل غير مباشر على سريان المشروع .

ثانيا – العيوب من وجهة نظر القطاع الخاص

٨٠- كما عرضنا للعيوب من وجهة نظر القطاع العام ، نعرض الآن لتلك العيوب من وجهة نظر القطاع الخاص وذلك على النحو التالي :

أ- يسعى القطاع العام إلي نقل كافة مخاطر المشروع وتبعاته إلى القطاع الخاص ، وذلك من شأنه إثقال كاهل القطاع الخاص خاصة إذا كانت من ضمن تلك المخاطر المخاطر السياسية . فعلى الرغم من قدرة القطاع الخاص على مواجهة وإدارة المخاطر التي قد يتعرض لها المشروع ، إلا أنه لا يمكن التعويل على ذلك ، وبالتالي من شأن ذلك الإضرار بسير تشييد المشروع .

ب- يحدث عادة عند طرح مشروع للشراكة من قبل الحكومة ، أن تتقدم عدد من الشركات الراغبة في الحصول على حق تشييد ذلك المشروع ، ويتطلب ذلك العديد من دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية والفنية ، ويتحمل القطاع الخاص في سبيل ذلك تكاليف تلك الدراسات والقائمين عليها ، وفي حالة رسو المناقصة على شركة واحدة أو أكثر (كونسورتيوم) فإن باقي الشركات تتحمل وحدها تكاليف تلك الدراسات والأموال التي أنفقتها في سبيل إنجاز تلك الدراسات .

ج- يتحمل القطاع الخاص مغبة التأميم من قبل الدولة المضيفة للمشروع ، أو الاسترداد من قبل الحكومة في بعض الأحيان [١٣٠] إلا أنه يمكن تفادي ذلك العيب إما عن طريق الاتفاق على عدم جواز التأميم أو الاسترداد ، وإما عن طريق التعويض المناسب للقطاع الخاص ويكون جابرا للضرر .

د- قد تحدث زيادة في تكاليف تمويل المشروع، وكذلك تكاليف التأمين ، فتكاليف التأمين في مشروعات البنية الأساسية ضد الخسائر وكذلك ضد المخاطر السياسية باهظة ، ويتحملها القطاع الخاص وحده . وفي حالة زيادة تكاليف تشييد المشروع عما هو متوقع ، فالقطاع الخاص وحده أيضا هو المتحمل لها ، إلا أنه في تلك الحالات فإن الحكومة قد تسمح للقطاع الخاص إما بزيادة تسعيرة الخدمة أو السلعة ، وإما بتعهدها بأن تقوم بشراء تلك الخدمة بسعر معين وبكميات معينة، بحيث يضمن القطاع الخاص الحصول على هامش ربح يتيح له الاستفادة من استثماره في ذلك المشروع .

هـ - **القبول السياسي :** نظرا لطول فترة تشييد وتشغيل المشروع ، فإن شركة المشروع إما أن تُفلس ، وإما أم تجني الكثير من الأرباح ، وكلا الحالتين من الممكن أن يخلقا أزمة سياسية للحكومة مما قد يدفعها إلى التدخل في المشروع [١٣١] .

---

(١٣٠) كما حدث مع العديد من الشركات العاملة في مصر بعد الثورة المصرية في ٢٥ يناير ٢٠١١ ، وصدور أحكام قضائية تقضي بإلزام الحكومة باسترداد تلك الشركات – التي تم خصخصتها – ورد الأموال التي أخذتها الحكومة ثمنا لتلك الشركات ، كشركة عمر أفندي ، وشركة طنطا للكتان ، وشركة المراجل البخارية ، وشركة غزل شبين .

(١٣١) - " Financing Infrastructure Projects (Public Private Partnerships) " By Dieter Katz New Zealand Treasury Policy Perspectives Paper 06/02 . March 2006 . Page 8 .

أنظر أيضا " محاضرة في صياغة عقود الإنشاءات الدولية " أ.د. عمرو طه بدوي ، ورقة عمل مقدمة ضمن فعاليات دورة عن صياغة العقود باللغة العربية في الفترة من ٢٠٠٧/٥/١٣ حتى ٢٠٠٧/٥/١٥ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ص ٣ (ثالثا) .

عوامل نجاح مشروعات الشراكة :

٨١- بعد أن انتهينا من عرض تقويم لنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية ، وكذا عرضنا للمفهوم والأهمية والأهداف والطبيعة القانونية والمخاطر المتعلقة بالمشروع، ننتهي إلى أن هذا النظام يعد أحد أهم وأفضل الوسائل المتاحة للحكومات لكي تتمكن من تحقيق التنمية المبتغاة من كافة النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها ، وذلك مع الأخذ بالعوامل الآتية :

- **يجب أن يكون عائد المشروع كافياً لسداد تكاليفه ، فضلاً عن قدرة المستهلكين على تحمل رسوم الانتفاع به:** إذ يجب من ناحية أن يكون المشروع معقولا من الناحية المالية والاقتصادية، بمعنى أن يكون عائده كافياً لتغطية نفقاته ، إضافة إلى العائد على رأس المال ، وأن يكون للمشروع جدوى عملية بأن يسد حاجة عامة للمستهلكين، وأن تكون تكلفة الخدمات والرسوم المقررة على الاستفادة من المشروع غير مرهقة بالنسبة لمستخدميه. ويجب أن تقتنع الحكومات المضيفة ورعاة المشروع منذ البداية أن عائدات المشروع ستكون كافية لتغطية نفقاته. فضلا عن تحقيق عائد مجز ، ولذلك يجب إجراء دراسة جدوى تثبت بما لا يدع مجالاً للشك الإمكانيات المادية والاقتصادية لتنفيذ المشروع. ويجب أن تثبت تلك الدراسات توافر مصدر ثابت من الدخول خلال مدة المشروع. وهذه الإيرادات يجب أن تكون كافية لسداد الديون وسداد مصروفات التشغيل ، فضلا عن عائد معقول على رأس المال بالنسبة للمستثمرين، وتوفير احتياطي ضد الطوارئ وتقلبات الظروف التي قد تحدث في المشروع ، ولذلك يجب أن تكون الافتراضات المستعملة في دراسة الجدوى واقعية، وأن تكون مدعمة ببيانات تفصيلية وتاريخية ومقارنة ، وذلك بخصوص تقديرات الطلب ومعدل التضخم والفائدة على رأس المال.

- **أن تكون المخاطر بالنسبة للدولة المضيفة ممكنة التحمل** : تتطلب مشروعات الشراكة شأنها شأن أي استثمار أجنبي توافر بيئة سياسية واقتصادية مستقرة ، ذلك أن أكثر المشروعات فائدة من الناحية العملية والمالية قد لا تجذب انتباه المستثمرين إذا كانت المخاطر عالية في الدولة المضيفة. ففي الدول ذات الاقتصاد الضعيف ، يصعب منح المستثمرين مزايا كافية ، كما أن النظام القانوني والاقتصادي في بعض الدول النامية قد لا يكون متطورا بدرجة كافية لتدعيم تلك المشروعات. أضف إلى ذلك ان مخاطر عدم الاستقرار السياسي الذي يشمل مخاطر مصادرة رأس المال، أو التغييرات الفجائية في التشريعات قد تخيف المستثمرين. ولا شك أن التأمين ضد المخاطر السياسية، وتوفير الضمانات الحكومية قد لا يكون بديلا عن بيئة سياسية مستقرة ومساندة لمشروعات الشراكة.

- **يجب توافر الدعم الحكومي للمشروع :** إن دعم الحكومة المضيفة لمشروعات الشراكة يعد مطلبا أساسيا ، ولاشك أن إعلان الدولة المضيفة عن رغبتها في تنمية العلاقات بين القطاعين الحكومي والخاص، واللجوء إلى فكرة الشراكة لتمويل مشروعات البنية الأساسية ، من شأنه أن يشجع القطاع الخاص في الاستثمار بنظام الشراكة . إذ أنه نظراً لتنوع المخاطر التي يتعرض لها تنفيذ مشروع من مشروعات البنية الأساسية ، فإن الترتيبات التعاقدية والتي سبق عرضها، قد لا تسعف المستثمرين لتقليل أو توزيع المخاطر التي يتعرض لها المشروع ، لذلك فإنه يجب على الدولة المضيفة للمشروع أو مانحة الامتياز توفير نوع من الدعم يكون من الملائم وجوده لتحفيز المستثمرين في ضخ أموالهم واستثماراتهم في مشروعات الشراكة .

- **يجب أن يكون المشروع ذا أولوية على قائمة مشروعات البنية الأساسية للدولة المضيفة** : يجب أن يتأكد رعاة المشروع والمقرضون من أن المشروع

المزمع تمويله بنظام الشراكة له أولوية على سلم الحاجات العامة وخطط الحكومة. وفى حالة إعداد الحكومات المضيفة لقائمة بهذه المشروعات ، فإن القطاع الخاص لن يقدم على الاستثمار في مشروعات لم تدرج على هذه القائمة ولذلك يجب على الحكومة المضيفة أن تحدد عدداً من المشروعات التي سوف تمول بأسلوب الشراكة وأن تعلن تأييدها الواضح والتزامها بإنشاء تلك المشروعات بهذا الأسلوب .

- **استقرار الإطار القانوني في الدولة المضيفة :** لنجاح مشروعات الشراكة ، يجب على الحكومة المضيفة أن تضع إطارا قانونيا مستقرا تحدد فيه الإدارات الحكومية أو الاشخاص العامة التي يجوز لها تمويل مشروعاتها بأسلوب الشراكة ، وأن تحدد أيضا القوانين واللوائح التي سوف تطبق على رعاة المشروع والمقرضين في مجالات الاستثمار الأجنبي، وقوانين الشركات، وقوانين التأمينات العينية، والضمانات البنكية والضرائب ،وحقوق الملكية الفكرية وغيرها .

تَمتُّع الإدارة الحكومية المتعاقدة بالكفاءة الإدارية : يلاحظ في الدول المختلفة أن التعقيدات البيروقراطية يتم الاستشهاد بها على أنها أكبر معوق من معوقات التمويل بأسلوب الشراكة. فالحصول على موافقات من جهات ووزارات ووحدات حكم محلى متنوعة مسألة تستهلك الوقت والجهد والمال ، وتخلق جوا من عدم التأكد لدى المقرضين ورعاة المشروع. ولذلك يجب على الدولة المضيفة أن توفر إطارا إداريا معقولا يتم استخدامه عند اللجوء إلى مشروعات الشراكة ، كما يجب أن يكون هناك جهة معينة يتم التعامل معها من قبل المستثمر للحصول على الموافقات، والتراخيص، والتصاريح، والأذون المطلوبة، ومثل هذه الموافقات والتراخيص والتصاريح والأذون يجب منحها بطريقة عاجلة وموضوعية تقوم على القوانين واللوائح المؤكدة والمعروفة منذ بداية المشروع.

هيكلة تعاقدات المشروع بطريقة تؤدى إلى إبرام العقود في وقت معقول وبتكلفة معقولة: يُقبل القطاع الخاص على المساهمة في مشروعات الشراكة إذا كانت الدول المضيفة قادرة على إبرام العقود الخاصة بالمشروع في وقت معقول وبتكلفة معقولة ، فالمستثمرون يحجمون عادة عن تمويل المشروعات التي تطرحها بعض الدول نظرا للتاريخ المعروف لتلك الدول في إجراء مفاوضات طويلة ومضنية لا تسفر عن شيء ، ولذلك من الضروري أن يكون لدى الدولة المضيفة إجراءات واضحة ومتناسقة يجب اتباعها لإجراء التعاقدات الخاصة بالمشروع . وعلى حكومات هذه الدول إعداد نماذج عقود نمطية، وأن تحدد المستندات المطلوبة لإبرام التعاقدات ، وعليها أيضا أن تضع الجدول الزمنى لإبرام التعاقدات وأن تحدد أيضا التوقيتات الرئيسية لشراء المواد والمعدات اللازمة للمشروع.

توافر الخبرة والثقة في رعاة المشروع : المقدرة الفنية والخبرة والقدرة المالية لرعاة المشروع لها أهمية كبيرة في انجاح مشروعات الشراكة. فالمقرضون يضعون رعاة المشروع على قائمة العوامل التي تؤثر في قراراتهم بتمويل المشروع ، ومن ثم يجب ترسية المشروع على شخص قادر على جذب التمويل اللازم ، وليس على صاحب العطاء الأقل.

إنشاء كيانات حكومية للمساعدة في اتخاذ قرارات بشأن الشراكة مع القطاع الخاص [*]: في عام ٢٠٠٦ قامت الحكومة المصرية بوضع سياسة جديدة طويلة الأجل لتفعيل الشراكة مع القطاع الخاص لإتاحة مصدر جديد لاستثمار رأس المال لمشروعات البنية التحتية المطلوبة والحد من اقتراض الدولة وكافة ما يلحق ذلك من مخاطر ، لذلك فقد تم إنشاء الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص

(*) الموقع الرسمي للوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص

http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg

" An Outline About BOT Projects and Ways of Settlement of their Disputes " By Dr. Mohamed Aboul-Enein. Presented to the International Conference on Successful BOT Projects in Egypt , Cairo – November 14-16, 1999

(وهى إدارة تابعة لوزارة المالية) مهمتها الدراسة والتطبيق، وتقوم بالتنسيق مع الوزارات المعنية والقطاع الخاص لتطوير برنامج الشراكة، ووضع الإطار التنفيذي للبرنامج ووضع خطة عمل واضحة ، وقد ساهم في إعداد هيكل وحدة الشراكة وتحديد اختصاصاته خبراء من إنجلترا والبنك الدولي، ومن المهام الرئيسية التي تلتزم بها الوحدة ما يلى:

- وضع سياسة قومية موحدة لشراكة القطاعين العام والخاص، حتى يمكن تفهم أهدافها وآلياتها من جانب الوزارات والوكالات الحكومية، والممولين، والمقاولين، والصحافة والجمهور.
- اقتراح وتطوير تشريع ولائحة جديدة لعمليات تنفيذ شراكة القطاعين العام والخاص، التي يجب مراعاتها من جانب كل الوزارات التي تقدم اقتراحات لمشروعات شراكة بين القطاعين العام والخاص.
- جلب خبرات من الدول الأخرى، وإعداد سلسلة من الإرشادات والمنهجيات الملاءمة لمصر. كما يجب أن تكون الوحدة هي السلطة المعترف بها في عملية شراكة القطاعين العام والخاص التي تعد كتيباً خاصاً لوضع معايير موحدة لعمليات شراكة القطاعين العام والخاص عبر الوزارات والأجهزة المختلفة .
- مساعدة الوزارات والهيئات العامة على تطوير اقتراحات شراكة القطاعين العام والخاص (حالة العمل). كما يجب أن تقر وزارة المالية بسلامة حالات العمل هذه قبل المضي في عملية التنفيذ وتخصيص الميزانيات اللازمة.
- نشر مفهوم الشراكة بين المشاركين المحترفين من القطاع الخاص (البنوك، المحامون ... وغيرهم) والقطاع العام .
- المساعدة في ابتكار هيكل تمويل وحزم أوراق مالية لشراكة القطاعين العام والخاص.

- تحديد المعوقات التي قد تقف حجر عثرة أمام البرنامج والإشراف على إزالتها.

- تقديم الرعاية والنصح فيما يتعلق بمناقصات المشروعات، ومراقبة التنفيذ الجيد، وتعلم الدروس من العمليات الاستطلاعية. كما يجب أن يتضمن ذلك مشاركة نشطة في كل المجالات المتعلقة بمناقصات المشروعات الأولى (العملية، المستندات، التفاوض، التقييم، والمراجعة).

- تطوير وتقوية استخدام شروط تجارية شاملة لعقود شراكة القطاعين العام والخاص (نموذج عقد معياري) .

- أن تكون الوحدة "جامعاً للمعلومات" حتى يمكن لها متابعة التطور في الممارسات الخاصة بشراكة القطاعين العام والخاص في الدول الأخرى.

- ترويج وتنمية المهارات الاستشارية الخاصة بتمويل مشروعات شراكة القطاعين العام والخاص حتى يمكن تصديرها إلى دول شرق البحر المتوسط ومنطقة الخليج. بما يمثل لمصر في النهاية مجالاً رئيسياً لأعمال ذات قيمة مضافة عالية بحيث تصبح القاهرة مركزاً مالياً إقليمياً .

- يجب أن تكون هي الحارس والمروج للأساليب الجديدة، وأن تأخذ المبادرة نحو التغيير بإيجاز، يجب أن تكون الوحدة – في الموضوعات التي تتعلق بتطوير وممارسات شراكة القطاعين العام والخاص – هي صاحبة المبادرة والحكم في الوقت ذاته .

- بناء القدرة الفنية أولاً الخاصة بها، ثم بعد ذلك الخاصة بالوزارات المعنية للمشروعات، وأيضاً القدرات الفنية للقطاع الخاص، يأخذ ذلك في العادة شكل جلسات تدريبية، ومنشورات، وندوات .

وتعتبر الوحدة "مركزاً للخبرة" مكلفاً بمهمة تقديم ونشر سياسة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتطوير الممارسات الخاصة بتنفيذ المشروعات، ولعب دور حيوي في تقديم المشروعات الأولى، كما سعت الوحدة إلى كسب مساندة ومعرفة الخبراء المحليين والدوليين.

أما بخصوص تشكيلها الإداري والمالي ونظام العمل بها وعلاقاتها بأجهزة الدولة فإن القانون قد أحال هذه الموضوعات إلى اللائحة التنفيذية . وتقوم الوحدة بإنشاء سجل إلكتروني لكل مستندات مشروعات الشراكة ، وتختص بتلقي شكاوى مستثمري مشروعات الشراكة ودراستها وإعداد الرأي بشأنها تمهيداً لرفعها للجنة العليا لشئون المشاركة .

وتكون للوحدة حسابات مالية مستقلة تدرج فيها المبالغ المخصصة لها من الدولة وما تتلقاه من دعم مالي ، بالإضافة إلى ما تحصله من شركة المشروع لقاء ما تؤديه من خدمات ، وتحدد اللجنة العليا لشئون المشاركة النسبة المقررة لذلك المقابل وطريقة سداده بحد أقصى ٠,٥% من القيمة الإجمالية للعقد.

<u>الخلاصة :</u> عرضنا للمخاطر التي تحيط بمشروعات البنية الأساسية المقامة بنظام الشراكة مع القطاع الخاص ، وقمنا بعرض التعريفات التي قيلت في شأنها وتعداد لتلك المخاطر ، منها ما هو مخاطر عامة ، ومنها خاص بمشروعات الشراكة ، وتتعدد تلك المخاطر وتختلف باختلاف المشروع المزمع تشييده . كذلك قمنا ببيان كيفية توزيع تلك المخاطر على أطراف المشروع بحيث لا يتحمل أحد الأطراف مغبة تلك المخاطر، والتي من شأنها أن تهدد المشروع بالتوقف مالم يتم توزيعها بشكل يحقق التوازن العقدي . كما قمنا بتقويم أسلوب الشراكة باعتباره وسيلة من وسائل تمويل مشروعات البنية الأساسية ، وقمنا بعرض ذلك التقويم من وجهة نظر كل من القطاع العام والقطاع الخاص من حيث المميزات والعيوب . كما قمنا بإبداء التوصيات اللازمة لضمان نجاح أي مشروع مقام بهذا الأسلوب .

الفصل الثاني

الوسائل القانونية لفض المنازعات الناشئة عن مشروعات الشراكة في القانون الوطني والقانون المقارن

- **تمهيد وتقسيم:**

٨٢- نستعرض في هذا الفصل الوسائل المختلفة المتاحة لفض أية منازعات قد تنشأ بمناسبة أو أثناء أو بعد انتهاء المشروع المقام بنظام الشراكة والتشريعات الأجنبية وقواعد المنظمات الدولية المعنية بتلك الوسائل (الفرع الأول) ، وكذلك أطراف مشروع الشراكة والتزاماتهم (الفرع الثاني) وذلك علي النحو التالي :

الفرع الأول

الوسائل السلمية البديلة عن التقاضي لتسوية المنازعات

٨٣- تتعدد الوسائل البديلة عن اللجوء إلي التقاضي لتسوية المنازعات التي تنشأ بمناسبة أو أثناء أو بعد مرحلة انتهاء إنشاء المشروع ، شأنها شأن أية منازعات تنشأ بمناسبة علاقة تعاقدية . وكما ذكرنا سابقا [١٣٢] الأسباب الداعية إلي العزوف عن اللجوء إلي وسائل التقاضي التقليدية ، واللجوء إلي وسائل بديلة لتسوية تلك المنازعات . وتتعدد تلك الوسائل البديلة ، إلا أنه يمكننا أن نذكر منها على سبيل المثال التحكيم ، والوساطة ، والتوفيق ، وأعمال الخبرة ، والمحاكمات المصغرة ، و مجلس مراجعة المنازعات . ويطلق على تلك الوسائل بالإنجليزية اختصارا Alternative Disputes Resolutions (ADR)

٨٤- نستعرض في هذا الفرع جميع ما سبق ذكره من وسائل سلمية بديلة لتسوية المنازعات ،عدا التحكيم، إذ نرجئه إلي القسم الثاني من هذه الدراسة ، وعلى هذا الأساس فإننا نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، على النحو التالي :

المبحث الأول : الوساطة

المبحث الثاني : التوفيق

المبحث الثالث : أعمال الخبرة

المبحث الرابع : وسائل أخرى (الصلح ، المحاكمات المصغرة ، مجلس مراجعة / تسوية المنازعات)

---

[١٣٢] سابقا بند ١

المبحث الأول

الوساطة

(Mediation)

٨٥- **تمهيد :** في هذا المبحث نستعرض تعريف الوساطة ، وخصائصها المميزة (مطلب أول) والتشريعات والمؤسسات المنظمة لها (مطلب ثان) . وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

التعريف والخصائص المميزة

٨٦- تُعرّف الوساطة بأنها " وسيلة بديلة اختيارية عن اللجوء إلي القضاء غير ملزمة لحسم الخلافات ، يلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف ومساعدة أطرافه في الوصول إلى تسوية " [١٣٣] وتتضمن الوساطة عادة ثلاثة أطراف هم الطرفان المتنازعان والقائم بدور الوسيط ، وتنتهي الوساطة باقتراح لتقريب وجهات النظر وتحرير محضر يوقعه الخصوم والوسيط ، ويعتبر هذا الاقتراح غير ملزم للأطراف إلا إذا وافقوا عليه [١٣٤] .

---

[١٣٣] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق (التحكيم التجاري الدولي) ص ١١ بند ٦ . قارب من هذا التعريف " دليل الوساطة " الصادر عن وزارة العدل المغربية – ص ٤ ، بدون تاريخ . أيضا " نظام فض المنازعات " الصادر عن بورصتي القاهرة والاسكندرية – ص ٣ بدون تاريخ نسخة الكترونية من الموقع الرسمي للبورصة . " دليل الوساطة للتسوية الودية لمنازعات الأعمال " الصادر عن الجمعية المصرية للتسوية الودية للمنازعات ص ١ . " الوساطة في حل النزاعات " للمؤلف كارل أ. سليكيو ، ترجمة د. علا عبد المنعم ، الصادر عن الدار الدولية للنشر والتوزيع – مصر .
منشور في الموقع الرسمي لشبكة النبأ المعلوماتية على http://annabaa.org/nbanews/68/341.htm

[١٣٤] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ١١ . أيضا " اتفاق التحكيم " بحث مقدم من أ .د. السيد عيد نايل في (الدورتين التمهيدية والتخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين – ديسمبر ٢٠٠٧) المنعقدة بمركز كلية حقوق جامعة عين شمس للتحكيم – ص ٥.

٨٧- إن الهدف من وراء اللجوء إلى الوساطة هو تمكين أطراف المنازعة من الحديث إلى بعضهم البعض بطريقة تهدف إلى حل المشكلات التي نشبت بينهم وإزالة سوء الفهم حول النقاط التي ثارت بينهم [١٣٥] ويقوم الوسيط بعمله من خلال الاجتماع بالطرفين معاً أو على انفراد ويناقش معهم أسباب عدم قبولهم للقرارات السابق صدورها في النزاع إن وجدت [١٣٦] . وتتسم الوساطة بعدة ميزات- شأنها شأن بقية الوسائل السلمية البديلة لتسوية المنازعات - منها على سبيل المثال :-

أ- كفالة الخصوصية ، إذ يسعي طرفا النزاع للحفاظ على خصوصية النزاع القائم بينهما بعيداً عن إجراءات العلنية التي تتسم بها إجراءات المحاكمة القضائية إذ إنه في كثير من الأحيان يفضل طرفا النزاع حل النزاع العالق بينهما بعيداً عن إجراءات المحاكمة العلنية وهنا تكمن فائدة الوساطة في المحافظة على تلك الخصوصية مما يشجع الاطراف المتنازعة على اللجوء إلى ذلك النظام .

ب- تتسم الوساطة بأنها ذات كلفة مادية أقل من كلفة التقاضي، إذ أن اللجوء للمحاكم من شأنه أن يكبد الأطراف مصاريف ورسوم ونفقات يمكن تجنبها من خلال اللجوء إلى نظام الوساطة ، ذلك أن إجراءات المحاكمة تتطلب وقتا أطول من اجراءات الوساطة، ومن خلال الوساطة يمكن تسوية النزاع في الغالب في جلسة أو في جلستين، في حين أن إجراءات المحاكمة تتطلب وقتاً زمنياً أطول من ذلك وما يستتبعه من رسوم ومصاريف ونفقات وجهد يمكن تفاديه باللجوء إلى نظام الوساطة ، فالوساطة توفر الوقت والجهد والرسوم والمصاريف والنفقات .

---

(١٣٥) " عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها " د. محمد عبد المجيد إسماعيل . ص ٣٢٢ سابق الإشارة إليه .
" الوساطة كطريقة لتسوية المنازعات الدولية " أ.د. حيدر أدهم الطائي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين – العراق ٢٠١٢ ، العدد ٢ ص ٩ .

(١٣٦) " تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية – نماذج عقود الفيديك " أ.د. احمد شرف الدين ، ص ٦٦ – الطبعة الثالثة ٢٠٠٥ – دار النسر الذهبي . أنظر أيضا " الوساطة بين انتفاء وتعيين الوسيط ودور المحامي " بحث مقدم من أ/ فهمي كرامي ضمن فعاليات مؤتمر " التحكيم التجاري والوسائل السلمية البديلة لحسم المنازعات – الدول العربية ومواكبة تحديات المستقبل " ٢٩-٣٠ مارس ٢٠٠٩ المُنعقد في مقر جامعة الدول العربية بالقاهرة

ج – تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع ، ذلك أن التسوية النهائية في الوساطة تكون قائمة على حل مرضٍ لطرفي النزاع يتم التوصل اليه بإرادتيهما الحرة ويكون قائما على تحقيق مكاسبهما ومصالحهما المشتركة .

د- المحافظة على العلاقات الودية والمصالح المشتركة بين طرفي النزاع إذ أن من شأن تسوية النزاع بين الخصوم عن طريق الوساطة ، التوصل لحل مُرضٍ لطرفي النزاع ومحققا لمصالحهما المشتركة، وإبقاء المجال مفتوحا بين طرفي النزاع في استمرار وتطوير العلاقات التجارية المتبادلة بينهما ، في حين أن نتيجة الخصومة القضائية تفضي في الغالب إلى قطع مثل تلك العلاقات .

هـ - تتسم إجراءات الوساطة بالسرية وتعتبر هذه الميزة إحدى الضمانات الهامة من ضمانات الوساطة إذ أن من شان السرية ،تشجيع الاطراف على حرية الحوار والإدلاء بما لديهم من أقوال وإفادات وتقديم التنازلات في مرحلة المفاوضات بحرية تامة ،دون أن يكون لذلك حجية أمام القضاء أو أي جهة أخرى فيما لو فشلت مساعي الوساطة ، وهذا الأمر من شأنه أن يساعد الوسيط على تقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع بغية التوصل لتسوية النزاع.

و- حرية الانسحاب واللجوء للتقاضي : فالوسيط لا يستطيع إلزام الأطراف بتسوية النزاع بطريق الوساطة ولكن يتعين عليه أن يبذل قصارى جهده، وأن يستخدم أساليب الاتصال الفعالة وصولا إلى تسوية النزاع كليا آو جزئيا حسب مقتضى الحال .

ز – الوساطة مرنة، سريعة وسرية، فهي مرنة لأنها غير مقيدة بإجراءات وشكليات وتعقيدات، وهي سريعة لأنها يجب أن تنجز خلال مهلة قصيرة (شهران مثلا) وهي سرية بحيث لا يمكن الادلاء بأي تصريحات أو اقتراحات تمت أمام الوسيط ولا يمكن استعمالها لاحقا خاصة في أية إجراءات قضائية أو تحكيمية. كما يلتزم كل من يشارك في الوساطة بما في ذلك الوسيط والخصوم وممثلوهم والمستشارون

والخبراء وكل من يحضر أثناء جلسات الوساطة بعدم إفشاء ما يطّلع عليه من معلومات أو الاحتفاظ بنسخ من المستندات المقدمة.

- بالإضافة إلي ذلك ، فإن من شأن الوساطة تخفيف هوة الاختلاف ، و نقل وجهة نظر كل طرف واقتراحاته الى الطرف الآخر للوصول إلى التفاوض ،وإبراز وجه التسوية و التقليص من أوجه الخلاف، اقتراح الحلول ، وضع مشروع تسوية متكاملة وتشخيص الحاجيات المستقبلية للتعاون بعد فض النزاع بين الاطراف [١٣٧]

٨٨- وتقتصر وظيفة الوسيط على تسهيل وبناء سبل للمناقشة بين أطراف النزاع، ومن المحاور الأساسية التي على الوسيط توفيرها ووضعها على قائمة أولوياته :

أ- تأسيس سبل للمناقشة بصورة ترضي الطرفين.

ب- إشعار الأطراف بالمسؤولية تجاه حل النزاع.

ج- إشعار الأطراف باستقلاليتهم.

د- تشجيع الأطراف على تبادل الآراء والمناقشة.

- هذا ولا بد لأطراف النزاع والوسيط من تحديد الطريقة والإجراءات التي سوف تتم بها الوساطة حتى تكون إجراءات الوساطة ملاءمة لنوع النزاع، ومن ثم تحديد وتجميع المعلومات مع التأكيد على السرية التامة لهذه المعلومات ، من ثم يتم تحديد الأمور المتفق عليها ابتداءً والأمور غير المتفق عليها والتي هي موضوع النزاع، ويتم ترتيب تلك المواضيع غير المتفق عليها حسب الأولويات وبالتالي التعامل معها تباعاً ، و قد يتم التعامل مع موضوعات النزاع جميعها أو وحدة واحدة لتسويتها، أو من الممكن

---

(١٣٧) ورقة بحثية تحت عنوان " تقديم وسائل تسوية المنازعات " مقدمة من أ. فرحات حرشاني- استاذ قانون الاستثمار كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس ، مقدمة ضمن فعاليات " ورشة عمل وطنية حول تسوية المنازعات في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية " تحت رعاية الأمم المتحدة – اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – اسكوا ، ص ٣ – مسقط ، عمان في الفترة من ١٠-٠٩-٢٠١١ إلى ١٤-٠٩-٢٠١١ .

تجزئة موضوعات النزاع إلى نقاط ومن ثم التعامل معها النقطة تلو الأخرى وتحديد أوجه اختلاف والتقاء وجهات النظر، ومن ثم تقويم الحلول التي تم التوصل إليها ومن ثم تلخيص تلك الحلول ووضعها في إطار اتفاقي حتى تكون قابلة للتنفيذ أو التطبيق (١٣٨)

المطلب الثاني

التشريعات المنظمة للوساطة والمؤسسات الدولية

٨٩- حظيت الوساطة باعتبارها وسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات – شأنها شأن التحكيم – بتنظيم تشريعي في عديد من التشريعات العربية والأجنبية (١٣٩)

بعض التشريعات العربية

٩- نظم المشرع الأردني الوساطة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ تحت مسمى " قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية " والذي يضم ١٤ مادة ، وقام بتصنيف الوساطة إلي ثلاثة أنواع :

---

(١٣٨) " الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية " ورقة بحثية مقدمة من أ.د. عمر مشهور حديثه الجازي ، مقدمة ضمن فعاليات ندوة بعنوان (الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات) ديسمبر ٢٠٠٤ المنعقدة بجامعة اليرموك بالمملكة الأردنية الهاشمية ، والتي نظمها المركز الأردني لتسوية المنازعات .

(١٣٩) لم يصدر المشرع المصري قانونا للوساطة – على عكس ما ذهب في التحكيم – حتى كتابة هذه السطور ، وبالتالي فإن الوساطة تُمارس وفقا لقواعد كل منظمة على حدة . إلا أنه هناك مبادرة من وزارة العدل المصرية لإعداد مشروع قانون للوساطة القضائية والخاصة، وفي إطار التنسيق بين وزارة العدل المصرية والهيئة العامة للاستثمار ممثلة في مركز تسوية منازعات المستثمرين، ومركز القاهرة الاقليمي التحكيم التجاري الدولي بالتعاون مع مؤسسة التمويل الدولية (مجموعة البنك الدولي) نظراً لزيادة فعالية الوساطة في فض المنازعات ، إذ تشير الإحصاءات التي أجريت في مجال وساطة الأعمال إلى إحراز درجة عالية من النجاح تتعدى الـ ٨٠ % (أي ٨٠% من المنازعات التي تحال إلى الوساطة يتم تسويتها وديا) ، وعليه فقد صارت الوساطة بمثابة عملية ناجحة للغاية للوصول إلى تسوية ودية للمنازعات . أنظر دليل الوساطة للتسوية الودية لمنازعات الأعمال الصادر عن الجمعية المصرية للتسوية الودية للمنازعات ص ١ .

وجدير بالذكر أنه توجد نية لدى الحكومة لتفعيل دور الوساطة لفض المنازعات ، إذ أفاد وزير العدل المصري بأن الحكومة تدرس إنشاء هيئة دائمة للوساطة الدولية في قضايا التحكيم، لتسوية المنازعات داخل وخارج مصر . (جريدة الأهرام العدد ٤٦٠١٠ بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٥)

أ- الوساطة القضائية [١٤٠]:- وفي هذا النوع من الوساطة يتم إحالة النزاع إلى القاضي المكلف بالقيام بمهام الوساطة بصفته الوظيفية (المادة ٢ من القانون)

ب- الوساطة الاتفاقية :- وفي هذا النوع من الوساطة يقوم طرفا النزاع بالاتفاق على احالة النزاع إلى وسيط يقومان بتسميته بالاتفاق فيما بينهما (المادة ٣ فقرة ب من القانون) .

ج- الوساطة الخصوصية : وفي هذا النوع من الوساطة يتم احالة النزاع إلى وسيط خاص من ضمن جدول الوسطاء الخصوصيين (المادة ٣ فقرة أ من القانون)

- ومن المواد التي نرى أنها تُفعل من الوساطة باعتبارها وسيلة سريعة لفض المنازعات ، ما نص عليه المشرع في المادة ٧ أنه على الوسيط الانتهاء من أعمال الوساطة خلال مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر من تاريخ إحالة النزاع اليه .

٩١- نظم **المشرع الجزائري** الوساطة بالقانون المؤقت رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٣ والمسمى " قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية " [١٤١]والذي يضم ١٤ مادة . إلا أن المشرع الجزائري قام في سنة ٢٠٠٨ بتنظيم الوساطة ضمن نصوص مواد" قانون الإجراءات المدنية والإدارية " رقم ٠٨-٠٩ ، في الفصل الأول من الباب الأول في الكتاب الخامس تحت عنوان " الطرق البديلة لحل النزاعات " في المواد من ٩٩٤ حتى ١٠٠٥ .[١٤٢]

٩٢- كذلك قام **المشرع المغربي** بتنظيم الوساطة ضمن نصوص قانون " المسطرة المدنية " بالقانون رقم ٠٨.٠٥ في الفرع الثالث من الباب الثامن والمعنون " التحكيم والوساطة الاتفاقية " في المواد من ٥٥ -٣٢٧ وحتى ٦٩ – ٣٢٧ [١٤٣] والذي عرف

---

[١٤٠] نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في العدد ٤٧٥١ بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦ بالصفحة رقم ٧٣٨ وتم العمل به من تاريخ نشره .

[١٤١] صدر هذا القانون في ٢٠٠٣/٤/١

[١٤٢] نُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ ونص على أن يُعمل به بعد مرور سنة من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

[١٤٣] نُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ٢٠٠٧/١٢/٦ في العدد ٥٥٨٤ ص ٣٨٩٥ .

اتفاق الوساطة في الفصل ٥٦-٣٢٧ بأنه " هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد " ويسمى بعقد الوساطة إذا تم إبرامه بعد نشوء النزاع (الفصل ٥٧-٣٢٧) .

بعض التشريعات الأجنبية

٩٣- نظم **المشرع الاسترالي** الوساطة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٩٧ [١٤٤] والمسمى " قانون الوساطة " والذي يضم ١٣ مادة ، وينظم هذا القانون عملية الوساطة وكيفية اختيار الوسيط و تسجيل اسمه في الوكالة المخصصة لذلك وكذلك حصانة الوسيط .

٩٤- نظم **مشرع جزيرة مالطا** الوساطة بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ والمسمى " قانون الوساطة " والذي يضم ٣٢ مادة . وينظم هذا القانون عملية الوساطة وكذلك إنشاء مركز للوساطة وكيفية تعيين هيكلها الإداري ، وكذلك تعريف للوساطة بأنها " تلك العملية التي يقوم بها الوسيط لتسهيل المفاوضات بين الاطراف المتنازعة لمساعدتهم في الوصول إلي اتفاق طوعي بشان النزاع القائم بينهم " [١٤٥] .

٩٥- كذلك قام **المشرع البلغاري** بتنظيم الوساطة بالقانون رقم ١١٠ لسنة ٢٠٠٤ والمسمى " قانون الوساطة " والمعدل بالقانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٧ [١٤٦] ويحتوي هذا القانون على خمسة فصول ضم ١٧ مادة . وينظم هذا القانون عملية الوساطة من ناحية التعريف والطبيعة وتنظيم عملية الوساطة ومبادئها وشروط ومعايير اختيار

---

[١٤٤] نُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ١٩٩٧/١٠/٩ في العدد S300 .

[١٤٥] المادة ٢ من القانون ، ونصها الأصلي :

" Mediation" means a process in which a mediator facilitates negotiations between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute "

[١٤٦] نُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ٢٠٠٤/١٢/١٧ ، والتعديل نشر في ٢٠٠٧/١٠/٢٤ .

الوسيط وكيفية تسجيل الوسيط في وزارة العدل ،ومسئولية الوسيط (الحقوق والواجبات) .

٩٦- نظم **المشرع الصيني** الوساطة بالقانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٠ تحت مسمى " قانون الوساطة الشعبية لجمهورية الصين الشعبية " [١٤٧] ويحتوي هذا القانون على ستة فصول ضم ٣٤ مادة . وينظم هذا القانون تعريفات خاصة بالوساطة وتكوين لجنة من الوسطاء وكيفية اختيار الوسطاء وإجراءات الوساطة واتفاق الوساطة .

٩٧- صدر مشروع قانون الوساطة الموحد للولايات المتحدة الأمريكية تحت عنوان " قانون الوساطة الموحد " والذي قام بصياغته " المؤتمر الوطني للمفوضين بشأن القوانين الموحدة " وصدر في ٢٠٠١ ويتضمن ١٦ مادة . ويتناول هذا القانون تعريف الوساطة والوسيط والأطراف المتنازعة ، والتزامات الوسيط وسرية عملة الوساطة ، واتفاق الوساطة وكيفية المشاركة فيها .

- بجانب تلك التشريعات التي اهتمت بتنظيم الوساطة ، نجد أيضا أن هناك عدد من المنظمات الدولية التي أفردت قواعد خاصة لتنظيم الوساطة :

أ- **محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA)** [١٤٨]: أصدرت تلك المنظمة قواعد الوساطة في ٢٠١٢/٧/١ تحت عنوان " قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي للوساطة " وتتضمن ١١ مادة تتناول تلك المواد كيفية تعيين الوسيط والقرار الذي ينتهي إليه ، تكاليف الوساطة ، الإجراءات القضائية أو التحكيمية ، السرية والخصوصية ، وتحديد المسئولية .

ب- **المنظمة الدولية لحقوق الملكية الفكرية (WIPO)** [١٤٩] : أصدرت تلك المنظمة قواعد للتحكيم والوساطة والخبرة في يناير ٢٠٠٩ ، وتتضمن تلك القواعد ٢٧ مادة ، تتناول التعريفات وكيفية تعيين الوسيط ، وتمثيل الأطراف المتنازعة ،

---

[١٤٧] نُشر هذا القانون في ٢٨ /٢٠١٠/٨ ، ودخل حيز النفاذ في ٢٠١١/١/١ .

[١٤٨] London Court of International Arbitration

[١٤٩] World Intellectual Property Organization

والقواعد التي يلتزم بها الوسيط أثناء عمله ، والسرية ، وإنهاء عملية الوساطة ، والمصاريف الإدارية ، وأتعاب الوسيط ، ومسئولية الوسيط .

ج- **مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)** [١٥٠] : أصدر المركز قواعد للتسوية الودية للمنازعات عن طريق الوساطة تحت مسمى " قواعد الوساطة " في يناير ٢٠١٣ ، و تحتوي تلك القواعد على ١٨ مادة تتضمن نطاق التطبيق ، وبدء سريان عملية الوساطة ، وطلب اللجوء إلى الوساطة ، والنيابة في الوساطة ، وتعيين وتبديل الوسيط ، وحيدة واستقلال الوسيط ، وإجراءات الوساطة ، وانتهاء عملية الوساطة ، والسرية ، وإعفاء الوسطاء والمركز وموظفوه من المسئولية الناتجة عن الوساطة ، ومصاريف الوساطة وأتعاب الوسيط ، وإيداع المصاريف والنفقات ، وملحق للقواعد يتضمن نموذج لشرط اللجوء إلى الوساطة .

المركز الدولي لتسوية المنازعات (ICDR) [١٥١] : أصدر المركز قواعد تسوية المنازعات عن طريق الوساطة والتحكيم في ٢٠٠٩/٦/١ وتتضمن تلك القواعد ١٨ مادة ، تتناول اتفاق الاطراف على اتخاذ الوساطة وسيلة لتسوية النزاع بينهما ، والمستندات المطلوبة لتلك التسوية ، وكيفية تمثيل الأطراف المتنازعة ، وكيفية تعيين الوسيط ، وشروط اختيار الوسيط ومسئوليته ، وحقوق وواجبات الوسيط ، ومسئولية الأطراف تجاه بعضهم البعض ، والسرية والخصوصية ، وكيفية إنهاء عملية الوساطة ، ومصاريف الوساطة .

---

[١٥٠] تسري تلك القواعد اعتباراً من ١ يناير ٢٠١٣ .

[١٥١] International Centre for Dispute Resolution – تم إنشاء هذا المركز في ١٩٩٦ باعتباره قسم تابع للجمعية الأمريكية للتحكيم ، وهو يختص بتسوية المنازعات عن طريق اللجوء إلى وسائل بديلة عن التقاضي ، كالوساطة والتوفيق وأعمال الخبرة .

المبحث الثاني

التوفيق

(Conciliation)

٩٨- **تمهيد :** في هذا المبحث نستعرض مفهوم التوفيق ، وأركانه المميزة (مطلب أول) وكذلك التشريعات المنظمة له (مطلب ثان) . وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

مفهوم التوفيق ، وأركانه

المقصود بالتوفيق :

٩٩- يقصد بمصطلح التوفيق " أي عملية يطلب فيها الطرفان شخص آخر ، أو أشخاص آخرين لمساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودّية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة . ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين " [١٥٢] ، وفي حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية عرّف التوفيق بأنه " تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي بل يكون معلقا نفاذها على قبول أطرافها ، فلا تتقيد بها إلا بشرط انضمامهم طواعية لها " [١٥٣] .

- ويتبين من ذلك أن إجراءات التوفيق تعني بذل مساع حميدة بعيداً عن فكرة الخصومة، مما يمكن الأطراف الاحتفاظ بعلاقات ودية ، حيث إنه لكل طرف كامل الحرية في قبول أو رفض مقترحات الموفق الذي يفترض فيه الحياد .

---

(١٥٢) " قانون الأونسيترال النموذجي الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله ٢٠٠٢ " الصادر عن منظمة الأمم المتحدة – نيويورك ٢٠٠٤ . الترقيم الدولي ٣-٦٣٣٠١٦-١-٩٢ ، ص ٩ .

(١٥٣) " التحكيم التجاري الدولي " المرحوم أ .د. محمود مختار أحمد بريري – الطبعة الرابعة ٢٠١٠ ، دار النهضة العربية – ص ١٩ هامش ٢ .

- وفي مجال مشروعات البنية الأساسية ، فقد أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة باستخدام التوفيق كوسيلة لتسوية المنازعات عند نشوئها ، إذ جاءت هذه التوصية " أنه في حالة تسوية منازعات مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص عن طريق التوفيق ، يجب استخدام قواعد الأونسيترال الخاصة بالتوفيق والسارية وقت نشوء النزاع " [١٥٤] .

١٠٠- التوفيق والوساطة : يلاحظ أن العنصر المشترك بين التوفيق والوساطة باعتبارهما من وسائل تسوية المنازعات السلمية، أن القرار الذي ينتهي إليه الوسيط أو الموفق غير ملزم لأي منهما ، وبالتالي فقد يوافق عليه الأطراف فيحل النزاع ، وقد يعترضون عليه ويشرعون في البحث عن وسيلة أخرى لنفض النزاع[١٥٥] أما بالنسبة للمزايا التي يقدمها التوفيق لأطراف النزاع ، فهي ذات المزايا التي عرضنا لها أثناء الحديث عن مزايا اللجوء إلى الوساطة لفض المنازعات [١٥٦].

١٠١- وينتهي التوفيق – في حالة رضاء الأطراف بقبول قرار الموفق – باتفاق تسوية ينطوي على تنازلات جزئية متبادلة للتقريب بين الطلبات المتقابلة بين الأطراف والتي تكون عادة متعارضة ، فالموفق يصدر توصية قد يرتضيها الطرفان أو يرفضان الأخذ بها ، غير أن ذلك يعد ميزة تساعد على الأخذ بالتوفيق لأنه يسمح للأطراف بأن يلعبوا دورا إيجابيا في سبيل الوصول إليه ، لأن ما يصدر عن الموفق هو في الحقيقة من صنع الأطراف ووليد اختيارهم، فلا يتم التوصل إليه بعيداً عنهم

---

[١٥٤] صدر هذا القرار في ١٩٨٠ تحت رقم ٣٥/٢٥ ، ومشار إليه في بحث معنون " وسائل تسوية منازعات عقود B.O.T بطرق ودية (التحكيم النموذجي) في ضوء القانون الإماراتي " أ .د. كامران حسين الصالحي ، والمقدم في مؤتمر (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) ص ١٨٢ . مشار إليه سابقا .

[١٥٥] " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " أ .د. احمد حسان حافظ مطاوع – رسالة دكتوراه ص ٢٧ . سابق الإشارة إليها .

[١٥٦] بند ٨٧ سابقا . أنظر أيضا " الوساطة والمصالحة والمفاوضات ، وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية " دراسة مقدمة من أ.د. محي الدين القيسي ، ضمن فعاليات الملتقى العربي الأول بعنوان " التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات – التوفيق ، والوساطة ، الخبرة الفنية " ٣١ مايو ٢ يونيو ٢٠١٠ . بيروت – الجمهورية اللبنانية . ص٧

أو خارج توقعاتهم وإنما ينبع مما تم من مفاوضات وما جرى من إبداء أراء وتقديم اعتراضات من جانبهم [١٥٧] .

المطلب الثاني

التنظيم التشريعي والمؤسسي للتوفيق

١٠٢- نظم المشرع الهندي التوفيق بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٦ والمسمى " قانون التحكيم والتوفيق " [١٥٨] في المواد من ٦١ حتى ٨١ وتتضمن تلك المواد إجراءات التوفيق وعدد الموفقين وكيفية الاختيار والتعيين والدور المنوط بالموفق ، ودور أطراف المنازعة مع الموفق ، ووسائل الاتصال بين الأطراف والموفق ، واتفاق التسوية ، وكيفية إنهاء التوفيق ، والسرية ، وسرية التوفيق ، والتكلفة .

١٠٣- كذلك نظم المشرع العماني التوفيق بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨ لسنة ٢٠٠٥ والمسمى " قانون التوفيق والمصالحة " [١٥٩] وتضمن هذا القانون ١٩ مادة ، تناولت تلك المواد نطاق تطبيقه ، ووضع تعريفات للمصطلحات الواردة بالقانون ، وتنظيم إنشاء لجان التوفيق والمصالحة، وتحديد اختصاصاتها ،ومسئوليتها، وكيفية تشكيلها ، ومقر انعقادها ، وكيفية البدء في إجراءات التوفيق ، و تحديد فترة معينة لإنهاء التوفيق (مادة ١٣ حددت ستين يوما على الأكثر) ، وتحرير محضر للصلح عند انتهاء اللجنة من عملها ، وتحديد مكافأة للقائم بدور الموفق .

---

[١٥٧] " الوسائل القضائية وغير القضائية لتسوية منازعات عقود البوت " بحث مقدم من أ.د. مصطفى محمود عفيفي ، مقدم ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقد في الفترة من ٢٠٠٨/٣/٢٢ وحتى ٢٠٠٨/٣/٢٤ بمركز حقوق عين شمس للتحكيم – ص١١٢ . " وسائل تسوية منازعات الاستثمار تحت مظلة (ICSID) وضمانات أطراف النزاع فيه " الباحث باقر عبد الكاظم علي ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة القادسية – العراق ، العدد الأول المجلس الخامس ٢٠١٢ ، ص ٣١٨ .

[١٥٨] صدر هذا القانون بتاريخ ١٩٩٦/٨/١٦ .

[١٥٩] صدر هذا القانون ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٠٠٥/١١/٢٨ في العدد ٨٠٤ .

١٠٤- كما نظم المشرع الإماراتي التوفيق بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٩ والمسمى " قانون إنشاء لجان التوفيق والمصالحة بالمحاكم " [١٦٠] والمعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠١ والذي تضمن ١١ مادة تناولت اختصاصات لجنة التوفيق والمصالحة وصلاحياتها ، واجراءات قيد طلب التوفيق ، وكيفية إخطار أطراف المنازعة ، وتحدد فترة معينة لإنهاء التوفيق (مادة ٦ والتي حددت ثلاثين يوما على الأكثر) ، وتحرير اتفاق التسوية ، وتكلفة عملية التوفيق والتي لا تستحق أية رسوم قضائية عن الطلبات التي تقدم إلى اللجنة .

١٠٥-كذلك نظم المشرع الأوغندي التوفيق بالقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ والمسمى " قانون التحكيم والتوفيق " [١٦١] والذي نظم التوفيق في الباب الخامس من المواد ٤٨ حتى ٦٦ ، وتناول في تلك المواد اجراءات التوفيق وعدد الموفقين وكيفية التعيين ودورهم في تسوية النزاع ، ووسائل التواصل بين الموفق والأطراف ، وسرية المعلومات والخصوصية ، واتفاق التسوية ، وإنهاء التوفيق ، وتكلفة عملية التوفيق .

١٠٦- بجانب التشريعات التي اهتمت بتنظيم التوفيق باعتباره وسيلة بديلة سلمية لتسوية المنازعات، فقد اهتمت المنظمات الدولية بوضع قواعد لتنظيم عملة التوفيق ، على سبيل المثال:

أ- **هيئة الأمم المتحدة** : أصدرت هيئة الأمم المتحدة قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي [١٦٢] عام ٢٠٠٢ وذلك بهدف تقليل الحالات التي يفضي فيها النزاع إلى إنهاء العلاقة التجارية، وتيسير إدارة المعاملات الدولية من قبل الأطراف التجارية، وتحقيق وفورات في إقامة العدالة من جانب الدول ، وكذلك اقتناعا منها بأن إصدار تشريع نموذج عن هذه الطرق يكون مقبولا للدول بمختلف

---

[١٦٠] يمكن الاطلاع على هذا القانون من الموقع الرسمي لشبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي www.gcc-legal.org

[١٦١] صدر هذا القانون وتم العمل به في ٢٠٠٠/٥/١٩ .

[١٦٢] سابق الإشارة إليه بالهامش رقم ١٥٢ .

نظمها القانونية والاجتماعية والاقتصادية من شأنه أن يساهم في إقامة علاقات اقتصادية دولية متجانسة [١٦٣] .

- يتكون هذا النموذج من ١٤ مادة تتناول تلك المواد نطاق التطبيق، وتفسير بعض المصطلحات الواردة في النموذج ، وكيفية بدء إجراءات التوفيق ، وعدد الموفقين وتعيينهم، وتسيير إجراءات التوفيق ، والاتصالات بين الموفقين وتعيينهم ، والخصوصية وسرية عملية التوفيق ، وقبول الأدلة في إجراءات أخرى ، وإنهاء إجراءات التوفيق ، وقيام الموفق بدور المحكم ، واللجوء إلى الاجراءات التحكيمية أو القضائية ، ووجوب إنفاذ اتفاق التسوية .

ب- **مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي** : أصدر المركز قواعد التوفيق عام ١٩٩٠ وتضمنت تلك القواعد ٧ مواد ، تناولت إجراءات بدء التوفيق ، والمستندات المطلوبة لتسجيل طلب التوفيق ، وكيفية تعيين الموفق ، والمساعدة الإدارية من المركز للموفق ، ومصاريف التوفيق .

ج - **جامعة الدول العربية** : أصدر المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لجامعة الدول العربية [١٦٤]مشروع قانون عربي استرشادي للتوفيق والمصالحة ، تضمن ٣٢ مادة مقسمة إلى خمسة أبواب تناولت أهداف التوفيق ،والتعاريف ونطاق التطبيق ، وإجراءات بدء التوفيق ، وتعيين الموفق، والشروط الواجب توافرها فيه ، وحقوق الموفق وواجباته ، والعلاقة بين الموفق وطرفي النزاع ، وسرية الإجراءات والمعلومات ، والأدلة المقبولة في إجراءات التوفيق والمصالحة ، وانتهاء التوفيق ، وتنفيذ اتفاق التسوية .

- تجدر الإشارة إلى أن بعض نواب مجلس الشعب المصري قد قاموا بمناقشة مقترح بمشروع قانون التوفيق في المنازعات التجارية والدولية ، والذي يتضمن ١٤ مادة تهدف إلى تنظيم تسوية المنازعات في العلاقات التجارية، وتحفيز رأس المال في

---

[١٦٣] قرار الجمعية العمومية للأمم المتحدة بدورته السابعة والخمسون بتاريخ ٢٠٠٣/١/٢٤ تحت رقم A/RES/57/18

[١٦٤] صدر هذا المشروع في ٢٠٠٩/٦/٢٩ . أنظر http://carjj.org/node/1268

ظل تكدس القضايا أمام القضاء ومواجهة ارتفاع تكلفة التحكيم ، كما يهدف القانون إلى تسوية المنازعات الخاصة بالعلاقات التجارية سواء الداخلية أو الخارجية بطريقة تتسم بالسهولة ، إلا أنه قوبل بالرفض من قبل المؤسسات المعنية كوزارة العدل ووزارة الصناعة [١٦٥]

د – **قواعد التوفيق في الاتفاقيات العربية :** [١٦٦] تم إبرام العديد من الاتفاقيات العربية المشتركة بخصوص تسوية منازعات الاستثمار ، ومن تلك الاتفاقيات :

١- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ١٩٧٠ : تضمنت هذه الاتفاقية ملحقاً بعنوان " تسوية المنازعات " ونظمت المادة ٣ من الملحق المذكور إجراءات التوفيق . كما نص في مادته الثانية على أنه لا يجوز اللجوء إلى اجراءات التوفيق أو التحكيم إلا بعد استنفاد سبل التسوية عن طريق المفاوضات .

٢- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى ١٩٧٤ : تهدف هذه الاتفاقية إلى حل أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة، أو إحدى هيئاتها، أو مؤسساتها العامة وبين مواطني الدول العربية الأخرى ، سواء أكان

---

[١٦٥] منشور بجريدة اليوم السابع بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٠ .

[١٦٦] " الصور المختلفة للتحكيم في منازعات الاستثمار في العالم العربي " أ .د. محمود سمير الشرقاوي – بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ ، ص ٢٤ .

ومما هو جدير بالذكر في هذا المقام ، فقد أصدرت هيئة التحكيم المُشكلة من الدكتور ابراهيم فوزي ، والمستشار محمد الحافي ، ورئاسة الدكتور عبد الحميد الأحدب ، لنظر النزاع في التحكيم الحر ad-hoc المقام من شركة كويتية تعمل في مجال الإنشاءات ، ضد حكومة دولة ليبيا ، وقد صدر الحكم بتاريخ ٢٠١٢/٣/٢٢ وكان مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي هو مكان التحكيم ، ووفقا للقانون الليبي والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية . وكان موضوع النزاع متعلقا باستثمار مشروع سياحي في ليبيا (مدينة سياحية بنظام B.O.T) وقد صدر الحكم بإلزام حكومة دولة ليبيا بسداد مبالغ التعويض وفوائد التأخير التي أدعت بها المحتكمة (الشركة الكويتية) نتيجة لإخلال حكومة دولة ليبيا بالتزاماتها التعاقدية ومخالفتها للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية . ومثل الجانب الكويتي في هذا التحكيم كل من أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، أ.د. فتحي والي ، د/ ناصر غنيم الزيد ، أ/ رجب بشير البخنوق . أنظر مجلة التحكيم العالمية ، العدد التاسع – يوليو ٢٠١٣ ص ٧٧ ، ومشار إليه أيضا في مجلة التحكيم العربي ، العدد العشرون – يونيو ٢٠١٣ ص ٤٧ .

شخصاً طبيعياً أم معنوياً ، عن طريق التوفيق أو التحكيم ، ويتولى تنظيم وتطبيق قواعد التوفيق والتحكيم مجلس يسمى " مجلس تسوية منازعات الاستثمار "

٣- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ١٩٨٠ :

تقضي المادة (٢٥) من هذه الاتفاقية ، بأن تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية . وتضمن ملحق الاتفاقية القواعد المنظمة لإجراء التوفيق والتحكيم . ويتم التوفيق باتفاق الطرفين المنازعين عليه بطلب يقدمانه إلى الأمين العام لجامعة الدول العربية لاختيار من يتولى التوفيق بينهما.

المبحث الثالث

أعمال الخبرة

(Expertise)

١٠٧-تمهيد : في هذا المبحث نستعرض تعريف الخبرة وخصائصها (مطلب أول) وكذلك التنظيم المؤسسي لها (مطلب ثانٍ) . وذلك على النحو التالي

المطلب الأول

التعريف والخصائص

١٠٨- تتمثل الخبرة في مجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير باتباعها [١٦٧] ولا يكون رأي الخبير ملزما للخصوم ، فهو لا يفصل في النزاع ، وإنما يعين على استجلاء جانب غامض منه [١٦٨] .

- يعتمد الخبير على معلوماته وخبراته في أداءه للمهمة المنوطة به ، فضلا عما يقدمه له الأطراف من معلومات ، فالخبير له التصدي وإبداء رأيه دون حاجة للرجوع للأطراف ، وفي حالة اتفاق الأطراف على إضفاء الطابع الجبري على رأي

---

[١٦٧] " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ .د . مصطفى الجمال و أ .د. عكاشة عبد العال ص ٢٨ فقرة ١٥ . مشار إليه سابقا.

[١٦٨] " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. محسن شفيق – ص ١٥ . مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " د/ أحمد حسان مطاوع – رسالة دكتوراه ص ٢٣ ، مشار إليها سابقا .

الخبير ، فيظل لازما الإلتجاء للقضاء للفصل في موضوع النزاع وفقا لرأي الخبير [١٦٩] .

١٠٩- يوجد العديد من أشكال اتفاق الأطراف على اللجوء إلى الخبرة لتسوية المنازعات الناشئة بينهما ، إلا أن الشكل الغالب هو اتفاق الأطراف على اختيار شخص ثالث (خبير) والذي أُختير بناءً على تخصصه في موضوع النزاع ليتخذ قراراً بشأنه . ولعل مزايا اللجوء إلى الخبرة – مقارنة بالتقاضي والتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات – هي السرعة ، والتكلفة ، والبساطة وسهولة الإجراءات ، ولعل ذلك راجع إلى عدم تنظيم أعمال الخبرة تشريعيا في العديد من البلدان ، وتقتصر على تنظيمها مؤسسات عاملة في مجال تسوية المنازعات .

١١٠- فاتفاق الخبرة Ad hoc Expert يستخدم في العديد من العقود الدولية كوسيلة لتسوية المنازعات بجانب اتفاق التحكيم . فعلى سبيل المثال في عقد بيع دولي يتعلق باتفاق البيع والشراء للأعمال والشركات والتي عادة تأخذ شكل اتفاق شراء أو بيع حصة (Share Sale and Purchase Agreement (SPAa ، فإن مهمة الخبير عادة تكون تحديد سعر الشراء النهائي . وكذلك فإن الخبرة تستخدم في صناعات التعدين والطاقة والاستعانة بالخبير لتحديد السعر والكمية والموضوعات التقنية . بجانب صناعات مختلفة كاتفاقات الشراكة ، والتأمين ، ومشروعات الاتصالات ، وعقود الكمبيوتر ، وترخيص الملكية الصناعية والفكرية .[١٧٠]

- يتعين التمييز بين أسلوبين لتدخل الخبراء في حسم النزاع ، ففي أسلوب أول يعهد أطراف النزاع إلى الخبير بمهمة تحديد نقاط النزاع وتقويم وضعه وإبداء اقتراحاته

---

[١٦٩] " التحكيم التجاري الدولي " المرحوم أ.د. محمود مختار بريري – ص ٢٢ . مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " *Alternative Dispute Resolution* " By Michael Cohen, Chairman Emeritus, The Academy of Experts, Past President, EuroExpert . Presented at EuroExpert Symposium 2003 Estoril/Portugal -Page 3 .

[١٧٠] " *Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration* " By Ank A. Santens- Published in Arbitration International Journal (LCIA) Volume 23 Number 4 – 2007 . ISSN 0957 0411 – Page 688 .

في شأن حسمه . ويكون للأطراف الاتفاق على مدى القوة الإلزامية لتقرير الخبير . أما الاسلوب الآخر لعمل الخبراء فهو يبرز باعتباره عنصرا من عناصر الاثبات في نزاع معروض على التحكيم أو القضاء .[١٧١]

المطلب الثاني

التنظيم المؤسسي لأعمال الخبرة [١٧٢]

١١١- اهتمت عدد من المؤسسات الدولية بتنظيم الخبرة باعتبارها وسيلة من وسائل التسوية السلمية للمنازعات وقامت بوضع لوائح تنظيمية لأعمال الخبرة ، نذكر منها على سبيل المثال :

أ- **مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي :** نظم المركز أعمال الخبرة في القواعد الصادرة بتاريخ ١٩٩٠ في ١١ مادة تناولت تلك المواد كيفية تقديم طلب اللجوء إلى الخبير لمدير المركز، والبيانات الواجب توافرها في ذلك الطلب ، والشروط الواجب توافرها في الخبير ، وكذا استقلالية الخبير وحيدته ، وعدد الخبراء (مادة ٥ والتي نصت على أن يكون العدد فردي) ، واستبدال الخبير ، وتحديد متطلبات مباشرة الخبير لمهامه من حيث الوقت والتكلفة وذلك قبل تعيينه ، ومصروفات المركز الإدارية ، ومساعدة الأطراف للخبير من ناحية المستندات المطلوب تقديمها للخبير، وكذلك حريته في الاطلاع على المستندات والمسائل محل

---

(١٧١) " المزج بين وسائل تسوية منازعات عقود الانشاءات " أ.د. أحمد شرف الدين ، بحث منشور بمجلة التحكيم العالمية في العدد الرابع بتاريخ الأول من اكتوبر ٢٠٠٩ – ص ١٥١ .

(١٧٢) ليس المقصود هنا هو التنظيم التشريعي لأعمال الخبرة في مجال التقاضي أمام محاكم الدولة ، إذ تم تنظيمها في العديد من البلدان ، إنما المقصود هنا هو الخبرة كوسيلة مستقلة لتسوية المنازعات بين الأطراف .

النزاع، ولابد أن يكون رأي الخبير مكتوباً وموقعاً منه وتسليم صورة من الرأي لأطراف النزاع ، وأن رأي الخبير غير ملزم مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

ب- **منظمة التجارة العالمية (WTO) :** [١٧٣] أصدرت تلك المنظمة قواعد لتسوية المنازعات تحت مسمى (Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)[١٧٤] وهي تتضمن ٢٧ مادة بالإضافة إلى ٤ ملاحق ، وتضمن الملحق رقم ٤ مجلس الخبراء ، وهي مجموعة يتم تشكيلها من قبل هيئة المنظمة ، وتم تنظيم عملها في ٦ فقرات ، تناولت تلك الفقرات مهمة المجموعة في نظر المسألة محل النزاع ورفع تقرير لهيئة المنظمة ، وتكون تلك المجموعة مقصورة على الخبراء في ذات مجال النزاع ، ولا يجوز أن تكون جنسية أحد الخبراء هي ذات جنسية أحد أطراف النزاع ، إلا إذا تم اتفاق الأطراف على مخالفة ذلك ، اللهم إلا إذا كان الخبير متخصص في ذات النزاع ولا يمكن تغييره لخطورة النزاع ، وكذلك التزام الخبراء بالمتطلبات الأساسية في أساسيات أعمال الخبرة في مجال النزاع ، وللخبراء الاستعانة بالمعلومات التقنية من مصادر خارجية موثوق منها، وكذلك لأطراف النزاع الاطلاع على المصادر التي استعانت بها مجموعة الخبراء إلا إذا كانت تلك المصادر ذات طابع سري ، وأخيرا بعد الانتهاء من المهمة ، يتم صياغة مسودة للرأي لعرضها على الأطراف لبحث ما إذا كان لهم ملاحظات على الرأي أم لا .

---

[١٧٣] World Trade Organization هي منظمة دولية تهدف إلى تجمع حكومات الدول لإبرام اتفاقيات التجارة بينهم ، وكذلك لتسوية المنازعات التجارية الناشئة بين الدول الأعضاء .

[١٧٤] يمكن الاطلاع على نسخة من تلك القواعد من خلال الموقع الرسمي للمنظمة
http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_e.htm

ج- **غرفة التجارة الدولية (ICC)** [١٧٥] : أصدرت تلك المنظمة قواعد اللجوء إلى الخبرة والتي دخلت حيز النفاذ في ١ يناير ٢٠٠٣، وتضمنت تلك القواعد ١٧ مادة تناولت إجراءات تقديم طلب اللجوء إلى الخبرة ، وكيفية تعيين الخبراء ، وإجراءات سير عملية الخبرة ، والمصروفات الإدارية للمركز ، والإخطارات ووسائل الاتصال بين الأطراف والخبراء ، واستقلال الخبير وكيفية استبداله ، ومهمة الخبير ، وواجبات ومسئوليات الخبير والأطراف.

د- **منظمة الفيديك (FIDIC)**:[١٧٦] نشرت منظمة الفيديك مجموعة من النماذج العقدية والتي تعني بوضع بنود نموذجية يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي الاستعانة بتلك النماذج سواء كل البنود أو بعضها ، ولقد درج الفيديك على إصدار نماذج لبنود التعاقد في مجال صناعة البناء والتشييد منها على سبيل المثال بنود عقود التشييد (فيما يسمى الكتاب الأحمر) ، عقود تسليم المفتاح (الكتاب الفضي) ، أعمال الهندسة المدنية وعقود الأعمال الكهربائية والميكانيكية، وعقود التصميم والبناء وتسليم المفتاح (الكتاب الأصفر) ، وهي نماذج يجرى مراجعتها دوريا استجابة للحاجات التي أظهرها التطبيق العملي لمثل هذه العقود.

- وفي تلك النماذج ، تم تنظيم عملية تسوية المنازعات التي تنشأ بين رب العمل والمقاول ، أو بين أحدهما والغير ، فقد تطور أسلوب الفيدّيك في معالجة خطوات

---

[١٧٥] اختصارا لـ International Chamber of Commerce .

[١٧٦] Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils / International Federation of Consulting Engineers – الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ، وهي منظمة دولية أنشئت عام ١٩١٣ ومقرها الرئيسي بمركز التجارة العالمي بجنيف – سويسرا ، ويهدف هذا الاتحاد منذ نشأته إلى دراسة وحل جميع مشاكل المهندسين الأعضاء ، وإنشاء علاقات بناءة بين المهندسين الاستشاريين ، وتجميعهم من مختلف البلدان من خلال تأسيس جمعيات للمهندسين الاستشاريين ، وكذا بناء الأسس والقواعد التي تسمح بأداء أفضل لمهنتهم أنظر " آليات تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الفيديك " أ.د. محمد محمد سادات ، بحث مقدم في المؤتمر الثامن عشر تحت عنوان " عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة " ص ٥، سابق الإشارة إليه .

تسوية منازعات نماذج العقود التي وضعتها خصيصاً فيما يتعلق بالمراحل السابقة على طرح النزاع على هيئات التحكيم أو المحاكم ، فالاتجاه العام لإجراء التسوية يقوم على خطوتين ، أولهما تتمثل في طرح المطالبات أو الخلافات على المهندس الاستشاري (باعتباره خبيرا) للمشروع الذي يختاره في الغالب رب العمل ، والسبب في ذلك يرجع إلى انخراط المهندس الاستشاري في المشروع منذ بداية أعماله مما يمكنه من معرفة أسباب الخلاف، ومن ثم التعامل معه بأسلوب مهني وتجاري في ذات الوقت [١٧٧] ، فكما عرفته المادة (١/١) من الشروط العامة للفيديك بأنه الشخص المعين من قبل صاحب العمل كمهندس لغايات العقد ، أي لغايات الإشراف على تنفيذ الأعمال وحسن سيرها ، فهو إذن يتم تعيينه من قبل صاحب العمل إلا أنه يتوجب عليه أن يقوم بعمله ويمارس سلطته بحياد ضمن شروط العقد وأحكامه ، وبعد الأخذ بالاعتبار لكافة الظروف المحيطة. و تتمثل الصلاحيات المعطاة للمهندس على سبيل المثال إصدار تعليمات للمقاول ، وتوضيح الأحكام الغامضة في العقد ، واحتفاظه بالتصاميم الخاصة بالبناء ، واصدار تصاميم تكميلية للمقاول ، وموافقته على برنامج عمل المقاول ، وطلبه تعديل هذا البرنامج ، وطلب

---

[١٧٧] " تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية – نماذج عقود الفيديك " أ.د. احمد شرف الدين ، ص ٩ و ١٠ . مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " بحث مقدم من الدكتور عبد الحميد الأحدب ، ص ٣ . ضمن فعاليات مؤتمر " التحكيم الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " المنعقد في القاهرة تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٨ إلى ١٢ أبريل ١٩٩٢ . أنظر أيضا " القواعد المستحدثة في عقود الفيديك " د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون في العدد الثاني والخمسون السنة السادسة والعشرون أكتوبر ٢٠١٢ – كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة . ص ٢٧ . أنظر أيضا " آليات تسوية منازعات العقود الدولية للتشييد في إطار عقود الفيديك – دور المهندس الاستشاري ومجالس فض المنازعات " ورقة مُقدمة من المنظمة العربية للتنمية الإدارية ضمن فعاليات ورشة عمل تحت عنوان (التحكيم في عقود الإنشاءات) باسطنبول – تركيا في الفترة من ٢ : ٥ سبتمبر ٢٠١٢ . أنظر أيضا " تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " د/ عبد الحميد الأحدب ، بحث مقدم لمؤتمر (التحكيم الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية) برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – بالقاهرة في الفترة من ٨:١٢ إبريل ١٩٩٧ – ص ٤ . " عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها " م.د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، ص ٤٨٠ ، مشار إليه سابقا .

فحص المواد المستخدمة في تنفيذ الأعمال وتفقدها في الموقع وفحص وقياس الأعمال المنفذة أو أي جزء منها وطلب إخراج أي مواد من الموقع يرى أنها غير مطابقة للمواصفات. أما ثانيهما فيتمثل في طرح النزاع على مجلس تسوية المنازعات .[١٧٨]

المبحث الرابع

(الصلح ، المحاكمات المصغرة ، مجلس مراجعة / تسوية المنازعات)

١١٢-تمهيد : في هذا المبحث نستعرض بقية الوسائل السلمية لتسوية المنازعات بغية التعرف على خصائص كل وسيلة على حدة ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

الصلح

١١٣- يُعرف الصلح لغة بأنه [١٧٩] " إزالة ما بين الناس من عداوة وشقاق ، وفق بينهم " أصلح ما بينهما / ذات بينهما " أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس[١٨٠] " أما فقها ، فإن الصلح يُعرف بأنه " عقد يحسم به الأطراف نزاعا ثار بينهما فعلا أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، ويأتي بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض مطالبه " [١٨١] ، كما عرفته المادة ٥٤٩ من القانون المدني المصري بأنه " الصلح

---

[١٧٨] سوف يتم تناول ذلك المجلس كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات لاحقا .

[١٧٩] " معجم اللغة العربية المعاصرة " الأستاذ الدكتور / أحمد مختار عمر – ص ١٣١٢ ، مشار إليه سابقا .

[١٨٠] سورة البقرة ، الآية ٢٢٤ .

[١٨١] " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. محمود مختار بريري ، ص ٢٠ – مشار إليه سابقا .

عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه " .

- وبالتالي فإن محل عقد الصلح هو تسوية النزاع القائم بين طرفين مباشرة بواسطتهما ودون تدخل طرف ثالث [١٨٢] وينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضي لكل المتنازعين [١٨٣] . ويلاحظ أن عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته [١٨٤] ، مالم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة وفقا لما تنص عليه المادة ١٠٣ من تقنين المرافعات المصري[١٨٥] .

١١٤- وقد حكم القضاء البلجيكي بأنه يعد من قبيل الصلح لا التحكيم نزول جميع الخصوم بأنفسهم عن بعض ما يدعونه ، بتضحية من جانب كل منهم مع تكليف أحد الخبراء بتقدير التعويض على أساس يتم تحديده بدقة من جانبهم [١٨٦] . وللصلح مقومات ثلاثة هي [١٨٧]:

أ- نزاع قائم أو محتمل : ولا يشترط أن يكون النزاع مطروحاً على القضاء ، فالمهم أن يكون النزاع جديا سواء أكان النزاع قانونياً ، أم يتعلق بالواقع (واقعياً) .

ب- نية حسم النزاع : ويجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، إما بإنهائه إذا كان قائما ، أو بتوقيه إذا كان محتملا . وليس من الضروري أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين ، فقد يتناول الصلح بعض هذه المسائل فيحسمها ويترك الباقي للمحكمة تتولى هي البت فيه .

---

(١٨٢) " اتفاق التحكيم " أ.د. السيد عيد نايل ، ص ٤ – مشار إليه سابقا .

(١٨٣) " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ.د. مصطفى الجمال ، ا.د. عكاشة عبد العال ، ص ٢٥ – مشار إليه سابقا .

(١٨٤) " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " أ .د. احمد حسان مطاوع ، ص ٢٥ – مشار إليه سابقا .

(١٨٥) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ مرافعات على أنه " للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى ، إثبات ما تفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ، ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه "

(١٨٦) " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " أ.د. احمد حسان مطاوع – ص ٢٦ ، مشار إليه سابقا .

(١٨٧) " الوسيط في شرح القانون المدني " أ.د. عبد الرزاق السنهوري – تنقيح المستشار مدحت المراغي– الجزء الخامس طبعة ٢٠٠٦ ، نقابة المحامين بالجيزة – ص ٣٧٣ .

ج- نزول كل من المتصالحين عن جزء من ادعائه : فليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة ، فقد ينزل احد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه ، ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير .

المطلب الثاني

المحاكمات المصغرة

(Mini Trials)

١١٥- يقصد بالمحاكمات المصغرة بأنها " تتيح لأطراف النزاع عرض دعواهم أو جزء متفق عليه من نزاعهم على شخص ثالث محايد يملك الصلاحية لتسوية النزاع ويكون ذلك غالبا بمساعدة مستشار محايد " [١٨٨] وبالتالي فإنه يتضح بأن المحاكمات المصغرة ليست في الواقع محاكمة ، فليس هناك قاض ، ولا إجراءات مطولة . فالقرارات تتخذ بشكل سريع وبواسطة مدراء يملكون القدرة على الإدارة ، وكذلك الخبرة اللازمة للمسائل محل النزاع . ذلك أن جميع الأطراف يدخلون إلى المحاكمة المصغرة طواعية، ويمكن لأي طرف التخارج منها وقتما يشاء .

١١٦- وتتميز المحاكمات المصغرة باعتبارها وسيلة بديلة سلمية لفض المنازعات بالعديد من الخصائص شأنها شأن باقي الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ، ونخص منها على سبيل المثال، إعطاء القدرة على اتخاذ القرار بيد طرف محايد ذو خبرة ،

---

[١٨٨] النص الأصلي :

" Mini-trials permit the parties to present their case or an agreed upon portion of the case to principals who have authority to settle the issue in controversy, often with the assistance of a third-party neutral advisor " Air Force Alternative Dispute Resolution Reference Book - posted 14/2/2007 . An Electronic Version downloaded from http://www.adr.af.mil/factsheets/factsheet.asp?id=7347

" A mini-trial is a predictive process designed to narrow the differences between the parties` perceptions o their chances in litigation and to bring high-level decisionmakers together for constructive settlement negotiations facilitated "Arbitration and Mediation in International Bussiness By Christian Buhring-Uhle . Published by Kluwer Law International 2006 . ISBN 90-411-2256-7. Page 195

ومرونة في تسويات مقبولة ، من شأنها الحفاظ على العلاقة بين الأطراف المتنازعة، وتوفير الوقت والمصاريف . [١٨٩]

١١٧- تبدأ إجراءات المحاكمة المصغرة – وفقا للقواعد الصادرة عن الجمعية الأمريكية للتحكيم American Arbitration Association (AAA)– بطلب يقدم إلى الجمعية برغبة الأطراف في اللجوء إلي المحاكمة المصغرة لتسوية النزاع ، ويتم تعيين مستشار محايد والذي يكون لديه خبرة في المسألة محل النزاع ويتولى رئاسة الهيئة، ويتم بعد ذلك التحضير لعملية تبادل المعلومات بين الأطراف ، إذ يقوم كل طرف كتابة بتبادل المعلومات والمستندات التي لديه ، مع الطرف الأخر ، ويتم بعدها عرض جوانب النزاع من قبل كل طرف ، و تقوم الهيئة باستخراج الاتفاقات الضمنية من قبل الجانبين وذلك لطرحها عليهم . وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق ، فإنه يمكن للأطراف اللجوء إلى التحكيم ، أو أي وسيلة أخري من وسائل تسوية النزاع ، أو التنازل عن الدعوى .[١٩٠]

١١٨- كما نظم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، قواعد اللجوء إلى المحاكمات المصغرة الصادرة في ١٩٩٠، وتناولها في ٧ مواد ، إذ نظم إجراءات تقديم طلب اللجوء إلى المحاكمة المصغرة، وكيفية تعيين الهيئة وتعيين رئيسها ، وكذلك تعرض لامتناع الأطراف عن البدء في إجراءات التقاضي أو التحكيم أثناء سير إجراءات المحاكمة المصغرة ، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق التسوية ، يحظر على الأطراف استعمال ما تم الكشف عنه أثناء إجراءات المحاكمة المصغرة، كدليل ، وأخيرا المصاريف .

---

[١٨٩] " The Mini- Trial (Alternative Dispute Resolution Series) " Written by Lester Edlman , Frank Carr , and James L. Creighton . US Army Corps of Engineers April 1989 – page 3 , IWR Pamphlet – 89-ADR-P-1.

[١٩٠] " Mini-Trial: Involving Senior Management Practical Guidelines and Steps for Getting Started" Prepared by American Arbitration Association – 2005.

المطلب الثالث

مجلس تسوية / مراجعة المنازعات

(Dispute Resolution/ Review Board)

١١٩- يُطلق على هذا المجلس اختصاراً (DRB) وهي آلية لتجنب نشوء المنازعات والمتعلقة بعقود الانشاءات الدولية ، عن طريق تشكيل لجنة تضم مجموعة من الخبراء ذوي التقنية اللازمة لتحقيق الغرض من هذا المجلس ، ويتم النص على تشكيله في عقد الإنشاءات ذاته ليراقب تنفيذ العقد . ويتم إنشاء هذا المجلس في وقت مصاحب للمشروع منذ بدايته ، ويقدم توصيته في فترة قصيرة من الزمن ، وهي عادة غير ملزمة [١٩١] وهي تقترب بشكل كبير في وظيفتها من لجنة الخبراء [١٩٢] ولهذا المجلس خصائص أربع [١٩٣]:

- قيام المجلس بزيارة موقع الإنشاءات والاطلاع على تفاصيل المشروع .
- البقاء على المستجدات من أنشطة وتقدم وتطور مشكلات المشروع .
- الحث علي تسوية المنازعات .
- في حالة إحالة النزاع إلى المجلس ، يقوم بإقامة جلسة استماع ، والانتهاء من المناقشات وتحضير القرار في وقت مناسب .

١٢٠- يتمتع أعضاء المجلس باستقلال تام عن الطرفين ، كما يلتزمون بالحياد التام ، وتحسب أصواتهم بالأغلبية . ورغبة في فاعلية هذا النظام ، يلحق بتشكيل المجلس

---

(١٩١) " الوسائل المستحدثة لفض منازعات عقود الانشاءات الدولية (حلول احترازية وثلاث آليات جديدة) " أ.د.عبد المنعم زمزم ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي – العدد السابع عشر ، ديسمبر ٢٠١١ – ص ١٥٧ . أنظر أيضا

" Dispute Resolution Boards – Avoiding conflict before it occurs " Published by Australian Construction Association website http://www.constructors.com.au/publications.php

(١٩٢) أنظر سابقا بند ١٠٨ .

(١٩٣) أنظر

" Adjudication (Dispute Boards) " By Dr. Sherif El-Hagan , Presented in International Commercial Arbitration & ADR in a Challenging World Conference, Hosted by CRCICA , from 29 to 30 March 2009 at League of Arab State Building Cairo , Egypt . Page 4.

عضوان آخران ، أحدهم عن المقاول يتولى تقديم وجهة نظره والدفاع عن مصالحه والآخر عن رب العمل يتولى هو أيضاً تقديم وجهه نظره والدفاع عن مصالحه ، ولكنهما لا يشتركان في التصويت على القرار [١٩٤] .

١٢١- حظى المجلس بتنظيم مؤسسي من قبل بعض المؤسسات العاملة في مجال تسوية المنازعات الدولية، نذكر منها على سبيل المثال :

- **غرفة التجارة الدولية (ICC)** [١٩٥]: تناولت تلك القواعد تنظيم المجلس في ٣٤ مادة بالإضافة إلى ملحق مكون من ٣ مواد متعلقة بجدول المصروفات ، وتنظم تلك القواعد كيفية عمل المجلس ، وذلك بوضعها تعريفات متنوعة كتعريف اتفاق اللجوء إلى تسوية النزاع عن طريق المجلس والقرار الذي ينتهي إليه والنزاع والمجلس ، وكيفية تعيين أعضاء المجلس ، والاستقلالية ، والخصوصية والسرية ، وتبادل المعلومات ، وتنظيم جلسات الاستماع والانتقال إلى مواقع الأعمال ، وتنظيم الاخطارات ووسائل الاتصال ، وصلاحيات أو سلطات أعضاء المجلس ، وكيفية تقديم المستندات والرد عليها . وكذلك التزام المجلس بالتوقيت المحدد (والذي حددته القواعد بتسعين يوما " المادة ٢٠ " ويجوز مد تلك المدة باتفاق الأطراف) ، واطلاع المركز على القرار الذي انتهى إليه المجلس ، وصلاحية المركز لتصحيح القرار أو تفسيره ، وأخيراً أتعاب المجلس والمصروفات الإدارية .
- **الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA)** [١٩٦] : أصدرت الجمعية قواعدها لتسوية المنازعات عن طريق مجلس الرقابة على المنازعات ونظمتها في ١٧ مادة ، تناولت

---

[١٩٤] أنظر أ.د. عبد المنعم زمزم ، المرجع السابق ص ١٥٨ .

[١٩٥] صدرت تلك القواعد ودخلت حيز التنفيذ في ١ سبتمبر ٢٠٠٤ تحت مسمى " Dispute Board Rules – Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce " ICC Publication 852E , ISBN 978-92-842-0126-6

[١٩٦] أصدرت الجمعية الأمريكية للتحكيم ، قواعد تسوية المنازعات عن طريق مجلس الرقابة على المنازعات والتي دخلت حيز التنفيذ في ١ ديسمبر ٢٠٠٠ تحت مسمى "AAA Dispute Resolution Board Hearing Rules and Procedures"

فيها التعريفات ، ووظيفة المجلس ، ووظيفة رئيس المجلس في تنظيم جلسات المجلس ، وتحديد جلسات الاستماع وأماكن انعقادها ، وتبادل المستندات وكذا أدلة الاثبات ، وتقديم النزاع من وجهة نظر كل طرف ، وامكانية الاستعانة بالخبراء ، وتنظيم المداولة بين أعضاء المجلس . و عرض التوصيات على الأطراف من خلال تقديمها للجمعية خلال اسبوعين من تاريخ قفل باب المرافعة (مادة ١٧) .

- **مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)** [١٩٧] : نظم المركز قواعد تشكيل وعمل مجلس الرقابة على المنازعات في ٦ مواد ، تناولت تشكيل المجلس (مادة ٢) والتي حددت عدد أعضاء المجلس بثلاثة أعضاء ، عضو يختاره كل طرف ، ويختار هذان العضوان ، عضو ثالث يترأس المجلس ، وتنظيم تقديم مستندات المشروع للمجلس وتقارير الخبراء وأية مستندات متعلقة بالمشروع ، والتوصيات التي ينتهي إليها المجلس والتي تعتبر غير ملزمة (مادة ٥) ، وأخيراً اشتراك الأطراف في تحمل المصاريف .

الخلاصة : قمنا بعرض الوسائل المتعددة لتسوية المنازعات بين الأطراف المتنازعة ، وقمنا ببيان كل وسيلة على حدة بدأنا ببيان الوساطة باعتبارها من أول الوسائل وأهمها لتسوية المنازعات ، وقمنا بعرض التشريعات المنظمة لها سواء على المستوي الوطني أو الإقليمي أو الدولي ، أو على مستوى المنظمات الدولية العاملة في مجال تسوية المنازعات ، وعرضنا لخصائصها المميزة . كما عرضنا للتوفيق باعتباره من وسائل تسوية المنازعات و عرضنا لوضع التعريفات التي قيلت

---

[١٩٧] أصدر المركز قواعد تنظيم عمل مجلس الرقابة على المنازعات في قواعده الصادرة في ١٩٩٠ . ويلاحظ أن قواعد المركز الجديدة الصادرة في ٢٠١١ والتي دخلت حيز النفاذ في ١ مارس ٢٠١١ ، لم تتضمن قواعد جديدة تنظم هذا المجلس ، إذ اقتصرت فقط على قواعد التحكيم الجديدة ، مما يعني استمرار العمل بهذه القواعد .

في شانه من قبل التشريعات المختلفة ، وبيان أركان هذه الوسيلة من قبل المنظمات الدولية التي قامت بتنظيمه ضمن لوائحها الصادرة عنها . كما عرضنا لأعمال الخبرة باعتبارها من الأساليب الشائع اللجوء إليها خاصة في أعمال الإنشاءات ، وكذا المنظمات الدولية التي عنت بتنظيمها . وأخيراً عرضنا لبقية الوسائل كالصلح والمحاكمات المصغرة ومجلس تسوية المنازعات والتي عنت بها العديد من مراكز التحكيم الدولية في تنظيمها ضمن قواعدها .

الفرع الثاني

كيانات مشروع الشراكة والتزاماتهم

١٢٢- في هذا الفرع نستعرض كيانات مشروع الشراكة ، والذي قد يصل عددهم إلى العشرات نظراً لتشعب العقود والعلاقات المتداخلة في مشروع الشراكة (مبحث أول) والالتزامات المتبادلة لكل طرف على حدة (مبحث ثان) ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول

كيانات مشروع الشراكة

١٢٣- تمهيد : تتباين الأطراف المشاركة في مشروع البنية التحتية الممول بواسطة القطاع الخاص تباينا كبيرا تبعا للقطاع الذي ينتمي إليه المشروع ، وصيغة مشاركة القطاع الخاص، والترتيبات المستخدمة في تمويل المشروع ، إلا أنه يمكن إجمال أهم الأطراف المشاركة في الحزمة التعاقدية اللازمة لتنفيذ المشروعات الممولة عن طريق القطاع الخاص ، وذلك بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول

أطراف مشروع الشراكة

أولا : الحكومة المضيفة (السلطة المتعاقدة) وغيرها من السلطات المتعاقدة :

١٢٤- يتوقف نجاح أي مشروع من مشروعات البنية الأساسية على توافر النية والالتزام الكاملين لدي الحكومة لتحقيق هذا المشروع وتوفير عوامل النجاح له ، ولا يقتصر دور الحكومة في هذه المشروعات على نقل مسئوليتها عن تشييد تلك المشروعات إلى القطاع الخاص ، وبالتالي التخلص من التزاماتها التقليدية تجاه تلك المشروعات ، وإنما يجب عليها توفير كافة الاحتياجات اللازمة لتحقيق تلك النتيجة . وتجدر الإشارة إلى أن الحكومة لا تقوم بذاتها بإبرام اتفاق المشاركة مع القطاع الخاص ، ولكنه يُبرم تحت إشرافها ممثلة في إحدى هيئاتها التي تكون معنية بتقديم الخدمة ، إذ كثيرا ما يشترك في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، عدد من الهيئات الحكومية (السلطات المتعاقدة) ، وعلاوة على ذلك قد يستلزم تنفيذ المشروع مشاركة ناشطة من سلطات عامة أخرى إضافة إلى الهيئة المتعاقدة ، وتؤدي تلك السلطات دوراً حاسماً في تنفيذ تلك المشروعات [١٩٨] ويتحدد المشروع عادة بواسطة السلطة المتعاقدة وفقا لسياستها في انشاء مشروعات البنية الأساسية ، كما تقرر نوع مشاركة القطاع الخاص التي من شأنها أن تتيح المجال لتشغيل مرفق البنية الأساسية بأكبر قدر من الكفاءة . وبعد ذلك تقوم السلطة المتعاقدة باختيار شركة المشروع التي تعني بتشييد المشروع .

١٢٥- تعتبر السلطة المتعاقدة (الحكومة) أول وأهم طرف من أطراف نظام الشراكة ، وذلك لأسباب عدة ، منها أن المشروع يُشيد على إقليمها، وبالتالي فهي مالكة الأرض المقام عليها المشروع ، وهي التي تسن التشريعات واللوائح الخاصة بالمشروع وتحدد

---

[١٩٨] " دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص " ص ٢٤ ، مشار إليه سابقا .

شكل أو أسلوب المشاركة مع القطاع الخاص [١٩٩] . والجهة التي تمنح الترخيص أو الالتزام بتشييد مشروع البنية الأساسية ،و قد يخولها القانون الحق في منح ترخيص أو التزام للقطاع الخاص ببناء أو تطوير وتمويل مرفق من مرافق البنية الأساسية لفترة معينة ، فالجهة مانحة الترخيص قد تكون السلطة التشريعية كما هو الحال إذا استلزم القانون المعني استصدار الترخيص بموافقة البرلمان، أو قد تكون الجهة مانحة الالتزام أو الترخيص هي السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء أو رئيسها أو الوزير المختص [٢٠٠] .

١٢٦- ولا يتوقف دور القطاع العام (الحكومة) على مجرد اختيار المشروع المراد تشييده بنظام المشاركة واختيار الطرف الآخر الممثل في القطاع الخاص ، إذ تقوم الحكومة بدور الرقابة على المشروع طوال فترة الامتياز للتأكد من جودة الخدمة ، ومستوى الأسعار ، وعمليات الصيانة الدورية ، و الالتزام بشروط العقد .

ثانيا : شركة المشروع (القطاع الخاص) :

١٢٧- يطلق على الكيان الذي يقوم القطاع الخاص بتشكيله لتنفيذ مشروع البنية الأساسية ، شركة المشروع ، ويشير هذا الاصطلاح في العمل الدولي إلى الشركة التي تتولى عملية التمويل والتشييد والتشغيل الخاصة بالمشروع طوال فترة الترخيص ، وكذلك إعداد دراسات الجدوى وتقديم العروض المناسبة للحكومة [٢٠١] ، وينبغي على شركة المشروع أن تتمتع بالخبرة والدراية الكافيان للحصول على التمويل اللازم للمشروع ، وأن تكون مستعدة لخوض المفاوضات الطويلة والمجهدة التي تسبق توقيع عقد الشراكة .

---

[١٩٩] أنظر رسالتنا للماجستير ص ٧٠ ، مشار إليها سابقا .

[٢٠٠] " التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص " أ.د. هاني سري الدين ، ص ١٠٥ . مشار إليه سابقا .

[٢٠١] أ.د. هاني سري الدين ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ . مشار إليه سابقا

١٢٨- عادة ما تضطلع بتنفيذ تلك المشروعات شركات مشاريع مشتركة تضم شركات التشييد والهندسة وموردي المعدات الثقيلة ممن يهمهم أن يصبحوا مقاولي المشروع أو مورديه الرئيسيين ، وتعكف تلك الشركات على تطوير المشروع خلال مرحلته الأولية وبالتالي فإن مقدرتهم على التعاون فيما بينهم وكذا الاستعانة بشركاء آخرين ممن يُعول عليهم ، تكون عاملاً أساسياً لإنجاز الأعمال بنجاح في الوقت المناسب .

١٢٩- قبل إنشاء شركة المشروع ، يتكون ما يعرف بالكونسرتيوم " Consortium " أي " اتحاد " كما لو ارتبط رب العمل لعقد مقاولة مع عدة مقاولين يختص كل منهم بنشاط معين ويقسم عقد المقاولة المتعلق بمشروع معين إلى أجزاء يعهد بكل منها إلى أحد المقاولين في الكونسرتيوم حسب تخصصه [٢٠٢] ، ويُعرف الكونسرتيوم بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان أو أكثر على التنسيق فيما بينهما واستخدام إمكانياتهما الفنية والمالية بغرض الدخول في مناقصة أو مفاوضة مع رب العمل ، وتنفيذ عقد المقاولة على سبيل التضامن قبل رب العمل ، ويكون كل طرف في علاقته الداخلية بالطرف الآخر مسئولا وحده عن تنفيذ جزء من الأعمال ، ويكون مسئولا قبل الطرف الآخر عن تنفيذ هذه الأعمال " [٢٠٣] .

- وعادة ينظم هذا التجمع " الكونسرتيوم " مسئولية تكاليف إعداد العطاء ومستنداته وتوزيعها بينهم ، ومسئولية كل عضو من أعضاء الكونسرتيوم في عملية الإعداد ، وكيفية اتخاذ القرارات والتشاور فيما بينهم ، وتنظيم عملية التفاوض مع الجهات الحكومية بعد رسو العطاء ، وكذلك تحديد شكل شركة المشروع ورأس مالها[٢٠٤] .

---

[٢٠٢] " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ١٥٤ بند ١٠٦ مشار إليه سابقا .

[٢٠٣] " اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية " أ.د. هاني صلاح سري الدين ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ الطبعة الأولي ، ص ٩ .

[٢٠٤] " التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص " أ.د. هاني صلاح سري الدين ص ١٠٩ ، مشار إليه سابقا . وتحتوى اتفاقات الكونسرتيوم عادة على البنود الاتفاقية التالية :

الغرض من الاتفاق ، وطبيعة النشاط والتعاون بين الأطراف ، ومدة الاتفاق ، ومسئوليات كل طرف وكيفية توزيعها خلال مرحلة ما قبل التعاقد مع رب العمل وأثناء تنفيذ عقد المقاولة ، وكيفية اتمام اجراءات التفاوض مع رب العمل والتوقيع على عقد المقاولة ، والتنسيق بين أطراف الكونسرتيوم والمشروع المشترك ، والتزامات وحقوق ممثل=

١٣٠- وفيما يخص تكييف هذا التجمع ، أو تحديد طبيعته القانونية ،فهناك جانب من الفقه كان يرى أن الكونسرتيوم يعتبر شركة تضامن واقعية أو فعلية متى توافرت شروط الشركة فيه ، وذلك لأنه لا يقوم بإجراءات الشهر القانوني وقد تكون مسئولية الشركاء فيه تجاه من تعاقدوا معه من الغير مسئولية تضامنية متى أراد المتعاقد مع الكونسرتيوم الرجوع على أحد الشركاء منفردا عن الإخلال بالتزامات الآخرين[٢٠٥]، أما الرأي الراجح من وجهة نظرنا هو أن الكونسرتيوم لا يدخل في مفهوم الشركة وذلك لافتقاد الكونسرتيوم لأهم ميزة ألا وهي الشخصية المعنوية للشركة وما يتبعها من أهلية وجنسية وذمة مالية مستقلة ، ولكنه نوع من الضمان لرب العمل يجيز له عند إخلال أي عضو فيه بالتزاماته في عقد المقاولة، أن يرجع عليه إما منفردا أو على جميع الأعضاء مجتمعين [٢٠٦].

ثالثا : الممولون والمقرضون :

١٣١- يعتبر عنصر التمويل في مشروعات البنية الأساسية هو حجر الزاوية (Corner Stone) بالنسبة لتلك المشروعات ، فالسبب أو الدافع الرئيسي لالتجاء حكومات الدول إلي مشاركة القطاع الخاص في بنيتها الأساسية ، هو محاولة لإيجاد طرق مختلقة لتشييد المرافق الأساسية والحيوية لتلك الدول ، وكذلك عجز تلك الدول عن إيجاد سبل تمويل مشاريع بنيتها الأساسية بعيدة عن موازنتها العامة . فدور القطاع

=الأطراف قبل رب العمل ، وتنفيذ الأعمال ، والمسئولية المدنية وحدودها ، وتسوية المدفوعات التي يؤديها رب العمل وكيفية توزيع تكاليف التأمين وإصدار الضمانات وغيرها من التكاليف المشتركة ، والأحكام المنظمة للمقاولة من الباطن وتنظيم تشغيل المستخدمين والعاملين بالمشروع ، والمسئولية التضامنية قبل رب العمل ، والتزام الأطراف بالإعلام والمحافظة على السرية ، وحوالة الحقوق والديون ، وكيفية تغيير الأعمال وتعديل بنود العقد ، والقواعد الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ الاتفاق .

[٢٠٥] رسالة الماجستير بعنوان " النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية " للباحث / خالد بن محمد عبد الله العطية ص ٤٣ ، مشار إليها سابقا .

[٢٠٦] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق (التحكيم التجاري الدولي) ص ١٥٤ ، " اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية " أ.د. هاني صلاح سري الدين ، ص ٥٢ سابق الإشارة إليه .

الخاص قد ازداد في الآونة الأخيرة – خاصة بعد تراجع مؤشرات نمو اقتصاديات حكومات دول العالم الثالث – في المساهمة في النهوض بالمستوى الاقتصادي لتلك الدول . وعادة ما يتولى تمويل مشروعات البنية الأساسية منظمات تمويل دولية أو تجمع للبنوك أو ما يعرف بالقرض الجماعي (Syndicated Loan) وذلك نظرا لضخامة حجم الاستثمار اللازم للمشروع ، بحيث لا يتمكن بنك بمفرده من الاضطلاع به ، لذا فإنه يتم اللجوء لتمويل تلك المشروعات من خلال إقامة هياكل تمويلية تختص بتمويل تشييد المشروع وتتضمن تلك الهياكل عقد اتفاقيات قروض مع أطراف متعددة واستخدام آليات للتمويل مختلفة منها الاقتراض عن طريق السندات والتمويل عن طريق إصدار الأسهم ومشاركة رعاة المشروع ، والتمويل عن طريق منح قرض بالنظر إلى أصول المشروع فقط دون أصول المروجين أو رعاة المشروع ، والاقتراض عن طريق المشاركة في رأس المال السهمي [٢٠٧].

ويمر القرض الجماعي عند تكوينه بمراحل مختلفة تبدأ بمرحلة ما قبل التعاقد ، وهي خاصة بالمفاوضات بين البنوك المختلفة وبين شركة المشروع . وتقوم البنوك في هذه المرحلة بدراسة جدوى المشروع ، ويُعين بنك من ضمن البنوك المقرضة للمشروع يكون مسئولاً عن الترتيب بين البنوك أعضاء التجمع ودعوتها للمساهمة في القرض وتحديد نسبة مساهمة كل بنك في القرض ، وبعد مراجعة مستندات التمويل ، تُبرم شركة المشروع عقد القرض .

---

[٢٠٧] على سبيل المثال ، صندوق النقد الدولي ، ومؤسسة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي (ويشار إليها بـ IFC وهي مؤسسة انشئت عام ١٩٥٦ وتهدف بصفة أساسية إلى دعم التنمية الاقتصادية في الدول الأعضاء)، والصندوق العربي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية (أُنشئ الصندوق عام ١٩٧٢ ويقتصر نشاطه على دعم عملية التنمية في الدول العربية) . أنظر أيضا " مشروعات B.O.O.T " الدكتور / حسن الهنداوي ص ٤٢ ، دار النهضة العربية ٢٠٠٧ . " هندسة الخدمة – مدخل لهندسة صناعة قرار التجارة في المرافق العامة في ظل الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات مع التطبيق على مرفق الطرق العامة في مصر " رسالة دكتوراه ، م.د. فاروق عبد الحي عزت ، مشار إليها سابقا . ص ٧٣و٧٨ .

تعتمد البنوك في التمويل أحد نظامين [٢٠٨]:

أ- **تمويل المشروع بدون حق الرجوع على الغير** : وفيه تعتمد البنوك المقرضة ومؤسسات التمويل كضمان لسداد القروض وفوائدها على أصول المشروع من منشآت والآت ومعدات ، بالإضافة إلى العائد الناتج عن تشغيل المشروع مقابل تقديم خدماته .

ب- **تمويل المشروع مع حق الرجوع** : وفيه تعتمد البنوك في ضمان سداد ديونها على أصول المشروع بالإضافة إلى كفالة شخصية أو عينية من المساهمين في المشروع حتى تمام بناؤه وتشغيله، وبعد ذلك تنتهي هذه الكفالة ويصبح التمويل مرة أخرى بدون رجوع .

رابعا : المقاول

١٣٢- المقاولة هي عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[٢٠٩] ، والمقاول في مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يلتزم بتنفيذ المشروع ، والأصل أن يقوم المقاول بتنفيذ جميع عمليات التشييد بإمكانياته الذاتية ، فهو الذي يتولى إعداد الرسومات ،وتشييد المشروع، وتوريد الآلات والمعدات وتركيبها، ونقل التكنولوجيا، وما إلى ذلك من عمليات أخرى مرتبطة ، وبالتالي فإنه يتضح أن دور المقاول في التنفيذ دور حيوي وهام ، ولا يتصور أن يقوم شخص

---

[٢٠٨] " نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية " ورقة بحثية للمهندسة / روليت العبود ، قسم الإدارة الهندسية والإنشاء ، كلية الهندسة المدنية بجامعة دمشق ص٧. نسخة الكترونية http://www.drzidan.com/e/BOT.pdf . أنظر أيضا " آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية المدارة وفقا لنظام BOT ، وعوائق اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه المشروعات " أ.د. سامي عبد الباقي ، بحث منشور في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) ص ١٤٩ و ١٥٠. مشار إليه سابقا .

[٢٠٩] المادة ٦٤٦ من التقنين المدني المصري .

بمفرده (طبيعيا كان أو معنويا) بأن يتولى التنفيذ بإمكاناته الشخصية فقط ، لذلك فلقد درج العمل على استعانة المقاول الأصلي بمقاولين من الباطن يتولى كل واحد منهم مسئولية تنفيذ أو توريد مرحلة معينة من المشروع [٢١٠] . ويترتب على المقاولة من الباطن قيام علاقات متنوعة يمكن حصرها فيما يلي [٢١١]:

أ- علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن .

ب- علاقة المقاول الأصلي برب العمل .

ج – علاقة المقاول من الباطن برب العمل .

وبالتالي فإن عقد المقاولة من الباطن يبرمه المقاول الأصلي باسمه، ولا علاقة لرب العمل به (مع المقاول من الباطن) ولا تنشأ أية علاقة تعاقدية بينه وبين المقاول من الباطن ، ويظل المقاول الأصلي هو المسئول أمام رب العمل (الحكومة أو الدولة المضيفة للمشروع) .

خامسا : المهندس الاستشاري

١٣٣- يلعب المهندس الاستشاري (فرداً كان أو مؤسسة) دوراً هاماً وبارزاً في مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، وخاصة في العلاقة بين رب العمل (الدولة المضيفة للمشروع) وبين القطاع الخاص (المستثمر) ، فالمهندس الاستشاري هو ذلك الشخص المعين من قبل رب العمل ليقوم بدور المهندس لأغراض العقد والمسمى في ملحق العطاء ، وهو الذي يشرف على المقاول في تنفيذ

---

(٢١٠) المادة ٦١٦ من التقنين المدني المصري "١- يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية .

٢- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل "

(٢١١) " الوسيط في شرح القانون المدني " أ.د. عبد الرزاق السنهوري – تنقيح المستشار مدحت المراغي ، ص١٧١ بند ١١٩ ، مشار إليه سابقا .

الأعمال ، فهو عين رب العمل الساهرة والأمين على مصالحه ويحتم واجبه المهني أن يتأبى عن أي مصالح مادية مع المقاول الذي يشرف على تنفيذ أعماله حتى يدرأ عن قراراته الشك وحتى لا يقع في دائرة الريب ، إذ يجب أن يظل في مكانته العالية حكماً محايداً وراعياً لمصالح رب العمل وألا تكون له أية ميزات أو مصالح مادية مع المقاول الذي يشرف على تنفيذ أعماله لتكون مسئوليته وأمانته دائما بمنأى عن مصالحه الشخصية والمادية على وجه الخصوص وبعيدا عن أي شبهة [٢١٢] ويلاحظ أنه عندما تعلن الدولة عن رغبتها في تشييد مشروع بنية أساسية بمشاركة من القطاع الخاص ، فإنها تقوم باختيار مهندس استشاري للمشروع ، يقوم بمعاينة أرض المشروع ، وتحديد أنسب الخيارات لاستغلال المشروع، وجدواه الاقتصادية، والفنية والاجتماعية، والمالية، والآثار البيئية، ومخاطر المشروع ، ويقع عليه عبء اختيار الشركات المنفذة للمشروع واختيار البنوك الراغبة في المشاركة ، وكذلك متابعة التنفيذ وتكوين اللجان الفنية للمتابعة وتمثيل جانب الحكومة أثناء فترة التشييد والتشغيل [٢١٣] .

١٣٤- وبصفة عامة ، يمكن القول أن للمهندسين دوراً خاصاً وبارزاً في تصميم وتشييد مشروعات البنية الأساسية ، وذلك عن طريق الابتكارات التي تتوالي في أدق التخصصات الهندسية ، ومن الصعوبات التي تواجه المهندس والتي تتطلب منه

---

[٢١٢] " شروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة بمعرفة رب العمل " ترجمة وإعداد أ .م. جمال الدين نصار ، ص ٤٢ – صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والجمعية المصرية للمهندسين الاستشاريين – القاهرة ٢٠٠١. أنظر أيضا القضية رقم ٦٧ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١١ أغسطس ١٩٩٦ أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، المنشورة ضمن مطبوعات المركز تحت عنوان " المبادئ القانونية التي اعتمدتها هيئات التحكيم في قضايا التحكيم المنظورة أمام مركز القاهرة خلال أعوام ١٩٩٤/١٩٩٥/١٩٩٦ " ص ٣١.

" The Role of the Engineer in FIDIC 99 Red Book " By Dr. Munther M. Saket . Presented in " FIDIC Contracts – Latest Developments " Conference hosted by CRCICA & FIDIC , 9-10 January 2011 , Cairo – Egypt .

[٢١٣] رسالتنا في الماجستير ص ٧٦ . مشار إليها سابقاً . " المهام شبه التحكيمية للاستشاري في عقود الفيديك " بحث للمهندس / محمد ماجد عباس خلوصي ، مقدم ضمن فعاليات " المؤتمر الإقليمي عن عقود الفيديك وآخر تطوراتها" ٩-١٠ يناير ٢٠١١ بقاعة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي . القاهرة

المساهمة بأدوار مختلفة تختلف عن الحلول التقليدية المتبعة في المشكلات التي تواجهه في مشروعات البنية الأساسية ما يلي :- [٢١٤]

(أ) المدخل التقني : يمكن للمهندسين في هذا المجال تقييم الحالة الراهنة للبنية الأساسية ، واقتراح الصيانة المناسبة لها ، وابتكار أساليب جديدة في التصميم وتحديد عمر المنشآت بشكل أدق ، وكذلك وضع الأكواد الهندسية الملاءمة للتغلب على مشكلة البنية الأساسية، وتخفيض تكاليف التشييد وزيادة الجودة ، وهو نفس الدور الأساسي الذي لعبه المهندسون تاريخيا .

(ب) المدخل الاقتصادي : يمكن للمهندسين هنا محاولة قياس الارتباط الفعلي بين البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية ، والمساهمة بدور أكبر في رسم السياسات الحكومية المتعلقة بمشروعات البنية الأساسية ، خاصة وأن المهندس هو الأكثر دراية بمراحل تنفيذ المشروع الهندسي منذ بدايته وحتى اكتماله ، كما يمكن للمهندس المساهمة بشكل أكثر فاعلية في القرارات المتعلقة بخصخصة البنية الأساسية عبر دراسة البدائل المختلفة واقتراح البديل الأمثل ، ويمكن في سبيل تحقيق الغايات السابقة ، استخدام تقنيات الاقتصاد الهندسي وتحليل المشروعات العامة للمساعدة على اتخاذ القرار الملائم .

(ج) المدخل المالي : يمكن للمهندس المساهمة بشكل أكبر في النواحي المالية لمشروعات البنية الأساسية عبر التحليل المالي للمشروعات ، كما يمكن تقسيم المشروع إلى مراحل مختلفة وتقييم كل منها ماليا باستخدام طرق التحليل المالي للمشروعات ، وبالتالي اتخاذ القرار بتنفيذ المشروع الأقل تكلفة للمجتمع ككل .

---

[٢١٤] " نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل " رسالة دكتوراه للدكتور / محمد غازي الجلالي ص١٨ ، مشار إليها سابقا .

سادسا : المؤمنون

١٣٥- نظراً لضخامة حجم التمويل والمعدات و عدد الأطراف المشاركة في مشروع البنية الأساسية ، فإن المشروع يتعرض للعديد من المخاطر ، والتي تتعدد كما ذكرنا سابقا [٢١٥] ، ولا تكفي الضمانات المقدمة من الأطراف المعنية بالمشروع لمواجهة هذه المخاطر ، مما يحتم على شركة المشروع الاعتماد وبشكل كبير على شركات التأمين أو المؤسسات التأمينية لتغطية مختلف أنواع المخاطر التي قد تواجهها ، ويتنوع هذا التأمين بحسب أنواع المخاطر التي يتعرض لها المشروع ، فهناك التأمين ضد الحوادث الذي يشمل منشآت المشروع، ومعداته، والتأمينات التي تستهدف تعويض العمال ، وضد توقف العمال عن العمال (الإضراب)، وضد تجاوز التكاليف المتوقعة . إلا أن توافر التأمين التجاري يظل محدودا فيما يتعلق ببعض الأحداث الاستثنائية الخارجة عن إرادة الأطراف (كالحرب أو حوادث الشغب أو التخريب أو الزلازل مثلا) ، وقد بدأت سوق التأمين الخاصة [٢١٦] تلعب دورا متزايدا في تغطية بعض أنواع المخاطر السياسية ، مثل فسخ العقد أو عجز سلطة عامة عن أداء التزاماتها التعاقدية . ومن أهم تلك المؤسسات التأمينية وكالة " ميجا Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) " التابعة للبنك الدولي، والمتخصصة في التأمين ضد المخاطر السياسية ، وتحمي المستثمرين التابعين لدول أعضاء في المنظمة عندما يقومون باستثماراتهم في دول نامية من أعضاء هذه المنظمة ضد المخاطر غير التجارية مثل النزاع المسلح ، ومخاطر تحويل العملة ، وإلغاء العقود أو فسخها ، والاضطرابات المدنية ، وتعرض الوكالة " وكالة ضمان

---

[٢١٥] أنظر سابقا بند ٦٢ .

[٢١٦] " دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص " ص ٢٥ ، مشار إليه سابقا . انظر أيضا " دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد ، في ظل أحداث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة " ا.د. نزيه محمد الصادق المهدي ، بحث منشور في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) ص ٤٤٦ . مشار إليه سابقا

الاستثمار متعددة الأطراف (ميجا) " تغطية تأمينية طويلة الأجل للمخاطر السياسية بالنسبة للاستثمارات الجديدة التي يتم تنفيذها في إحدى الدول الأعضاء في الوكالة ، وعادة ما يتم إتاحة هذه التغطية لأي استثمار يتم في دولة نامية ، إذا ما كانت الاستثمارات مستمدة أو قادمة من دولة عضو في الوكالة ، وجدير بالذكر أن الوكالة لا توفر هذه التغطية فقط بالنسبة للاستثمارات في المشروعات الجديدة فقط ، بل أنها توفر تغطية تأمينية للمساهمات الاستثمارية التي تتعلق بتوسيع أو تحديث أو هيكلة مالية لمشروعات قائمة بالفعل ، فهذه الاستثمارات تعد مؤهلة للحصول على التغطية التأمينية التي تقدمها الوكالة ، وكذلك الحال بالنسبة للاستثمار الموجه لشراء مشروع مملوك للدولة إذا ما كانت هذه الأخيرة تعتمد برنامجا للخصخصة ، وعموما فإن أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر المؤهلة للحصول على التغطية التأمينية من الوكالة ، تتضمن المشاركة من خلال الأسهم ، وكذا قروض المساهم أو ضمانات القروض التي يقدمها المساهمون ، على أن تكون مدة القروض أو ضمانات القروض لا تقل عن ثلاث سنوات ، ويتم توفير التغطية التأمينية للاستثمار ، إذا تم عن طريق تقديم الخبرة الفنية أو إبرام عقود إدارة أو إبرام اتفاقات امتياز أو الحصول على تراخيص تشغيل ، بشرط ألا تقل المدة عن ثلاث سنوات ، وأن يرتبط العائد الذي يحققه المستثمر بنتائج تشغيل المشروع . ولوحظ أن أهم المخاطر التي تغطيها الوكالة هو خطر فرض قيود على عملية تحويل العملات ، وخطر نزع الملكية ، وخطر الإخلال بالعقد ، ومخاطر الحروب والعصيان المدني . [٢١٧]

---

[٢١٧] " منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، مكتبة دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٩ ، ص ١٧٠ الترقيم الدولي ٦-١٩٧٩-٠٤-٩٧٧ . أنظر أيضا " مشروعات B.O.O.T " الدكتور / حسن الهنداوي ، دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص ١٣٢ .

" The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) was submitted to the Board of Governors of the International Bank for Reconstruction and Development on October 11, 1985, and went into effect on April 12, 1988. The Convention was amended by the Council of Governors of MIGA effective November 14, 2010" . http://www.miga.org/whoweare/index.cfm?stid=1788 =

سابعا : الخبراء المستقلون

١٣٦- يؤدي الخبراء والمستشارون المستقلون دوراً هاماً في مختلف مراحل مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . وتعمد الشركات ذات الخبرة عادة إلى تعزيز خبراتها التقنية المتخصصة باللجوء إلى خدمات خبراء ومستشارين خارجيين ، من بينهم مثلا الخبراء الماليون، والمستشارون القانونيون الدوليون ، وكثيرا ما تعمل المصارف التجارية ومصارف الاستثمار كمستشارين لمؤسسي المشروع في ترتيب تمويل المشروع المراد تنفيذه وفي صياغته، وهذا نشاط متميز عن التمويل ذاته وإن كان أمرا لا غنى عنه لذلك التمويل . ويمكن أن يقدم الخبراء المستقلون مشورتهم لمقرضي المشروع فيما يتعلق مثلا بتقدير مخاطر المشروع في بلد مضيف معين . كما يمكنهم مساعدة السلطات العامة في استحداث استراتيجيات تخص قطاعات معينة في إنشاء البنية التحتية ، وفي إطار قانوني وتنظيمي ملائم . كذلك يساعد الخبراء والمستشارون المستقلون السلطة المتعاقدة في إعداد دراسات الجدوى وغيرها من الدراسات التمهيدية ، وفي صياغة طلبات الاقتراحات ، وفي إعداد الشروط والمواصفات التعاقدية الموحدة ، وفي تقييم الاقتراحات والمقارنة فيما بينها ، وفي التفاوض بشأن اتفاق المشروع .

ثامنا : مُشغّل المشروع

١٣٧- تقوم شركة المشروع بتشغيل المشروع وإدارته وصيانته طوال فترة الامتياز ، وعادة ما تكون شركة التشغيل والصيانة إحدى الشركات التابعة للمساهمين في شركة

=أنشئت هذه المؤسسة تحت مظلة البنك الدولي عام ١٩٨٨ ولقد تصدت لحوالي ٩٠٠ ضمان بقيمة ١٧,٤ مليار دولار أمريكي في ٩٦ دولة ، وتهدف إلى دعم الاستثمار الأجنبي المباشر FDI في الدول النامية لتدعيم الحياة الاقتصادية في الدول النامية ومواجهة الفقر وتحسين مستوى معيشة الأفراد .

المشروع ، ويهدف هذا العقد الأخير إلى الحصول على أرباح من تشغيل المشروع تغطي سداد الأموال المستثمرة في المشروع ودفع الفائدة المستحقة عليها . وهنا ستعتمد ربحية المشروع على تكلفة الإنشاء والتشغيل المستمر ، ومدى استخدام الأعمال بكامل طاقتها ، والمبالغ التي تدفع نظير استخدام الأعمال . وفي أحوال أخرى قد يتم اختيار شركة التشغيل من خلال إجراء مناقصة عامة [٢١٨]

المطلب الثاني

مراحل الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية [٢١٩]

١٣٨- يمر مشروع الشراكة بعدة مراحل تبدأ منذ إبداء الدولة رغبتها في تشييد مرفق عام بأسلوب الشراكة ، وتنتهي بتمام تشييد المشروع . وفيما يلي بيان أهم تلك المراحل على النحو التالي :

المرحلة الأولى : الإعداد للمشروع واختيار المستثمر

١٣٩- تشمل هذه المرحلة جميع الأعمال والتصرفات التي تتم في سبيل الإعداد للمشروع وتحضير مستندات العطاء ، إلى أن يتم اختيار المستثمر وإرساء العطاء عليه.

---

[٢١٨] " التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص أ.د. هاني سري الدين ، ص ١٤٣ . مشار إليه سابقا .

[٢١٩] " عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص : سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب " بحث من إعداد أ.د. أحمد بوعشيق مقدم في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية تحت عنوان " نحو أداء متميز في القطاع الحكومي " في الفترة ١ :٤ نوفمبر ٢٠٠٩ بمعهد الإدارة العامة ، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات – الرياض – المملكة العربية السعودية .

اختيار المشروع وتحديد مواصفاته من قبل الدولة :

١٤٠- يتعين على الجهة الإدارية أن تقوم بتحديد احتياجاتها وأولوياتها . كما تقوم بإعداد دراسات الجدوى التمهيدية للمرفق أو للمشروع . فعليها أن تعالج البدائل التمويلية المختلفة وأن تجري المقارنة بين المزايا والعيوب في كل منها، فإذا انتهت إلى أن أفضل البدائل هو نظام الشراكة فيقع اختيارها على هذه الآلية.

وأيضاً على الجهة الإدارية في هذه المرحلة أن تدرس الجدوى الاجتماعية للمشروع وأغراضها التي تسعى إلى تحقيقها من وراء المشروع ، كما يجب على الجهة الإدارية أن تدرس الجدوى المالية للمشروع.

١٤١- وتتلخص هذه المرحلة في تحديد المشروع واحتياجاته وجدواه من الناحية المبدئية بما في ذلك جدواه الفنية والاجتماعية والمالية والاقتصادية . وتحديد ما إذا كان نظام الشراكة هو أفضل البدائل أم أن هناك بدائل أخرى يمكن اللجوء إليها.

وخلال هذه المرحلة لا تدخل الدولة في أي علاقات مع المستثمر ولكن قد تنشأ بين الحكومة أو الهيئة المعنية علاقات من نوع مختلف، فقد تلجأ الدولة في هذه المرحلة إلى مستشارين فنيين وماليين وقانونيين لكي يساعدوها على القيام بالدراسات القانونية والفنية اللازمة لدراسة جدوى المشروع، والتحضير لمستندات العطاء على نحو يتفق مع المعايير الدولية.

إعداد مستندات العطاء

١٤٢- وتشمل هذه المستندات الجوانب الفنية المرتبطة بوصف المشروع ومتطلباته وكذلك بيان الدعم الحكومي إن كان له مجال وأشكال هذ الدعم . ويجب أن تتضمن المستندات كذلك بصفة أساسية الاتفاقيات الرئيسية التي تنظم العلاقة بين الجهة المانحة للترخيص ، وشركة المشروع . ويجب أن تستوفي مستندات العطاء المعايير الدولية كما يجب أن تتم صياغتها بدقة وبشكل متوازن لجذب ثقة الشركات العالمية .

التأهيل

١٤٣- وهي مرحلة تمكن من استبعاد العناصر غير الجادة أو التي لا تتفق كفاءتها الفنية والمالية والبشرية مع طبيعة المشروع المعروض. وفي هذه المرحلة يجرى تصفية العروض، وبعد هذه المرحلة تقوم الجهة الحكومية بدعوة المتنافسين المؤهلين إلى تقديم عروضهم النهائية .

تقديم العروض المالية والفنية والتعاقدية :

١٤٤- تقوم الشركات المتنافسة بالإعداد لتقديم عروضها المالية والفنية والتعاقدية . وعادة ما تقوم عدد من الشركات بتكوين كونسرتيوم تعاقدي[٢٢٠] يضم أكثر من شركة من الشركات المتخصصة في أعمال المقاولات ، وكذلك جهات التمويل ، ويتضمن هذا الاتفاق الخطوط الرئيسية التي تنظم العلاقة بين هؤلاء الأطراف من حيث النشاط والغرض وكيفية التمويل وإدارة الشركة وغير ذلك من الالتزامات الرئيسية .

تقويم العطاء واختيار الكونسرتيوم الراسي عليه العطاء

١٤٥- وهذا التقويم لا يقتصر على السعر فحسب ، وإنما يجب أن تدل فيه عناصر أخرى مختلفة ، منها التقويم الفني للتصميم ، وكذلك ما يتضمنه من نوعية التكنولوجيا المستخدمة والتدريب ومصادر التمويل ، وما يرتبط بذلك من استهلاك للعملة الأجنبية في السوق المحلية ، وحجم المكونات المحلية التي تدخل ضمن أصول المرفق.

ويجب أن تتسم قواعد التقويم والاختيار بالشفافية ، لذا يجب أن تكون أسس التقويم من البداية واضحة وتتفق مع المعايير الدولية وطبيعة هذه المشروعات
وبعد عملية الاختيار ، تقوم الجهة الحكومية بدعوة الكونسرتيوم الذي أرسى عليه العطاء لإبرام اتفاقات المشروع الرئيسية .

---

[٢٢٠] راجع بند ١٢٩ .

المرحلة الثانية : مرحلة التنمية والإقفال المالي :

١٤٦- تقوم شركة المشروع في هذه المرحلة بإعداد المستندات التعاقدية التي يتم على أساسها تمويل المشروع وتصميمه وتشييده وتشغيله ، بما في ذلك اتفاقات التمويل . وفي هذه المرحلة ، يجب أن تقوم شركة المشروع بالتفاوض مع الشركات المقاولة لتشييد المشروع ، كما تقوم بإبرام كافة عقود التوريد اللازمة . وفي هذه المرحلة ، تقوم أيضا مؤسسات التمويل بدراسة جدوى المشروع الاقتصادية والفنية والمالية ومراجعة مستنداتها التعاقدية . وفي أغلب الأحوال تستلزم مؤسسات التمويل الدخول في اتفاقات مباشرة مع أطراف المشروع بما في ذلك الجهة الحكومية وشركات المقاولة والموردين لضمان قبولهم كمدينين أو كدائنين حلول مؤسسات التمويل أو من تختارهم المؤسسات محل شركة المشروع إذا أخفقت الشركة في تنفيذ التزاماتها .

١٤٧- وتعد هذه المرحلة من أكثر المراحل دقة وصعوبة لجميع الأطراف المشتركة ، وقد يزيد الأمر تعقيداً إذا اشترطت مؤسسات التمويل على شركة المشروع إجراء تعديلات إضافية في الاتفاقيات التي تم إبرامها بالفعل لكي تقوم بتمويل المشروع . وبعد إبرام كافة الاتفاقيات اللازمة لتنفيذ المشروع، وإبرام مستندات التمويل، وما يرتبط بها من اتفاقيات خاصة بالتأمينات العينية، والشخصية من رهن، وحوالة للحقوق وغيرها .

المرحلة الثالثة : تهيئة موقع المشروع لبدء التنفيذ

١٤٨- تعتبر هذه المرحلة بداية التنفيذ الفعلي للمشروع، ويجب على شركة المشروع أن تقوم بتهيئة موقع المشروع الذي يتعين على الدولة أن تسلمه إليها، وتضمن عدم تعرض الغير لها . يتم هذا التسليم بمحضر رسمي مكتوب يوقع عليه أطراف العقد، وهو أمر مهم نظراً لاتصاله بقدرة أطراف العقد على الوفاء بالالتزامات المتفق عليها.

المرحلة الرابعة : مرحلة التشييد

١٤٩- في هذه المرحلة تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق وبنائه، وفقاً للقواعد المتفق عليها في العقد، مع الالتزام الدقيق بالرسومات والتصميمات التي نص عليها العقد، وللإدارة أن تراقب عملية الإنشاء، ولها في سبيل ذلك تعيين مهندسين استشاريين لمتابعة هذا التنفيذ . ويكون المقاول في هذه الحالات عادة ، كونسرتيوم يضم أكثر من شركتين، وقد يكون بعضها أو جميعها تابعة للمساهمين في شركة المشروع.

١٥٠- وعقد المقاولة في إطار مشروعات الشراكة يأخذ في غالب الأحوال شكل تسليم مفتاح، وفي هذه الحالة يضطلع المقاول بمسؤولية التصميم والتوريد والتنفيذ، كما يتم تحديد السعر على أساس مبلغ إجمالي، كما يرتبط موعد إتمام تنفيذ الأعمال والتعويضات الاتفاقية ،والتعويضات الناجمة عن التأخير، وتوزيع المخاطر، وضمانات حسن التنفيذ ،والتأمين، وتسليم المشروع، وفترة الضمان في ظل عقد المقاولة، بالشروط والأحكام التعاقدية الواردة باتفاق الالتزام في ظل الترخيص. وتنتهي هذه المرحلة بإتمام تنفيذ المشروع وتسليمه إلى شركة المشروع أو المشغل وبدء مرحلة التشغيل التجاري.

المرحلة الخامسة : تشغيل المشروع وصيانته

١٥١- تتصل هذه المرحلة بتشغيل المشروع طوال مدة الترخيص أو الالتزام . وقد تقوم شركة المشروع بتشغيله وصيانته بمعرفتها، أو تقوم بإسناد عملية التشغيل والصيانة إلى إحدى الشركات المتخصصة. ويجب أن يتم التشغيل وفقاً للشروط الواردة في اتفاق الترخيص، وكذلك وفقاً لشروط اتفاق التشغيل الذي يبرم بين شركة المشروع والمشغل . ويجب أن يتضمن هذا الاتفاق نطاق أعمال والتزامات المشغل ومراحل

التشغيل، وأرباح التشغيل المستحقة لشركة التشغيل، وكيفية أدائها، ومدة عقد التشغيل والتأمينات، والتعويضات الناجمة عن الإخلال بأحكام هذا الاتفاق.

المرحلة السادسة : انتهاء الترخيص ونقل أصول المشروع إلى الدولة

١٥٢- يصل المشروع إلى مرحلته الأخيرة بانقضاء مدة الترخيص وإعادة جميع أصوله إلى الجهة مانحة الترخيص. ويجب أن يتضمن اتفاق الترخيص الأحكام والقواعد الأساسية المرتبطة بنقل الأصول، وكيفيتها ،والحالة التي يجب إعادة الأصول عليها، وكذلك تدريب العمال على تشغيل المرفق. كما يجب أن يعالج الاتفاق الضمانات المرتبطة بتنفيذ التزامات شركة المشروع فيما يتعلق بعملية نقل الأصول الثابتة وكذلك نقل التكنولوجيا المستخدمة في سبيل تشييد وتشغيل المشروع ، وصيانة موجودات المشروع وتوريد قطع الغيار.

١٥٣- وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن هذه المرحلة لا تتوافر بالضرورة في جميع أشكال الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، إذ توجد أشكال من الشراكة لا يقوم فيها القطاع الخاص بتسليم المشروع إلى الجهة مانحة الترخيص ، وبالتالي فإنه يحتفظ بملكية المشروع [٢٢١]. من ذلك على سبيل المثال نظام B.O.O (البناء . التشغيل . التملك - Build – Operate - Own) ويقصد بهذا النظام أن يقوم القطاع الخاص بتشييد المشروع وتشغيله وتملكه ولا يوجد أي التزام مُلقى على عاتقه بنقل ملكية المشروع إلى القطاع العام (جهة الإدارة) ولكنه يلتزم ببناء المرفق وتملكه وصيانته وتشغيله وتحمل جميع مخاطره . وهناك أيضا نظام B.L.O (البناء . التأجير . التملك Build – Lease - Own) إذ أنه في هذا النظام يقع على عاتق القطاع الخاص مسئولية تشييد المشروع على نفقته الخاصة وتأجيره إلى الغير أو إلى جهة الإدارة فترة من الزمن بمقابل، وبعد انتهاء مدة الإيجار إما أن يقوم بإعادة تأجير المشروع

---

[٢٢١] أنظر رسالتنا في الماجستير ص ٤٠ و ٤٣ . مشار إليها سابقا .

لذات الجهة أو إلى الغير . وفى هذا النظام لا يلتزم القطاع الخاص بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة بعد الانتهاء من تشييده أو الانتهاء من إيجاره إلى الغير فترة من الزمن .

المطلب الثالث

بعض تجارب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية

١٥٤- نعرض تحت هذا العنوان بعضا من التجارب الدولية في الشراكة بين القطاعين العام والخاص والمتعلقة بمشروعات البنية الأساسية على النحو التالي :

التجربة المصرية :

١٥٥- ساهم القطاع الخاص في العديد من مشروعات البنية الأساسية في مختلف القطاعات :

مطار العلمين :

١٥٦- تم إنشاء مطار العلمين بنظام الشراكة (B.O.T) وصدر قرار من مجلس الوزراء تحت رقم ٢ لسنة ١٩٩٨[٢٢٢] بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين لشركة " كاتو للاستثمار – شركة مساهمة مصرية " وفقا لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، ومدة العقد ٤٩ عاما ولا يجدد العقد سوى مرة واحدة . وتم افتتاحه للعمل في أكتوبر ٢٠٠٥ ، وأُبرم العقد بين حكومة جمهورية مصر العربية ، والممثلة في الهيئة المصرية العامة للطيران المدني ، وشركة كاتو

---

[٢٢٢] صدر القرار في ١٩٩٨/٩/٢ في الجريدة الرسمية ، العدد ٥٣ في سبتمبر ١٩٩٨ .

للاستثمار ، وذلك على مساحة ٦٤ كم ويقع على بعد ١٠ كم جنوب مدينة الضبعة ٦٠ كم غرب مدينة العلمين .

محطة كهرباء سيدي كرير :

١٥٧- تم إنشاء محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء بنظام الشراكة (B.O.O.T) وصدر قرار من مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ [٢٢٣] بمنح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء بقدرة ٥. ٦٨٢ ميجاوات ، لشركة انترجن سيدي كرير " شركة توصية بالأسهم " ، وتم إبرام اتفاقية شراء القوى الكهربائية بين كل من هيئة كهرباء مصر ، وهي هيئة تابعة لحكومة جمهورية مصر العربية [٢٢٤]، وبين شركة إنترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء ، وذلك بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٢ ، وتم الاتفاق على أن تكون تلك الاتفاقية سارية لمدة (٢٠) عاما . وتقع المحطة على البحر المتوسط على بعد حوالي ٢٩ كيلومتر غرب مدينة الإسكندرية على الطريق الساحلي بين الإسكندرية ومطروح [٢٢٥]، والغرض من إنشاء المحطة توفير الطاقة الكهربائية لمشروعات التنمية الصناعية والزراعية بالساحل الشمالي ودعم متطلبات قطاع السياحة بالمنطقة وضمان استمرار التغذية بالشبكة الكهربائية الموحدة . وتم انتاج الكهرباء عن طريق المحطة في ١٩٩٩/١٠/١٥ .

مشروع مستشفى المواساة الجامعي التخصصي :

١٥٨- قامت وزارة التعليم العالي ممثلة في جامعة الإسكندرية بتوجيه الدعوة إلى القطاع الخاص في مشاركة القطاع العام من خلال مناقصة عالمية لتمويل، وتصميم

---

[٢٢٣] صدر هذا القرار برئاسة مجلس الوزراء في ١٩٩٨/٧/٨ ، ونشر في الجريدة الرسمية في يوليو ١٩٩٨ .

[٢٢٤] صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء " هيئة كهرباء مصر " والتي تختص بتنفيذ المشروعات الخاصة بإنتاج القوى الكهربائية ونقلها وتوزيعها في أنحاء الجمهورية وإدارة محطات الكهرباء وتشغيلها وصيانتها وتنظيم حركة الأحمال على الشبكات الرئيسية في أنحاء الجمهورية وإجراء الدراسات والبحوث في كل ما يتعلق بنشاط الهيئة . منشور في الجريدة الرسمية في ١٢ فبراير سنة ١٩٧٦ – العدد ٧ .

[٢٢٥] الموقع الرسمي لشركة غرب الدلتا لإنتاج الكهرباء http://www.wdpcalex.com/

وإنشاء، وتجهيز، وتأثيث، وصيانة، وتشغيل، وتقديم خدمات غير إكلينيكية لمستشفى جامعي تخصصي ، وتم التوقيع في ٢٠١٢/٤/٣٠ بين جامعة الإسكندرية وتحالف بريق للمستشفيات [٢٢٦] ، على أن تكون مدة المشروع ٢٠ عاما . وسوف يتم تنفيذ المشروع على مرحلتين :

المرحلة الأولى : مستشفى سموحة الجامعي للولادة وبنك الدم ، المستشفى بسعة ٢٠٠ سرير .

المرحلة الثانية : مستشفى المواساة الجامعي ، سعة ٢٢٤ سرير والمزودة بمراكز امتياز لتقديم خدمات على درجة عالية من التخصص في مجال جراحات الأعصاب والمسالك البولية .

مشروع محطة معالجة مياه الصرف الصحي بالقاهرة الجديدة [٢٢٧]:

١٥٩- قامت وزارة مرافق مياه الشرب والصرف الصحي من خلال هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة بتوجيه الدعوة للقطاع الخاص للدخول في مشاركة مع القطاع العام من خلال مناقصة عالمية لتصميم وبناء وتمويل وتشغيل وإدارة محطة معالجة مياه الصرف الصحي بطاقة إجمالية قدرها ٢٥٠ ألف متر مكعب في اليوم لمعالجة مياه الصرف الصحي بمدينة القاهرة الجديدة ، ومدينتي ، والمستقبل . تم إبرام العقد في ٢٠٠٩/٦/٢٩ بين هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، وشركة أوراسكواليا [٢٢٨] وذلك لمدة ٢٠ عاما هي مدة المشروع .

١٦٠- **التجربة الاسترالية** [٢٢٩]: في إبريل ١٩٩٩ أبرمت (The Central Highlands Region Water Authority "the Water Authority") عقد

---

[٢٢٦] يتكون تحالف البريق للمستشفيات من شركة دار التجارة والمقاولات – ديتاك وشركة بريق للاستثمارات وتنمية المشروعات وشركة جى فور اس لإدارة المنشآت والأكاديمية العربية للخدمات الالكترونية والمعلوماتية .

[٢٢٧] الموقع الرسمي للوحدة المركزية للشراكة http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg

[٢٢٨] شركة " أوراسكواليا " هو تحالف بين شركة أوراسكوم للإنشاء والصناعة وشركة " أكواليا "الإسبانية .

[٢٢٩] المصدر : الموقع الرسمي لوحدة الكفاءة اليابانية http://www.eu.gov.hk/eindex.html

شراكة (B.O.O.T) لتصميم وتشييد وتشغيل وتحول لمحطة معالجة مياه في مدينة فيكتوريا مع الكونسورتيوم الفائز بالمناقصة (Thames Water Ballarat Pty Ltd and United Water) وذلك لإمداد مدينة Ballarat الاسترالية والمدن المجاورة بالمياه المعالجة ، لمدة ٢٥ عاما . وكانت تلك التجربة هي أول تجارب الشراكة المنفذة في مدينة فيكتوريا.

- وفي عام ٢٠٠٠ ، تم الانتهاء من أعمال التشييد بطاقة انتاجية ٦٥ مليون لتر مياه يومياً.

١٦١- **التجربة التركية**[٢٣٠]: منحت تركيا اثنين من الامتيازات لإعادة تأهيل محطات قائمة أو لإنشاء محطات جديدة في المطارات ومن ثم تشغيلها بأسلوب الشراكة (B.O.T) .

١٦٢- عام ١٩٩٧ منحت الحكومة التركية عقدا لمحطة مطار أتاتورك الدولي الجديدة في اسطنبول، ويعتبر هذا المشروع هو النسخة الأولى في مشروعات المطارات في العالم باستخدام أسلوب الشراكة ، وصاحب الامتياز هو تحالف TAV[٢٣١] بقيادة اثنين من مجموعات التشييد التركية . وقبل بناء المحطة الدولية الجديدة ، كان يتم تداول حركة المرور المحلية والدولية في محطة واحدة فقط ، وبعد إنشاء المحطة الجديدة ، أصبحت المحطة القديمة ، محلية فقط ، أما المحطة الجديدة ، أصبحت محطة عالمية تغطي مساحة ٢٦٤,٠٠٠ متر مربع ، وقد تم افتتاحها في يناير ٢٠٠٠ ، وبدأ تشغيل المرافق الإضافية عام ٢٠٠٤ ، وارتفعت السعة السنوية للركاب من ١٤ مليون إلى ٢٠ مليون راكب سنويا .

---

(٢٣٠) المصدر : " الدراسة المحدودة حول شراكة القطاع العام والخاص في قطاع النقل " دراسة تم اعدادها بواسطة مشروع النقل الأورومتوسطي – بمساعدة الاتحاد الأوروبي عام ٢٠٠٩ . ص ١٢٢ – نسخة الكترونية www.euromedtransport.org

(٢٣١) TAV هو تحالف بين أكبر شركتين للتشييد في تركيا ، تم تكوينه عام ١٩٩٧ بين كل من Tepe Construction (Tepe İnşaat Sanayi A.S.) and Akfen Construction (Akfen İnşaat Turizm ve Ticaret A.S.) الموقع الرسمي للتحالف http://www.tavconstruction.com/tav/About-TAV/History/History.aspx

وفي الثالث من يوليو ٢٠٠٥ تم إدراج المحطة الوطنية في امتياز البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وقد قام تحالف TAV بإعادة تأهيل هذه المحطة القديمة وظلت تشغلها منذ ذلك الحين . كذلك حصل ذات التحالف في عام ٢٠٠٥ على امتياز البناء والتشغيل ونقل الملكية لبناء وتشغيل مطار إسبونجا الجديد في أنقرة ، ويتكلف المطار الجديد حوالي ٢١٥ مليون يورو لبنائه وتم افتتاحه في عام ٢٠٠٦

١٦٣- **التجربة البريطانية :** تعتبر التجربة البريطانية في الشراكة مع القطاع الخاص ، من أنجح التجارب العالمية في ذلك المجال ، فالقطاع الخاص يلعب دوراً هاماً وحيوياً في مرافق البنية الأساسية في المملكة المتحدة البريطانية ، فالمشروعات التي تمت بين القطاعين العام والخاص في المملكة المتحدة بلغت قيمتها في الفترة من ٢٠٠٣ وحتى ٢٠٠٧ مبلغا وقدره ٢٩٨٩٢ مليون جنيه استرليني [٢٣٢] :

Table 1 PFI/PPP in UK government departments

Annual value of signed contracts, £m

	2003	2004	2005	2006	2007
Health	667	2628	998	3010	1706
Educn & Skills	373	456	749	1495	1514
Scottish Exec.	209	173	377	1003	1106
Defence	925	900	654	2674	1000
Transport	351	735	1021	150	727
ODPM	491	62	406	422	570
N.Ireland Ass.	105	60	18	390	382
DEFRA	145	35	---	421	175
Home Office	138	74	38	---	46
Welsh Assembly	---	82	---	42	17
DCA	---	40	---	---	---
Others	57	---	---	---	75
Total	**3461**	**5245**	**4261**	**9607**	**7318**

---

(٢٣٢) An Electronic Version of " IFSL Research – PFI in the UK & PPP in Europe 2008 " P2. March 2008 . www.ifsl.org.uk/research

فلقد أخذت بريطانيا مشاكلها بالنسبة لبنيتها الأساسية على محمل الجد وذلك عام ١٩٨٠، فلم تكن النتائج مرضية بالنسبة لوقت وتكلفة مشروعات بنيتها الأساسية، إذ كان من أهم الأسباب التي أدت إلى التعارض والاحتدام بين القطاع العام والمقاولين في الغالبية العظمى من المشروعات مما أدى إلى فقر في أداء وصيانة عدد من القطاعات كالصحة والتعليم وغيرها من القطاعات الخدمية العامة .

أما بالنسبة لقطاع البترول والغاز، فإنهما يعتبران من الأمثلة التي استطاعت استئصال التعارض بين مسئولي المشروع والمقاول، حيث قدمت نتائج مذهلة من حيث التكاليف ومواعيد التسليم والصيانة على مدار حياة المشروع، بمعنى آخر، أنه بتسيير الأمور بشكل مختلف منذ بداية المشروع يتوائم مع المعايير إلي تجنب الوقوع في نتائج غير مرضية، من الممكن أن تؤثر على سير حياة المشروع .

- لقد تغيرت مواقف كلا القطاعين العام والخاص نتيجة تطبيق برنامج الخصخصة على نطاق واسع، إذ تطورت العقود المبرمة بين القطاعين وازدادت خبرة في قطاع الطاقة والمياه والنقل.

١٦٤- انطوت مبادرة التمويل (PFI) من جانب القطاع الخاص للمشاركة والتعاون مع القطاع العام على تطوير الخدمات العامة والبنية الأساسية، وكان المبدأ الأساسي للقطاع العام هو اقتسام المخاطر وتوزيعها في المشروعات، بأن يكون القطاع الخاص مسئولاً عن تلك المخاطر التي يستطيع أن يديرها بأفضل أسلوب لتجنب نتائجها . ومن المخاطر التي يتحملها القطاع الخاص للحصول على أفضل النتائج من حيث العائد المادي هي تلك المخاطر المتعلقة بالتمويل والتصميم والبناء وتوصيل الخدمات في حالة التشغيل الكاملة، ولا يتم الدفع النقدي للمقاول حتى يتم تسليم المنشأة .

كما تقع مسئولية صيانة المنشأة على عاتق المتعهد أثناء حياة المشروع وتطبق عليه جزاءات وعقوبات في حالة فشله في توصيل أو تحقيق المستوى المطلوب المتفق عليه [٢٣٣] .

١٦٥- ويشير الجدول التالي إلى حجم مساهمة القطاع الخاص في مرافق البنية الأساسية في المملكة المتحدة عن عام ٢٠١٢:

Portfolio of current PFI projects across Government [٢٣٤]

Total capital costs million £	Number of projects	Department
11.614.3	118	Department of Health
9.131.5	46	Ministry of Defence
7.731.1	166	Department for Education
7.349.4	62	Department for Transport
5.692.8	85	Scottish Government
3.843.8	28	Department for Environment, Food and Rural Affairs
2.340.5	64	Department for Communities and Local Government
1.999.8	39	Northern Ireland Executive
1.085.7	4	Department for Work and Pensions
862.1	8	HM Revenue and Customs
850.8	25	Home Office
798.6	23	Ministry of Justice
543.4	24	Welsh Assembly
348.9	17	Department for Culture, Media and Sport
331.0	1	GCHQ
141.0	1	HM Treasury
91.0	1	Foreign and Commonwealth Office
21.8	1	Department for Business, Innovation and Skills
18.2	1	Crown Prosecution Service
12.0	1	Cabinet Office
4.4	1	Department for Energy and Climate Change
54.712.1	717	Total

---

[٢٣٣] أنظر رسالتنا في الماجستير ص ١٦١ . مشار إليها سابقا .

[٢٣٤] UK Private Finance Initiative Projects : Summary data as at March 2012" – P6.
Source : HT Treasury http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_pfi_stats.htm

١٦٦- **التجربة الماليزية (مشروع طريق الشمال – الجنوب السريع)**[٢٣٥] : بدأت ماليزيا في الاتجاه إلى تمويل مشروعات بنيتها الأساسية من قبل القطاع الخاص في منتصف الثمانينات، ويعد مشروع الطريق السريع الشمالي الجنوبي مع جسر بينانج وطريق كوالالمبور – كراك السريع (North – South Expressway) والذي يبلغ طوله ٩٠٠ كم أحد أكبر المشروعات التي يتم تمويلها عن طريق الشراكة باستثمارات بلغت ٣,٥ مليار دولار أمريكي .

١٦٧- كان من المخطط تنفيذ هذا المشروع بالأسلوب التقليدي عبر التمويل الحكومي ، إلا أن التنفيذ توقف بعد تشييد قسم من الطريق بسبب عدم إمكانية تمويله من الموازنة العامة للدولة، وكان استخدام أسلوب الشراكة هو الحل المتبقي أمام الحكومة لإتمام المشروع ، ولذلك فقد اتخذت الحكومة الماليزية هذا القرار فعلا وتم توقيع اتفاقية المشروع عام ١٩٨٧ مع مكتب المهندسين المتحدين في ماليزيا لتنفيذ الـ ٥٠٤ كم المتبقية من المشروع ، ويتضمن العقد مسئولية الشركة عن تشييد بقية المشروع وإتمامه خلال مدة ٧ سنوات ، وكذلك إتمام القسم المنجز من الطريق وتحديثه وصيانته وتشغيل كامل المشروع طوال مدة الامتياز ، مقابل السماح لشركة المشروع بتحصيل الأجرة من السيارات التي تستخدم الطريق وذلك لمدة ٣٠ عاما .

١٦٨- وبعد توقيع عقد الامتياز ، شكل المهندسون المتحدون شركة المشروع باسم (Project Lebuhraya Utara- Seletum, PLUS) وبموجب هذا العقد ، ستحصل الشركة على دخل سنوي يتجاوز ٤٠٠ مليون دولار أمريكي ، بالإضافة إلى أرباح تتجاوز ١٥٠ مليون دولار أمريكي قبل الضرائب في مرحلة التشييد ، وهو ما يميز مشروعات الطرق حيث يمكن تحصيل العائدات أثناء التشييد وذلك بالنسبة للأجزاء المنفذة من المشروع .

---

[٢٣٥] " نحو بناء نظام متكامل لاستخدام عقود البناء والتشغيل والنقل (في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية) " رسالة دكتوراه للدكتور / محمد غازي الجلالي – ص ٢١٣ . مشار إليها سابقا .

وقد قدمت الحكومة الماليزية لشركة المشروع الضمانات والحوافز التالية :

- تقديم قرض لشركة المشروع يبلغ ٦٠ مليون دولار أمريكي لمدة ١١ سنة بمعدل فائدة ٨ بالمائة و١٥ سنة فترة سماح .
- ضمان حجم المرور على الطريق خلال مدة ١٧ عاما الأولى لتشغيل المشروع .
- دعم المشروع في مواجهة المخاطر عبر مواجهة مخاطر تغير سعر الصرف أو تغير معدلات الفائدة خلال الـ ١٧ سنة الأولى من تشغيل المشروع .

المبحث الثاني

التزامات أطراف مشروع الشراكة

١٦٩- تمهيد : عرضنا في المبحث السابق لأطراف مشروع الشراكة ، و كذلك الدور المنوط بكل طرف علىّ حدة. ونستعرض في هذا المبحث التزامات كل طرف من أطراف مشروع الشراكة ، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن التزامات أطراف مشروع الشراكة تختلف بحسب اختلاف المشروع المراد تشييده وتشغيله، إلا أنه بصفة عامة يمكن إجمال الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق كل طرف ، وذلك على النحو التالي:

أولا : الحكومة المضيفة

١٧٠- بجانب الالتزامات العامة الملقاة على عاتق الدولة المضيفة لمشروع الشراكة ، باعتبارها طرفاً في العقد وما يلزمها به القانون من نصوص تعاقدية ، والتزامات تعاقدية عامة ، فإنه على وجه الخصوص تلتزم الدولة في مشروعات الشراكة بعدة التزامات كي تستوعب أكبر قدر ممكن من مساهمات القطاع الخاص في مشروعات بنيتها الأساسية ، وبالتالي فلزاماً على الدولة أن تقوم ببناء استراتيجيتها الخاصة

لتطبيق مفهوم الشراكة انطلاقاً من احتياجاتها وخصوصيتها ، إذ ينجذب القطاع الخاص في الاستثمار في الدول النامية ذات الدخل القومي المرتفع نسبياً، والتي تحافظ على سعر الصرف ومعدلات التضخم ، وكذلك توافر بيئة قانونية ومؤسسية مناسبة ، واستقرار سياسي [٢٣٦]

١٧١- تتضمن استراتيجية الشراكة على مستوى الدولة عدة خطوات على النحو التالي [٢٣٧] :

تشجيع مساهمة القطاع الخاص : لا بد من قيام حكومة الدولة المضيفة بتوضيح التزامها الكامل بمساهمة القطاع الخاص ، ولابد من العمل على بناء إجماع سياسي عام لقبول هذا الالتزام ، ويتم ذلك غالباً عبر تحقيق الأهداف الثلاثة التالية :

١- على الحكومة إقناع المستثمرين من القطاع الخاص ودائنيهم بالتزامها القومي بمشروعات البنية ألأساسية .

٢- على الحكومة السعي للحصول على القبول العام ، ويعتبر ذلك أمراً جوهرياً بالنسبة للرأي العام الذي اعتاد الحصول على الخدمة مجانا أو بأسعار منخفضة من القطاع العام .

٣- التأكد من دعم جماعات المصالح في الدولة كالإدارات العامة ، واتحادات العمال .

---

[٢٣٦] يعتبر الاستقرار السياسي للدولة هو أهم العوامل التي تحفز القطاع الخاص وتدفعه إلى الاستثمار والدخول في شراكة مع القطاع العام ، ومثال على الأثر السلبي لعدم الاستقرار السياسي وما يترتب عليه من انخفاض معدلات الاستثمار لتبني مشروعات الشراكة ، ما يحث أثناء كتابة هذه السطور في دول ما يسمى بدول " الربيع العربي " فالصراعات والاضطرابات السياسية بين الفصائل المختلفة للسيطرة على المشهد السياسي لتلك الدول ، من شأنه إحجام المستثمرين عن المغامرة وضخ أموالهم واستثماراتهم في تلك الدول . وبالتالي تلجأ تلك الدول إلى الاقتراض الداخلي أو الدولي من بعض الدول أو بعض المنظمات والمؤسسات الدولية ، مادام لا يوجد لدى تلك الدول مصدر دخل قومي يكفل لها القيام بأداء التزاماتها تجاه مواطنيها .

[٢٣٧] " UNIDO BOT Guidelines 1996 " P. 40 سابق الإشارة إليه ، أنظر أيضا " EIC White Book on BOT/PPP" Published by European International Contractors , Page 4 - April 2003. ISBN 3-980825-4-4

١٧٢- كذلك من أشكال تشجيع القطاع الخاص ، تقديم الدعم الحكومي له والذي تتعدد أشكاله [٢٣٨] ، فقد يكون توفير الدعم الحكومي المباشر ، سواء كان في شكل ضمانات مالية أو قروض من القطاع العام أو تأكيدات تتعلق بالعائد ، عنصراً هاماً في هيكلة المشروع المالية. قد يخول للحكومة في بعض الحالات صلاحية تقديم قروض بلا فوائد أو بفائدة مخفضة إلى شركة المشروع لتقليل تكلفة تمويل المشروع، غير أن ضمانات القروض الحكومية قد تعرض الأخيرة للمخاطر ، خصوصا في حالة اخفاق شركة المشروع .

١٧٣- وقد ترى حكومة الدولة المضيفة مشاركة القطاع الخاص في رأسمال المشروع، وقد تساعد تلك المشاركة في تحقيق تناسب أفضل بين رأس المال والديون عن طريق استكمال رأس المال الذي توفره الجهات الراعية للمشروع . وقد يكون استثمار الحكومة في رأس المال مفيداً أيضا في تلبية الشروط القانونية للبلد المضيف فيما يتعلق بتشكيل الشركات المنشأة محلياً .

البيئة القانونية المناسبة : يعتبر بناء الإطار القانوني المناسب لمشروعات الشراكة من الوسائل الجوهرية والتي يقوم المستثمر على أساسه بتحديد معدلات الفائدة المرتبطة بما يعرف بالمخاطر المرتبطة بالدولة [٢٣٩] وينبغي على الدولة مراجعة تشريعاتها للتأكد من :

١- هل هناك حاجة لاستصدار تشريعات جديدة أم أن التشريعات الحالية كافية ؟
٢- إذا كانت هناك حاجة لقانون أو تشريع خاص ، فما هي البنود التي يجب أن يتضمنها القانون ، وما هي المسائل التي يمكن تركها للتفاوض ؟

---

[٢٣٨] " دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص " ص ٥٦ . مشار إليه سابقا.

[٢٣٩] راجع بند ٦٥ سابقا .

٣- هل يمكن أن تتحقق الرقابة الحكومية عبر تشريع أو لائحة ؟ أم يمكن الاكتفاء بالتوجيهات الإدارية ؟

تحديد السلطة المخولة بالتعاقد وفق أسلوب الشراكة :

١٧٤- ينبغي على الحكومة أن تستصدر التشريع المناسب الذي يحدد السلطة المخولة بتوقيع اتفاقات الشراكة ، وتحديد التزاماتها وصلاحيات هذه السلطة [٢٤٠] . إذ غالباً ما تقوم الدول النامية بإصدار تشريعات تحفز الاستثمار الأجنبي المباشر ، وينبغي أن تتضمن تلك التشريعات :

- حق تحويل العملة المحلية إلى عملة أجنبية بسعر صرف مناسب ، وحرية إخراج العملة الأجنبية .
- تعويض المستثمر عبر دفع كامل ديونه ومستحقاته في حالة سحب الحكومة للمشروع وقبل انتهاء مدته .
- تبسيط إجراءات الاستيراد وتخفيض الجمارك على الآلات والمعدات اللازمة ومواد ومكونات التشييد والتشغيل والصيانة .

البيئة الإدارية لمشروعات الشراكة :

١٧٥- ينبغي على الحكومة أن تقوم بتأمين بيئة إدارية فعالة لضمان نجاحها في تبني استراتيجية الشراكة ، إذ أن الأساليب البيروقراطية المعقدة ، ونقص صلاحيات جهة الإدارة لاتخاذ القرارات ، تعتبر من العوائق التي تواجه التطبيق الأمثل للشراكة ، لذلك فإنه يجب الأخذ في الاعتبار توفير المتطلبات الآتية :

---

[٢٤٠] مثال على ذلك ، أنظر بند ١٧٠ سابقا .

- **التخطيط والتنسيق** : على الحكومة عند تبنيها لمشروع من مشروعات البنية الأساسية المنفذة بأسلوب الشراكة ، أن تأخذ على عاتقها المسئوليات الآتية :

١- رسم السياسة الحكومية المتعلقة بالشراكة واختيار القطاعات المناسبة لتطبيق أسلوب الشراكة .

٢- اقتراح التشريعات واللوائح الإدارية لتشجيع مشروعات الشراكة .

٣- وضع القواعد لتحقيق وتنسيق الأساليب الإدارية من قبل الوزارات والهيئات الحكومية والسلطات المحلية .

٤- التأكد من إجراء التحليل المالي والاقتصادي لتلك المشروعات .

٥- البدء في صياغة الاتفاقيات النموذجية والمصادقة على أي تغييرات تتم عليها .

- **الحوافز الحكومية** : يمكن تأمين الحوافز الحكومية لمشروعات الشراكة بأشكال مختلفة ، منها :

١- الحوافز والامتيازات الضريبية : يؤثر النظام الضريبي في المشروعات بشكل كبير ، إذ أن تخفيض الضرائب سيؤدي إلى خفض التدفق النقدي المطلوب من المشروع تغطيته ، ويمكن أن تتضمن الإعفاءات الضريبية ما يلي :

- الإعفاء من ضريبة الشركات خلال فترة الامتياز .
- إعفاء فريق المشروع الأجنبي من ضريبة الدخل .
- الإعفاء أو تخفيض ضريبة الممتلكات .
- الإعفاء أو تخفيض الرسوم الجمركية على المعدات والمواد ومكونات التشييد والصيانة والتشغيل للمشروع .

٢- تقديم الحكومة للأرض وغيرها من التسهيلات : في معظم مشروعات الشراكة تقوم الحكومة بتقديم واحد أو أكثر من التسهيلات التالية :

- تأمين الأرض التي سيتم عليها بناء المشروع وطرق الوصول إليها.
- تنفيذ الحكومة للبنية الأساسية اللازمة لتنفيذ المشروع كالطرق وخطوط الكهرباء والاتصالات .

- التأكد من حرية الموردين في استيراد المواد والمعدات .

٣- السماح للمستثمر بالاستفادة من الأصول المجاورة للمشروع : يمكن للحكومة تحفيز المستثمرين على تنفيذ بعض المشروعات عبر السماح لهم بتشييد مرافق مجاورة للمشروع تعينهم على إتمام تشييد المشروع .

٤- اتفاقية شراء الطاقة : عادة يتم توقيع تلك الاتفاقية بين الحكومة أو إحدى هيئاتها في مشروعات محطات الطاقة ، وتتضمن التزام الحكومة بشراء كامل الطاقة التي تنتجها المحطة ، وبالتالي تتحمل الحكومة لمخاطر تدني الطلب على الطاقة المنتجة من المشروع .

ثانيا : القطاع الخاص

١٧٦- يلعب القطاع الخاص دور الشريك الرئيسي والأساسي في عملية الشراكة مع القطاع العام ، والسبب في ذلك هو الدور المنوط به القطاع الخاص في عملية التصميم والتمويل والتشييد والتنفيذ والتشغيل والصيانة والتدريب . فالإمكانيات الفنية والمادية والتكنولوجية التي يتمتع بها القطاع الخاص تجعله اللاعب الرئيسي في عملية الشراكة .

١٧٧- تتنوع التزامات القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية المشيدة بأسلوب الشراكة بحسب النمط التعاقدي بين أطرافه ، فتلك الالتزامات تختلف بحسب شكل المشاركة ، بحيث أنها قد تقتصر على التمويل والتشييد فقط دون التشغيل ، أو التشييد والصيانة فقط دون التمويل ، أو التمويل والتشييد والتشغيل فقط دون التزام بنقل الملكية [٢٤١] ، إلا أنه بوجه عام يمكن بيان تلك الالتزامات العامة على النحو التالي :

---

[٢٤١] مع تحفظنا على اصطلاح " نقل الملكية " ، فكما هو معروف أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية ومن أهم خصائصه الدوام، فالملكية لا يجوز أن تقترن بأجل فاسخ أو واقف وإلا كانت الملكية مؤقتة واقتران الملكية بأجل=

- **إعداد التصميمات والرسومات اللازمة لعملية التشييد :**

١٧٨- يلتزم القطاع الخاص بإعداد التصميمات والرسومات اللازمة لتشييد المرفق / المشروع ولابد أن تكون تلك التصاميم والرسومات مطابقة للغرض الذي أُعد من أجله، والتزام القطاع الخاص في هذا الشأن هو التزام بتحقيق نتيجة ، وليس فقط ببذل عناية. كما يجب أن يتفق التصميم ويتماشى مع المواصفات الفنية والمعايير القياسية وفقا لما تشترطه الدولة وبما لا يخالف تشريعاتها الخاصة بالبناء والتشييد .

- **إقامة الأبنية والمنشآت اللازمة للمشروع :**

١٧٩- كذلك يلتزم القطاع الخاص بتوفير معدات التشييد والأيدي العاملة وتزويد موقع البناء بالمستلزمات الأساسية من كهرباء وتمهيد للطرق ومياه وغير ذلك من مرافق لازمة مالم ينص عقد الشراكة على انتقال هذا الالتزام إلى عاتق الدولة ، وعليه مراعاة إجراءات الحفاظ على السلامة العامة واتباع التدابير والإجراءات واللوائح الضرورية لتحقيق ذلك الغرض ، وكذلك الحفاظ على الآلات والمعدات واتباع كافة القواعد والقوانين اللازمة للحفاظ على السلامة العامة في البلد المضيف.

- **الالتزام بنقل التكنولوجيا :**[٢٤٢]

=يتنافر تنافراً تاماً مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشتمل عليها . (الدكتور / عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني " تنقيح المستشار / مدحت المراغي – الجزء الثامن " الملكية " طبعة ٢٠٠٦ ص ٥٠٢ ، مشروع مكتبة المحامي . لذلك فإنه يمكن القول أنه في الفترة التي يكون فيها المشروع في حيازة القطاع الخاص، يكون له حق انتفاع على المشروع بحسب المدة المتفق عليها بينه وبين جهة الإدارة، وحق الانتفاع يتيح للقطاع الخاص الحق في استعمال واستغلال المشروع دون التصرف فيه . (ذات الرأي ، أ.د. محمد الرويي ، مؤلفه بعنوان " عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص " ص ٢٣ . مشار إليه سابقا).

[٢٤٢] راجع بند ٧٦ فقرة ج . كما تعرف المادة ٧٣ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ٢٠٠٠ عقد نقل التكنولوجيا بأنه " اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل=

١٨٠- يعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق القطاع الخاص ، خاصة في مشروعات البنية الأساسية ، وكذا التدريب على استخدام تلك التكنولوجيا من قبل متدربي الدولة ، وبشكل خاص يلتزم القطاع الخاص بالآتي :

(أ) الافصاح عن كيفية استخدام التكنولوجيا الاستخدام الأمثل لتحقيق أعلى فائدة ممكنة ، وكذلك الافصاح عن الأخطار المتولدة عنه (إن وجدت) .

(ب) الالتزام بتقديم كافة المستندات والوثائق والبيانات والمعلومات الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا المستخدمة .

(ج) الالتزام بالإخطار عن التحسينات التي تدخل على التكنولوجيا أثناء فترة تشغيل المشروع .

- من أهم طرق نقل التكنولوجيا بالنسبة لمشروعات البنية الأساسية هي تدريب موظفي أو عمال الجهة المانحة والذين سيتولون مهام التشغيل فيما بعد تسليم المشروع إلى تلك الجهة، وذلك لنقل المعلومات التقنية والمهارات اللازمة لإدارة وتشغيل وصيانة المرفق وسائر الأعمال على نحو سليم ، والنقل يكون من الملتزم أو أي من مقاوليه وفق ما تقتضيه الظروف ، وحتى تتمكن الجهة المانحة للالتزام من تحديد متطلبات التدريب الذي تبتغيه في طلب بيان منظم يبين فيه الشروط التي يجب أن تتوافر في الأشخاص الذين سيقومون بعمليتي التشغيل والصيانة ، والمؤهلات التي يجب أن يحصلوا عليها . وينبغي أن يتفق بوضوح على نطاق ومدى الالتزامات التي تقع على عاتق صاحب الامتياز بشأنه ، فيجب تحديد مدة التدريب والاتفاق على محتوى برنامج التدريب .

=معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ، ولا يعتبر نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع . ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص استعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا ، أو كان مرتبطا له " نشر قانون التجارة المصري في الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في ١٩٩٩/٥/١٧ المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ٢٠٠٠ المنشور في الجريدة الرسمية في ٢٠٠٠/٧/١٢ العدد ٣٠ المنظم لنصوص نقل التكنولوجيا في مواد من ٧٢ إلى ٨٧ .

- **الالتزام بالتشغيل والصيانة :**

١٨١- يلتزم القطاع الخاص (وهو عادة ما يكون أحد أطراف الكونسرتيوم الفائز بامتياز المشروع) بعدة التزامات في خصوص تشغيل المشروع وصيانته ، لا تختلف تلك الالتزامات بصفة عامة من مشروع لآخر . فيلتزم بمراعاة المعايير والأسس الفنية المتبعة في تشغيل هذا النوع من المشروعات ، وكذلك مراعاة معايير الجودة العالمية . ذلك أن الذي يميز القطاع الخاص عن القطاع العام هو القدرة على إدارة وتشغيل المشروع والاستفادة منه على النحو الأمثل ، وكقاعدة عامة يلتزم القطاع الخاص باتباع اللوائح والقوانين السارية المعمول بها في الدولة المضيفة .

١٨٢- كذلك يلتزم القطاع الخاص بصيانة معدات وآلات المشروع طوال فترة التشييد والتشغيل كي تستطيع أداء عملها حتى بعد تمام انتهاء فترة الامتياز ، ولا يلتزم القطاع الخاص بالصيانة الدورية فقط ، وإنما يلتزم بتطوير تلك المعدات بما يتوائم مع التحديات المستقبلية . كما يلتزم أيضا القطاع الخاص بالحصول على التراخيص والموافقات والتصاريح اللازمة للبدء في التشييد والتشغيل ، وذلك مقابل التزام من جهة الإدارة أن تقوم بتسهيل عملية الحصول على تلك الموافقات .

ثالثا : جهات التمويل والمؤمنون والموردون

١٨٣- نظراً لضخامة التمويل المطلوب في مشروعات البنية الأساسية ، فإنه من العسير قيام جهة تمويل وحيدة تقوم بتمويل المشروع بأكمله ، وإنما يتم تكوين اتحاد فيما بين جهات التمويل المختلفة – سواء أكانت بنوك أم مؤسسات تمويل دولية أو محلية – ويتم التمويل عن طريق القرض / المشترك Syndicated Loan الممنوح

بحيث تقوم كل من جهات التمويل المختلفة بالمشاركة بنسبة معينة في تمويل المشروع . وتقوم جهة من جهات التمويل – عادة ما تكون الجهة صاحبة نسبة المساهمة الأكبر في التمويل – بتولي عملية إدارة القرض وكذا التنسيق فيما بين الاتحاد وشركة المشروع .

١٨٤- إن الالتزام الأساسي والرئيسي لجهات التمويل في مشروعات البنية الأساسية هو تمويل المشروع فيما يحتاجه من تدفقات نقدية ، ويتم ذلك على دفعات بحسب احتياج المشروع للتمويل . وفي كثير من الأحيان قد تساهم الدولة بجزء من التمويل وذلك في محاولة منها لعدم فقدها السيطرة أو الرقابة على المشروع ، إذ قد تشترط الدولة أو جهة الإدارة على القطاع الخاص الحصول على جزء من التمويل من البنوك العاملة داخل إقليمها وعادة ما تكون من البنوك الوطنية ، في محاولة منها لإنعاش السوق الاقتصادي، وأن يكون باقي التمويل من الخارج . إذ قد يحدث أن يقوم القطاع الخاص بالحصول على التمويل عن طريق قروض من البنوك الوطنية بضمان أرض المشروع ، وهو ما لا يؤدي إلى إنعاش السوق المحلي للدولة .

١٨٥- ذكرنا سابقا [٢٤٣] أن المخاطر التي تكتنف مشروعات البنية الأساسية متعددة وأن الضمانات المقدمة من قبل القطاع الخاص لا تكفي وحدها لتغطية تلك المخاطر، لذلك فإن شركات التأمين تلعب دوراً محورياً في ضمان سير تلك المشروعات ويتولى مسئولية التأمين إما رب العمل (جهة الإدارة)، وإما المقاول (القطاع الخاص) وحيثما يكون المقاول هو الطرف المؤمن [٢٤٤] فعليه إبرام كل تأمين مع المؤمنين وفق الاشتراطات التي وافق عليها رب العمل، وتكون لتلك الاشتراطات أولوية على بنود عقد التأمين . أما حيثما يكون رب العمل هو الطرف المؤمن –

---

[٢٤٣] بند ١٣٥ .

[٢٤٤] " شروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة بمعرفة رب العمل " ترجمة وإعداد أ .م. جمال الدين نصار ، ص ١٦٠ . سابق الإشارة إليه .

وهي حالة غير معروضة في كثير من الأحيان لأن جهة الإدارة عادة ما تبغي إلقاء كامل المسئولية والالتزامات التأمينية على عاتق القطاع الخاص – فإنه يتم إبرام كل تأمين وفق الاشتراطات المتفقة مع كل حالة تأمينية على حدة .

١٨٦- ويلتزم المؤمن بشكل عام أن يغطي كافة الأضرار المتعلقة بالمشروع وكذا التأمين على المعدات والآلات والتجهيزات ، والتعويض في حالة إصابة الأشخاص أو الإضرار بالممتلكات العامة أو الخاصة ، والتعويض في حالة إصابة العمال ، كل ذلك إذا ما تحققت شروط استحقاق التعويضات المتفق عليها في عقد التأمين .

١٨٧- كما يتطلب تشييد وتشغيل مشروعات البنية الأساسية العديد من الآلات والمعدات والمواد اللازمة للتشييد وكذا تشغيل المرفق وصيانته ، وبالتالي فإن شركة المشروع لزاما عليها أن تضمن توريد مستلزمات التشييد بشكل لا يؤثر على سير المشروع ، ويأتي دور المورد لضمان استمرار توريد المواد اللازمة لوفاء شركة المشروع بالتزاماتها ، و يبرم عقد يسمى " عقد التوريد " بين شركة المشروع ، وآخر – سواء أكانت شركة واحدة أو تجمع للشركات – بمقتضاه تلتزم الأخيرة بتوريد المعدات و مواد التشييد والتشغيل والصيانة بما يتفق مع أهداف المشروع . وعقد التوريد – وفقا للنظام القانوني المصري – قد يكون عقدا إداريا – إذا ما توافرت فيه شروط العقد الإداري[٢٤٥] – أو عقدا مدنيا ، ويعرف فقها بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام ، وفرد أو شركة يعد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين " [٢٤٦] . والالتزام الأساسي والرئيسي للمورد هو توريد ما هو متفق عليه مع شركة المشروع على نحو يضمن سريان عملية التشييد والتشغيل للمشروع .

---

[٢٤٥] راجع سابقا بند ٥١ .

[٢٤٦] " الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة " أ.د. سليمان محمد الطماوي ، ص ١١٨ – دار الفكر العربي طبعة ٣ سنة ١٩٧٥ .

ولما كانت عقود التوريد من العقود المستمرة ، فإن المورد ملتزم بالاستمرار في التوريد على النحو المتفق عليه بين الطرفين والالتزام بالمواصفات والكميات وكذا المواعيد نظرا لارتباط عملية التوريد بمرفق عام وما قد يسببه التوقف في إمدادات التوريد من خطر الإضرار بهذا المرفق ، لذا فإن التزام المورد من أهم الالتزامات بتحقيق نتيجة ألا وهي ضمان التوريد في الميعاد وبالكميات وبالمواصفات المتفق عليها .

الخلاصة : استعرضنا الأطراف المشاركة في مشروعات البنية الأساسية المقامة بأسلوب الشراكة ، ورأينا تعدد تلك الأطراف ومدى تشابك العلاقات الناتجة عن إبرام عقود تشييد تلك المشروعات ، وكذا مسئولية كل طرف عن إتمام المهمة المسئول عنها حتى لا يتأثر المشروع ويتعرض للتوقف نتيجة لإخلال أحد الأطراف بالتزاماته . كما رأينا تعدد مراحل تشييد المشروع المقام بأسلوب المشاركة . و عرضنا للتجارب الوطنية والإقليمية والدولية في الأنظمة التي تبنت هذا الأسلوب ، والتي بلغت فيها تكاليف تصميم وتشييد وتشغيل وإدارة تلك المشروعات مليارات الدولارات مما يفهم منه أهمية وخطورة تلك المشروعات على الناتج القومي للدولة المضيفة لتلك المشروعات

الباب الثاني

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص

١٨٨- نخصص هذا الباب للحديث عن التحكيم بوصفه الوسيلة الأكثر انتشاراً في تسوية المنازعات التجارية الدولية ،وكذا منازعات مشروعات الشراكة (الفصل الأول) ، وخصوصية التحكيم في مشروعات الشراكة لما لها من دور حيوي في تنمية اقتصاديات الدول (الفصل الثاني) ، وذلك على النحو الآتي بيانه .

الفصل الأول

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية

١٨٩- نستعرض في هذا الفصل عددا من الموضوعات الخاصة بالتحكيم باعتباره أنسب الوسائل البديلة لتسوية ما ينشأ من منازعات بين الأطراف في العلاقات التجارية خاصة الدولية منها ، ونستطرد في عرض تلك الموضوعات على النحو التالي :

الفرع الأول : التفرقة بين التحكيم وغيره من وسائل تسوية المنازعات ، وأنواعه

الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم وآثاره

الفرع الثالث : هيئة التحكيم

الفرع الأول

التفرقة بين التحكيم وغيره مما قد يختلط معه ، وأنواعه

١٩٠- ينقسم هذا الفرع إلى مبحثين ، نبحث في أولهما التحكيم وما يتشابه معه من وسائل والتفرقة بينهما ، و في ثانيهما نبحث أنواع التحكيم وخصائص كل منها ، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول

مقارنة التحكيم بغيره من وسائل تسوية المنازعات

١٩١- **تمهيد :** استعرضنا سابقاً في الفرع الأول من الفصل الثاني من الباب الأول [٢٤٧] الوسائل السلمية البديلة عن التقاضي لتسوية المنازعات ، وذكرنا فيها الوساطة ، والتوفيق ، وأعمال الخبرة ، والصلح ، وغيرها من الوسائل المتبعة لتسوية المنازعات التجارية ، وأرجأنا الحديث عن التحكيم باعتباره أهم الوسائل المتبعة لتسوية تلك المنازعات وأكثرها قبولا وانتشارا.

- ولما كان التحكيم باعتباره وسيلة من وسائل تسوية المنازعات شأنه شأن بقية الوسائل الأخرى لتسوية تلك المنازعات ، لذلك فإننا نرى لزاما علينا أن نفرق بين التحكيم وبين بقية الوسائل المعروفة لتسوية المنازعات لنبين الفوارق بينهم بحيث يتضح لنا أهمية التحكيم كوسيلة فضلى لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية بين أطراف تلك العلاقة .

---

[٢٤٧] أنظر بند ٨٣ وما بعده

التحكيم والقضاء

١٩٢- مما لا شك فيه أن قضاء الدولة هو الجهاز الأساسي المنوط به الفصل في المنازعات التي تنشأ بين أطراف علاقة ما ، ولا منازع في ذلك ، إلا أنه لأسباب متعددة ذكرناها سابقا، عزف الأطراف عن اللجوء إلى التقاضي وانصرفوا إلى التحكيم.

ويتشابه كلٍ من القضاء والتحكيم في العديد من الخصائص[٢٤٨] ، على سبيل المثال فإن كلا منهما يلجأ إليه الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة بينهما ، ويصدر حكما ملزما لجميع الأطراف المُمثلة في الدعوى، ويمثل الأطراف (في أغلب الأحوال في التحكيم) بمحام ليتولى مهام المرافعة والدفاع ، وعند صدور حُكم يستلزم إسباغ الصيغة التنفيذية عليه لإمكان تنفيذه .

١٩٣- إلا أنه بالرغم من أوجه الشبه بين القضاء والتحكيم ، إلا أن الاختلافات بينهما متعددة ، فالأطراف في التحكيم هم من يختارون المحكم والذي يقوم بدور القاضي في نظر النزاع وذلك وفقا لما يختاره الأطراف من قانون أو قوانين لتحكم ذلك النزاع ، بينما نجد أن القاضي في قضاء الدولة لا يختاره الأطراف ، بل يتم تعيينه من قبل السلطة المختصة في الدولة.

كذلك فإن الأطراف هم من يحددون مكان انعقاد الجلسات و مدة التحكيم بحيث يضعون أجلاً معيناً تنتهي فيه عملية التحكيم ، بينما نجد أن الوضع في القضاء يختلف تمام الاختلاف عما هو في التحكيم ، فقضاء الدولة لا يرتبط بفترة معينة للانتهاء من نظر النزاع وإصدار حكم فيه . كذلك فإن المحكم لا يكتسب الصفة القضائية (مالم يكن مكتسبا لتلك الصفة من الأصل) لمجرد اشتراكه في التحكيم ، فالمحكم يقوم

---

(٢٤٨) " دور القضاء في القضايا التحكيمية " المستشار الدكتور / محمد أبو العينين ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الرابع – أغسطس ٢٠٠١ ص ٧٤ . أنظر أيضا " الدور المعاون للقضاء في التحكيم " أ.د. احمد عبد الكريم سلامة ، بحث منشور ضمن فعاليات ورشة العمل تحت عنوان " إدارة الجلسات التحكيمية وأصول صياغة أحكام التحكيم " كازابلانكا – المملكة المغربية ، في الفترة من ٢٩ يونيو حتى ١ يوليو ٢٠١١ .

بوظيفة قضائية ، ولا يكتسب حصانة كالقاضي [٢٤٩] ولكنه يكتسب مجموعة من الضمانات ترقي لمرتبة الحصانة وذلك عن أخطائه غير العمدية المرتبطة بالتحكيم . كما أن الحكم الذي يصدر من هيئة التحكيم هو حكم نهائي ولا يجوز الطعن عليه ، على سبيل المثال مصر (المادة ٥٢) ، وتونس (المادة ٤٠) ، وفرنسا (المادة ١٤٨٩) على أن تنتهي ولاية هيئة التحكيم بصدور حكم مُنه للخصومة التحكيمية ، و تجدر الإشارة إلى أن رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي لا يمكن اعتباره طعنا على الحكم فحكم التحكيم يعد نهائيا ، إذ أن رفع دعوى البطلان يجب أن تستند إلى أسباب محددة على سبيل الحصر - أما في القضاء فإن الحكم يقبل الطعن عليه بطرق الطعن المقررة قانوناً إذا توافرت أسبابه. ومن بين أهم الاختلافات بين القضاء والتحكيم مسألة الكشف عن المستندات أو ما يسمى بالإنجليزية Discovery والتي تعني قيام طرفي النزاع التحكيمي بالإفصاح عن المستندات التي بحوزتهم والمزمع تقديمها أثناء سريان الدعوى ، ففي التحكيم الدولي يعتبر هذا الأسلوب من أهم الطرق المتبعة [٢٥٠] وهو ما لا نجده في ساحات القضاء الوطني ، وذلك لأن هذه الوسيلة من وسائل الإثبات في النظام الأنجلوأمريكي وليس في النظام اللاتيني .

١٩٤- وعلى الرغم من الاختلافات المتعددة بين القضاء والتحكيم باعتبارهما من وسائل تسوية المنازعات بين الأطراف ، إلا أنه لا يمكن الزعم بأنه يوجد صدام بينهما ، فكل منهما يكمل الآخر ، إذ أن التحكيم يساهم في تخفيف العبء عن كاهل القضاء بتصديه لتسوية المنازعات ، وكذا فإن القضاء يكمل التحكيم في معاونته بتذييل حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية ، فالمحكم لا يملك سلطة إصدار أمر تنفيذي لأحد الأطراف ، بعكس

---

[٢٤٩] " التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ٢٤٩ . سابق الإشارة إليه

[٢٥٠] "Arbitration and Mediation in International Bussiness By Christian Buhring-Uhle . Published by Kluwer Law International 2006 . ISBN 90-411-2256-7. Page 65

القاضي ، لذلك فإنه يمكن القول بأن القضاء والتحكيم ليسا متعارضين أو متضادين أو متنازعين .[٢٥١]

التحكيم والوساطة

١٩٥- ذكرنا سابقاً [٢٥٢] أن الوساطة باعتبارها واحدة من أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بدون اللجوء إلى التقاضي ، تتضمن بالضرورة تقديم تنازلات متقابلة لأطراف النزاع ، فالوسيط يتوسط بين المتنازعين للوصول إلى صيغة مناسبة ترضي الطرفين تتضمن تقديم عدد من التنازلات المتبادلة بينهما ، بحيث يتنازل كل طرف عن جزء من مطالبه ، في مقابل تنازل الطرف الأخر عن جزء من مطالبه . ويتشابه كل من التحكيم والوساطة في أن كليهما وسائل بديلة عن التقاضي لتسوية المنازعات كما أنه يتم اللجوء إلى كل منهما عن طريق اتفاق ذوي الشأن على تسوية النزاع من خلال هذا المسلك ، أي أن مصدرهما اتفاقي النشأة [٢٥٣] ، إلا أن الاختلافات بين كل من التحكيم والوساطة تتضح من عدة نواح :

---

[٢٥١] في هذا السياق نقتبس مقدمة مؤلف أستاذنا الدكتور محمود سمير الشرقاوي – سابق الإشارة إليه – حين قال عن القضاء والتحكيم ما يلي :

القضاء والتحكيم صنوان متكافئان.....

جناحان متلازمان لطير واحد هو العدالة .....

عضوان متكاملان لجسد واحد هو المجتمع .....

فهما ليسا متعارضين أو متضادين أو متنازعين .....

وإذا كان القضاء يسعى إلى التطبيق الأمثل للقانون ،

فإن التحكيم يروّض القانون لتحقيق العدالة .

أنظر أيضا في العلاقة بين القضاء والتحكيم " موسوعة التحكيم التجاري الدولي – في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري " المستشار الدكتور / خالد القاضي دار الشروق، الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ، ص ٤١٨. أنظر أيضا " البنيان الفني لحكم التحكيم " بحث من إعداد د. احمد رشاد محمود سلام ، منشور في مجلة "مصر المعاصرة" العدد ٤٩٨ إبريل ٢٠١٠ ، السنة المائة ، ص ٣١٤ .

[٢٥٢] أنظر بند ٨٥

[٢٥٣] " المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنة " بحث للدكتورة سحر عبد الستار إمام يوسف – كلية الحقوق – جامعة المنوفية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٦ – ص ٤١ .

- مهمة المحكم هي الفصل في النزاع القائم بين الأطراف ، أما الوسيط فمهمته هي إيجاد حلول وسط مقبولة من الأطراف وتساعد على إنهاء النزاع اتفاقا .
- لا يجتمع المحكم مع أحد الأطراف وحده دون الطرف الآخر وذلك لصيانة حق الطرف الآخر في كفالة حق الدفاع والمواجهة ، بعكس الوسيط والذي يجتمع مع كل طرف على حدة في محاولة للوصول إلى تنازل عن جزء من مطالبه مقابل تنازل الطرف الآخر عن جزء من مطالبه .
- يتم الفصل في النزاع التحكيمي بالاحتكام إلى قانون معين قد يختاره الأطراف أو يختاره المحكم في بعض الأحوال ، ويلتزم المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه وإذا أخل بهذا الالتزام فإن الحكم الصادر في النزاع يكون معرضا للإبطال في بعض القوانين . أما في الوساطة فلا يطبق الوسيط قانونا ما ، وإنما يعتمد وبشكل أساسي على قدراته في إيجاد حلول وسط و كيفية إنهاء النزاع بين الأطراف اعتمادا على أسلوبه في عرض مواطن النزاع وتبسيط الخطوات المؤدية إلى تذليل العقبات أمام مصالح الأطراف المشتركة .
- ينتهي التحكيم بحكم ملزم للأطراف يصدره المحكم – فردا كان أو هيئة – ويحوز هذا الحكم حجية كحكم المحكمة ، ولا يجوز الطعن عليه، وكذلك يقبل الحكم التحكيمي التنفيذ الجبري إذا ما اكتملت شروط التنفيذ الجبري . أما القرار الذي ينتهي إليه الوسيط لا يمكن وصفه بحكم ، وإنما هو اتفاق رضائي بين الأطراف بموجبه يقوم كل طرف بالتنازل عن جزء من مطالبه ، وبالتالي فلا يتصور أن يتم تنفيذ هذا الاتفاق جبراً أو أن يحوز الصيغة التنفيذية .
- حكم التحكيم قد يحكم بكل طلبات طرف واحد دون الطرف الأخر وفقا لما يراه من وقائع ومستندات وما يستنبطه منها . أما قرار الوساطة فلا يمكن أن يلبي جميع طلبات أحد الأطراف دون الطرف الآخر . وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه [٢٥٤] أن ما يذهب إليه البعض من أن المحكم يعلم بخبرته أن قضاء يرضي الخصمين خير من

---

[٢٥٤] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق – ص ١٢ و ١٣ .

قضاء يرضي أحدهما ويغضب الآخر ، هو اتجاه لا يشجع عليه ، إذ لا يلجأ أحد الطرفين أو كلاهما إلى التحكيم بهدف الوصول إلى حلول وسط ، وإنما لتحقيق العدالة بحصول كل ذي حق على حقه ، وتفضيل التحكيم كوسيلة سريعة وفعالة ونهائية وملزمة لتأكيد الحصول على الحقوق ، دون طرح على القضاء الذي يسبغ ما يتسم به من إجراءات الخصومة والبغضاء بين شركاء النزاع ، بينما يلجأ المتنازعون إلى التحكيم التجاري مع استمرار علاقاتهم التجارية ، ودون كشف أسرارهم التجارية التي يحرصون على أن تبقى بمنأى عن العلانية ، وهو ما يوفره التحكيم لهم .

١٩٦- ثار التساؤل عمّا إذا كان من الجائز أن يقوم المحكم بالوساطة في تسوية النزاع الذي جرى تعيينه فيه كمحكم؟ إلا أن الأثر السلبي لذلك الوضع هو أنه في حالة قيام المحكم بدور الوسيط ، فإن الحكم الذي يصدره بهذه الصفة يحتمل أن يكون عرضة للطعن عليه استنادا إلى أسباب تتصل بتأثر المُحكم في إصداره للحكم بأعماله التي قام بها كوسيط، كأن يستخدم المعلومات التي تحصل عليها بهذه الصفة ، فإن ثبت أنه استخدمها في إصدار حكمه كمحكم ، فإنه يكون قد فقد أحد متطلبات التحكيم وهي الحيدة والاستقلال[٢٥٥] .

التحكيم والخبرة

١٩٧- ذكرنا سابقا [٢٥٦] أن الخبرة تتمثل في مجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير باتباعها ولا يكون رأي الخبير ملزما للخصوم، فهو لا يفصل في النزاع ، وإنما يعين على استجلاء جانب غامض منه . وبالتالي فإن

---

(٢٥٥) "Combining the means of settling conflicts arising from construction contracts " By Prof. Ahmed Sharafeddine – Published in Journal of Arab Arbitration , No. 3 August 2009. Page 46.

أنظر أيضا " الدمج بين الوساطة والتحكيم " د/ خالد الشلقاني ، ورقة بحثية أُلقيت في ندوة عن الوساطة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – مصر ، بتاريخ ٢٠١٤/٣/٥

(٢٥٦) أنظر بند ١٠٧ . أنظر أيضا " التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية – علما وعملا " ا.د. فتحي والي ص ٢٧ و٢٨ . الطبعة الأولى ٢٠١٤ منشأة المعارف .

الخبير لا يقوم بمهمة الفصل في النزاع القائم بين الأطراف المتنازعة ، بل يقتصر دوره فقط على طرح رأيه الفني والذي يتناسب مع معطيات النزاع و يقوم بتلاوة هذا الرأي على أطراف النزاع لاستجلاء عناصره والوصول إلى أسبابه . وللأطراف قبول ما انتهى إليه رأي الخبير أو عدم قبوله واللجوء إلى وسيلة أخرى لتسوية النزاع بينهما، أما في التحكيم فإن المحكم لا يطرح رأيه على أطراف النزاع ، وإنما يصدر حكماً منهياً للخصومة بينهما في هذه المرحلة ولا يستطيع احد الأطراف بمفرده رفض هذا الحكم، بعكس رأي الخبير والذي لأي طرف حرية اختيار الأخذ بهذا الرأي أم لا . وقد يختار الأطراف خبيرا للفصل في النزاع يقوم بدور المحكم معتمدا على خبرته في النقاط محل النزاع ، وبذلك فإن المحكم يفصل في النزاع بحكم نهائي مستندا إلى رأيه كخبير في موضوع النزاع .

١٩٨- يتضح مما سبق أن الخبرة تختلف عن التحكيم في عدة أمور :

- رأي الخبير اختياري ، للأطراف مجتمعين أو منفردين الأخذ به أو الإعراض عنه وتسوية النزاع بسلوك طريق آخر . أما حكم التحكيم فلا يجوز لأحد الأطراف بمفرده أن يتنصل منه .
- الضمانات التي تحاط بها عملية التحكيم ككفالة حق الدفاع والتمثيل والمساواة بين الخصوم في الحقوق والواجبات لا تتوافر بالضرورة في أعمال الخبرة ، إذ يقوم الخبير باستطلاع ومراجعة المستندات المقدمة من أطراف النزاع وفي بعض الأحوال إذا لزم الأمر يستدعي الأطراف لاستجلاء بعض الحقائق ، ثم ينتهي بكتابه تقريره والذي قد يأتي في صالح أحد الأطراف أو كليهما .

١٩٩- وللتفرقة بين التحكيم والخبرة أهمية خاصة في العقود الزمنية بسبب ما يتركه تغير الظروف الاقتصادية أثناء تنفيذ هذه العقود من أثر على التزامات أطرافها . فكثيرا ما يتفق الطرفان في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق على شخص ثالث يتولى مهمة تطويع العقد للظروف المستجدة . وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول حقيقة المهمة التي

أسندها الطرفان إليه ، وما إذا كانت تحكيما أو كانت مهمة أخرى في استكمال العقد [٢٥٧] ونرى إجابة لهذا التساؤل أنه لابد أن تكون نية الأطراف واضحة وصريحة في تسوية أية منازعات قد تنشأ بينهما عن طريق اللجوء إلى التحكيم ، كذلك فإن المحكم لا يتولى مهمة تطويع العقد للظروف المستجدة ، وإنما يقوم بالفصل في المنازعات بحكم مُنه للخصومة القائمة بين الأطراف ، وبالتالي فإننا نرى أن المهمة المسندة من جانب الطرفين ليست تحكيما ، وإنما يمكن اعتبارها من أعمال الخبرة .

التحكيم و التوفيق

٢٠٠- ذكرنا سابقا [٢٥٨] التوفيق باعتباره وسيلة بديلة لتسوية المنازعات ، وتتلخص هذه الوسيلة في قبول الأطراف تكليف موفق أو أكثر لحل النزاع ، ليتولى تحديد المسائل محل الخلاف بين الأطراف لمحاولة تضييق شقة هذا الخلاف باقتراح حل وسط يقبله الطرفان المتنازعان .

٢٠١- ويتفق التوفيق مع التحكيم من حيث إن كلا منهما يهدف إلى حل النزاع ، كما أن المسائل التي يجوز في الاتفاق على تسويتها بسلوك طريق التوفيق ، هي التي يجوز أن يرد عليها التحكيم.

- ويختلف التوفيق عن التحكيم من حيث إن طريق التحكيم ملزم ، فمن بدأه وأقدم على أول خطوة فيه يلتزم بالسير إلى نهايته ، فلا يملك بمفرده التراجع. أما طريق التوفيق فهو مختلف ، فلأي من الطرفين بمفرده أن يعدل عن هذا الاتفاق ، فيلجأ للتحكيم أو للقضاء دون تثريب عليه حتى وأن قام الموفق بمباشرة عمله أو انتهي منه .[٢٥٩]

---

[٢٥٧] " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – الجزء الأول " أ.د. مصطفى الجمال ، أ .د. عكاشة عبد العال ص ٣١ . مشار إليه سابقا .

[٢٥٨] بند ٩٨ .

[٢٥٩] " التحكيم في إطار الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم " ورقة بحثية للأستاذ الدكتور / ابراهيم احمد ابراهيم ، مقدمة في الدورة السادسة لتأهيل المحكمين العرب تحت عنوان " التحكيم والتنمية " في الفترة من ١ : ٦ سبتمبر ٢٠٠٩ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة . ص ٢٢٤ .

المبحث الثاني

أنواع التحكيم

٢٠٢- تمهيد : نستعرض في هذا المبحث أنواع التحكيم المتعددة والتي تُقسّم بحسب معايير مختلفة ، و بيان ذلك على النحو التالي :

التحكيم الدولي والأجنبي والداخلي

٢٠٣- كانت الفكرة القديمة السائدة في الفقه تذهب إلى عدم التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي ، كما هو الحال في عدم التفرقة بين العقود الوطنية والعقود الأجنبية وبما أن التحكيم يستند إلى إرادة الأفراد وأن حكم التحكيم يصدر من أشخاص يعينون بموجب اتفاق يستند إلى إرادة الأطراف المتنازعة ، وأنه لا يعتبر عملا من أعمال السلطة العامة ، فهو إذن غير مرتبط بدولة معينة وبالتالي فلا يمكن إسباغ جنسية معينة عليه وإنما يكون وضعه محايداً ولا يوصف بصفة الوطنية أو الأجنبية . ويثور التساؤل حول إمكانية تحديد دولية التحكيم من عدمه ، فمتي يصبح التحكيم دوليا أو محليا أو أجنبيا ؟ تجدر الإشارة بداءة إلى وجوب التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي ، فهما ليسا مترادفين ، فليس كل تحكيم أجنبي يكون دوليا ، كما أن التحكيم قد يكون دوليا بالرغم من أنه أجري في ذات الدولة التي يتم فيها تنفيذ الحكم [٢٦٠] فالتحكيم الأجنبي – أي غير الوطني – لا يكون دوليا إما لعدم ارتباطه بالتجارة الدولية أو لعدم توافر معيار الدولية الذي يتضمنه تشريع الدولة بشأن التحكيم

٢٠٤- يختص تشريع كل دولة بتحديد معايير الدولية ، فعلى سبيل المثال نجد التشريع المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمسمى" قانون التحكيم في المواد التجارية والمدنية "

---

[٢٦٠] " التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ٢١ ، سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. فوزي محمد سامي ، ص ١٠٤ . سابق الإشارة إليه .

جاء في المادة الثالثة منه بتحديد معايير دولية التحكيم على سبيل الحصر [٢٦١] وهي مأخوذة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) المادة الثالثة منه ، مع إضافة معيار آخر في القانون المصري . وكذلك فعل المشرع العماني في قانون التحكيم رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧ المسمى " التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية " في المادة ٣ .

- كما قام المشرع الماليزي في قانون التحكيم رقم ٦٤٦ لسنة ٢٠٠٥ والمسمى " قانون التحكيم " في الفقرة الثانية من التمهيد بوضع معايير الدولية المأخوذة من قانون القانون النموذجي الصادر عن الأونسيترال .[٢٦٢]
- كذلك قام المشرع الهندي في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٦ والمسمى " قانون التحكيم " في التعريفات من الفصل الأول في الجزء الأول بوضع تعريف التحكيم الدولي وكذا وضع معايير الدولية .[٢٦٣]

٢٠٥- يقصد بالتحكيم الوطني ذلك التحكيم الذي تنتمي كل عناصره إلى دولة معينة كجنسية أطراف النزاع ، و موضوع النزاع ، ومكان التحكيم ، و القانون الواجب

---

[٢٦١] مادة (٣)

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 اقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفاً التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت ابرام 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.

[٢٦٢] نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية الماليزية في ٢٠٠٥/١٢/٣١

[٢٦٣] قانون التحكيم الهندي الصادر في ١٩٩٦/٨/١٦

التطبيق ، ومراكز أعمال الأطراف . ويرى جانب من الفقه أنه يمكن رد أهم معايير التفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي أو الأجنبي [٢٦٤] إلى ثلاثة معايير، الأول معيار جغرافي يتمثل في مكان التحكيم ، والثاني معيار قانوني يتمثل في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، والثالث معيار اقتصادي يتمثل في تعلق العقد الذي تجري تسوية منازعاته عن طريق التحكيم ، بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية فإذا كان هذا العقد عقدا دوليا فإن التحكيم في منازعاته يكتسب صفة الدولية بطريق التبعية [٢٦٥] وعلى الوجه الاخر ، فإن القضاء الفرنسي قد أرسى مبدءا في تحديد دولية التحكيم بقوله أنه ليس لجنسية الأطراف ولا لمكان التحكيم ولا للقانون المطبق أي أثر على تحديد الطابع الدولي للتحكيم ، فالذي يحدده هو العلاقات الاقتصادية في أساس النزاع [٢٦٦] ، بينما نرى أن الرأي الراجح من وجه نظرنا هو القائل بأن التفرقة بين التحكيم المحلي والتحكيم الأجنبي يخضع لمعيار مكان إجراء التحكيم ، فالتحكيم يعد أجنبيا إذا أجرى خارج الدولة . أما التحكيم الدولي فإنه يرتبط بطبيعة النزاع ولو كان يجرى داخل الدولة ذاتها .[٢٦٧]

أهمية التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

٢٠٦- بعدما عرضنا للتحكيم الدولي والأجنبي والداخلي والتفرقة بينهم ، يثور التساؤل حول أهمية التفرقة بينهم ؟ من المفهوم أن يكون التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم

---

[٢٦٤] لا نتفق مع ما ذهب إليه البعض من اعتبار أن التحكيم الدولي مرادف للتحكيم الأجنبي للاعتبارات السابق بيانها في البند ٢٠٣ .

[٢٦٥] " بطلان حكم التحكيم في منازعات عقود التشييد والبناء الدولية " أ.د. أحمد شرف الدين ، بحث مقدم ضمن فعاليات المؤتمر الأول للتحكيم للاتحاد العربي لمراكز التحكيم الهندسي بعنوان " تطبيقات التحكيم في العقود التخصصية " خلال الفترة من ٢٠٠٨/٣/٢٢ وحتى ٢٠٠٨/٢/٢٤ بالقاهرة .

[٢٦٦] C.Paris (1er ch. D) , 21 Janvier 2009 : El Assidi c. Nest et Sys – RG n08/18859 – منشور في مجلة التحكيم العالمية في عدد يوليو ٢٠٠٩ ص ٨٧٨ .

[٢٦٧] أنظر أ.د. محمود سمير الشرقاوي – المرجع السابق ص ٢١ . أيضا أنظر " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. محمود مختار بريري ص ٢٤ . سابق الإشارة إليه .

الداخلي أهمية بالغة وذلك لاختلاف طبيعة ومجال عمل كل منهما . غير أن هذه الأهمية تتضاءل في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، الذي وضع للتحكيم تنظيما واحدا ، يوسع نطاق تطبيقه ويبسط مجال إعماله . وهذه الأهمية تبرز في خصوص المسائل الآتية :

تعيين المحكمة المختصة بنظر المسائل التي يحيلها القانون إلى القضاء : تنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصري على أنه " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً ، سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر ، وتختص هذه المحكمة بنظر كافة المسائل المتعلقة بالعملية التحكيمية كإصدار حجز تحفظي أو وقف تسييل خطاب ضمان ، أو فرض غرامة على أحد الشهود ، وغيرها من سلطات الجبر والتي لا تملكها هيئة التحكيم ، وهي ذات المحكمة التي نصت عليها المادة ٥٠٨ مرافعات قبل إقرار قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي بدوره ألغى مواد التحكيم التي كانت منصوصا عليها في قانون المرافعات. كذلك فإن تعيين المحكمة يختلف طبقا لطبيعة التحكيم إذا ما كان دوليا أو داخليا ، فإذا كان التحكيم داخليا ، فإن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع هي التي تتولى إصدار الأمور أو القرارات الإجرائية التي تتسم بالجبر . أما إذا كان التحكيم دوليا ، فينعقد الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة بحسب الأصل و أعطى المشرع المصري الحرية للأطراف في اختيار أية محكمة استئناف أخرى ، وهو مالم يعطه لأطراف التحكيم الداخلي .

تعيين المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم : في هذه الجزئية ، فإن التمييز بين التحكيم الدولي والداخلي له دور بالغ الأهمية ، فالفرض أن حكم التحكيم قد صدر وقام أحد أطراف النزاع برفع دعوى بطلان - طبقا للقانون المصري والذي لا يجيز الطعن على أحكام التحكيم ، وإنما رفع دعوى مبتدأة ببطلانه ولأسباب واردة

على سبيل الحصر – فإذا كان التحكيم داخليا فإن محكمة الدرجة الثانية هي التي تتولى نظر الدعوى ، فإذا كانت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع هي محكمة جزئية ، فإن المحكمة الإبتدائية هي التي تختص بنظر دعوى البطلان ، وكذلك إذا كانت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع هي المحكمة الابتدائية ، فإن محكمة الاستئناف تختص بنظر دعوى البطلان . أما في التحكيم الدولي ، فتختص بدعوى البطلان المحكمة المشار إليها في المادة (٩) أي محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف .

- وتجدر الإشارة إلى أنه أثناء صياغة قانون التحكيم المصري والذي كان من المفترض أن يكون قانونا للتحكيم الدولي فقط دون التحكيم الداخلي ، والتي عهدت وزارة العدل بهذا النوع الأخير إلى لجنة أخرى لتعديل المواد المتعلقة بالتحكيم الوارد في قانون المرافعات المدنية والتجارية واقترحت اللجنة تبني مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي الذي وضعته اللجنة برئاسة أ.د. محسن شفيق وإدماج المشروعين في المشروع الأخير مع إجراء بعض التعديلات لكي يناسب تطبيق التحكيم بنوعيه الدولي و المحلي.

٢٠٧- الحديث عن التحكيم الدولي ينصب بصفة أساسية على التحكيم التجاري الدولي والذي يختلف تمام الاختلاف عن التحكيم الدولي العام ، ويعرف الأخير بأنه " وسيلة من وسائل التسوية السلمية للمنازعات التي تنشأ بين الدول بواسطة قضاة من اختيارها وعلى أساس من احترام القانون ، وأن اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع للحكم بحسن نية " [٢٦٨] وعلى ذلك فإن التحكيم هو وسيلة لتصفية الخلافات بين الدول

---

[٢٦٨] " موسوعة التحكيم التجاري الدولي – في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري " المستشار الدكتور / خالد القاضي ، ص ١٠٢ مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي) " الدكتور / عبد الحميد الأحدب – الجزء الثاني ص ٣٠ ، دار المعارف ١٩٩٨ . " التحكيم ودوره في تسوية المنازعات الدولية " أ.د. مصلح حسن أحمد ، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية بالعراق ٢٠١٠ ، ص ٤٧١ .

عن طريق تحقيق سيادة القانون بواسطة قضاة – أشخاص أو هيئات – على أن تلتزم تلك الدول المتنازعة باحترام وتنفيذ القرار الذي تصدره هيئة التحكيم . فالتحكيم الدولي من هذا المنطلق يقصد به التحكيم بين الدول في الشئون السياسية أو الدبلوماسية ، ومن أشهر التحكيمات الدولية تحكيم طابا بين جمهورية مصر العربية ودولة إسرائيل في النزاع على حدود مدينة طابا [٢٦٩] .

التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر

٢٠٨- ينقسم التحكيم من حيث إجراءاته إلى تحكيم تنظيمي أو مؤسسي Institutional Arbitration و تحكيم خاص أو حر ad hoc ، ولأطراف النزاع مطلق الحرية في اختيار أي من النوعين ، ويقصد بالتحكيم الحر أن يتمكن أطراف النزاع من اختيار القانون الذي سيطبق على النزاع ، وكذا اختيار القانون الإجرائي الذي يحكم اجراءات التحكيم ، وتحديد المواعيد المناسبة لبدء التحكيم وكذا إصدار الحكم وكيفية تشكيل هيئة التحكيم و عدد المحكمين . وكذلك حرية الأطراف في تحديد مكان انعقاد جلسات التحكيم وعدد الجلسات وكيفية تقديم المذكرات والمرافعة واللغة المستخدمة في المرافعة أو المذكرات . وبالتالي فإن هذا النوع من التحكيمات الذي ينظم بمناسبة نزاع معين يبدأ بالإرادتين اللتين التقيتا على اختيار التحكيم في أول الطريق ، ولكنهما تحتاجان للبقاء مستمرتين على خيارهما ، لأن هذا التحكيم يحتاج لاستمرار التوافق لكي يوضع محل التنفيذ ، وعبء هذا التنفيذ وتنظيمه هو مسئولية طرفي النزاع ، اللذان يجب أن يسمي كل منهما محكما إذا كان الإتفاق على ذلك ،وأن يختارا المحكم الثالث إذا كانت هذه هي الصيغة التي اختارها . أما التحكيم المؤسسي ، فيقصد به

---

[٢٦٩] في ٢٩ سبتمبر ١٩٨٨م تم الإعلان عن حكم هيئة التحكيم في جنيف بسويسرا في النزاع الذى نشأ بين مصر وإسرائيل حول طابا، ذلك النزاع الذى نشأ في أواخر عام ١٩٨١م خلال المرحلة الأخيرة من مراحل انسحاب إسرائيل من سيناء ، وقد جاء الحكم في صالح مصر ومؤكدا أن (طابا مصرية) وفى ١٩ مارس ١٩٨٩م كان الاحتفال التاريخي برفع علم مصر على طابا معلنا السيادة عليها وإثبات حق مصر فيها .

المصدر : جريدة الأهرام الرقمي الصادرة في ١ إبريل ١٩٩١ ، صفحة مقالات وكتاب .

لجوء أطراف النزاع إلى مؤسسة تحكيمية لتتولي تنظيم العملية بأسرها من حيث إجراءات التحكيم والمواعيد وتنظيم الإخطارات والإعلانات واستضافة جلسات التحكيم وكذا خضوع الأطراف لقواعد التحكيم الصادرة عن تلك المؤسسة من حيث عدد المحكمين وكيفية التعيين ، ومكان انعقاد جلسات التحكيم ، وكيفية سماع المرافعات و تنظيم عمل الخبراء أو استجواب الشهود ، وتحديد اتعاب المحكمين وكذا مصروفات التحكيم.

٢٠٩- قد يفضل البعض اللجوء إلى التحكيم الحر نظرا لعدة اعتبارات ، منها بساطة اجراءاته ، وقلة تكلفته النسبية ، وحرية الأطراف في تحديد كافة المسائل الإجرائية . إلا أنه على الصعيد الآخر فإن التحكيم الحر لا يتمتع بالضمانات التي يتمتع بها التحكيم المؤسسي ، فالتحكيم الحر يخضع لأهواء أطرافه ، فهؤلاء يتحكمون في اختيار القوانين و الاجراءات المطبقة على العملية التحكيمية وهو ما من شأنه – إذا ما كان الأطراف على غير دراية كاملة بمتطلبات العملية التحكيمية – أن يؤدي إلى صدور حكم باطل أو غير قابل للتنفيذ ، كذلك استغلال البعض للتحكيم الحر في عقد تحكيمات وهمية وصدور أحكام وتذييلها بالصيغة التنفيذية وذلك مخالفة للحقيقة لارتكاب جرائم في حق الغير باسم القانون ، وهو ما دعا وزير العدل المصري في ٢٠٠٨/٩/٢١ إلى إصدار القرار الوزاري رقم ٨٣١٠ لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم وبموجب هذا القرار يلزم فور إيداع حكم التحكيم ـ المطلوب تنفيذه جبرا ـ قلم كتاب محكمة المختصة، أن يقوم بإرساله إلي المكتب الفني للتحكيم بوزارة العدل (بالقاهرة)، كي يحدد ما إذا كان هذا الحكم صالحاً للتنفيذ الجبري أم لا، وذلك علي ضوء احترامه للنظام العام وصدوره في مسألة يجوز التحكيم فيها، أي يجب أن يتفق هذا الحكم مع النظام العام في مصر وألا يكون صادراً في مسألة أحوال شخصية أو مسألة جنائية أو يتعلق بملكية أو استغلال قسمة أو إدارة عقار . وكان الهدف من ذلك القرار هو مواجهة ظاهرة إصدار أحكام تحكيم لصحة ونفاذ عقود بيع عقارات وتسجيلها بموجب حكم تحكيمي والذي يُذيل بالصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع .

إلا أنه وبعد الانتقادات التي وجهت إلى هذا القرار ، فقد صدر قرار وزير العدل رقم ٩٧٣٩ لسنة ٢٠١١ [٢٧٠] بتعديل قرار وزير العدل رقم ٨٣١٠ لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم وقررت المادة الأولى منه إلغاء المادة الثالثة من قرار وزير العدل الأخير واستبداله بنص المادة الرابعة من القرار رقم ٦٥٧٠ لسنة ٢٠٠٩ والصادر في ٢٠٠٩/٧/٧ في الوقائع المصرية ، والذي يتكون من مادتين أولهما تعديل الفقرتين (ب) ، (و) من المادة الرابعة من قرار وزير العدل رقم ٨٣١٠ لسنة ٢٠٠٨ لتكون :

أولا : أن الحكم المطلوب إيداعه :

(ب) لا يتعلق بأي حق عيني على عقار أو بحيازته أو تسليمه أو تثبيت ملكيته أو قيمته ، وأنه لا يتعلق بحق عيني على عقار بأي صورة من الصور.

(و) لا يتعلق بتحكيم في مسائل لا يجوز فيها الصلح .

ثانيا : نشر القرار في الجريدة الرسمية .

٢١٠- **<u>إنشاء مراكز للتحكيم :</u>** لا توجد نصوص تشريعية عربية تنظم عملية إنشاء مراكز تحكيمية سوى – على حد علمنا – قانون التحكيم السوري رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨ [٢٧١] إذ جاء في الفصل الثامن تحت مسمي " مراكز التحكيم " في المادة ٥٧ شروط إنشاء مراكز التحكيم وبيان أنشطتها وشروط تعيين مدير المركز ، وكيفية إشهار المركز والرقابة عليه من قبل إدارة التفتيش بوزارة العدل السورية ، وجواز إصدار تعليمات تنظم سير عمل مراكز التحكيم .

---

[٢٧٠] صدر هذا القرار في ٢٠١١/١٠/٥ بالوقائع المصرية العدد ٢٣٦ . وقضت محكمة استئناف القاهرة في الطعن رقم ٣٤ لسنة ١٢٦ ق بجلسة ٢٠١٠/١/١٨ ، بأن الاتفاق على التحكيم بشان طلب صحة ونفاذ عقد بيع عقار ، باطل لعدم مشروعية سببه . مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد الرابع عشر – يونيو ٢٠١٠ ص ٢٢٠. أنظر أيضا أ.د. فتحي والي" التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا " مشار إليه سابقا ص١٥٤. إذ يرى أن اتفاق التحكيم لا يبطل **إلا** إذا كان بقصد التحايل على النصوص الخاصة برسوم الشهر .

[٢٧١] صدر هذا القانون في ٢٠٠٨/٣/٢٥ ، ودخل حيز النفاذ في ٢٠٠٨/٤/١ ، ويتكون من ٦٦ مادة . أنظر أيضا "قانون التحكيم السوري الجديد لعام ٢٠٠٨ – أوجه الالتقاء والافتراق مع القانون النموذجي للتحكيم والقانون المصري لعام ١٩٩٤" أ .د. فريد فنري ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد ١٢ – يونيو ٢٠٠٩ ص ١٠٨ .

- ونري إنه لزاما على المشرع المصري الاقتداء بالمشرع السوري في مسألة تنظيم إنشاء وعمل مراكز التحكيم وذلك لمواجهة ما يعرف بمراكز التحكيم الوهمية ، والتي تهدف بالدرجة الأولى إلى جني مكاسب مادية فقط دون الاهتمام بالعمل التحكيمي . إذ أن وضع شروط إنشاء مراكز التحكيم من شأنه أن يسهم في فرض الضوابط القانونية التي تكفل تسيير عمل مراكز التحكيم والرقابة عليها بشكل أكثر إفادة .

٢١١- تتعدد المراكز الدولية الرائدة في مجال التحكيم التجاري الدولي ، نذكر منها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)[٢٧٢] الذي أنشأته المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وأفريقيا ومقرها نيودلهي سنة ١٩٧٨ ، غرفة التجارة الدولية (ICC)[٢٧٣] ، مركز تحكيم ستكهولم (SALC) [٢٧٤] ، محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA)[٢٧٥] ، مركز دبي للتحكيم التجاري الدولي (DIAC)[٢٧٦] ، مؤسسة التحكيم الأمريكية (AAA) [٢٧٧] ، ولكل مركز من المراكز السابقة قواعده الخاصة ، والتي ينفرد دون غيره بتعديلها وفقا لما يتراءى له من مستجدات تتماشي مع الطابع الدولي للتحكيم .

٢١٢- على الرغم من الارتفاع النسبي لمصاريف التحكيم المؤسسي والذي يتحدد وفقا لقواعد كل مركز تحكيم والذي يكون عادة نسبة مئوية من قيمة النزاع ، بالإضافة إلى المصاريف الإدارية والرسوم ، إلا أن اللجوء إلى مركز تحكيم متخصص من شأنه ضمان سلامة إجراءات التحكيم و انضباط عقد الجلسات في موعدها و كذا إبلاغ أطراف التحكيم بما يقدمه أو يطلبه الطرف الآخر ، وفي بعض الأحيان قيام المركز بمراجعة حكم التحكيم الصادر – المراجعة الشكلية – لضمان عدم بطلانه لمخالفته

---

(٢٧٢) www.crcica.org.eg

(٢٧٣) www.iccwbo.org

(٢٧٤) www.salc.se/en

(٢٧٥) www.lcia.org

(٢٧٦) www.diac.ae

(٢٧٧) www.adr.org

للشروط الشكلية [٢٧٨] ، كل هذا - من وجهة نظرنا – من شأنه ضمان سلامة إجراء العملية التحكيمية بشكل يحقق الغاية منه . أما في التحكيم الحر أو الخاص ، فإن رئيس هيئة التحكيم يتولى عادة دور المركز من ناحية إخطار الأطراف بالمواعيد وكذا بمكاتبات كل طرف ، وتحديد مكان انعقاد جلسات التحكيم والتنسيق بين أعضاء هيئة التحكيم – في حالة تعدد أعضاء الهيئة – و إعداد جلسات الاستماع والمرافعة وغيرها من الأمور الإجرائية ، و هذا الأمر يتوقف على إمكانيات رئيس هيئة التحكيم ومدى إلمامه بكافة الأمور الإجرائية المتعلقة بالعملية التحكيمية .

٢١٣- أصبح التحكيم المؤسسي أو التنظيمي هو التحكيم الأكثر شيوعا من التحكيم الحر و أصبحت مؤسسات التحكيم الدولية تدير الغالبية العظمى من المنازعات التي تخضع للتحكيم التجاري الدولي . ويحرص الأطراف عادة عند إبرام العقد و صياغة شرط التحكيم ، أن يحيل هذا الشرط إلى مؤسسة تحكيم تتولى إدارة التحكيم عند وقوع نزاع بين الطرفين المتعاقدين [٢٧٩].

٢١٤- عندما يتم التحكيم تحت مظلة مركز تحكيم دولي، فإن ذلك يعطي نوعا من الطمأنينة ليس فقط لأطراف التحكيم وهيئة التحكيم ، بل أيضا للسلطات العامة في الدولة التي سيطلب منها تنفيذ حكم التحكيم. كما أن التحكيم المؤسسي يتم وفقا لقواعد معدة ومعلنة سلفا في دائرة انتشار واسعة ، صحيح أن الحكم التحكيمي حين يصدر عن مركز تحكيمي ، لا يكون من صنع هذا المركز ، بل ينطقه محكمون سواء اختار

---

[٢٧٨] تتولى غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) مراجعة الحكم التحكيمي Scruting من الناحية الشكلية لضمان سلامة الاشتراطات الشكلية للحكم ، وكذا عدم الطعن عليه لمخالفته أي من تلك الشروط ، ولا شان لها بمنطوق الحكم أو الشق الموضوعي في الحكم التحكيمي ، إذ أن هذا شأن خاص بهيئة التحكيم . واتباع هذا الإجراء من شأنه ضمان أقصى درجات انضباط الحكم من الناحية الشكلية فقط دون الموضوعية .

[٢٧٩] " دراسات في قانون التحكيم – المصري و المقارن " د. محمد سليم العوا ، الطبعة الثانية ٢٠٠٩ ص ٣٣٣ وما بعدها، الناشر: المركز العربي للتحكيم – الترقيم الدولي 4-5120-17-977 . أنظر أيضا " مقدمة في التحكيم الدولي وإجراءاته " بحث من إعداد أ.د. احمد شرف الدين ، مقدم ضمن فعاليات ملتقى إجراءات التحكيم الدولي المنعقد بالقاهرة – جمهورية مصر العربية تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية في الفترة من ١٨-٢٢ يونيو ٢٠٠٦ ، ص ٨.

بعضهم الأطراف أم لا ، ولكن المركز التحكيمي يكون له دور في اختيار بعض المحكمين وفقا لنظامه و دور آخر في المصادقة على اختيار الأطراف والتأكد من حيادهم واستقلالهم ، والمحكمون يعملون تحت إشراف محكمة المركز الدائم للتحكيم وأحيانا فإن الحكم يكون خاضعاً لمصادقة محكمة المركز التي تكون مكونة من نخبة من الحقوقيين ، وتضع المحكمة في ممارستها لحقها في الرقابة ، كل تجاربها وعلمها القانوني وتولي نوعا خاصا من الاهتمام بأن يراعي الحكم عرضاً وافياً لوجهة نظر كل من الطرفين ، وبعد بناءً منطقياً قانونياً متكاملاً للحل الذي أوجده المحكمون أو المحكم الفرد ، وأحيانا يكون الحكم موضع نقاش وحوار بين محكمة المركز التحكيمي والمحكم أو المحكمين كل يسعى لوضعه في إطار أفضل مراعيا مبادئ القانون والإجراءات وحقوق الأطراف وبنوع خاص القانون المطبق وتحصين الحكم لتأمين تنفيذه ، كل ذلك يجعل الحكم أكثر قابلية للتنفيذ وغير مُعرض للاصطدام بأي لغم حين يخرج من يد المحكمين . [٢٨٠] ولكل ما سبق ، فإننا نفضل لجوء الأطراف المتنازعة إلى التحكيم المؤسسي لما يتضمنه من ضمانات لجميع الأطراف لضمان حسن سير العملية التحكيمية بشكل فعال .

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

٢١٥- ذكرنا سابقا [٢٨١] تعريفات متعددة للتحكيم ، وخلصنا إلى أنه عبارة عن نظام مواز للقضاء ، بمقتضاه يلجأ أطراف النزاع إليه ليفصل بينهم هيئة تحكيم بحكم ملزم لهما . وبالتالي فإن الأصل في التحكيم هو حرية الأطراف في اللجوء إليه ، فلا يمكن إجبار

---

(٢٨٠) " نظم التحكيم المقارنة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة" أ.د. محمد القليوبي ، الطبعة الثانية ٢٠٠١ ، ص ١٦٩ – دار النهضة العربية ، الترقيم الدولي ٧-٣٣٠٤-٠٤-٩٧٧ . " موسوعة التحكيم الدولي – الجزء الثاني " الدكتور عبد الحميد الأحدب ، ص ٥٨ وما بعدها . سابق الإشارة إليه

"The Arbitral Institution and Its Mission " By : Dr. Anghelos C. Foustoucos , Published in International Federation of Commercial Arbitration Institutions` Conference . Organized by CRCICA, February 20 &21 1992 , Cairo . Page 174

(٢٨١) بند ٣٢ .

طرف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات . وإذا كان التحكيم الاختياري هو الأصل ، إلا أن بعض التشريعات نصت على لجوء الأطراف إلى التحكيم الإجباري في بعض المنازعات ، فعلى سبيل المثال نجد في مصر أن القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والخاص بالجمارك ، قد نص على اللجوء إلى التحكيم الإجباري في النزاع الذي ينشأ بين مصلحة الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها أو منشأها أو قيمتها . كذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ والخاص بإنشاء بنك فيصل الإسلامي والذي نص على التحكيم الإجباري بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين البنك وعملائه . أيضا القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ الخاص بالعمل والذي نص فيه على اللجوء إلى التحكيم الإجباري في منازعات العمل الجماعية. أيضا القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ والخاص بالضريبة العامة للمبيعات . والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق المال والذي نص فيه على اللجوء إلى التحكيم الإجباري في المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية .

٢١٦- وهكذا نرى أن المشرع قد لجأ في العديد من الأحيان إلى التحكيم الإجباري في بعض المنازعات ، والتي أرتأى أن يفصل فيها عن طريق اللجوء إلى التحكيم جبرا . إلا أن ذلك يتعارض مع فكرة التحكيم والتي مناطها هو حرية أطراف النزاع في اللجوء إليه باعتباره وسيلة بديلة لتسوية المنازعات دون اللجوء إلى القضاء . وجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا أصدرت عدة أحكام تقضي بعدم دستورية القوانين المنظمة للتحكيم الإجباري وهي كالتالي :

- قضت المحكمة الدستورية العليا في جلستها بتاريخ ١٩٩٤/١٢/١٧ في القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية (دستورية) ، بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري والتي توجب عرض كافة المنازعات التي تنشأ بين البنك وعملائه على التحكيم على النحو الموضع بهذا القانون . فلا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسعون إليه ويأبون الدخول فيه ،

كل تحكيم حُمل عليه أطراف الخصومة ينبغي أن يعامل باعتباره تحكيماً تم دون اتفاق أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم .

- كما قضت أيضا في جلستها بتاريخ ١٩٩٩/٧/٣ في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية (دستورية) بعدم دستورية المادة (٥٧) من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٦ ، وكذلك بسقوط المادة (٥٨) من هذا القانون وسقوط قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارك .
- كذلك فقد قضت المحكمة في جلستها بتاريخ ٢٠٠٢/١/١٣ في القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية (دستورية) بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٠ والمادة ٥٢ من قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ .
- أيضا قضت المحكمة في جلستها بتاريخ ١١ /٢٠٠٣/٥ في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ قضائية (دستورية) بعدم دستورية المادتين (١٣) فقرة (٤) و (١٧) من قواعد إعداد النظام الداخلي للجمعية التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم ٦٣٩ لسنة ١٩٨١ ؛ والمادة (١٠) من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة واستصلاح الأراضي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٢ فيما تضمنته تلك النصوص من **فرض نظام للتحكيم الإجباري** على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها .
- كما قضت المحكمة في جلستها بتاريخ ٢٠٠١/١/٦ في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ قضائية (دستورية) بعدم دستورية نص المواد ١٧ و٣٥ و٣٦ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ .

٢١٧- أرست المحكمة الدستورية العليا عددا من المبادئ في شأن رضائية التحكيم ، ويمكن إجمال أهم تلك المبادئ في أحكامها المشار إليها على النحو التالي [٢٨٢] :

---

[٢٨٢] " التحكيم في منازعات الاستثمار المباشر وغير المباشر " بحث للمستشار / محمود فهمي ، رئيس هيئة سوق المال المصري السابق ، بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٦ ، ص ١١ و ١٢ . غير منشور . وتم مناقشة البحث في ندوة بمركز=

- أن الأصل في التحكيم – على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة ، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيليا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.

- إن التحكيم مصدره الاتفاق إذ يحدد طرفاه – وفقا لأحكامه – نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما ، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما ، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها ، وهما يستندان من اتفاقهما على التحكيم ، التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه ، وتنفيذه كاملا وفقا لفحواه .

- ومن المقرر أنه سواء كان التحكيم مستمداً من اتفاق بين طرفين أبرماه بعد قيام النزاع بينهما ، أو كان العقد المبرم بينهما يتضمن شرطا بعرض أي نزاع ينشأ عنه إلى التحكيم لذا فإن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه ، وهي مدار وجوده ، وبدونه لا ينشأ أصلاً ، ولا يتصور أن يتم مع تخلف هذا الاتفاق ، ومن ثم ليس جائزا بالتالي أن يقوم المشرع بعمل يناقض طبيعته ، بأن يفرض التحكيم قسرا على أشخاص لا يسعون إليه ، ويأبون الدخول فيه ، وارتكاز التحكيم على الاتفاق ، مؤداه اتجاه إرادة المحتكمين وانصرافهما إلى ولوج هذا الطريق دون سواء وامتناع إحلال إرادة المشرع محل الاتفاق ، فاتفاق التحكيم إذن هو الأصل فيه .

- وعلى ذلك لا يجوز بحال أن يكون التحكيم اجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين انفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً .

=القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي تحت عنوان " التحكيم في منازعات الاستثمار المباشر وغير المباشر " والتي ألقاها بتاريخ ٢٠١٣/٣/٥ بقاعة المؤتمرات بالمركز . أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ١٦.

- ويعد التحكيم وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة .
- وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاما بديلا عن القضاء ، فلا يجتمعان ، ذلك أن مقتضاه استبعاد القضاء من نظر المسائل التي انصب عليها النزاع استثناء من أصل خضوعها لولايته .
- و التحكيم بحسب طبيعته القانونية منشأه الاتفاق ، في بدايته واجراءاته ونهايته .
- أنه لا يجوز فرض التحكيم قسرا ولو بنص قانون علي أطراف النزاع ، وإلا وصم النص بعدم الدستورية .
- أنه لا يزيل عوار عدم الدستورية أن يقتصر التحكيم الجبري على إحدى درجات النزاع ، إذ التحكيم نظام بديل عن القضاء في جميع مراحل النزاع فلا يجتمعان .
- أن أي نص قانوني يلزم أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم قسرا عنهما ولو في مرحلته الإبتدائية قبل اللجوء إلى القضاء يكون غير دستوري .

٢١٨- بعد ما رأينا موقف المحكمة الدستورية العليا من التحكيم الإجباري ، وقضاءها بعدم دستورية نصوص القوانين التي تُجيز التحكيم الإجباري ، إلا أنه بالرغم من ذلك فلازالت بعض نصوص القوانين التي تفصل في منازعاتها تحيلها إلى التحكيم الإجباري، مثال على ذلك القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشان هيئات القطاع العام وشركاته [٢٨٣]، إذ ورد النص على التحكيم الإجباري في المواد من ٥٦ إلى ٦٩ من القانون الأخير . ويتسم هذا النوع من التحكيم بخصوصية من حيث الإجراءات تجعله مختلفا كليا عن التحكيم الاختياري المنصوص عليه في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، فلم تقض المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا القانون بالرغم من نصه على التحكيم الإجباري كوسيلة لتسوية المنازعات ، ولا زالت بنوك القطاع العام خاضعه له (البنك الأهلي المصري ، وبنك مصر ، وبنك القاهرة). إذا

---

[٢٨٣] صدر هذا القانون في ١٩٨٣/٧/٣٠ ونشر في الجريدة الرسمية في العدد ٣١ تابع (أ) بتاريخ ١٩٨٣/٨/٤ .

توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٥٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه نطاق التحكيم الإجباري ، حيث تنص على :

" يفصل في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام بعضها البعض أو بين شركات قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو قطاع عام أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى عن طريق التحكيم دون غيره على الوجه المبين في هذا القانون " ويتضح إذن أن المنازعات التي تخضع للتحكيم الإجباري طبقا لهذا القانون هي تلك المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها البعض ، وفي مجال البنوك ، المنازعات التي تنشأ بين بنوك القطاع العام بعضها البعض ، وكذلك في المنازعات التي تنشأ بين شركة قطاع عام ، وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة .

- أما المنازعات التي لا تخضع للتحكيم الإجباري فهي تلك المنازعات التي تنشأ بين أي من بنوك القطاع العام ، وأي شخص من غير الأشخاص المنصوص عليها في المادة ٥٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ سالفة البيان ، مثل المنازعات التي تنشأ بين أي من تلك البنوك وشركات قطاع أعمال عام أو شركة قطاع خاص ، أو شخص طبيعي فتخضع تلك المنازعات للتحكيم الاختياري المنصوص عليه في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

- ويلاحظ على الحكم بعدم دستورية التحكيم الإجباري [٢٨٤] أن المحكمة الدستورية العليا لم تكن في حاجة إلى الاستناد إلى نصوص قانون المرافعات وقانون التحكيم في مصر وغيرها من الدول ، أو الاستناد إلى نصوص الاتفاقيات الدولية لإثبات أن التحكيم لا يكون إلا إراديا وذلك لأن المحكمة الدستورية لا تراقب صحة النص التشريعي أو اللائحي المطعون فيه أمامها على ضوء أي نص آخر له مرتبة التشريع

---

[٢٨٤] " التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية – دراسة مقارنة " أ.د. يسري محمد العصار ٢٠٠٩ مطبعة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، ص٦٤ وما بعدها . أنظر أيضا " موقف القضاء الدستوري المصري من التحكيم الإجباري " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد ١٤ – يونيو ٢٠١٠ ، ص ١٥ وما بعدها .

بمعنى أنها لا تراقب مشروعية النصوص الخاضعة لرقابتها ، وإنما تراقب دستوريتها كما أن جميع النصوص ذات القيمة التشريعية التي استندت إليها المحكمة تتضمن التنظيم العام للتحكيم ، وهو بالفعل لا يكون إلا إراديا ، أما التحكيم الإجباري فهو نظام استثنائي لم يقرره المشرع إلا بالنسبة لبعض صور المنازعات وقد نظمه المشرع بنصوص خاصة ، وأخيرا فإنه إذا كان الأساس الاتفاقي والرضائي للتحكيم يستند إلى ما قرره المشرع في القانون الذي يخضع له النظام العام للتحكيم ، فإن المشرع يملك تقرير استثناء على هذا الأصل ، بالأداة التشريعية ذاتها بحيث يقرر صورة للتحكيم تكون إجبارية لطرفي النزاع .

- **<u>دستورية التحكيم الإجبارى المنصوص عليه في القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ :</u>**

٢١٩- قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية كافة النصوص الواردة في القوانين المختلفة والتي تجعل من التحكيم إجباريا في بعض المنازعات ، وأسست قضائها إلى مخالفة تلك النصوص للدستور ، إلا أن المحكمة الدستورية لم تقض حتى الآن بعدم دستورية التحكيم الإجباري المنصوص عليه في القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ (قانون هيئات القطاع العام وشركاته ولائحته التنفيذية) على الرغم من أنه تحكيم إجباري . ونرى أن ذلك لا يتعارض مع نصوص الدستور والتي من أجلها قضت بعدم دستورية نصوص التحكيم الإجباري في القوانين المختلفة ، والسبب في ذلك أن هذا النوع من التحكيم لا يقوم في الواقع على أساس تعارض حقيقي بين مصالح الخصوم ، فهو تحكيم يتم بين أشخاص مملوكين لجهة واحدة وهي الدولة ، ومن ثم فلا يوجد طرف خاسر، وآخر كاسب الدعوى التحكيمية ، فالأمر يتعلق في النهاية بذمة مالية واحدة ، وهي الذمة المالية للدولة . [٢٨٥]

---

[٢٨٥] " التحكيم في منازعات البنوك " بحث مقدم من أ.د / رضا السيد ، ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، فبراير ٢٠٠٧ ص ٥ وما بعدها ، بمقر الأكاديمية العربية الدنماركية – الجيزة .

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

٢٢٠- تقضي المادة ٣٩ / ٤ من قانون التحكيم المصري بأنه " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " و نص قانون التحكيم العُماني على الحكم ذاته في المادة ٣٩ /٣ ، وكذلك المادة ٣٦/ د من القانون الأردني ، وتنص المادة ٢/٢١٢ من القانون الإماراتي بأنه " يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام " وذات المادة في القانون القطري في المادة ١٩٨ . أما قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فقد أجازت لهيئة التحكيم ، أن يكون التحكيم بالصلح شرط أن يجيز لها الأطراف ذلك صراحة [٢٨٦].

٢٢١- يتضح إذن أن التحكيم ينقسم في هذه الجزئية إلى نوعين ، تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح . ويقصد بالتحكيم بالقانون هو أن يتفق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم وأن يفصل في النزاع عن طريق اختيارهم لقانون موضوعي معين [٢٨٧]، وتلتزم هيئة التحكيم أو المُحكم الفرد أن يطبق القانون المختار من قبل الأطراف وليس له أن يطبق قواعد العدالة والإنصاف وإلا كان حُكمه مشوبا بالبطلان . أما التحكيم بالصلح فإن هيئة التحكيم أو المُحكم المفرد لا يلتزم بتطبيق قانون معين ، إذ أن أطراف النزاع أعطوه مكنة الفصل في النزاع بغير اتباع قانون موضوعي معين ، فلا يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون الموضوعية ، وإنما يصدر حكمه وفقا لقواعد العدالة وما يمليه عليه ضميره ، على أن يكون الحكم منطقيا ومعقولا بعد الأخذ في الاعتبار لكافة

---

[٢٨٦] المادة ٢٨ فقرة ٣ من القانون المعدل في ٢٠٠٦ .

[٢٨٧] " التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية " ورقة عمل مقدمة من الدكتور حمزة احمد حداد ، في ملتقى (التحكيم السعودي من منظور إسلامي ودولي) جدة – في الفترة من ١١/٢٩ حتى ٢٠٠٥/١٢/١ . أنظر أيضا " التحكيم بالصلح " د/ عبد الحميد الأحدب ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثالث – أكتوبر ٢٠٠٠ ص ٥٠ .

الظروف المحيطة بالنزاع وملابساته . إلا أن المحكم مقيد في جميع الأحوال بأن يراعي المبادئ الأساسية في التقاضي ، وأهمها حقوق الدفاع للطرفين ، وهو ما لا يتعارض مع سلوك المحكم لطريق التحكيم بالصلح ، فالتحكيم بالصلح يعني أن من صلاحيات المحكم أن لا يتقيد بحكم القانون ، ولكن هذا لا يحرمه من صلاحية الحكم وفق أحكام القانون إذا وجد أن ذلك عادلاً ومنصفاً .

٢٢٢- يلتزم المحكم بالصلح أن يتبع القواعد العامة في التقاضي ، فلا يجوز له الخروج عن قواعد النظام العام ، فالنظام العام هو القيد الأساسي لكافة التصرفات القانونية والقضائية، وتؤدي مخالفته إلى بطلان تلك الإجراءات .

- ويتفق كل من التحكيم والصلح في العديد من الأجزاء المشتركة ، على سبيل المثال لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، فلا يجوز الصلح وفقا للقانون في المسائل الجنائية أو في المسائل المتعلقة بالنسب أو الميراث أو الزواج والطلاق، وكذا التحكيم إذ يقتصر فقط موضوعه على الحقوق المالية المترتبة على المسائل الجنائية [٢٨٨]. كما يتفق كلا النوعين في أنهما يخضعان لأحكام دعوى بطلان حكم التحكيم إذا ما توافرت شروط رفع هذه الدعوى ، ولم يفرق قانون التحكيم المصري في أسباب بطلان الحكم بين ما إذا كان التحكيم بالقانون أو كان بالصلح ، مادامت قد توافرت الأسباب المحددة على سبيل الحصر . بمعني آخر فإن الشروط الواجب توافرها في التحكيم بالقانون هي ذات الشروط الواجب توافرها في التحكيم بالصلح من ناحية عدد المحكمين و المحكمة المختصة و طبيعة المنازعات المعروضة وأسباب البطلان و إصدار الأحكام وتنفيذها .
- إلا أن المحكم في التحكيم بالصلح غير مقيد باتباع قانون معين ، فهو مخول من قبل الأطراف في تسوية النزاع بالطريقة التي تتراءى له سواء أكانت هذه الطريقة اتباع

---

[٢٨٨] لمزيد من التفاصيل في ذلك الموضوع أنظر " التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي " بحث للدكتور/ محمد السيد عرفه – منشور بواسطة مركز الدراسات والبحوث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية – الطبعة الأولى ٢٠٠٦ . الرياض . و يرى الباحث أنه يمكن الصلح في جرائم القصاص والدية – ص ٩٧ – في الشريعة الإسلامية ، أما التحكيم فلا يمكن إعماله في حدود الله وحقوقه المالية – ص ١٣٩ – .

قانون ما أم الفصل في النزاع صلحاً ، ونرى أن المقصود بذلك هو أن المحكم له السلطة المطلقة في التحكيم بالصلح في تحديد القانون الموضوعي والذي يفصل استناداً إليه في النزاع . أي وجوب التفرقة بين القانون الإجرائي والقانون الموضوعي، فالمحكم في التحكيم بالصلح قد يطبق قانون معين بخصوص اجراءات التحكيم ، أما في موضوع النزاع قد يلجأ إلى التحكيم بالصلح ، والعكس أيضا صحيح ، بمعنى أن المحكم قد يطبق في قانون معين على موضوع النزاع ، وفي الاجراءات لا يطبق أي من القوانين الإجرائية التي تنظم العملية التحكيمية .

- وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم بالصلح نادر الحدوث في المنازعات التجارية الدولية فأطراف العلاقة التجارية الدولية أثناء إبرام العقود وصياغة شرط التحكيم لا يلجأون إلى تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم بالصلح نظراً لتعقد وتشابك العلاقات المتبادلة ، وبالتالي فلا يتصور أن تتم التسوية عن طريق التحكيم بالصلح والتي تعطي للمحكم أو لهيئة التحكيم سلطة مطلقة بالفصل في المنازعات بحسب ما يتراءى لها من ملابسات والظروف المحيطة بالعقد وكذلك بالنزاع ، بل يفضلون النص على اختيار قوانين موضوعية و / أو اجرائية لتحكم العملية التحكيمية ، أو اللجوء إلى مركز تحكيم دولي وتبني قواعده الإجرائية . أما المنازعات التي يكثر فيها الالتجاء إلى التحكيم بالصلح هي تلك المنازعات التي يغلب عليها الطابع الأسري أو الشخصي بحيث يلجأ فيها أطراف المنازعة إلى مُحكم يخولونه حق الفصل في النزاع صُلحاً أو وفقا لقواعد العدالة والإنصاف ، وهو ما يخرج عن نطاق دراستنا .

<u>التحكيم التجاري والتحكيم المدني</u>

٢٢٣- أشار القانون النموذجي إلى تفسير مصطلح "التجاري" تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، وذكر القانون النموذجي عدة أمثلة لمفهوم التجارية مثل معاملات السلع أو

الخدمات أو تبادلها، واتفاقيات التوزيع، والتمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، وكذلك إدارة الحقوق لدى الغير، والتأجير التمويلي ، وتشييد المصانع، والخدمات الاستشارية. والأعمال الهندسية ، وإصدار التراخيص ، والاستثمار ، والتمويل ، والأعمال المصرفية ، والتأمين ، واتفاق امتياز الاستغلال ، والمشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري ، ونقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية. وتفسير معيار التجارية على هذا النحو يدل على اتساع نطاق تطبيق القانون النموذجي للتحكيم ليشمل أي علاقة تجارية ذات طابع اقتصادي، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية .

٢٢٤- وجدير بالذكر أن قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، نص في المادة الثانية منه على معيار التجارية[٢٨٩] على نحو يطابق تقريباً ما جاء بالمادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم، وكان المشرع المصري يقصد وقت وضع قانون التحكيم الإشارة إلى مفهوم التجارية والتوسع في مجالاتها خشية الاعتماد على نص المادة الثانية من قانون التجارة المصري الملغي والتي كانت لا تواكب التطور الكبير في مفهوم العمل التجاري، أما بعد صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والواجب النفاذ اعتباراً من أول أكتوبر لسنة ١٩٩٩ حيث تبنت المواد من (٤) إلى (٧) إيضاح مفهوم العمل التجاري والذي جاء مواكباً للتطور الهائل في الآونة الحالية وشمل العمل التجاري مفهوماً موسعاً ، يقترب كثيراً مما جاء بالمادة الأولى من القانون النموذجي وقابل للإضافة إليه من أعمال أخرى تتشابه في الصفات والغايات

---

[٢٨٩] تنص المادة (٢) من القانون على أنه :

" يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد انابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية " . أنظر حكم صادر عن محكمة استئناف الاسماعيلية في الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٣٣ قضائية ، بجلسة ٢٠٠٩/١/٢٨ ، ومشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢٢٠ .

مع ما جاء ذكره بصلب مواد القانون التجاري . ويتميز قانون التحكيم المصري عن مثيله النموذجي في أن الأول يدخل في نطاقه كل أنواع التحكيم مدنية أو تجارية على خلاف الثاني الذي يقتصر نطاق تطبيقه على التحكيم التجاري الدولي، وفي ذلك تنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيماً دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"

٢٢٥- وهكذا يتضح أن مفهوم التجارية أصبح يتسع لأنشطة كانت تعد في السابق أنشطة مدنية كشق الطرق واستصلاح الأراضي الزراعية واستخراج الثروات الطبيعية وعمليات التنقيب وأعمال البناء والتشييد ، وهو ما يؤكد تبني المشرع المصري ما ذهب إليه الفقه الحديث في تبني معيار الأعمال الاقتصادية [٢٩٠] فالأعمال الاقتصادية هي الأعمال التي تقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري والذي يشكل وحدة اقتصادية تقوم بأنواع الاستغلال الاقتصادي سواء تمثل ذلك في استغلال تجاري بالمعنى التقليدي أو في استغلال زراعي أو استخراجي أو صناعي أو مالي ، الأمر الذي يغني عن المعيار التقليدي للأعمال التجارية أو لمحاولة حصرها ، أو حتى للتفرقة بين ما يعرف بالعمل المدني والعمل التجاري .

٢٢٦- والواقع أن شمول القانون المصري لكل أنواع التحكيم مدنية أو تجارية ، يجعل الاهتمام بتحديد صفة التجارية أمراً غير ضروري ، فالقانون النموذجي مقصور على

---

(٢٩٠) " التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ٣١ . مشار إليه سابقا. أنظر مناقشات قانون التحكيم في مجلس الشعب والصادر عن إدارة التشريع بوزارة العدل في ١٩٩٥ص ١٣١ وهو رأي أ.د. محمود سمير الشرقاوي في تأكيده على المعيار الحديث الأعمال التجارية . أنظر أيضا " تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة – القسم الأول " أ.د. فؤاد ديب ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ،المجلد ٢٧ العدد الثالث ٢٠١١ ص ٦١.

التحكيم التجاري الدولي ، فكان منطقياً أن يحرص واضعوه على تحديد مفهوم التجارية على هذا النحو التفصيلي ، أما في القانون المصري فلا توجد إلا فروق طفيفة في أحكامه الخاصة بالتحكيم التجاري ، فنصوصه نافذة على كل تحكيم أيا كانت طبيعة النزاع [٢٩١] .

- **التحكيم الإلكتروني (Online / Electronic Arbitration)**

٢٢٧- شهد العالم في العقد الأخير من القرن العشرين طفرة تكنولوجية في شتي المجالات والعلوم ، وكان من أهم إنجازات تلك الطفرة هو ما يعرف بشبكة المعلومات الدولية (International Network) أو كما يطلق عليه " الإنترنت Internet "، و لما كان التطور المعلوماتي قد أصاب جميع مناحي الحياة والمعاملات التجارية بين الأطراف ، فكان بالضرورة أن يتم إيجاد طريقة لتسوية المنازعات بين الأطراف تتسم بذات الخصائص التي اتسمت بها طبيعة تلك المعاملات ، فكان التحكيم الإلكتروني هو النتيجة الطبيعية لمنحنى هذا التطور . وليس في نيتنا التعرض إلى التطور التكنولوجي ومدى تأثيره في المجالات المختلفة ، إذ نقتصر في هذه الجزئية على عرض مفهوم حديث نسبياً عن التحكيم بشكل أو بطريقة مختلفة عن المألوف .

٢٢٨- يثور التساؤل حول مدى أهمية البحث عن وسيلة لفض المنازعات عن طريق الانترنت ؟ ففي خلال الأعوام القليلة المنصرمة ، حدث تطور هائل في استخدام الانترنت وذلك بالزيادة الكبيرة في عدد الأفراد المتاح لهم استخدام الانترنت ، وتطور وسائل الاتصال بالكتابة أو الطرق السمعية والبصرية وأصبح بإمكان مستخدمي الانترنت القيام بالعديد من الأعمال المرتبطة بأعمالهم اليومية ، وكذا قيام رجال الأعمال بعقد صفقات والتعاقد مع الغير باستخدام الانترنت. ونتيجة لهذا النمو ظهرت العديد من المنازعات التي تميزت بخصائص جديدة لم تتناولها القوانين والقواعد

---

[٢٩١] " التحكيم التجاري الدولي " للمرحوم أ.د. محمود مختار بريري ، ص ٣٤ . مشار إليه سابقا

التقليدية التي تحكم العلاقات بين الأفراد ، وفي المقابل كان لزاما على الدول والمنظمات الدولية أن تتعاطي مع المستجدات وذلك بإصدار تشريعات مرتبطة بالإنترنت كقوانين ومعاهدات الملكية الفكرية ، وقانون التوقيع الالكتروني ، وقوانين وقواعد التجارة الالكترونية ، وغيرها من القوانين المرتبطة باستخدام الانترنت .

٢٢٩- يُعرّف التحكيم الالكتروني بأنه " ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت ، في الغالب الأعم ، بوسائل الكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة ، تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي " [٢٩٢] ، كما يعرفه البعض بأنه " هو الاتفاق الذي بموجبه يحيل أطراف النزاع الذي نسب بينهما إلى محكم أو محكمة فضائية أو قاضي افتراضي بوسائل الكترونية " رسالة بيانات " ويصدر الحكم ويُبلغ إلى الأطراف بذات الوسيلة الإلكترونية " [٢٩٣] ، وتعريف آخر بأنه " وسيلة لتسوية المنازعات والتي تتسم بذات خصائص التحكيم بما فيها إيداع طلب التحكيم والمذكرات إلى هيئة التحكيم ، وجميع إجراءات التحكيم تكون من خلال الانترنت بواسطة الشبكات الجماعية ، أو الرسائل

---

[٢٩٢] " التحكيم التجاري الالكتروني – دراسة مقارنة " أ.د. سامي عبد الباقي أبو صالح ، دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٧ . أنظر أيضا " التحكيم باستخدام الانترنت " بحث مقدم من أ.م. غريب الصاوي ، ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، فبراير ٢٠٠٧ تحت رعاية الأكاديمية العربية الدنماركية – القاهرة .

[٢٩٣] " اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية " د. سمير برهان – ص ٥ ، بحث مقدم ضمن فعاليات ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية في الفترة من ٢٥ – ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٧ بجمهورية مصر العربية تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية التابعة لجامعة الدول العربية . يطلق على التحكيم الإلكتروني مصطلح ODR اختصارا إلى Online Disputes Resolution أنظر " Globalisation and ODR : Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement ", By Dr. Mohamed Salah Abdel –Wahab , Published in Journal of Arbitration . V.6 , August 2000. Page 10 .

البريدية ، أو مجموعات المحادثة ، أو عقد مؤتمرات مباشرة عن طريق الشبكة الدولية للمعلومات " (٢٩٤)

إجراءات التحكيم الالكتروني(٢٩٥)

٢٣٠- تختلف إجراءات التحكيم الإلكتروني عن إجراءات التحكيم العادي لأن التحكيم الإلكتروني يتم منذ بدايته وحتى صدور الحكم القضائي فيه على الوسائل الإلكترونية من خلال المواقع الإلكترونية، حيث يتم تخزين البيانات والمستندات وغيرها من الوثائق المتعلقة بالنزاع. وتبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني عند حصول خلاف بين أطراف اتفاق التحكيم حيث يقوم أحد الأطراف أو كلاهما بتقديم طلب اللجوء للتحكيم أمام مركز التحكيم الإلكتروني عبر إرسال رسالة الكترونية بالبريد الإلكتروني أو عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الانترنت والمعد سلفاً من قبل المركز أو الجهة المعهود إليها بالتحكيم . وغالباً ما تشترط مراكز التحكيم تضمين طلبات التحكيم البيانات الآتية :

---

(٢٩٤) **" Online Arbitration " Research Paper presented by Rabab M.K Yassen** " International Commercial Arbitration and ADR in Challenging World ..... Cross Cultural Perspectives" , an International Conference hosted by CRCICA & IFCAI during the period of 29 – 30 March 2009 . Cairo

" Online arbitration , also called electronic arbitration is defined as a method of dispute resolution that has all activities of the arbitration , including submissions to the arbitral tribunal and all proceeding , take place over the Internet via networks , e-mails, shat groups or online conferencing "

(٢٩٥) " النظام القانوني للتحكيم الالكتروني " بحث للأستاذ / أسعد فاضل منديل ، منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الثاني ، المجلد الرابع ، ديسمبر ٢٠١١ – ص ١٩٦ . أنظر أيضا " اتفاق التحكيم الإلكتروني وهيئاته " أ.د. عبد المنعم زمزم ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد العشرون – يونيو ٢٠١٣ ، ص ٩ . أنظر أيضا "شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني – دراسة مقارنة " أ.د. ابراهيم صبري الأرناؤوط ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون بكلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة السادسة والعشرون العدد التاسع والأربعون – يناير ٢٠١٢ . ص ١٤٥

" Dispute Settlement – International Commercial Arbitration – Electronic Arbitration " Guideline presented by United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) / EDM/Misc.232/Add20 . 2003 .

- أسماء الأطراف وطبيعة أعمالهم وعناوينهم البريدية الالكترونية .
- تحديد طبيعة النزاع وظروفه .
- الغرض من الطلب وطبيعة التسوية المطلوبة .
- قائمة بالأدلة الثبوتية والوثائق والمستندات .
- نص شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم وأي معلومات أخرى نافعة

٢٣١- وبعد تلقي مركز التحكيم طلب اللجوء للتحكيم يدعو الأطراف إلى تحديد موعد الجلسة الأولى ويفتح ملف خاص بالنزاع على الموقع الإلكتروني ولا يسمح بالدخول إليه إلا باستخدام المفتاح السري الذي يرسل للخصوم ولأعضاء هيئة التحكيم ويقوم مركز التحكيم الإلكتروني بعد ذلك بإخطار الطرف الأخر المطلوب التحكيم ضده على العنوان الإلكتروني الذي وضعه الطرف الأول طالب التحكيم ويجب على المحتكم ضده ، بعد تلقيه الإخطار باللجوء إلى التحكيم أن يبلغ مركز التحكيم برده على طلب التحكيم متضمناً المسائل الاتية :

- اسمه وعمله وعنوانه البريدي و الإلكتروني.
- ملاحظاته حول طبيعة النزاع وظروفه .
- موقفه من الغرض من طلب اللجوء للتحكيم والتسوية المطلوبة .
- قائمة بأدلة الاثبات التي يقوم عليها رده وأية معلومات أخرى قد تكون نافعة
- أي طلبات مقابلة يرغب في إيرادها في نفس الوقت الذي يقدم فيه دفاعه .

٢٣٢- ويحق لأطراف اتفاق التحكيم تعديل طلباتهم المقدمة خلال إجراءات التحكيم إلا في حالة رفض المحكمين ذلك خوفاً من تعطيل نظر النزاع . هذا ويجب وضع جميع المستندات والمعلومات والتقارير والملاحق والبيانات التي يقدمها أي من الطرفين على

موقعه الإلكتروني في شبكة الإنترنت . وبالنسبة لتبادل المستندات واللوائح الجوابية فإن هيئة التحكيم الإلكتروني تسمح بتبادل المستندات عبر شبكة الانترنت وذلك عن طريق إدخال البيانات بواسطة شخص أو جهة معتمدة من قبل مركز التحكيم الإلكتروني ،وأن يتم استخدام نظام تشفيري لتأمين نقل المستندات والوثائق الكترونياً عبر الشبكة ، واستخدام أيضاً تكنولوجيا تأمين المعلومات . ويمكن لهيئة التحكيم أن تستمع إلى أقوال أطراف النزاع وشهادة الشهود من خلال ما يسمى بغرف المخاطبة والحوار على الانترنت، ويعقد في هذه الحالة مؤتمر عن بُعد بين جميع الأطراف المتخاصمة يتناولون فيه الجوانب المتعلقة بموضوع التحكيم وهذه الوسائل تؤدي نفس الدور الذي تقوم به الجلسات القضائية العادية التي تعقد على الطبيعة لأنها تنقل الصورة والصوت في الحال مما يتيح الفرصة لأصحاب الشأن المشاركة في المؤتمر بشكل يضمن حق الادعاء وحقوق الدفاع وحق المواجهة . وبالنسبة لرسوم التحكيم الالكتروني فإن هناك رسوما يلتزم بأدائها (أطراف النزاع) ، وهي رسوم التسجيل والتي تقدر بحسب قيمة الحق المتنازع عليه فان كان الحق المتنازع عليه غير محدد القيمة وقت رفع النزاع فيجب دفع رسم معين مع طلب التحكيم ويدفع ذات الرسم اذا كان موضوع النزاع ليس مالياً . وهناك نوع أخر من الرسوم وهي الرسوم الإدارية التي يلتزم بدفعها طالب التحكيم كما يدفعها المطلوب التحكيم ضده في حالة إذا قدم ادعاء مقابلاً أو طلب زيادة مبلغ النزاع المرفوع أمام هيئة التحكيم وتستحق الرسوم الادارية خلال ثلاثين يوماً من إرسال طلب التحكيم بالنسبة للمحتكم ومن تاريخ إرسال طلب الادعاء المقابل أو زيادته بالنسبة للمحتكم ضده والتي تسحب وفق جدول الرسوم المطبق وقت بدء التحكيم.

٢٣٣- وبعد أن تتأكد هيئة التحكيم من تمكن الاطراف من تقديم دفاعهم وقبل إغلاق باب المرافعة يجوز لهيئة التحكيم دعوة الأطراف إلى تقديم مذكراتهم الختامية خلال فترة محددة تحددها الهيئة التحكيمية وبعد الانتهاء من تقديم الاطراف مذكراتهم النهائية تقرر هيئة التحكيم إغلاق باب المرافعة . ومن ثم تصدر الهيئة حكماً في النزاع خلال

الوقت المحدد لها في نظام مركز التحكيم ويجب أن يتضمن الحكم أسباب إصداره وتاريخ إصدار الحكم وأسماء المحكمين وتوقيعاتهم ورأي المخالف إذا لم يكن بالإجماع ويتم تبليغه للأطراف بالبريد الإلكتروني المشفر أو بأية وسيلة يرغبها أي طرف ويكون حكم مركز التحكيم نهائياً لا يقبل الاستئناف وغالباً ما يتم تنفيذ حكم التحكيم بشكل رضائي وتلقائي وذلك لتعهد الاطراف بتنفيذه دون تأخير . ومن المسائل التي يتم بشأنها التحكيم الإلكتروني على سبيل المثال لا الحصر ، المنازعات الناجمة عن الاخلال ببنود العقود الالكترونية وحقوق والتزامات كل طرف ومسؤولية مزودي خدمة الانترنت وحقوق الطبع والخلافات حول السداد الالكتروني .

٢٣٤- نظراً لتزايد اللجوء إلى التحكيم الالكتروني وأهميته في الواقع التجاري والاقتصادي، فقد خصصت له عدد من المنظمات الدولية قواعد لتنظيم عملية اللجوء إليه فعلى سبيل المثال ، فقد قامت غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) [٢٩٦] بإصدار دليل بقواعد اللجوء إلى التحكيم الالكتروني يتضمن عشر مواد تحتوي على تعريف للخدمات التي يقدمها المركز بخصوص التحكيم الالكتروني ، واحترام الشروط الواردة بالدليل وعدم انتهاكها ، والتزامات الأطراف من ناحية تجهيز المعدات والأدوات اللازمة لعملية التحكيم ، وسرية وخصوصية الأكواد الممنوحة من المركز للأطراف للولوج إلى الخدمة عن طريق الانترنت ، وحماية المعلومات والبيانات ، والمواعيد ، ومسئولية الأطراف ، والاختصاص القضائي والقانون المختص . وفي نهاية الدليل وضع المركز نموذجا إلكترونيا يتم استيفاء بياناته من قبل الأطراف الراغبة في اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يتضمن هذا النموذج أسماء الأطراف وجهة عملهم ومحل إقامتهم وأرقام الاتصال بهم بما في ذلك البريد الإلكتروني ، والموافقة على قبول التحكيم وفقا لقواعد المركز، والتاريخ، وأخيرا توقيع الطرف الراغب في التحكيم الإلكتروني على النموذج .

---

[٢٩٦] ICC International Court of Arbitration – Conditions of Access and use of NETCASE – Feb 2008

تقويم التحكيم الإلكتروني

٢٣٥- لجوء الأطراف المتنازعة إلى تسوية أية منازعات قد تنشأ بينهم عن طريق اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يتمتع بالعديد من المميزات ، فهو فضلا عن أنه وسيلة بديلة لتسوية المنازعات ، فمن أهم ما يُميز التحكيم الإلكتروني هو سرعة الفصلِ في النزاعِ [٢٩٧]، وهذه الميزة تفوق كثيرًا ما يجرى به تداول هذه المنازعات في أروقة المحاكم العادية من بطء للقضايا، خاصة مع ازدياد عقود التجارة الإلكترونية، حتى أن هذا التحكيم يفوق كثيراً سرعة الفصلِ في المنازعات المعروضة عليه مقارنة باللجوء للتحكيم التجاري العادي الذى يحتاج مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم، وسبب ذلك هو الحضور المادي للأطراف ولهيئة التحكيم وتبادل المرافعات والبيانات بين أطراف الدعوى. يضاف الى ذلك أيضا التقليل من النفقات، فإذا كانت ثمة مثالب للتحكيم العادي تتمثل في كثرة النفقات والمصاريف بسبب أتعاب هيئة التحكيم وأتعاب المحامين، وكذلك مصاريف الانتقال لأعضاء هيئة التحكيم لاسيما لو كانوا في دول مختلفة عن دولة مقر التحكيم، وغيرها من المصروفات الإدارية، فإن هذا العيب لا يوجد عند اتباع التحكيم الإلكتروني.

٢٣٦- وتبقى هناك ميزة أخرى هي الملاءمة، حيث إنه على عكس قضاء الدولة أو هيئات التحكيم التقليدية، فإنَ التحكيمَ الإلكتروني متاح على مدار أربعة وعشرين ساعة في اليوم وسبعة أيام في الأسبوع، وهذه الميزة تمكِن الأطراف من إرسالِ رسائل البريد

---

[٢٩٧] مقال منشور بجريدة الأهرام تحت عنوان " التحكيم الالكتروني – المزايا والعيوب " بقلم أ/ هشام بشير . بتاريخ ٢٠١١/٤/١ . أنظر أيضا بحث بعنوان " شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني " إعداد د/ إبراهيم صبري الأرناؤوط ، منشور في مجلة الشريعة والقانون بكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة السادسة والعشرون – العدد التاسع والأربعون ، يناير ٢٠١٢ – ص ١٤٧ . " فعالية قرار التحكيم الإلكتروني " د/ إبراهيم إسماعيل إبراهيم بحث منشور في مجلة جامعة بابل بالعراق ، المجلد ٢١ العدد٢ لسنة ٢٠١٣ ص ١٢ . " اعتبارات السرية والأمان في التحكيم الإلكتروني " أ.د. محمد صلاح بعد الوهاب ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ ص ١٣٩ . أنظر أيضا بحث بعنوان " التحكيم الإلكتروني " من إعداد الدكتور / نبيل زيد مقابلة – ٢٠٠٧ . نسخة الكترونية :

http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216

الإلكتروني أو الاتصال في أي وقت، ويمكنهم أيضا من ممارسةُ التحكيم الإلكتروني من أي مكان دون قيد، حيث يتم ذلك بواسطة جهاز الكمبيوتر في المنزلِ أو في العملِ أو في أي مكان آخر، فأصبح بإمكان أطراف النزاع والمحكمين التواصل بشكل مباشر دون الوجود فعليا في نفس المكان.

٢٣٧- أما من الناحية الأخرى ، فإنه على الرغم من الميزات التي يمنحها التحكيم الإلكتروني لأطرافه ، إلا أنه يعتريه بعض المثالب ، منها على سبيل المثال[٢٩٨] :

- الخشية من عدم سرية التحكيم ، إذ يعد الحفاظ على سرية النزاع و الفصل فيه واحدا من الدوافع الجوهرية للجوء إلى التحكيم دون القضاء ، خاصة أسرارهم التجارية إذا تعلق الأمر بالمنازعات التجارية التي يحرص فيها الأطراف على الحفاظ بشدة على أسرارهم درءاً للاستغلال في المنافسة غير المشروعة ، والظاهر أن إجراءات التحكيم في شكله التقليدي على الأقل توفر هذه الميزة الهامة للتاجر من حيث أن جلساته السرية تقتصر على الأطراف فحسب .

لكن التحكيم في شقه الإلكتروني قد لا يحقق السرية المطلوبة بذات النسبة التي يحققها التحكيم التقليدي ، باعتبار أن إجراءاته تتم عبر الإنترنت ، و هو وسط قد يشكل في ذاته تهديدا لسرية التحكيم في أكثر من جانب :

- تقتضي إجراءات التحكيم رغبة الأطراف في الحفاظ على السرية لذا يكون لكل طرف رقم سري يتيح له وحده الدخول إلى موقع القضية التي يجري التحكيم فيها ، فيلتقي بالمحكم أو بالطرف الآخر ويتمكن من الحصول على المستندات المتعلقة بالنزاع ، لكن حصول أطراف النزاع على الأرقام السرية يتطلب في ذاته تدخل أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالنزاع لتيسير ذلك ، وهذا يعني عمليا أن معرفة الأرقام

---

[٢٩٨] رسالة ماجستير بعنوان " التحكيم الإلكتروني E- Arbitration " إعداد الباحثة / يتوجي سامية – كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ٢٠٠٩ ص ١٣، جامعة محمد خيضر – بسكرة ، الجزائر. أنظر أيضا " مشاكل الاعتراف بالتحكيم الالكتروني " أ.د. احمد شرف الدين ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ ص ١١٥ .

السرية لم تعد مقصورة على أطراف النزاع وحدهم وهو ما قد يشكل تهديدا لسرية عملية التحكيم .

- يواجه الانترنت والمعلومات المتاحة عليها بشكل عام خطر الاختراق من قراصنة المعلوماتية The Hackers و المخربين Crackers و هم أشخاص يتوغلون في الإنترنت معترضين المعلومات السرية ، فإذا كانت هذه المعلومات خاصة بنزاع معروض على تحكيم إلكتروني فإن اختراقها يشكل قطعا تهديدا لسرية التحكيم وأسرار التجارة المعروضة في إطار التحكيم.

٢٣٨- عدم ملاءمة التشريعات الداخلية للتحكيم الإلكتروني ، لقد وضعت القواعد القانونية واستقرت لتحكم تعاملاً تجارياً مادياً يستوي في ذلك القواعد التي تحكم التعامل التجاري بذاته إبراماً وتنفيذاً أو القواعد المتعلقة بالنزاع الذي يثار بشأنه و كيفية فضه فالقوانين المنظمة للتحكيم كأسلوب لفض المنازعات تتضمن ضمانات معينة للأطراف مثل اشتراط شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم وشروط أخرى معينة لتنفيذ حكم التحكيم وهي الأطر القانونية التي قد يتعذر استيفاؤها من طرفي التحكيم الإلكتروني لكل ما تتطلبه هذه القواعد من شكليات وشروط ، باعتبار أنها وضعت أساسا لتنظم تحكيماً تقليدياً يتم بوسائل وإجراءات تقليدية ، وفي هذه الحالة لن يكون التحكيم الإلكتروني مجدياً، لأن عدم استيفاءه المطلوب من الشروط والشكليات القانونية اللازمة يؤدي إلى عدم إمكانية تنفيذ حكم المحكم ، و لتلافي ذلك عادة ما يتعين على المشرع الداخلي في الدول التدخل لإقرار قواعد جديدة أو تعديل القواعد القانونية النافذة بما ينسجم تماما مع خصوصية التحكيم في البيئة الرقمية، مثلما تعامل مع العقود الإلكترونية.

- سماح التحكيم الإلكتروني بإمكانية استبعاد فكرة تطبيق القوانين المتعلقة بالنظام العام والتي تمس جوهريا المصالح الأساسية والاقتصادية والسياسية و الاجتماعية، مما يؤدي إلى تعقيدات جدية أثناء التنفيذ.

- إثارة بعض العقبات الإجرائية والموضوعية ، المتعلقة أساسا بالحق في الدفاع و حق المرافعة الشفهية و توافر مبدأ المواجهة و فروق التوقيت مع الطرف الآخر و التفاوت في تكنولوجيا الاتصالات بين الدول و مسألة القانون الواجب التطبيق .

- **الخلاصة :** استعرضنا التحكيم باعتباره أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين الأطراف والذي استحوذ على اهتمام الدول كلها ، و قمنا ببيان أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين بقية الوسائل الأخرى ، والتي منها القضاء (والذي يعد الوسيلة الأساسية لتسوية المنازعات بين الأطراف) والوساطة والتوفيق وأعمال الخبرة . كما عرضنا لأنواع التحكيم والتي تعددت ما بين تحكيم أجنبي ومحلي وقمنا ببيان معايير دولية التحكيم في مختلف التشريعات والأنظمة القانونية الوطنية والدولية ، وكذا التحكيم المؤسسي والحر وبيّنا أهمية التفرقة بين كلا منهما ورجحنا اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لضمان سير العملية التحكيمية وصدور أحكام تحكيم لا تشوبها أعراض البطلان مما يهدد مصالح الأطراف ، وكذلك التحكيم الاختياري والإجباري ورأينا أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في قضاءها بعدم دستورية القوانين الخاصة باللجوء إلى التحكيم الإجباري لتسوية المنازعات التي تنشأ بين تلك الجهات وعملائها وكذا التحكيم التجاري والمدني ، والتحكيم بالقانون وبالصلح . وأخيرا التحكيم الإلكتروني ورأينا تنامي أهمية هذا النوع من التحكيمات نظرا لتطور وسائل الاتصال وكذلك تطور العلاقات التجارية والتي أوجبت البحث عن وسيلة سريعة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين أطراف العلاقة التجارية ، وبيّنا الإجراءات المتبعة في سبيل تسوية المنازعات من خلال التحكيم الإلكتروني ، وكذلك تقويمه .

الفرع الثاني

صور اتفاق التحكيم وآثاره

٢٣٩- نستعرض في هذا الفرع صور اتفاق التحكيم والتي قد تأخذ شكلا من ثلاثة ، إما شرط يرد في العقد وقبل نشوء النزاع ، وإما مشارطة ترد بعد نشوء النزاع ، وإما عن طريق الإحالة إلى وثيقة خارجية تحتوي على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات (مبحث أول) ، و الآثار المترتبة على ورود اتفاق التحكيم لتسوية منازعات الأطراف والتي تنقسم إلى أثار إيجابية وأخرى سلبية (مبحث ثان) . كل ذلك على النحو التالي :

المبحث الأول

صور اتفاق التحكيم

٢٤٠- تمهيد : نصت المادة السابعة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي [٢٩٩] على اتفاق التحكيم بأنه " هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشان علاقة قانونية محددة ، سواء أكانت عقدية أم غير عقدية . ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل " وهو ذات التعريف الذي وضعه المشرع المصري في المادة (١/١٠) من قانون التحكيم ، وكذلك المشرع الانجليزي في قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة ١٩٩٦ في المادة السادسة . ويعتبر اتفاق التحكيم هو الأساس الذي تبنى عليه العملية التحكيمية برمتها ، فالتراضي[٣٠٠] هو

---

[٢٩٩] قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ والمعدل في ٢٠٠٦ الصادر من الأمم المتحدة في ٢٠٠٨ – فيينا . ISBN 978-92-1-633039-2

[٣٠٠] أنظر في موضوع التراضي كأساس لصحة اتفاق التحكيم " التراضي كأساس لاتفاق التحكيم " رسالة دكتوراه مقدمة من د/ داليا عبد المعطي حسين ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٧ .

أساس التحكيم باعتباره وسيلة غير قضائية لتسوية المنازعات ، وهو وسيلة اختيارية [٣٠١] وبالتالي فإن أهم الشروط الواجب توافر هو اتفاق الأطراف على عرض منازعاتهم على التحكيم ، ولابد أن يكون هذا الاتفاق مكتوبا [٣٠٢] وإلا كان التحكيم باطلا ، وهو بطلان متعلق بالنظام العام [٣٠٣] ، ولا يشترط شكلا معينا في الكتابة طالما كانت الإرادة فيه صريحة لا لبس فيها في رغبة الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم . والكتابة شرط انعقاد وليس إثبات ، بمعنى أنه في حالة عدم توافر الكتابة فإن اتفاق التحكيم يعتبر كأن لم يكن – مادة ١٢ من القانون المصري – أما بعض التشريعات – مادة ١٧٣ من التشريع الكويتي – فإنها تجعل الكتابة شرطا للإثبات فقط وبالتالي إذا لم يكتب اتفاق التحكيم أمكن اثباته بما يقوم مقام الكتابة من إقرار ولا يكون الاتفاق باطلا .

٢٤١- وفي هذا السياق فقد قامت مراكز التحكيم والمؤسسات الدولية العاملة في مجال التحكيم بصياغة اتفاق تحكيم نموذجي لكي يستطيع الأطراف اقتباسه وإدراجه في العقد المبرم بينهم [٣٠٤] ولقد نصت المادة السابعة من القانون النموذجي " الأونسيترال " في فقرتيها الثالثة والرابعة على شكل اتفاق التحكيم " يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان محتواه مدونا في أي شكل ، سواء كان اتفاق التحكيم أو العقد قد أُبرم شفويا أو

---

[٣٠١] عدا الحالات التي أجاز فيها المشرع اللجوء إلى التحكيم الإجباري . أنظر سابقا بند ٢١٨ .

[٣٠٢] المادة ١٢ من القانون المصري ، والمادة ٧ فقرة ٢ من الأونسيترال ، والمادة ٥ من قانون التحكيم الانجليزي ، والمادة ١٠ فقرة أ من قانون التحكيم الأردني ، والمادة ٢٠٣ فقرة ٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي . " كتابة اتفاق التحكيم في القوانين العربية " د/ حمزة أحمد حداد ، ص ٢ – ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري ٢٠٠٣/١٢/٣١ – الإمارات العربية المتحدة . أنظر أيضا " قانون التحكيم الفرنسي الجديد " أ.د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ص ٢١ – العدد ١٨ يونيو ٢٠١٢ .

[٣٠٣] المادة ٥٣ من القانون المصري ، والمادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ الصادر في ٢٠١١/١/٣١ .

[٣٠٤] على سبيل المثال فإن نقابة المحامين الدولية IBA أصدرت إرشادات حول صياغة بنود التحكيم الدولية في ٢٠١٠/١٠/٧ . كذلك نصت المادة الأولى من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في أول مارس ٢٠١١ على شرط تحكيم نموذجي للإدراج بالعقود نصه كالآتي :

" كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بتفسيره أو تنفيذه أو فسخه أو بطلانه يتم الفصل فيه بطريق التحكيم وفقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي "

بالتصرف أو بوسيلة أخرى . ويكفي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا ..... على سبيل المثال لا الحصر ، التبادل الإلكتروني للبيانات والبرق والتلكس والنسخ البرقي " وهكذا يتضح أن القانون النموذجي قد أخذ بالمفهوم الواسع لمصطلح الكتابة ، بحيث يشمل أي كتابة بين الأطراف ، إلا أنه اشترط إمكانية الرجوع إليها لاحقا للاعتداد بهذه الكتابة ، وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة ١٢ من قانون التحكيم . أما بخصوص الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم، فهي ذات الشروط الموضوعية الواجب توافرها في أي اتفاق أو عقد وهي الرضا والمحل والسبب [٣٠٥]

صور اتفاق التحكيم

٢٤٢- تنقسم صور اتفاق التحكيم إلى شرط ، ومشارطة ، و اتفاق تحكيم بالإحالة:

أولا : شرط التحكيم

٢٤٣- يُعّرف شرط التحكيم بأنه [٣٠٦] " اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشان علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم " ويقصد بشرط التحكيم أن يتفق أطراف التعاقد على إحالة المنازعات التي قد ينشأ عنه إلى التحكيم للفصل فيها ، ولا يشترط أن يرد هذا الاتفاق في ذات العقد المبرم ، إذ من الممكن أن يرد شرط التحكيم في اتفاق لاحق عن تاريخ إبرام العقد ، فالعبرة أن يكون الاتفاق على التحكيم

---

[٣٠٥] يجب أن تكون إرادة الشخص خالية من عيوب الرضا وهي الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال . وأن يكون المحل ممكن ، وأن يكون السبب مشروع . و ليس في نيتنا التعرض للأركان الموضوعية لصحة العقد ، إذ نرى أن مجالها في دراسات القانون المدني .

[٣٠٦] أ.د. فتحي والي ، ص ٩١ . المرجع السابق .

سابقا على نشوء النزاع بصرف النظر عن وروده في أصل العقد أو في ملحق له [٣٠٧] و من الأصلح للأطراف عدم التزيد أو الإسراف في ذكر أو بيان تفاصيل التحكيم كعدد المحكمين أو القانون الواجب التطبيق أو مكان انعقاد جلسات التحكيم أو تحديد الفترة التي يصدر خلالها حكم التحكيم وغيرها من التفاصيل التي من شأنها وضع عقبات أمام مباشرة هيئة التحكيم لعملها . فإذا عين الأطراف هيئة التحكيم بالاسم في شرط التحكيم ، وعند نشوء النزاع واللجوء إلى التحكيم فلابد أن يتم الاستعانة بالأسماء المحددة في شرط التحكيم ، وعلى فرض عدم توافر هؤلاء الأشخاص لأي سبب (كالوفاة على سبيل المثال) فإن شرط التحكيم في هذه الحالة لا يعتد به ويلزم وقتها أن يتم إبرام اتفاق تحكيم آخر ويسمى في هذه الحالة بمشارطة التحكيم .

٢٤٤- ولهذا فإننا لا نشجع على الإفراط أو الإكثار من تفاصيل العملية التحكيمية في شرط التحكيم. كذلك فإن الاختصار في صياغة شرط التحكيم ، وعدم وضوح إرادة الأطراف في شأن لجوئهم إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم – وهو ما يسمي بشرط التحكيم المعتل – فإنه في بعض الحالات يمكن الأخذ به بعد معرفة الإرادة المشتركة للأطراف طبقا لقواعد التفسير المعروفة ، أما إذا كان الغموض والإبهام لا يحتمل التفسير ولا يمكن معرفة مقاصد الأطراف فلا يمكن الأخذ به إذ قد يكون هذا الشرط سبباً للطرف الذي يريد التهرب من اللجوء إلى التحكيم للإدعاء بعدم صحته والرجوع إلى القضاء التابع للدولة [٣٠٨] ولكل ما سبق فإننا نرى الاستعانة بالشروط النموذجية الواردة ضمن قواعد التحكيم الصادرة عن مراكز التحكيم الدولية والتي قام على

---

[٣٠٧] " اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ " مقال منشور بواسطة أ.د. عمر مشهور حديثة الجازي ، في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ٢٠٠٣ ، العدد الثاني والعشرون ص ١ .

[٣٠٨] " تدخل القضاء الجزائري في مجال التحكيم التجاري الدولي " مقال منشور في مجلة القانون والأعمال الالكترونية بتاريخ ٢٠١٣/٥/٢٣ بواسطة د/ عليوش قربوع كمال – كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار . http://www.droitetentreprise.org/web/?p=149

صياغتها متخصصون يدركون أهمية صياغة شرط التحكيم والنتائج المترتبة عليه. [٣٠٩]

ثانيا : مشارطة التحكيم

٢٤٥- متى ثار نزاع بين أطراف التعاقد ، فإنهم يلجأون إلى إبرام اتفاق مستقل للتحكيم ، ويسمى في هذه الحالة " مشارطة التحكيم " [٣١٠] أو وثيقة التحكيم كما يطلق عليه في قانون التحكيم السعودي ، ونرى أن المقصود بمشارطة التحكيم بأنه " اتفاق طرفي النزاع بعد نشأته على عرض مسائل النزاع على التحكيم متضمنا بيانات النزاع القائم " ووفقا للمادة ١٠ فقرة ٢ من قانون التحكيم المصري ، يجب أن يشتمل اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ، على المسائل التي يشملها هذا الاتفاق ، وإلا كان الاتفاق باطلا . و يشتمل هذا الاتفاق عادة على عدة بيانات ، فعلى سبيل المثال يذكر في المشارطة بيانات أطراف النزاع وصفاتهم وعناوين مراسلاتهم وكذا من يمثلونهم في التحكيم ، وبيانات هيئة التحكيم من حيث أسمائهم والطرف الذي قام بتعيينه ، وتحديد أوجه النزاع تحديداً واضحا ، فلا يجوز للهيئة أن تفصل في نقاط غير متفق عليها في المشارطة ، وكذا تحديد المدة التي تفصل خلالها هيئة التحكيم في النزاع، ومقر انعقاد جلسات التحكيم واللغة المستخدمة في التحكيم أو في المذكرات والمرافعات ، وتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والموضوع ، وتحديد وسيلة التواصل بين أطراف التحكيم والهيئة ، والمراسلات المتبادلة بين الأطراف ، وتحديد مصاريف التحكيم وأتعاب الهيئة ، وأخيراً توقيعات الأطراف .

---

[٣٠٩] أصدر الاتحاد الدولي للمحامين (IBA) دليل حول صياغة بنود التحكيم الدولية بعنوان " إرشادات حول صياغة بنود التحكيم الدولية" وتم اعتمادها بموجب قرار من مجلس نقابة المحامين الدولية في ٢٠١٠/١٠/٧ – ISBN: 9780948711213

[٣١٠] يطلق على مشارطة التحكيم بالفرنسية Le Compromis .

٢٤٦- ذكرنا سابقا [٣١١] أن العبرة في التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم هي التوقيت ، إذ أن شرط التحكيم يرد في العقد الأصلي قبل نشوء النزاع ، أما مشارطة التحكيم فترد بعد نشوء النزاع ، وليس كما ذهب البعض من أن التفرقة بين الشرط والمشارطة تتمثل في ورود الشرط في صلب العقد ، و ورود المشارطة في اتفاق منفصل عن العقد.

٢٤٧- كذلك فلا مانع من أن يتم اللجوء إلى التحكيم بعقد مشارطة تحكيم حتى وإن قام أحد الأطراف بتحريك دعوى قضائية للفصل في النزاع متى وافق الطرف الآخر على اللجوء إلى التحكيم، ما دام لم يصدر حكم نهائي فيها ، وفي هذه الحالة فإنه يتم وقف إجراءات الدعوى في المحكمة [٣١٢] لحين الفصل في النزاع عن طريق التحكيم .

٢٤٨- وقد يتم صياغة مشارطة تحكيم وتضمينها البيانات سالفة الذكر، حتى وإن كان هناك شرط تحكيم في عقد النزاع ، ولا ينسخ ذلك شرط التحكيم مالم يتفق الأطراف على غير ذلك ، وهو أمر منطقي إذ يجب على الأطراف تحديد مسائل النزاع التي ستفصل فيها هيئة التحكيم ، ولما كان شرط التحكيم لا يتضمن البيانات المطلوبة ، فإن مشارطة التحكيم وما تحتويها من بيانات النزاع أمر لا مفر منه . وعادة ما تقوم هيئات التحكيم في أول جلسة – والتي تسمى بالجلسة الإجرائية – بالاتفاق مع أطراف النزاع على المسائل المتنازع عليها وكذلك بيانات الأطراف وممثليهم وعقد الاختصاص للهيئة للفصل في المسائل محل النزاع .

٢٤٩- تنص المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على وضع تعريف لمشارطة التحكيم بأنها [٣١٣] " مشارطة التحكيم هي اتفاق بين الأطراف المتنازعة

---

[٣١١] أنظر بند ٢٤٣ .

[٣١٢] مادة ١٢٩ من قانون المرافعات المصري ، والتي تنص على :

" في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم. و بمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى "

[٣١٣] يطلق مصطلح Submission Agreement على مشارطة التحكيم ، والنص الأصلي للمادة :

لإحالة النزاع بينهما إلى التحكيم " وكذلك يجب أن تتضمن تلك المشارطة موضوع النزاع (مادة ١٤٤٥ مرافعات) .

٢٥٠- يتضح مما تقدم أن شرط التحكيم مستقل عن مشارطة التحكيم ، فوجود شرط التحكيم لا يمنع أطراف الخصومة من إبرام مشارطة التحكيم ، بحيث يقوم الأطراف بالاتفاق على البنود السابق ذكرها آنفا [٣١٤] ، ومتى وجد بين الطرفين شرط تحكيم ومشارطة تحكيم ، فإن بطلان أحدهما ليس من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الأخر ، كذلك فإن إبرام المشارطة لا يؤدي إلى إلغاء شرط التحكيم الذي أبرم قبلها إلا باتفاق الطرفين صراحة على العكس [٣١٥] . كذلك فإن شرط التحكيم يتعلق بنزاع احتمالي بالنسبة للمستقبل ، وقد لا يقع مطلقا ، وما دام الأمر كذلك فإنه من المستحيل تحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم، وترتيباً على ذلك، فقد نصت مختلف القوانين على تحديد موضوع النزاع في المشارطة التي تحرر بعد وقوع النزاع بعد أن أصبح معروفا للطرفين وتحددت معالمه لهما [٣١٦]

٢٥١- وقضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٦٠٨ لسنة ٥٨ق بأن مشارطة التحكيم [٣١٧] " هي عقد رضائي إذا توافرت عناصره من إيجاب وقبول وكانت مما يجوز التحكيم فيه فإنها تنعقد صحيحة ، ولا يغير من ذلك وفاة أحد المحكمين أو عزله متى كان العزل بموافقة جميع الخصوم ولا يشترط في عزل المحكم شكل خاص فقد

" A submission agreement is an agreement by which the parties to a dispute submit such dispute to arbitration"

[٣١٤] بند ٢٤٤ . أنظر أيضا الحكم رقم١٦ لسنة ١١٦ قضائية الصادر عن محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٦٣ تجاري بجلسة ٢٠٠٠/٤/٥ والتي قضت في حكمها بأن عدم تحرير مشارطة تحكيم بعد وقوع النزاع على الرغم من وجود اتفاق التحكيم في العقد الأصلي ، لا يترتب عليه بطلان إجراءات التحكيم .

[٣١٥] أنظر " التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ٦٦ ، سابق الإشارة إليه أنظر أيضا " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " أ.د. فتحي والي ، ص ٩٤ ، سابق الإشارة إليه.

[٣١٦] " التحكيم في القوانين العربية " د. حمزة حداد ، الجزء الأول ، ص ١٠٢ فقرة ١٣٤ . منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى ٢٠٠٧ .

" Peaceful Settlement of Commercial Dispute – By Dr.M.I.M . Aboul –Enein . P 103

[٣١٧] الطعن رقم ٣٦٠٨ لسنة ٥٨ ق الصادر بجلسة الاثنين ١٩٩٨/١٢/٢١ .

يتم بصورة ضمنية أو باتفاق صريح وكل ما اشترطه القانون أنه إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا يكون التحكيم باطلا " وهكذا يتضح وفقا لهذه القاعدة القضائية ، أن وفاة أحد المحكمين المتفق عليهم في مشارطة التحكيم لا يبطل الاتفاق بعكس الوضع في حالة الاتفاق على تعيين محكم معين في شرط التحكيم (أي قبل وقوع النزاع) ، ففي هذه الحالة الأخيرة فإن شرط التحكيم يبطل في ذاته ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع نزاع استنادا إلى هذا الشرط ، وإنما يلزم إبرام مشارطة تحكيم بتراضي طرفي النزاع ، ولا يمكن التمسك بهذا الدفع أمام المحكمة (أي الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقد موضوع النزاع) لبطلان هذا الشرط .

ثالثا : التحكيم بالإحالة

٢٥٢- النمط الثالث من أنماط اتفاق التحكيم هو التحكيم بالإحالة ، ويقصد به اتفاق طرفي التعاقد على الإحالة إلى عقد أو وثيقة أخري تتضمن شرط التحكيم ، على أن تكون تلك الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد [٣١٨]. وهكذا فإنه يفترض أن العقد الأساسي قد جاء خالياً من أي شرط للتحكيم وأن الأطراف اكتفوا بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ، وبطبيعة الحال لابد أن تكون هناك صلة وارتباط بين العقد المتضمن الإحالة ، والوثيقة المحال إليها.

٢٥٣- ويشترط لإعمال أثر هذه الإحالة ما يلي[٣١٩] :

- أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد الذي تضمن الإحالة ، فلا تكفي الإحالة إلى اتفاق لاحق أو عمل قانوني لاحق سيصدر بعد إبرام العقد المحيل .

---

[٣١٨] المادة ٧ فقرة ٦ من القانون النموذجي ، وكذا المادة ١٠ فقرة ٣ من قانون التحكيم المصري والمادة ٦ فقرة ٢ من قانون التحكيم الانجليزي. أيضا حكم نقض مدني مصري رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٩٧٥/٣/٥ ، مكتب فني سنة ٢٦ الجزء الأول ص ٥٣٧ .

[٣١٩] " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " ا.د. فتحي والي – ص ٩٨ ، مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " إشكاليات التحكيم في العقود الدولية للتشييد " بواسطة المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، قُدم في ورشة عمل بعنوان (التحكيم في عقود الإنشاءات الهندسية) المنعقدة في اسطنبول – تركيا في الفترة من ٢-٥ سبتمبر ٢٠١٢ ، ص ١٠ .

- أن تكوت الوثيقة المحال إليها تتضمن صراحة شرط التحكيم .
- أن تكون الوثيقة المحال إليها معروفة للطرف الذي يراد أن يتم التمسك في مواجهته بالشرط ، أو على الأقل أن تكون الوثيقة معلومة على نطاق واسع في وسط النشاط الاقتصادي الذي ينتمي إليه الطرفان بحيث لا يمكن الادعاء بعدم معرفته .
- أن تكون الإحالة واضحة إلى شرط التحكيم الوارد بتلك الوثيقة باعتباره جزءاً من العقد

٢٥٤- وتعد العقود النموذجية من أكثر العقود التي يشير إليها الأطراف عند التعاقد وتكون متضمنة لشرط التحكيم وتنظم أغلب هذه العقود أحكام التأمين واستخراج البترول ونقل التكنولوجيا و عقود الفيديك (عقود المقاولات الصادرة عن اتحاد المهندسين الاستشاريين في لوزان بسويسرا) والعقود البحرية . وعلى ذلك فإن شرط التحكيم بالإحالة تكون له نفس القوة الإلزامية التي تمنح لشرط التحكيم أو مشارطة التحكيم . ولما كانت عقود التشييد تحيل في نسبة كبيرة منها إلى نماذج عقود الفيديك ، وكذا العقود البحرية كعقود النقل والشحن والتفريغ وغيرها تحيل إلى وثائق أخرى مرتبطة بها ، فإننا آثرنا أن نستعرض أحكام كل من العقدين بخصوص الإحالة إلى شرط التحكيم على النحو التالي :

أولا : نماذج عقود الفيديك

٢٥٥- ذكرنا سابقا [٣٢٠] ماهية عقود الفيديك بأنها مجموعة من النماذج العقدية والتي تعني بوضع بنود نموذجية يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي الاستعانة بتلك النماذج

---

[٣٢٠] بند ١١١ . أنظر أيضا " آليه تسوية منازعات عقود البناء والتشييد : الحل بالتفاوض والحسم بالتحكيم – دراسة مقارنة بين قواعد الفيديك القديمة طبعة عام ١٩٨٧ وقواعد الفيديك الحديثة طبعة ١٩٩٩ " أ.د. لافي محمد درادكه بحث منشور في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) ص ٦٢٦. مشار إليه سابقا .

سواء كل البنود أو بعضها ، وأصدر الفيديك العديد من النماذج العقدية والتي تعني بأنشطة مختلفة كالتشييد وأعمال المقاولات وعقود تسليم المفتاح وغيرها . وعند قيام طرفي التعاقد بإبرام عقد التشييد (على سبيل المثال) فإنهما يحيلا في العديد من البنود الاتفاقية إلى عقود نموذجية تتضمن العديد من الالتزامات العامة على كاهل طرفي التعاقد والتي يقوم طرفي التعاقد بالإحالة إليها بدلاً من الاستغراق في كتابة تلك البنود خاصة وأن تلك العقود النموذجية قام على صياغتها ومراجعتها خبراء في المجالات المبرم في شأنها تلك العقود .

٢٥٦- ولما كانت تلك العقود النموذجية قد تتضمن بنودا لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم (وهو ما يحدث في الغالب الأعم) فإن أطراف التعاقد يجب عليهم أن يشيروا وبوضوح (وفقا لما اشترطته العديد من قوانين التحكيم المختلفة كما أشرنا سابقا) إلى تبنيهم لهذا العقد النموذجي وما يتضمنه من شرط التحكيم حتي يمكن إنفاذه في مواجهتهم . ويتم تضمين عقود الفيديك بنودا لتسوية المنازعات تبدأ أولها بقيام المقاول بإرسال إشعار إلى المهندس بمطالباته وتفاصيلها خلال فترة معينة من تاريخ علمه بالوقائع الموجبة للمطالبات ، ويتعين على المهندس الرد على تلك المطالبات خلال مدة معينة وذلك إما بالموافقة أو عدم الموافقة . وفي حالة عدم الرد أو كان للمقاول أية اعتراضات ، فيتم تشكيل مجلس لتسوية المنازعات (مجلس فض المنازعات) لتسوية المنازعات بين المقاول وبين المهندس أو صاحب العمل ، ويتعين على هذا المجلس اتخاذ قراره في شأن تلك المطالبات خلال فترة معينة . وفي حالة عدم قبول أي من الطرفين لقرار المجلس ، عندئذ يقوم أي من الطرفين بإخطار الطرف الأخر بعدم قبوله لقرار المجلس و إعلانه باللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع ، إلا أن قرار المجلس يظل ملزماً لأطرافه حتى يفصل التحكيم في النزاع .

- وعلى هذا الأساس ، فإن عقود الفيديك يتم تضمينها أساليب تسوية المنازعات أو المطالبات بين المقاول وصاحب العمل أو المهندس بحيث لا يتم اللجوء مباشرة إلى التحكيم ، وإنما يتم اللجوء إلى تسوية النزاع بشكل ودي ثم بتشكيل مجلس لفض

المنازعات مكون من فنيين ومتخصصين في ذات مجال الحق المتنازع فيه ويصدر المجلس قراراه والذي يظل ملزماً لأطرافه ، وإذا ما رفض أطراف النزاع قرار المجلس فإن أي منهم يلجأ إلى التحكيم والذي بدوره يفصل في النزاع بشكل نهائي وملزم لكافة أطرافه .

ثانيا : سند الشحن (Bill of Lading)

٢٥٧- تعرف معاهدة هامبورج [٣٢١] سند الشحن بأنه " وثيقة تثبت عقد النقل البحري واستلام الناقل للبضاعة أو قيامه بشحنها ، وكذلك تعهد الناقل بتسليم البضاعة مقابل استرداد هذه الوثيقة . وينشأ هذا التعهد عن وجود نص الوثيقة الذي يقضي بتسليم البضاعة لشخص معين أو تحت الإذن أو للحامل" [٣٢٢]

ونخلص من التعريف السابق أن سند الشحن محرر عرفي يتضمن أية بيانات يتفق عليها الناقل والشاحن ولكن يشترط أن تشتمل هذه البيانات على البيانات الإلزامية التي تعتبرها المعاهدة الحد الأدنى الضروري لتمكين سند الشحن من أداء وظائفه في الإثبات وفي تمثيل البضاعة [٣٢٣] ويؤدي سند الشحن ثلاث وظائف أولها أنه أداة لإثبات عملية شحن البضاعة ، وثانيها أنه يعتبر وسيلة لإثبات عقد النقل ، وثالثها أنه يمثل سند ملكية البضاعة .

---

[٣٢١] اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بحراً والمبرمة في ١٩٧٨ ، وتعرف باسم " اتفاقية هامبورج " وتهدف إلى توحيد قواعد نقل البضائع دولياً ، و عدد الدول المنضمين إليها ٣٤ دولة ، ولقد انضمت جمهورية مصر العربية إلى تلك المعاهدة في ١٩٧٨/٣/٣١ ، وتم الاعتراف بها في ١٩٧٩/٤/٢٣ ، ودخلت حيز التنفيذ في ١٩٩٢/١١/١ .
المصدر : الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html

[٣٢٢] الفقرة السابعة من المادة الأولى من المعاهدة الخاصة بالتعريفات ، والنص الأصلي للمادة :
" Bill of lading" means a document which evidences a contract of carriage by sea and the taking over or loading of the goods by the carrier, and by which the carrier undertakes to deliver the goods against surrender of the document. A provision in the document that the goods are to be delivered to the order of a named person, or to order, or to bearer, constitutes such an undertaking."

[٣٢٣] " القانون البحري " أ.د. محمود سمير الشرقاوي بالتعاون مع أ.د. محمد صابر القليوبي – الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ص ٤٤٢ .

٢٥٨- قد يصدر سند الشحن بناء على مشارطة إيجار السفينة [٣٢٤] ، فقد يستأجر مالك البضائع سفينة ما لينقل عليها بضاعته ، فيبرم مع المجهز مشارطة إيجار للسفينة ثم يصدر سند الشحن ، ولا تسري أحكام مشارطة الإيجار إلا إذا أحال السند إليها وبالقدر الذي أحال إليه السند ، وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى قابلية البنود الواردة في مشارطة إيجار السفينة أن تنطبق على سند الشحن في حالة إحالة الأخيرة إلى المشارطة ؟

قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بإعمال شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار بناء على بند الإحالة الوارد في سند الشحن [٣٢٥] إذ قضت في الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ ق " توجب المادة ٩٩ من قانون التجارة البحري ذكر اسم المرسل إليه في سند الشحن ،كما أوجبت المادة ١٠٠ من هذا القانون أن يكتب سند الشحن من أربع نسخ أصلية يوقع عليها من كل من الشاحن والقبودان (الربان) وخصت المرسل إليه بأحدي هذه النسخ ، ثم جاءت المادة ١٠١ من هذا القانون مقررة أن سند الشحن المحرر بالكيفية السالف ذكرها ـ أي في المادتين ٩٩ و ١٠٠ المشار إليهما ـ يكون معتمداً بين الجميع ومن ثم فان الربط بين هذه المادة الأخيرة والمادتين السابقتين عليها يفيد أن قانون التجارة البحري يجعل من المرسل اليه طرفا ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه ـ حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ـ ومركز الشاحن وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهي في نطاق سلطته الموضوعية

---

[٣٢٤] عرف قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ الصادر في ١٩٩٠/٤/٢٢ والذي بمقتضاه ألغي القانون القديم الصادر في ١٨٨٣ ، في المادة ١٥٢ عقد إيجار السفينة بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يضع تحت تصرف المستأجر سفينة معينة أو جزءا منها مقابل أجرة وذلك لمدة محددة (التأجير بالمدة) أو للقيام برحلة معينة (التأجير بالرحلة) "

[٣٢٥] الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ قضائية الصادر بجلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ مكتب فني ١٦ ص ٢٢٠ ، والطعن رقم ١٣٥ لسنة ٣٣ قضائية الصادر في ١٩٦٧/٢/٧ مكتب فني ١٨ ص ٣٠٠ ، والطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ قضائية الصادر في ١٩٨١/٢/٩ مكتب فني ٣٢ ص ٤٤٥ .

الي أن سند الشحن قد تضمن الاحالة الي شرط التحكيم الوارد في مشارطة الايجار فان مقتضي هذه الاحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن فتلتزم به الطاعنة (المرسل إليها) لعلمها به من نسخة سند الشحن المرسلة اليها "

وأجاز القضاء الإنجليزي ، وجود اتفاق التحكيم المدون في وثيقة يحيل إليها عقد أو وثيقة أخرى ، ومثال ذلك أن يحتوي سند الشحن البحري على شرط يقول " كل الأحكام والشروط الأخرى هي أحكام المشارطة " وتتضمن المشارطة شرط تحكيم في المنازعات التي قد تنشأ عنها ، ثم أقام المُجهز الناقل دعوى قضائية ضد الشخص المرسلة إليه البضائع المظهر إليه سند الشحن ، فطلب المرسل إليه المدعي عليه في الدعوى القضائية وقف هذه الأخيرة مستندا إلى أن سند الشحن بإحالته إلى المشارطة يكون قد اشتمل على شرط التحكيم المدون فيها ، فرفضت محكمة الاستئناف طلبه وقضت بأنه حيثما يوجد في سند الشحن شرط مماثل للشرط المذكور عاليه ، فإن شروط المشارطة تكون قد اندمجت في السند كما لو كانت قد دونت بحرفها ، فإذا تبين أن أيا من شروط المشارطة يتعارض مع سند الشحن فلا يعتد به [٣٢٦]

٢٥٩- وهكذا يتضح أن قضاء النقض المصري[٣٢٧] قد استقر على جواز الاعتداد باتفاق التحكيم الوارد في مشارطة إيجار السفينة إذا ما أحال إليه سند الشحن ، إلا أنه اشترط لذلك أن تكون الإحالة واضحة باعتبار اتفاق التحكيم بندا من بنود المشارطة ، وكذا اتصال علم الأطراف بهذا الاتفاق ، وهو ما يتماشى مع ما نصت عليها المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري والمادة الخامسة الفقرة الثالثة و المادة السادسة الفقرة

---

[٣٢٦] قضية (1889) Hamilton & Co. v. Mackie&Sons مشار إليها في مؤلف أ.د. محمد القليوبي ، المرجع السابق ص ٣٤ .

[٣٢٧] أنظر في الإشارة إلى أحكام النقض أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق وتعليق سيادته على تلك الأحكام ص ٣٤٨ ، أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٩٩ ، د. داليا عبد المعطي ، المرجع السابق ص ٥٩.

الثانية من قانون التحكيم الانجليزي، وكذا أغلب التشريعات الأجنبية في الاعتداد باتفاق التحكيم بالإحالة، شريطة أن تكون تلك الإحالة واضحة فيما ترمي إليه.

٢٦٠- يثور التساؤل حول مدى انصراف أثر التعديلات التي تطرأ على الوثائق المحال إليها على اتفاق التحكيم الذي تم بطريق الإحالة ؟ ويمكن القول أنه متى أحال الأطراف إلى شروط عامة أو عقود نموذجية أو غيرها من الوثائق كما ذكرنا سابقا ، فإن أي تعديل يطرأ على هذه الوثائق فيما بعد ،يكون خارجا عن إرادة الأطراف ولا يؤثر على خضوعهم للتحكيم [٣٢٨] ، وعلى هذا الأساس فإننا نرى أنه في حالة نشوء نزاع بين الأطراف وكان اتفاق التحكيم بالإحالة ، فإنه يتم إعمال هذا الاتفاق في الوثيقة المحال إليها بالصيغة المعمول بها في وقت نشوء النزاع ، مالم يتفق الأطراف على تبني الصيغة المعدلة على تلك الوثيقة .

المبحث الثاني

آثار اتفاق التحكيم

٢٦١- تمهيد : يترتب على اتفاق الأطراف على التحكيم فيما ينشأ بينهما من منازعات عدة آثار منها ما هو إيجابي (مطلب أول) ومنها ما هو مانع (مطلب ثان) وذلك على النحو التالي :

---

[٣٢٨] " التحكيم بالإحالة " أ.د. ناجي عبد المؤمن ، بحث منشور ضمن فعاليات دورة إعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقدة في القاهرة ديسمبر ٢٠٠٧ ، ص ٤٨ .

المطلب الأول

الأثر الإيجابي

٢٦٢- من أهم الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم هو (أولا) استقلال هذا الاتفاق، و (ثانيا) اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها.

أولا : استقلال اتفاق التحكيم

٢٦٣- يقصد باستقلال اتفاق التحكيم Separability أحد معنيين [٣٢٩] إما استقلال الاتفاق عن العقد الأصلي، أي استقلال الاتفاق على التحكيم الوارد في أحد العقود عن العقد موضوع النزاع والذي يتضمن شرط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ، وإما استقلال الاتفاق على التحكيم عن جميع القوانين الوطنية . وبالتالي فإن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يقصد به أن بطلان أو فسخ أو انهاء العقد الأصلي لا يؤثر على اتفاق التحكيم ، فيظل صحيحاً مادام قد استكمل شروط صحته الخاصة به ، إذ قد يخضع هذا الاتفاق لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي لذلك من المتصور أن يستوفي اتفاق التحكيم شروط صحته رغم ما أصاب العقد الأصلي من عوارض . وترتيبا على ذلك ينتج الاتفاق أثره ويكون للمحكمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي ، وعلى هذا ينبغي التفرقة بين اتفاق التحكيم والعقد الرئيسي الذي يُعد الأول جزءً منه ، فإن العقد الذي يشتمل على اتفاق التحكيم يتضمن من ثم عقدين مستقلين ، العقد الرئيسي الذي

---

(٣٢٩) " التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ص ٩٩ ، سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " اتفاق التحكيم مع إشارة خاصة إلى القانون المصري " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، بحث مقدم في الملتقي العربي الأول بعنوان (التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات – التوفيق ، الوساطة ، الخبرة الفنية) بالتعاون مع المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت – بيروت ، الجمهورية اللبنانية في الفترة من ٣١ مايو حتى ٢ يونيو ٢٠١٠ ، ص ٧ .

يشمل الالتزامات التجارية التي تقع على عاتق الأطراف ، والعقد الفرعي الذي يشمل الالتزام بتسوية أي منازعات تنشأ عن هذه الالتزامات وبسببها ، بوساطة التحكيم ، وتقر مختلف النظم القانونية – على ما سوف نبينه لاحقا – مبدأ استقلال اتفاق التحكيم (٣٣٠)

٢٦٤- واستقر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وذلك عملا بمقتضيات التجارة الدولية ، إذ كان يجري قضاء محكمة النقض الفرنسية على تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي في بادئ الأمر ، وترتب على هذا حرمان المحكم من نظر المنازعات المتعلقة ببطلان العقد ، بحيث إذا أثير أمامه نزاع من هذا القبيل ، وجب أن يوقف إجراءات التحكيم حتى تفصل الجهة القضائية المختصة في صحة العقد . على أن هذا الأمر يتعلق بالمعاملات الداخلية دون الدولية ، إلا أن القضاء الفرنسي ذهب إلى غير ذلك بالتأكيد على سريان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية والدولية على السواء ، إذ أكدت أصالة واستقلال اتفاق التحكيم عن العقد ، محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في ٧ مايو ١٩٦٣ في نزاع Gossiet ، إذ كان يتعلق هذا النزاع بقيام شركة فرنسية تدعى Gossiet بالطعن في

---

(٣٣٠) " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. مختار بريري ص ٦٩ . سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " تطور تشريعات التحكيم في الدول العربية " بحث مقدم من أ.د. محمود سمير الشرقاوي ضمن فعاليات الملتقي العربي الأول بعنوان " التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات – التوفيق ، والوساطة ، الخبرة الفنية " ٣١ مايو – ٢ يونيو ٢٠١٠ بيروت – الجمهورية اللبنانية . ص ٢٢ . أنظر أيضا رسالة دكتوراه بعنوان " الحماية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية " إعداد الدكتور / هشام محمد اسماعيل ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة ٢٠١٠ بقسم القانون الدولي الخاص ص ٣٨٥ . أنظر أيضا " مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري " د/ السيد مصطفى ناطق صالح مطلوب ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق بكلية الحقوق ، جامعة الموصل بالعراق ، المجلد ١٢ العدد ٤٣ لسنة ٢٠١٠ ، ص ١٣١ .

" Peaceful Settlement of Commercial Dispute – By Dr.M.I.M . Aboul –Enein . P 31

" International Arbitration and International Commercial Law : Synergy, Convergence and Evolution , Chapter 8 Competence – Competence and Separability – American Style " By Jack M. Graves , Yelena Davydan , Published by Touro Law (Touro College Jacob D. Fuchsberg Law Center) 2011. A n Electronic copy Downloaded from http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/340/

" Separability , Competence – Competence and the Arbitrator`s Jurisdiction in Singapore " By Jack Tsen-Ta LEE , Published by Singapore Management University , Jan 1995- Page 421 . Downloaded from http://works.bepress.com/jacklee/contact.html

أمر تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها ولمصلحة شركة إيطالية تدعى Carapelli كانت قد أبرمت معها عقدا لبيع البضائع . وتمسكت الشركة الفرنسية ببطلان العقد الأصلي المبرم بينها وبين الشركة الإيطالية لوجود حظر على استيراد البضائع محل العقد وببطلان اتفاق التحكيم الذي تضمنه العقد ، إذ أن اتفاق التحكيم تابع للعقد المشوب بالبطلان . حيث قالت المحكمة العليا الفرنسية أنه " في التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم ، سواء أكان منفصلا أو كان يتضمنه التصرف القانوني مثار النزاع ، يتمتع دائما – فيما عدا بعض الظروف الاستثنائية - باستقلال قانوني تام ، ويكون بمنأى عن أية آثار محتملة لعدم صحة التصرف القانوني[٣٣١].

٢٦٥- ولا يعني مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ، أنه محصن ضد البطلان أو الفسخ ، ولكنه يعني عدم تبعيته للعقد الأصلي بحيث إذا لحق هذا الأخير سبب من أسباب الفسخ أو الانقضاء أو البطلان ، فلا ينصرف أثره إلى اتفاق التحكيم بل يظل قائما مادام أن هذا الاتفاق صحيح وقائما بذاته ، أما إذا أصابه عارض من العوارض التي تؤدي إلى طلب فسخه أو بطلانه ، فلا مجال لإعمال هذا المبدأ حتى وإن كان العقد الأصلي صحيحا . ومثال على ذلك إذا اتفق اطراف التعاقد على التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح .

٢٦٦- نصت المادة ١٤٤٧ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في يناير ٢٠١١ على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بقولها " اتفاق التحكيم مستقل عن العقد المتعلق به . ويجب ألا يتأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد " [٣٣٢] وبهذا النص قد

---

[٣٣١] " التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) " أستاذنا الدكتور محسن شفيق ص ١٩٥ . سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا للحكم الفرنسي مشار إليه في مؤلف أ.د. أبو زيد رضوان بعنوان " الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي " ص ٣٧ وما بعدها . مشار إليه سابقا ، ومشار إليه أيضا في مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد بعنوان " الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم " دار الفكر الجامعي ١٩٩٦ ص ٢٢ الترقيم الدولي ٠-١٧١٣-٠٤-٩٧٧. أنظر أيضا " استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه " بحث مقدم من الدكتور / غسان على ، ضمن فعاليات الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب – دورة التحكيم الهندسي ، المنعقدة بسوريا في الفترة من ٢١ إلى ٢٤ ابريل ٢٠١٠ .

[٣٣٢] النص الأصلي للمادة (مترجم إلى اللغة الإنجليزية) : =

حسم المشرع الفرنسي الجدل الفقهي والتضارب في مواقف وأحكام القضاء في استقلالية اتفاق التحكيم سواء أكان تحكيما داخليا أم دوليا .

٢٦٧- أما الوضع في مصر فقد اختلف قبل صدور قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، وبعد صدوره :

الوضع في ظل قانون المرافعات الملغي

٢٦٨- لم تنص مواد قانون المرافعات الملغي (المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣) على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، إلا أن جانبا من الفقه [٣٣٣] ذهب إلى تأييد الرأي القائل بأن المحكم يستمد سلطانه من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم ، فإذا كان هذا العقد محل خلاف بين الخصوم وحصل التمسك ببطلانه أو فسخه ، فلا يجوز للمحكم نظر هذا الأمر أو ذاك لأنه لا يملك الحكم بنفسه في شأن توافر صفته كمحكم أو عدم توافرها أو في جواز طرح التحكيم عليه أو عدم جوازه أو بطلان أو صحة الاتفاق على منحه سلطة الحكم في النزاع .

٢٦٩- وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي في حينه ، إلا أن جانبا آخر من الفقه [٣٣٤] ذهب إلى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي نشبت عنه المنازعة . إذ لا يتأثر اتفاق التحكيم باحتمال فسخ أو بطلان العقد الذي كان هذا الاتفاق أحد بنوده ، إذ بتطور التحكيم التجاري الدولي وتأكيده لأصالته واستقلاله كقضاء لحل المنازعات التي تثيرها التجارة الدولية ، أصبح اتفاق التحكيم يتمتع بهذه الأصالة والاستقلال . كما أن هناك رأي آخر [٣٣٥] تبني مبدأ الاستقلالية بقوله أن مفهوم المبدأ ينحصر في :

= "An arbitration agreement is independent of the contract to which it relates. It shall not be affected if such contract is void."

[٣٣٣] " التحكيم الاختياري والاجباري " أ.د. احمد أبو الوفا ، ص ٣٢ . سابق الإشارة إليه .

[٣٣٤] الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي " الأستاذ الدكتور أبو زيد رضوان ص ٣٧ ، سابق الإشارة إليه .

[٣٣٥] " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول اتفاق التحكيم " أ.د. سامية راشد ، دار النهضة العربية ١٩٨٤ ، ص ١٠٧ .أنظر أيضا " قانون القضاء المدني " ص ٨٩٥ دار النهضة العربية ١٩٨٧ ومشار إليه في=

- إمكانية بطلان اتفاق التحكيم مع بقاء العقد الأصلي صحيحا .
- إمكانية التمسك ببطلان العقد الأصلي أو بفسخه أو بانهائه مع بقاء اتفاق التحكيم صحيحا وقائما قانونا .
- أحقية هيئة التحكيم في أن تنظر هي ذاتها في الادعاءات التي يتقدم بها الأطراف حول بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه ومدي تأثير ذلك على اتفاق التحكيم .

٢٧٠- كما قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٥٣ ق بأنه " " لئن كان من غير الجائز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام ، إلا أنه إذا اشتمل الاتفاق علي التحكيم بالقضاء في منازعات لا يجوز فيها ، فإنه - شأنه في ذلك شأن سائر العقود - يصبح بالنسبة الي ما يجوز فيه التحكيم ويقتصر البطلان علي الشق الباطل وحده ما لم يقدم من يدعي البطلان الدليل علي أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد. "[٣٣٦] ويعد هذا قضاءً ضمنياً باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي المشوب بالبطلان .

٢٧١- وهكذا يتضح أنه في ظل أحكام النصوص الملغاة في قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم ، اختلف الرأي ما بين مؤيد لمبدأ الاستقلال ، ومعارض لهذا المبدأ .

- **<u>الوضع في ظل قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤</u>**

٢٧٢- أما بعد صدور قانون التحكيم المصري ، فقد أصبح مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مقننا بنص المادة ٢٣ على أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر

=" التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ.د. مصطفي الجمال ، أ.د. عكاشة عبد العال ، ص ٣٥٥ . سابق الإشارة إليه .

[٣٣٦] طعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١١/١٩ رقم ٢٠٦ ، مكتب فني ٣٨ الجزء رقم ٢ ص ٢٦٨ .

على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته " ويستفاد من هذه المادة - كما ذكرنا سابقا – إقرار المشرع المصري لمبدأ الاستقلال ، كما أنه لا يقتصر فقط على شرط التحكيم باعتباره شكلا من أشكال اتفاق التحكيم [٣٣٧] وإنما ينصرف إلى كافة أشكال اتفاق التحكيم . إلا أن ذلك مشروط بضرورة صحة هذا الشرط في ذاته ، وبالتالي فإن هذا الشرط إذا كان مشوبا بالبطلان ، فلا يصحح هذا المبدأ ما اعترى الشرط من بطلان .

٢٧٣- أما بخصوص التشريعات الأجنبية، فقد أقرت مبدأ الاستقلال في أكثر من موضع فالمشرع الانجليزي نص على هذا المبدأ في المادة السابعة من قانون التحكيم الانجليزي رقم ١٩٩٦ تحت عنوان " استقلال اتفاق التحكيم " [٣٣٨] . وفي حكم حديث للقضاء الانجليزي صادر في الأول من مايو ٢٠١٣ [٣٣٩] في القضية المعروفة باسم مجموعة بكين جيانلوج للصناعات الثقيلة ضد مجموعة المحيط الذهبي ، قام القضاء الانجليزي بإعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، وتتخلص وقائعها في أن شركة مجموعة بكين جيانلوج للصناعات الثقيلة " جيانلوج " وهي شركة صينية قد قامت بتقديم العديد من خطابات الضمان لشركة مجموعة المحيط الذهبي وهي شركة غير صينية ، و قامت " جيانلوج " بالادعاء بأن تقديم خطابات الضمان

---

[٣٣٧] بند ٢٤٠ . أنظر أيضا الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية في الطعنين رقمي ٨٢٤ و ٩٣٣ لسنة ٧١ ق ، بجلسة ٢٠٠٧/٥/٢٤ أمام الدائرة المدنية والتجارية ، بأن أقرت أن استقلال شرط التحكيم هو أحد القواعد الأساسية التي تعتبر من ركائز التحكيم . مشار إليهما في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢١٦ .

[٣٣٨] النص الأصلي للمادة

" Separability of arbitration agreement :
Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid،or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement "

[٣٣٩] Beijing Jianlong Heavy Industry Group Ltd & Ors [2013] EWHC 1063 Comm v. Golden Ocean Group Ltd

بدون الحصول على اذن مسبق من الجهة الحكومية هو أمر غير قانوني وفقا للقانون الصيني، وأن كلا من تلك الضمانات واتفاق التحكيم غير قابل للتنفيذ ، وقد أصدرت هيئة التحكيم برئاسة القاضي Mackie QC حكماً جزئياً نهائياً بأن اتفاق التحكيم صالح وقابل للتنفيذ وذلك حتى على فرض عدم قابلية الضمانات السابق تقديمها للتنفيذ وذلك إعمالا لنص المادة السابعة من قانون التحكيم الانجليزي .[٣٤٠]

٢٧٤- أما في دولة الإمارات العربية المتحدة فقد قضت محكمة تمييز دبي بأن بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو انهائه ، لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لآثاره ، مالم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته ، باعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به . كما أن القضاء القطري ذهب إلى استقلال شرط التحكيم بالرغم من عدم وجود نص تشريعي خاص يقضي بذلك . كذلك فإن القضاء السوري قضى بأن انتهاء العقد أو فسخه لا يمنع من التحكيم في الوقائع المتفرعة عنه أو جرت أثناء تنفيذه وهو ما نصت عليه المادة ١١ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨، وكذلك القضاء اللبناني الذي قضى بأن الشرط التحكيمي مستقل عن العقد الذي ورد فيه ، فيبقى قائما بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه ذلك البند .[٣٤١]

٢٧٥- كما تنص المادة ٢٣ فقرة ١ من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي على استقلال شرط التحكيم عن العقد بقولها " شرط التحكيم الذي يدرج أو كان في نية الطرفين إدراجه في عقد آخر ، سيعامل كاتفاق تحكيم مستقل عن العقد الآخر . لذلك فإن أي

---

(٣٤٠) أنظر

"English High Court addresses separability of arbitration clauses" By James Carter and Hannah Kenndy Published in 26 June 2013 by dlapiper

. http://www.dlapiper.com/english-high-court-addresses-separability-of-arbitration-clauses/#_n 1

(٣٤١) أنظر في تلك الأحكام " التحكيم في القوانين العربية " د/ حمزة احمد حداد ، ص ١١٣ ، مشار إليه سابقا .

قرار من هيئة التحكيم بعدم وجود أو بعدم صحة أو بعدم نفاذ ذلك العقد الآخر ، لا يؤدي بحكم القانون إلى عدم وجود ، أو عدم صحة أو عدم نفاذ شرط التحكيم " [٣٤٢]

٢٧٦- إلا أنه بمراجعة قضاء هيئات التحكيم يتكشف وجود اختلاف في الحلول التي تتعلق بمدى تأثير الادعاء بعدم مشروعية العقد الأصلي على اتفاق التحكيم. ذلك أن ذات المشكلة طرحت في قضيتين تحكيميتين تم نظرهما في إطار قواعد غرفة التجارة الدولية ، ولكن المحكمين اللذين فصلا في القضيتين انتهى كل منهما في الحكم الصادر إلى نتيجة تختلف عن النتيجة التي انتهى إليها الآخر بسبب تباين مفهومهما لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي . وعدم المشروعية التي اتسم بها العقد الأصلي لا تتعلق فقط بأحكام القوانين الداخلية المعنية ، بل تعد سببا لانعدام الشرعية دوليا نظرا لتعلقها بإفساد نظم الحكم والاخلال بالمبادئ التي يجب أن تسود المعاملات الدولية . إذ صدر الحكم في القضية الأولى رافضا ضمنا تطبيق فكرة " الاستقلالية " في هذا المجال فأهدر اتفاق التحكيم وقضى بعدم الاختصاص ، بينما أخذ ثانيهما صراحة بمبدأ " الاستقلال " على أساس أن عدم مشروعية العقد الأصلي لا ينصرف إلى اتفاق التحكيم الذي يظل صحيحا منتجا لأثره في عقد الاختصاص لهيئة التحكيم . [٣٤٣]

ثانيا : مبدأ الاختصاص بالاختصاص

٢٧٧-يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص Competence – Competence هو أن تختص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وما إذا كانت مختصة بالنزاع

---

[٣٤٢] النص الأصلي للفقرة

'For that purpose, an arbitration clause which forms or was intended to form part of another agreement shall be treated as an arbitration agreement independent of that other agreement . A decision by the Arbitral Tribunal that such other agreement is non-existent, invalid or ineffective shall not entail ipso jure the non-existence, invalidity or ineffectiveness of the arbitration clause "

[٣٤٣] " التحكيم في العلاقات الدولية " أ.د. سامية راشد ، ص ١٤٠ و ١٤٦ . سابق الإشارة إليه .

المعروض عليها أم لا . ويعد هذا المبدأ من أهم المبادئ المستقر عليها في مجال التحكيم[٣٤٤] ، ولقد نصت عليه أغلب التشريعات الوطنية في التحكيم، ولعل الحاجة العملية أدت إلى سطوع هذا المبدأ ، إذ لا يتصور عملا أن تظل العملية التحكيمية رهنا بإرادة أحد الأطراف بحيث يقوم بتعطيلها كيفما شاء ، بأن يدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع ، و بناءاً على هذا الدفع، تقوم الهيئة أو الطرف المحتكم بعرضه على جهة قضائية للفصل فيه ، وذلك لما فيه من فوات الغاية من التحكيم من حيث سرعة الفصل في المنازعات ، لذا كان لزاماً تقرير مثل هذا المبدأ ، والذي يهدف إلى عدم منح الفرصة للطعن على اتفاق التحكيم دون مبرر بقصد وضع عائق أمام سير إجراءات التحكيم .

٢٧٨- وتقوم هيئة التحكيم بتفسير اتفاق التحكيم والذي على أساسه تستمد سلطاتها بالفصل في النزاع ، وتبحث عما إذا كان من اختصاصها نظر النزاع والفصل فيه ، وحدود سلطاتها وفقا لاتفاق الأطراف . ويترتب على مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بنظر النزاع ، أن يتمتع حكم الهيئة بحجية الأمر المقضي ، وأن يكون هذا الحكم واجب النفاذ بعد صدور أمر القضاء بتنفيذه [٣٤٥] .

---

(٣٤٤) "Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice " By E. Gaillard, D. Di Pietro, Page 258 . May 2008
"JURISDICTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL - Current jurisprudence and problem areas under UNCITRAL Model Law " By . Prof. Dr. Alan Uzelac - Report for the R.I.Z. / UNCITRAL / DIS – Conference "Draft Digest on the UNCITRAL Model Law on International Arbitration" on March 3-4, 2005 in Cologne, Germany.

(٣٤٥) " التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ١١١ ، سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " مبدأ الاختصاص بالاختصاص واختصاص محاكم الدولة بإبطال اتفاق التحكيم وفقا للقانون المصري وقواعد اليونسترال " بحث مقدم من أ.د. فتحي والي ضمن فعاليات " المؤتمر الدولي عن قواعد اليونسيترال النموذجية للتحكيم " ١٧ ديسمبر ٢٠٠٦ ص ٥ ، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – جمهورية مصر العربية .
"Arbitral Jurisdiction " By Amokura Kawharu , Published in New Zealand Universities Law Review , Vol 23 Page 6 . Dec 2008.=

التشريع المصري

٢٧٩- حرص المشرع المصري على النص في المادة ٢٢من قانون التحكيم[٣٤٦] على إعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع . ويرى رأي من الفقه أنه يفهم من عبارة " الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها " التي وردت بصدر المادة [٣٤٧]اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة صحة العقد الأصلي المبرم بين الأطراف ، إذ جاءت عبارة عامة تشمل كافة الدفوع التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم ومن بينها الدفع بعدم صحة العقد الأصلي المبرم بين الأطراف ، وآية ذلك أن المشرع أردف هذه العبارة ، بعبارة بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه فدل هذا التوضيح على أن صدر المادة أعم وأشمل بحيث يتسع لغير هذه الدفوع التي تتعلق باتفاق التحكيم لتمتد إلى أصل العقد المبرم بين الأطراف . إلا أننا نرى أن المقصود بتلك العبارة ، هو أن تفصل هيئة التحكيم في وجود أو صحة اتفاق التحكيم وليس صحة أو وجود العقد الأصلي .

٢٨٠- إلا أن المشرع المصري قد اشترط لإعمال هذا النص ، أن يتمسك الطرف بهذا الدفع - الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع – في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه - أي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم - حتى ولو اشترك

=" Negative Effect of Competence – Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators " By Emmanuel Gaillard , Yas Banifatemi , Chapter 8 - Page 359. Electronic Paper Downloaded from http://www.shearman.com/ia_070208_01/

[٣٤٦] تنص الفقرة ١ من المادة ٢٢ على " ١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعد اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع " وجدير بالذكر أنه أثناء مناقشة مواد القانون ، كان النص الأصلي للفقرة يبدأ بـ " لمحكمة التحكيم الفصل ..... إلى آخر الفقرة " وهو بهذه الصياغة أمر جوازي لهيئة التحكيم ، إلا أنه عدل للصيغة المعمول بها الأن .

[٣٤٧] " التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية " أ.د. أحمد السيد صاوي ، ص ٦١ . دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٢

هذا الطرف في تعيين محكم أو اشترك في تعيينه . كذلك فقد اشترط المشرع أنه بخصوص الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع ، فلا بد من التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه ، ومثال على ذلك ، اذا أثار أحد الأطراف مسألة فسخ العقد أو بطلانه ، ولم يتفق على ذلك في اتفاق التحكيم ، فيجب على الطرف الآخر – إذا ما أراد التمسك بالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لهذه المسألة– أن يتمسك بعدم شمول اتفاق التحكيم لمثل هذا الدفع ، وذلك إعمالا لحكم المادة ٨ من قانون التحكيم [٣٤٨] ، واستثناءً يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا ما ارتأت أن التأخير كان لسبب أو لعذر مقبول ، والتي تنفرد وحدها بتقدير مدى جدية ومعقولية السبب دون غيرها . ولهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع السابق ذكرها المقدمة من أي من طرفي التحكيم ، إما قبل الفصل في موضوع النزاع ، وإما أن تقوم بضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا . إلا أننا نرى أن قيام هيئة التحكيم بالفصل في الدفع المقدم من أحد طرفي التحكيم وضمه إلى الموضوع ، فإن هذا قد يفهم منه ضمنا عدم قبولها للدفع المقدم أولا ، إذ أنه من غير المعقول أن تقوم الهيئة بالفصل في الموضوع و في ذات الوقت تقوم بقبول الدفع المتعلق بعدم اختصاصها بنظر النزاع ، وبالتالي فإنه يعد من وجهة نظرنا من قبيل القضاء الضمني بعدم قبول الدفع بعدم اختصاصها إذا ما أرجأت الفصل في هذا الدفع حتى تفصل نهائيا في موضوع النزاع . وإذا ما قضت الهيئة برفض الدفع بعدم اختصاصها ، فإنه لا سبيل أمام الطرف المقدم للدفع ، إلا أن يسلك الطريق القضائي لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة .

---

[٣٤٨] تنص المادة ٨ على أنه " إذا استمر أحد طرفي النزاع في اجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق ، أعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الاعتراض " .

التشريع الفرنسي

٢٨١- نصت المادة ١٤٦٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في يناير ٢٠١١ (المادة ١٤٦٦ سابقا) بعد تعديلها في مواده المنظمة للتحكيم ، على مبدأ الاختصاص بالاختصاص في خصوص التحكيم الداخلي ، بحيث تملك هيئة التحكيم الاختصاص القصري بالفصل في الاعتراض على اختصاصها بنظر النزاع [٣٤٩] و تعزز تلك المادة سلطة هيئة التحكيم في تقرير مدى صلاحيتها في الفصل في صحة تشكيلها واختصاصها [٣٥٠] وهذا ينطبق على كل من التحكيم الداخلي والدولي وفقا لنص المادة ١٥٠٦ والتي تقرر أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، فإن المادة ١٤٦٥ تنطبق بشكل تلقائي على التحكيم الدولي ، وهو الأمر الذي وصفته محكمة النقض الفرنسية في قضية Zanzi [٣٥١] بقولها أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص من مبادئ القانون الفرنسي للتحكيم الدولي [٣٥٢] .

التشريع الإنجليزي

٢٨٢- حرص المشرع الإنجليزي على تضمين مبدأ الاختصاص بالاختصاص في قانون التحكيم رقم ١٩٩٦ في المادة ٣٠ والتي تقضي باختصاص هيئة التحكيم بالبت في اختصاصها [٣٥٣] وبصفة عامة يمكن القول بأن تطبيق هذه المادة قد أفرد صعوبة

---

(٣٤٩) **"Article 1465** The arbitral tribunal has exclusive jurisdiction to rule on objections to its Jurisdiction."

(٣٥٠) " France Adopts New Law On Arbitration " By Emmanuel Gaillard – Published in New York Law Journal Monday , January 24, 2011- An ALM Publication . Volume 245- NO.15

(٣٥١) M. Zanzi v. M. de Coninck et autres, Cass. 1e civ., January 5, 1999, 1999 Rev. Arb. 260, commentrary by Fouchard

(٣٥٢) The New French Law on International Arbitration" By Beatrice Castellane – Published by Kluwer Law International – ISSN 0255 -8106 . 2011. Page 373

(٣٥٣) **Article 30 : Competence of tribunal to rule its own jurisdiction=**

عملية ، ذلك أن المشكلة الأساسية تبزغ عند قيام أحد الأطراف، وبصرف النظر عن السبب ، بالادعاء بعدم وجود اتفاق التحكيم ، فالفرض هنا أنه كيف يمكن لهيئة التحكيم نظر النزاع وهناك ادعاء بعدم وجود السند الذي يخولها نظر النزاع من أساسه لذلك فإنه بات من الواضح ومن أول وهلة أنه عند قيام المحكم بتخطي صلاحياته ، فإن ذلك لا يعتبر من الأعمال القضائية ، وإنما من الأعمال الإجرائية .(٣٥٤)

بعض منظمات التحكيم الدولي

٢٨٣- أقرت العديد من المنظمات الدولية العاملة في التحكيم ، مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، إذ نجد أن الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قواعد غرفة التجارة الدولية الجديدة والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من يناير عام ٢٠١٢، تنص على حق محكمة التحكيم في التقرير إما الاستمرار في الدعوى التحكيمية وإلى أي مدى إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق على احتمالية وجود اتفاق التحكيم من عدمه وذلك وفقا للقواعد وفي حدود هذا الاقتناع ، ويستقى من هذا النص تقرير المبدأ السالف البيان من

=1) Unless otherwise agreed by the parties , the tribunal may rule on its own substantive jurisdiction , that is , as to -

(a) Whether there is a valid arbitration agreement
(b) Whether the tribunal is properly constituted , and
(c) What matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

(٣٥٤) " Jurisdiction : Challenging the arbitrator's assertion or denial of jurisdiction – section 30,32 and 72 of the Arbitration Act 1996 " By Robert Thomas 18,May 2010. Page 5. An Electronic version downloaded from http://clients.squareeye.net/uploads/quadrant/1%20RT%20arbitration.pdf =
=See also : " Arbitration in England and Wales " By Guy Pendell and Davied Bridge, Published By CMS Cameron McKenna LLP , UK , Page 308 . An Electronic Version downloaded from http://www.cmslegal.com/

منح هيئة التحكيم - محكمة التحكيم Arbitral Tribunal كما ذكر النص – الحق في تقرير مدى اختصاصها بالفصل في النزاع ، وحدود هذا الحق [٣٥٥] .

٢٨٤- كما نجد أن القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن منظمة الأمم المتحدة عام ١٩٥٨ مع التعديلات التي أقرتها المنظمة عام ٢٠٠٦ ، أن المادة ١٦ في الفصل الرابع والخاص باختصاص هيئة التحكيم ، قد أقرت حق الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته . ولهذا الغرض ، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد ، كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى[٣٥٦] .

٢٨٥- ويلاحظ أن أحكام القانون المصري للتحكيم في خصوص تلك المادة جاءت مطابقة للقانون النموذجي من حيث ميعاد الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع ، إذ أقر القانون النموذجي أن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع يجب أن يقدم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع ، ولا يجوز منع أي من الطرفين في تقديم هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه . أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبداؤه بمجرد أن تثار ، أثناء إجراءات التحكيم ، المسألة التي يدعي إنها خارج نطاق سلطتها . ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعا يقدم بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره . كذلك فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع السابق ذكرها ، إما كمسألة أولية وإما في قرار (حكم) التحكيم الموضوعي .

---

(٣٥٥) Article 6 , Para 4 : In all cases referred to the Court under Article 6(3) , the Court shall decide whether and to what extent the arbitration shall proceed. The arbitration shall proceed if and to the extent that the Court is *prima facie* satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist .

(٣٥٦) تجدر الإشارة إلى أن تلك المادة تقرر المبدأ السابق بيانه في (أولا) الوارد في المطلب الأول من ذلك الفرع ، وهو مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم عن عقد النزاع الأصلي ، إذ أقرت تلك المادة أن أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم .

٢٨٦- تنص الفقرة الأولي من المادة ٢٣ من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي تحت عنوان اختصاص هيئة التحكيم ، والمعمول بها منذ الأول من يناير عام ١٩٩٨ على أن هيئة التحكيم تملك الحق في البت أو الفصل في اختصاصها بما يتضمن ذلك الاعتراض على تشكيلها أو الاستمرار في عملها ، وبالتالي فإن تلك المادة تقرر لهيئة التحكيم مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وهي ذات المادة التي تقرر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد النزاع الأصلي (٣٥٧).

٢٨٧- تنص المادة ٢٣ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في الأول من مارس ٢٠١١، والتي تتبني قواعد القانون النموذجي للتحكيم (الأونسيترال) على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها وبالتالي فإن أحكام القانون النموذجي المذكورة اعلاه ، نجدها مطبقة في قواعد المركز .

٢٨٨- يلاحظ إذن أن أغلب التشريعات وقواعد المنظمات الدولية قد أقرت كلا المبدأين ، أي مبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد النزاع الأصلي ، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في ذات المادة المنظمة لكليهما ، و يستشف من ذلك العلاقة بينهما إذ لا يمكن لهيئة التحكيم أن تفصل في اختصاصها مالم يكن اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد ، وأن بطلان العقد لا يؤثر على صلاحيات الهيئة في النظر في النزاع ، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو نتيجة لمبدأ الاستقلال إذ أنه لولا استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، لما كان بإمكان المحكم أن يكون له الاختصاص للنظر باختصاصه . فبفضل قاعدة الاستقلالية، فإن العيوب المنسوبة إلى العقد الأساسي تفقد كل أثر مباشر لها على اتفاق التحكيم التي تبقى صحيحة وتعطي بالتالي للمحكم الاختصاص بالنظر إلى النزاع ولا تعود هناك أي حجة عن

---

(٣٥٧) Article 23

"Jurisdiction of the Arbitral Tribunal

23.1 The Arbitral Tribunal shall have the power to rule on its own Jurisdiction , including any objection to the initial or continuing existence , validity or effectiveness of the Arbitration Agreement "

عدم اختصاص المحكمة قائمة بنتيجة الدفع بعيوب العقد الأصلي المتفرع منه اتفاق التحكيم ، لذلك فإن كلا من مبدأ الاستقلال والاختصاص بالاختصاص متقاربان ، ويساند كل منهما الآخر .

٢٨٩- لصاحب المصلحة أن يدفع بانتفاء سلطة هيئة التحكيم في الفصل في النزاع ، فإذا لم يثر هذا الدفع ، يعتبر ذلك تنازلا منه عنه ، وبالتالي ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم إلا أنه لا يوجد ما يمنع هيئة التحكيم أن تقوم من تلقاء نفسها بإثارة الدفع بعدم اختصاصها حتى ولو لم يثره أحد الخصوم ، إذا وجدت ما يبرر ذلك ، كأن تكون المسألة المتنازع عليها مما لا يجوز فيها التحكيم أصلا ، أو لأنها متعلقة بالنظام العام ، أو لأنها مسألة تختص جهة القضاء وحدها بالفصل فيها . ويجوز لهيئة التحكيم أن تقرر اختصاصها أو عدم اختصاصها في نظر النزاع جزئيا أو اختصاصها بنظره كاملا

المطلب الثاني

الأثر المانع

٢٩٠- نستعرض في هذا المطلب الأثر المانع لاتفاق التحكيم ، ويتضمن هذا الأثر شقين ، أولهما امتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع ، وثانيهما نسبية آثار اتفاق التحكيم وذلك على النحو الآتي بيانه .

أولا : امتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع

٢٩١- لعله من أهم الآثار المترتبة على اتفاق أطراف التعاقد على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد ، هو امتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع ،

فعلى الرغم من أن قضاء الدولة هو الجهة الأصيلة المنوط بها الفصل في المنازعات وهو حقها الدستوري ، ولا يمكن أن يُحرم أي شخص من الالتجاء إلى القضاء . إلا أن التحكيم باعتباره وسيلة بديلة عن التقاضي ، قد أطاح بالنظرية السابقة و أصبح بالإمكان أن يُحرم أي من الأطراف من الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي للنظر في النزاع، لذلك فإنه على الرغم من المزايا العديدة التي يوفرها التحكيم والسابق بيانها ، إلا أن خطورة نتائجه تؤدي إلى ضرورة كفالته بالضمانات الكافية حتى لا يُساء استعماله .

٢٩٢- لقد اختلفت التشريعات المنظمة للتحكيم في مسألة تكييف امتناع قضاء الدولة عن نظر الدعوى والتي يوجد بشأنها اتفاق على اللجوء إلى التحكيم ، وفيما يلي بيان موقف بعض التشريعات على النحو الآتي :-

- **الوضع في مصر قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**

٢٩٣- اختلف الفقه والقضاء – بسبب الفراغ التشريعي الذي اكتنف النصوص المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات القديم - في تكييف امتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع إذا ما دفع أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم في العقد موضوع النزاع ، ذلك أن البعض كان يرى أن هذا الامتناع يأخذ شكل عدم الاختصاص [٣٥٨] ، أي أن قضاء الدولة غير مختص بنظر النزاع وذلك لاتفاق أطراف النزاع على سلب هذا الاختصاص ومنحه لقضاء التحكيم ، إلا أن هذا الرأي لا يرى أن المحكمة المختصة لا تُخل يدها كلية عن التحكيم ، إذ تظل تقدم له بعض الخدمات اللازمة لسير الإجراءات أو لفاعلية قرار التحكيم [٣٥٩] . إذ قضت محكمة النقض المصرية [٣٦٠] بأن الدفع أمام

---

[٣٥٨] " التحكيم التجاري الدولية – دراسة في قانون التجارة الدولية " أ.د. محسن شفيق ، ص ١٩٨ و١٩٩ . سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " شرح المرافعات المدنية والتجارية – قانون رقم ٧ لسنة ١٩٤٩ مع التعديلات التي ادخلت عليه إلى آخر اكتوبر سنة ١٩٥٥ ، الجزء الأول " أ.د. عبد المنعم احمد الشرقاوي ، دار النهضة المصرية سنة ١٩٥٥ رقم ٤٥١ .

[٣٥٩] يتساءل الباحث في هذه الجزئية عن وجهة نظر أستاذنا الدكتور محسن شفيق – رحمه الله – عن ذكر سيادته في المرجع السابق أن امتناع قضاء الدولة هو عدم اختصاصها بنظر النزاع نظرا لوجود اتفاق التحكيم ، إلا أن=

المحكمة باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص بقولها " تخويل المتعاقدين الحق في الإلتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا، فإن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع ، وإن كان يرتكن أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء ، ينبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين ..... " .

- يعيب هذا الرأي السابق – مع تقديرنا الكامل واحترامنا البالغ للقائلين به – أن القول بعدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع المعروض عليه ، يعني أن هيئة التحكيم هي المختصة بنظره ، فإذا استحال تشكيل هيئة التحكيم لأي سبب – كوفاة المحكم المتفق عليه في اتفاق التحكيم – فأصبحنا أمام موقف صعب وهو وجود قضاء دولة غير مختص ، والجهة المختصة بديلا عن القضاء لا يمكن تشكيلها . هذا بالإضافة إلى أن الحديث عن عدم اختصاص قضاء الدولة فيه إجحاف بحق الدولة ذاتها من بسط سلطانها من خلال قضائها على الفصل في منازعات أفرادها . كذلك فإن النص في قانون المرافعات – المادة ١١٠ [٣٦١]- أنه في حالة القضاء بعدم اختصاص المحكمة أن تحيلها إلى المحكمة المختصة ، و في هذه الحالة إذا ما أحالت المحكمة النزاع إلى هيئة التحكيم – المختصة في فرضنا هذا – ولم تتشكل بعد تلك الهيئة ، فكيف يمكن للمحكمة أن تحيل نظر النزاع إلى هيئة لم توجد بعد ولا يمكن تسميتها وهو ما تلتزم به

=سيادته قد أشار في ص ١٩٨ من المرجع ذاته ، إلى قيام المحكمة باتخاذ القرارات اللازمة لسير الاجراءات أو لفاعلية قرار التحكيم كالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو الامتناع عن الاجابة بالجزاء المنصوص عليه في القانون ، والأمر بالانتدابات القضائية ، ففي تلك الأمثلة لا يمكن لمحكمة غير مختصة أن تتخذ مثل تلك القرارات ، فكيف يتأتى أن تقوم المحكمة غير المختصة باتخاذ مثل تلك الإجراءات ؟

[٣٦٠] نقض مدني مصري رقم ١٩٤ لسنة ٣٧ قضائية ، جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ ص ١٦٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ أرقام ١-٢ .

[٣٦١] تنص المادة ١١٠ مرافعات على أنه " على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية ويجوز لها عندئذ ان تحكم بغرامة لا تجاوز مائتي جنيه . وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها "

المحكمة عند الحكم بعدم اختصاصها إذ عليها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع المعروض .

٢٩٤- إلا أن الرأي الراجح من جانب الفقه والقضاء آنذاك ذهب إلى أن الدفع باتفاق التحكيم أمام المحكمة هو من قبيل عدم القبول ، إذ قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها [٣٦٢] بأن " إرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم وقد أقر المشروع جواز الاتفاق عليه ولو تم في الخارج دون أن يمس ذلك النظام العام في مصر ، فإن نعي الطاعن على الحكم المطعون فيه بإنكار العدالة إذ قضى بعدم قبول الدعوى ..... " كما ذهب رأي من الفقه [٣٦٣] إلى أن " شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى ما دام الشرط قائما ، فالخصم بالاتفاق على التحكيم يتنازل عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه ، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى " ، ويشترط لعدم تعرض قضاء الدولة إلى العقد محل التحكيم أن يكون تنفيذ التحكيم ممكنا باعتبارها صاحبة الولاية العامة في الفصل في جميع المنازعات إلا ما استثني بنص خاص [٣٦٤]

- **الوضع في مصر بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**

٢٩٥- بعد صدور قانون التحكيم قاطعا لكل خلاف ، نص المشرع المصري على تكييف الدفع المبدى أمام المحكمة بوجود اتفاق التحكيم بأنه دفع بعدم قبول [٣٦٥] وذلك بعد

---

[٣٦٢] نقض مدني مصري رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ قضائية ، جلسة ١٩٧٥/٣/٥ المكتب الفني السنة ٢٦ ص ٥٣٥ الجزء الأول . أنظر أيضا نقض مدني رقم ١٦٧ لسنة ٣١ قضائية جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ ، ونقض رقم ١٩٤ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ١٩٢٧/٢/١٥ .

[٣٦٣] " التحكيم الاختياري والاجباري " أ.د. احمد ابو الوفا ، ص ١١٩ . مشار إليه سابقا .

[٣٦٤] يؤيد هذا الاتجاه المرحوم الأستاذ أبو هيف- أنظر مؤلفه في التنفيذ ص ٩٢٢ و٩٣٣ . مشار إليه في المرجع السابق . أيضا " الوسيط في قانون القضاء المدني " أ.د. فتحي والي طبعة ١٩٩٣ ص٩١٣ . أنظر في المبدأ القضائي الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤

[٣٦٥] تنص المادة ١٣ فقرة ١ على أنه " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى " أنظر عكس هذا الرأي =

نقاش طويل في مجلس الشعب إذ اعترض البعض على تلك المادة باعتبارها مخالفة للدستور بحجة أنها تمنع الأطراف من اللجوء إلى التقاضي ، واعترض البعض الآخر على مسألة عدم القبول ورأى أنه من الأصلح النص على عدم الاختصاص . وعلى هذا الأساس فإنه يجب على المحكمة إذا دُفع أمامها هذا الدفع ، أن تقضي بعدم قبول الدعوى ، فليس للمحكمة أية سلطة تقديرية في هذا الشأن ما دامت قد تحققت من وجود اتفاق تحكيم غير ظاهر البطلان يتعلق بذات النزاع المرفوع به الدعوى . وإذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ، فإنها لا تحيل الدعوى إلى هيئة التحكيم ولو كان الطرفان قد اتفقا على ذلك ، فالمحكمة لا تحكم بالإحالة إلا في حالة حكمها بعدم الاختصاص إعمالا لنص المادة ١١٠ مرافعات ، أما إذا قضت بعدم القبول فإنها لا تحيل الدعوى ولا سلطان لها بعد ذلك على مجريات النزاع .

٢٩٦- يترتب على النص بأن الدفع هو دفع بعدم قبول، عدة آثار :

أ- أن الحكم بعدم قبول الدعوى لا تصدره المحكمة من تلقاء نفسها ، حتى لو تبين لها وجود اتفاق التحكيم ، فالفرض أن هذا الدفع هو دفع شكلي غير متعلق بالنظام العام وبالتالي فلا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها ، وإنما يجب أن يتمسك به أحد أطراف الدعوى ، ولا يجوز لها في هذه الحالة ألا تقبل هذا الدفع .

ب- يجب على من يتمسك بهذا الدفع ، أن يدفع به وإلا سقط واعتبرته المحكمة تنازلا من هذا الطرف عنه ، و يجب أن يتم إثارته قبل الخوض في موضوع النزاع ، باعتبار هذا الدفع من الدفوع الشكلية والتي يجب أن تبدى قبل الكلام عن الموضوع ، و على هذا الأساس فإن مجرد حضور أحد الأطراف أمام المحكمة أول جلسة وطلب أجلا معينا ، لا يعتبر من قبيل الكلام عن موضوع النزاع ، أما إذا قام بتقديم مذكرة بدفاعه

="طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم " بحث أ.د. هدى محمد مجدي، منشور في مجلة التحكيم العربي العدد العاشر – سبتمبر ٢٠٠٧ ص ٨٦ . إذ ترى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو طلب وقف الدعوى .

في موضوع الدعوى و أدائه لمرافعته الشفهية للرد على الدعوى، فإن هذا الأمر يعد من قبيل الكلام في موضوع النزاع ، ولا يمكن في هذه الحالة قبول الدفع بعدم القبول .

ج - لجوء أحد الأطراف إلى قضاء الدولة ، لا يمنع الطرف الآخر من اللجوء إلى التحكيم [٣٦٦] إعمالا لاتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقد محل النزاع ، وعلى هذا الأساس فإذا قام أحد أطراف التعاقد في حالة نشوء نزاع باللجوء إلى قضاء الدولة ولجأ الطرف الآخر إلى التحكيم تطبيقا لاتفاق التحكيم – وذلك على فرض عدم قيام الطرف الآخر بالحضور أمام المحكمة والدفع بوجود اتفاق تحكيم - فإن عمل أي منهما لا يحول دون عمل الآخر ، إلا أن المشكلة تثور في حالة صدور حكم من محكمة الدولة في شأن النزاع ، وأيضا صدور حكم من هيئة التحكيم في ذات النزاع ، فأي الحُكمين ينفُذ ؟ خاصة إذا كانا حكمين متعارضين؟ ونرى أن العبرة في الحالة الراهنة أن يُطبق المعيار الزمني ، بمعنى أن ننظر إلى أي من الحكمين صدر أولا ، فإذا صدر حكم التحكيم قبل صدور حكم المحكمة ، فلا يجوز في هذه الحالة أن تباشر المحكمة قضاءها في النزاع إعمالا لمبدأ سابقة الفصل في النزاع، وكذلك الحال إذا صدر حكم من محكمة الدولة قبل صدور الحكم من قبل هيئة التحكيم ، فلا يجوز للأخيرة أن تستكمل نظرها للنزاع إعمالا لمبدأ حجية الأمر المقضي .

د – تبني القول بأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم في العقد محل النزاع هو دفع بعدم قبول ، يمكن معه القول قبول فكرة أن تقوم المحكمة – بناء على طلب أحد الأطراف – باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية [٣٦٧] على سبيل المثال تعيين حارس قضائي أو وقف

---

[٣٦٦] تنص المادة ١٣ فقرة ٢ من قانون التحكيم المصري على أنه " ولا يحول رفع الدعوى – المشار إليه في الفقرة السابقة – دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم "

[٣٦٧] تنص المادة ١٤ من قانون التحكيم المصري على أنه " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر ، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم ، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات=

تسييل خطاب الضمان أو حفظ البضاعة في مكان خشية تلفها أو فسادها إذا كانت من الأنواع التي تفسد ، أو أخذ أقوال أحد الشهود وهو في حالة من الحالات التي تنطبق عليها وصف مرض الموت ، أو بتوقيع حجز تحفظي ، دون أن يعد ذلك مساساً باتفاق التحكيم أو نزولا عنه. فالطرف الذي يتقدم بطلب الإجراء الوقتي أو التحفظي أمام القضاء يجوز له ذلك حتى ولو كان قد قام سابقا باللجوء إلى التحكيم طالبا حسم النزاع حول الحق الموضوعي [٣٦٨] .

هـ - طبقا لنص المادة ٩ من قانون التحكيم ، فإن المحكمة المختصة باتخاذ تلك الإجراءات هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، في حالة ما إذا كان التحكيم داخليا ، أما إذا كان التحكيم دولياً ، فإن محكمة استئناف القاهرة هي التي تتولي سلطة اتخاذ تلك الإجراءات بناءً على طلب أحد الأطراف ، مالم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئنافية أخرى .

٢٩٧- و لا نتفق مع ما ذهب إليه البعض من تسمية امتناع قضاء الدولة عن النظر في النزاع من أنه إقصاء [٣٦٩] للقضاء عن الفصل في النزاع ، أو أنه سلب النزاع من ولاية القضاء العادي [٣٧٠] إذ أن إطلاق مثل هذه التسميات من شأنه أن يضع التحكيم والقضاء في مواجهة ، ورأينا أن كلا منهما [٣٧١] يسير على ذات النهج لتحقيق ذات

=التحكيم او أثناء سيرها " . أنظر أيضا " التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم " أ.د. احمد صدقي محمود ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ ص ٤٦.

[٣٦٨] " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " أ.د. سامية راشد ، ص ٤٥٣ . سابق الإشارة إليه .

[٣٦٩] " التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية " أ.د. احمد السيد صاوي ، ص ٦٣ . مشار إليه سابقا .

[٣٧٠] " التحكيم التجاري الدولي – دراسة في قانون التجارة الدولية " أ.د. محسن شفيق ، ص ١٩٨ بند ١٢٩ . مشار إليه سابقا .

[٣٧١] أنظر سابقا بند ١٩١ .

الهدف ألا وهو الفصل في المنازعات ، لذلك فإننا نرى أنه يمكن القول بأن امتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع هو استثناء على القاعدة العامة باتفاق أطراف النزاع .

الوضع في القانون الفرنسي

٢٩٨- تبني المشرع الفرنسي وجهة النظر القائلة بأن الدفع أمام قضاء الدولة باتفاق التحكيم ، هو دفع بعدم الاختصاص ، وذلك بنصه في المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد " عندما ترفع دعوى قضائية أمام إحدى محاكم الدولة تتعلق بنزاع مطروح أمام إحدى هيئات التحكيم بموجب اتفاق التحكيم وجب على هذه المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها . أما إذا كان النزاع لم يطرح بعد على هيئة التحكيم ، وجب أن تقضي المحكمة بعدم اختصاصها مالم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق .

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . " (٣٧٢)

٢٩٩- و تنطبق تلك المادة على كل من التحكيم الداخلي والدولي وفقا لنص المادة ١٥٠٦ من ذات القانون .

٣٠٠- وهكذا يتبين من نص المادة ١٤٤٨ أن المحكمة تقضي - بناءً على طلب من أحد أطراف النزاع – بعدم اختصاصها في حالة ما إذا كان النزاع مطروحا أمام إحدى هيئات التحكيم ، حتى ولو كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان ، فعلى الرغم من كون اتفاق الأطراف على الإلتجاء إلى التحكيم يشوبه البطلان ، إلا أنه بقيام الأطراف باللجوء إلى التحكيم ، فإنه يعني ضمناً موافقتهم على اللجوء إلى التحكيم بغض النظر عما يشوب الاتفاق . أما إذا لم يكن النزاع مطروحاً بعد على هيئة التحكيم ، فإن المشرع قد أورد استثناءً بأن تقضي المحكمة بعدم اختصاصها **مالم** يكن اتفاق التحكيم

---

(٣٧٢) **Article 1448**

When a dispute subject to an arbitration agreement is brought before a court , such court shall decline jurisdiction , except if an arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly avoid or manifestly not applicable .

A court may not decline jurisdiction on its own motion.

ظاهر البطلان [٣٧٣] بمعنى آخر أن المشرع قد خول المحكمة إمكانية نظر النزاع على الرغم من وجود اتفاق التحكيم في العقد موضوع النزاع ، وذلك مرهون بتوافر شرطين :

الشرط الأول : ألا يكون النزاع قد عرض بعد على هيئة التحكيم ، فإذا طرح النزاع على التحكيم فتلتزم المحكمة وجوبا بالقضاء بعدم اختصاصها بنظر النزاع .

الشرط الثاني : أن يكون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق ، بمعنى أن تستطلع المحكمة اتفاق التحكيم ولا تبحث في تفاصيله ، فإذا تبين لها أن اتفاق التحكيم يشوبه سبب من أسباب البطلان المتعلق بالنظام العام ، فإنها تعطل اتفاق التحكيم وتفصل بنفسها في النزاع .

الوضع في القانون النموذجي

٣٠١- تنص المادة ٨ من القانون النموذجي في فقرتها الأولى على أنه " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أُبرم بشأنها اتفاق تحكيم ، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم ، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ، مالم يتضح لها أن الاتفاق باطل، أو لاغ، أو عديم الأثر، أو لا يمكن تنفيذه " وعلى الرغم من عدم النص صراحة على وجهة النظر التي تبناها القانون النموذجي ، إلا أنه يمكنَ القول أنه قد تبني تكييف الدفع بأنه عدم اختصاص ، إذ ألزم القانون ، المحكمة أن تحيل النزاع إلى التحكيم ، والاحالة لا تكون إلا في حالة الحكم

---

(٣٧٣) " New Arbitration Law in France : The Decree of January 13,2011 " By Jean – Pierre Harb , Page 4 .Published by Baker & McKenzie . Reprinted from the March 2011 issue of Mealey`s International Arbitration Report – ISSN 1089-2397 .
See also " Unified National Legal Treatment of International Commercial Arbitration : a Continuing Challenge " By Horacio A. Grigera Naon . Published by American University Washington College of Law – Volume 2 , Issue 1 – Article 2 , Page 10 .2012

بعدم الاختصاص . ولا تقضي المحكمة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ، إذ يستلزم القانون أن يقوم أحد أطراف النزاع بأن يطلب منها ذلك ، وذلك بشرط ألا يكون ذلك الطرف قد قدم بيان دفاعه الأول ، إذ في هذه الحالة يعتبر قد تنازل تنازلا ضمنيا عن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع ، كذلك يشترط ألا يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو لاغياً أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه ، وإلا في هذه الحالة ، تقوم المحكمة برفض الدفع بعدم اختصاصها ، وتنظر في النزاع لتفصل فيه .

٣٠٢- تنص الفقرة الثانية من المادة ٨ على أنه " إذا رفعت دعوى من النوع المشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة ، يظل من الجائز البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم ، ويجوز أن يصدر قرار التحكيم، والدعوى لا تزال عالقة أمام المحكمة " والفرض في هذه الفقرة هو قيام أحد الأطراف برفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته وكان العقد يتضمن شرط التحكيم ، فإنه وفقا لهذه الفقرة يمكن للطرف الآخر أن يلجأ إلى التحكيم لعرض دعواه أمام هيئة التحكيم للفصل فيها ، أو إذا كان قد أقام تلك الدعوى التحكيمية سابقا ، فيمكنه الاستمرار فيها ، وبالتالي فإن هيئة التحكيم تنظر النزاع وتصدر فيها حكماً على الرغم من وجود ذات النزاع أمام محكمة الدولة . وفي حالة صدور حكم من هيئة التحكيم وقبل قيام محكمة الدولة من إصدار حكم في النزاع ، فإن حكم هيئة التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي، وبالتالي فلا يجوز لمحكمة الدولة الاستمرار في نظر النزاع. والعكس أيضا صحيح ، بمعني أنه إذا صدر حكم من محكمة الدولة قبل صدور حكم من هيئة التحكيم ، فيجب على تلك الأخيرة أن تمتنع عن الاستمرار في نظر النزاع . والعبرة هنا بالأسبقية في صدور حكم منه للخصومة . ونرى تبريرا لحكم تلك الفقرة هو حرص القائم على صياغة القانون على الفصل في النزاع سواء أكان عن طريق التحكيم أم محكمة الدولة وذلك إعمالا لمقتضيات سير الأعمال . إلا أنه في فرض من الصعب حدوثه أن يصدر حكما التحكيم ومحكمة الدولة في وقت واحد بحيث لا يمكن معه إعمال معيار الأسبقية ففي هذه الحالة فإن المشرع الفرنسي لم يضع أحكاما لتنظيم تلك المسألة .

الوضع في القانون الانجليزي

٣٠٣- أخذ المشرع الإنجليزي موقفاً مغايراً عما سبق عرضه من التشريعات في خصوص تكييف امتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع نظرا لوجود اتفاق تحكيم ، إذ تبني المشرع الإنجليزي نظرية وقف إجراءات الدعوى القضائية ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٩ على أنه " يجوز لأي طرف في اتفاق التحكيم، اتخذت ضده إجراءات قضائية سواء بدعوى أصلية أو بدعوى فرعية في شأن أمر تجب إحالته للتحكيم طبقا لاتفاق التحكيم – بعد إخطار الأطراف الأخرى في الدعوى – أن يطلب من المحكمة التي اتخذت أمامها الإجراءات أن توقف الدعوى في خصوص ذلك الأمر " [٣٧٤] وموقف القانون الإنجليزي في تبنيه لهذا الاتجاه هو ذات الموقف الذي تتبناه دول القانون العام [٣٧٥] . أما الفقرة الثانية من ذات المادة فتقرر " أن طلب وقف الدعوى يمكن تقديمه حتى ولوكان محل النزاع لا يمكن إحالته إلى التحكيم إلا بعد استنفاذ كافة الإجراءات البديلة لحل النزاع "[٣٧٦] أي أن حق أحد طرفي اتفاق التحكيم في طلب وقف إجراءات الدعوى القضائية من المحكمة ينشأ لمجرد وجود اتفاق تحكيم بين الطرفين . ويجوز للمدعي عليه في الدعوى القضائية أن يطلب من المحكمة وقفها

---

(٣٧٤)

Article 9 , Para 1 .
" A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter " .

(٣٧٥) " Interpreting Section 9(1) of the Arbitration Act 1996 : Lombard v GATX " By Gary Born ,Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP , Published by Wolters Kluwer , 24 May 2012
http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/05/24/interpreting-section-91-of-the-arbitration-/act-1996-lombard-v-gatx

(٣٧٦) **Para 2.** An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.

ولو كان من المتفق عليه أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم إلا بعد تنفيذ الالتزام بحل النزاع عن طريق الإجراءات البديلة لحل النزاع [٣٧٧].

٣٠٤- أما في الفقرة الثالثة فقد نظم ميعاد تقديم طلب وقف إجراءات الدعوى القضائية بقوله " لا يجوز تقديم الطلب قبل أن يتخذ الطالب الإجراء المناسب للإقرار بعلمه بالدعوى المرفوعة ضده ولا بعد أن يتخذ أي خطوة في الدعوى للرد على موضوعها " [٣٧٨] أي يجب أن يقدم الطلب بعد إقرار الطالب بعلمه برفع الدعوى في مواجهته وقبل إبدائه أي دفاع موضوعي . وفي الفقرة الرابعة نص على " على المحكمة وقف نظر الدعوى إلا إذا اقتنعت بأن اتفاق التحكيم باطلاً أو لاغياً أو غير نافذ أو لا يمكن انفاذه " [٣٧٩] وهكذا يتبين أن هذه الفقرة تلزم المحكمة أن تقضي بوقف إجراءات الدعوى القضائية إذا قدم إليها الطلب ، إلا أنه استثني هذه الحالة إذا ما كان اتفاق التحكيم باطلاً أو لاغياً أو لا يمكن إنفاذه . [٣٨٠] وأخيراً تقضي الفقرة الخامسة والأخيرة من ذات المادة على أنه " إذا رفضت المحكمة طلب وقف إجراءات الدعوى فإن أي اتفاق يعتبر صدور حكم تحكيم شرطاً سابقاً على إقامة الدعوى القضائية ، لن يعتد به فيما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى " [٣٨١] بمعنى آخر فإن صدور قرار برفض طلب وقف اجراءات الدعوى يترتب عليه سقوط ما يلحق اتفاق التحكيم من اتفاقات مرتبطة به كاتفاق الاطراف على عدم لجوئهم إلى قضاء الدولة إلا بعد صدور حكم

---

(٣٧٧) " التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص١٤٠ . سابق الإشارة إليه .

(٣٧٨) **Para 3.** An application may not be made by a person before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings against him or after he has taken any step in those proceedings to answer the substantive claim.

(٣٧٩) **Para 4.** On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed

(٣٨٠) Arbitration in England and Wales " By Guy Pendell and Davied Bridge, Published By CMS Cameron McKenna LLP , UK , Page 308 . An Electronic Version downloaded from http://www.cmslegal.com/

(٣٨١) **Para 5** .If the court refuses to stay the legal proceedings, any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of any matter is of no effect in relation to those proceedings.

من هيئة التحكيم ، ففي هذا الفرض فإن هذا الاتفاق الأخير يسقط بسقوط اتفاق التحكيم وبالتالي تستطيع المحكمة أن ترفض طلب وقف إجراءات الدعوى إذا ما ارتأت ذلك وأن تنظر النزاع لتفصل فيه .

٣٠٥- يتضح إذن من نص المادة ٩ من قانون التحكيم الإنجليزي أن المشرع قد استبقى سلطة الرقابة القضائية على وجود وصحة وبقاء الاتفاق على التحكيم ومنتجاً لآثاره . ولا شك أن مثل هذه الرقابة ضرورة ولا تشكل قيداً غير مقبول على التحكيم [٣٨٢].

الوضع في القانون الألماني

٣٠٦- أفرد المشرع الألماني في قانون التحكيم رقم ١٩٩٨ [٣٨٣] في المادة ١٠٣٢ في القسم المُسمى " اتفاق التحكيم والإدعاء الموضوعي أمام المحكمة " ونص في مادته الأولى على " تقضي المحكمة إذا ما عرض أمامها نزاع به اتفاق تحكيم وتمسك المدعي عليه بهذا الدفع وقبل سماع المرافعة الشفهية ، تقضي بعدم القبول ، مالم تجد المحكمة أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو غير نافذ أو غير قابل للتنفيذ "[٣٨٤] أي أن المشرع الألماني قد اعتنق وجهة النظر القائلة بعدم قبول الدعوى إذا ما دفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم ، متى توافر شرطان :

الشرط الأول : أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وسارياً .

---

[٣٨٢] أنظر رأي كل من أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ١٤١، و أ.د. محمد صابر القليوبي ، المرجع السابق ص ٢٠٤ .

[٣٨٣] صدر القانون تحت مسمي " قانون التحكيم الألماني ١٩٩٨ " في ١٩٩٧/١٢/٢٢ والمنشور بالجريدة الرسمية الفيدرالية في الجزء الأول ص ٣٢٢٤ ، والذي دخل حيز النفاذ في ١٩٩٨/١/١ .

[٣٨٤] **Section 1032 . Para 1.** A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if the respondent raises an objection prior to the beginning of the oral hearing on the substance of the dispute, reject the action as inadmissible unless the court finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

الشرط الثاني : أن يتم التمسك به قبل سماع المرافعة الشفهية في الدعوى القضائية ، أي باعتباره دفعاً شكلياً يجب إثارته قبل الحديث في الموضوع ، وإلا سقط الحق في التمسك به .

٣٠٧- وأورد المشرع استثناءً بعدم قبول الدفع إذا ما ارتأت المحكمة أن اتفاق التحكيم باطل أو غير نافذ ، ففي هذه الحالة تتصدر المحكمة لنظر النزاع، وهو ذات الحكم الذي سلكه المشرع المصري في تبنيه لذات وجهة النظر .

الوضع في القانون الإسباني

٣٠٨- نص المشرع الإسباني في قانون التحكيم رقم ٢٠٠٣ والمسمى " قانون التحكيم ٢٠٠٣ " [٣٨٥] في المادة ١١ على " يلزم اتفاق التحكيم أطرافه الامتثال لأحكامه وبمنع المحكمة من سماع النزاع المعروض أمام التحكيم بشرط أن يقوم الطرف ذو المصلحة بالاعتراض على اختصاص المحكمة " [٣٨٦] ويستفاد من نص الفقرة السابقة أن المشرع الأسباني قد اعتنق فكرة عدم الاختصاص بنصه على " منع المحكمة " إذ لا تُمنع المحكمة من نظر النزاع إلا إذا كانت غير مختصة بنظره . كما ذكر في الفقرة الثانية والثالثة أن الاعتراض على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لا يمنعها من البدء أو الاستمرار في عملها . كما أن النص على عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع نظراً لوجود اتفاق التحكيم لا يمنع أحد الأطراف أو كليهما من اللجوء إلى المحكمة لاتخاذ التدابير التحفظية أو الوقتية [٣٨٧] .

---

[٣٨٥] نُشر قانون التحكيم الإسباني في الجريدة الرسمية في ٢٠٠٣/١٢/٢٦ ودخل حيز النفاذ في ٢٠٠٤/٣/٢٦ والذي اقتبس أحكامه من قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي .

[٣٨٦] **"Article 11. Para 1.** The arbitration agreement obliges the parties to comply with the agreement and prevents the court from hearing dispute submitted to arbitration provided that an interested party raises an objection to jurisdiction"

[٣٨٧] **Para 2.** The objection to jurisdiction shall not prevent the initiation or continuation of the arbitral proceedings .=

معاهدة جنيف ١٩٦١

٣٠٩- كذلك فإن معاهدة جنيف عام ١٩٦١ [٣٨٨]تبنت بشكل غير مباشر مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني في حالة وجود اتفاق على التحكيم ، إذ تنص هذه المعاهدة في المادة ٦ فقرة ٣ على أنه " في حالة عدم الالتجاء السابق إلى أي قضاء وطني ، والشروع في اتخاذ اجراءات التحكيم، فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة ، والتي عهد إليها بالمنازعة المنصبة على ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم وبين ذات الأطراف ، أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لاختصاص المحاكم ، إلا لأسباب خطيرة ومعقولة وجوهرية ، وذلك حتى يتم صدور حكم التحكيم " [٣٨٩] .

٣١٠- ونرى مع رأي فقهي[٣٩٠] أن هذا النص يعيبه أنه لا يواجه إلا الحالة التي تكون فيها اجراءات التحكيم قد شرع في اتخاذها ، بينما أن ذات القاعدة يتعين إعمالها حتى في حالة عدم الشروع في هذه الإجراءات مادام هناك اتفاق على التحكيم ، وذلك من أجل تحاشي المنافسة بين اختصاص الجهات القضائية الوطنية والتحكيم .

=**Para 3.** The arbitration agreement shall not prevent any of the parties , before or during the arbitral proceeding , from applying to a court for interim measures of protection nor prevent the court from granting them "

[٣٨٨] المعاهدة الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١ المنعقدة في جينيف ١٩٦١/٤/٢١ . وكان الهدف الأساسي من هذه المعاهدة هو تسهيل العلاقات التجارية بين دول أوروبا الشرقية ودول أوروبا الغربية التي تختلف في أنظمتها الاقتصادية . وكان المنطلق أن التحكيم يسهل حسم المنازعات من أجل تحسين العلاقات . أنظر " العلاقة بين قضاء بلد منشأ الحكم التحكيمي وبين قضاء بلد تنفيذ حكم التحكيم " بحث مقدم من أ.د. عبد الحميد الأحدب ضمن فعاليات مؤتمر شرم الشيخ الرابع بعنوان " الدور الفعال للقضاء الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي " ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠١٢ – مدينة شرم الشيخ ، جمهورية مصر العربية . ص ٨

European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series , vol. 484, p364 No. 7041

[٣٨٩] النص الأصلي للفقرة

Article 6. Para 3 "Where either party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and void or had lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator's jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary ".

[٣٩٠] " الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم " أ.د. حفيظة السيد الحداد ، ص١٧٤ . مشار إليه سابقا

ثانيا نسبية آثار اتفاق التحكيم

٣١١- ذكرنا سابقا [٣٩١] استقلال اتفاق التحكيم باعتباره من أهم المبادئ المستقر عليها في مجال التحكيم التجاري الدولي باعتبار اتفاق التحكيم عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي ، ولما كان الحال هكذا ، فإنه يترتب على اتفاق التحكيم انطباق القاعدة العامة بخصوص نسبية الآثار المترتبة على وجود اتفاق التحكيم على طرفيه ، أي لا تتعدى آثار هذا الاتفاق غير الأطراف الموقعة عليه أو خلفهم العام إلا إذا كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك . وفي هذا الصدد فإننا نجد أن المادة ١٤٥ من التقنين المدني المصري تنص على " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ..... مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام " وهو ما نصت عليه أيضا المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي [٣٩٢] . وبالتالي فإنه يتضح أن القاعدة العامة هي انصراف آثار الاتفاق إلى عاقديه وخلفهم العام ،إذا كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك . أما بخصوص اتفاق التحكيم ، فإن الأمر يتطلب بحث نسبية آثار اتفاق التحكيم في بعض جوانبه من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع .

آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص

٣١٢- اتفاق التحكيم باعتباره عقداً ، لا تنصرف آثاره إلا إلى أطرافه ، أي الأشخاص الذين قاموا بإبرام الاتفاق ، ومن ثم لا يستفيد من التحكيم كقاعدة عامة إلا أطرافه ، ولا يضار منه غير هؤلاء ، ولا يملك التمسك ببطلان التحكيم غيرهم أيضا .

٣١٣- أما بالنسبة لأثر اتفاق التحكيم على الغير ، أي الشخص الذي لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم ولا خلفاً عاماً لأحد أطراف الاتفاق ، فإنه إعمالا للقاعدة العامة ، لا

---

[٣٩١] أنظر سابقا بند ٢٦٢ .

[٣٩٢] Section VI " De l`effet des Convention a le`egard des Tiers

1165 : Les conventions n`ont d`effet qu`entre les parties contractantes ; ells ne nuisent point au tiers, et ells ne lui profitent que dans le cas prevu par l`article 1121

يمكن انصراف آثار الاتفاق إلى هذا الشخص (الغير) . على أنه بصدد التحكيم ، فإن الأمر يتطلب إثارة عدة نقاط ، منها على سبيل المثال إذا كان هناك اتفاق للتحكيم بين المدين والدائن ، فهل يخضع المدينون المتضامنون في ذات الدين مع المدين المذكور لاتفاق التحكيم الذي جرى بين هذا الأخير والدائن . وهل يمكن اعتبار المحال له أو المحال عليه ملتزما باتفاق التحكيم الذي سبق وأن عقده المحيل . وفي خصوص الاشتراط لمصلحة الغير ، هل يمكن أن يجد المنتفع نفسه ملتزما بشرط التحكيم الموجود في العقد الذي تم بين المشترط أو المتعهد . وأخيرا نبحث موقف اتحاد الشركات أو ما يطلق عليه عملا " الكونسرتيوم " [٣٩٣]

المدينون المتضامنون

٣١٤- بالنسبة لبحث مسألة مدى خضوع المدينين المتضامنين مع المدين في مواجهة الدائن فإن القاعدة أن التضامن السلبي يحدث أثره فيما يفيد المدين وليس فيما يضره ، ولهذا فإن اتفاق التحكيم الذي يبرمه مدين متضامن لا يحتج به على المدين المتضامن معه ، ولكن يجوز لهذا المدين أن يتمسك به إذا وجد أن هناك مصلحة له في ذلك . وذات الأمر بالنسبة للدائنين المتضامنين ، فلأي منهم أن يتمسك باتفاق التحكيم الذي أبرمه أحدهم ويلجأ إلى التحكيم ضد المدين إذا وجد أن هذا الفعل يعزز من موقفه و مصلحته [٣٩٤] . ويسري هذا في حالة شركات الأشخاص حيث لا تحجب الشخصية المعنوية حجباً كاملاً أشخاص الشركاء ، ويسري من باب أولي في شركات المحاصة [٣٩٥]. وبالنسبة إلى التصرفات التي تتم من جانب المتضامن والتي لا يتبين منها بوضوح مدى نفعها أو ضررها ، يكون للمتضامن الخيار بين التمسك بها أو الاعتراض عليها فلا تسري في مواجهته . ومن ثم إذا أبرم المتضامن عقد تحكيم كان

---

[٣٩٣] أنظر سابقا بند ١٢٩ .

[٣٩٤] " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " أ.د. فتحي والي ، ص ١٦٢ . مشار إليه سابقا

[٣٩٥] " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. محمود مختار بريري ، ص ٧١ . مشار إليه سابقا

لباقي زملائه الخيار في الإنضمام إليه في الخصومة أمام التحكيم أو عدم الانضمام إليها ، وفي الحالة الأولى يتحمل هؤلاء مغبة التحكيم ويسري الحكم الصادر في مواجهتهم . وفي الحالة الثانية يكون لهم الاحتجاج بالحكم الصادر لمصلحة زميلهم ولا يضارون إذا ما صدر ضده ، وإذا صدر الحكم في شق منه لمصلحته وفي الشق الآخر عليه ، كان لباقي المتضامنين الحق في التمسك بالحكم برمته أو في رفضه برمته ، ولا يملكون الاحتجاج أو التمسك فقط بالشق الصادر لمصلحته [٣٩٦].

الحوالة

٣١٥- نصت المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري على أنه " يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين " وهكذا يتضح أن الحوالة المقصودة هنا هي حوالة الحق والتي تتم بعقد يبرم بين الدائن المحيل والمحال إليه ، ويترتب عليها انتقال الحق المحال إلى المحال إليه بكافة صفاته التي كانت له عندما كان في ذمة الدائن المحيل. وبالتالي فإنه إذا كان هناك اتفاق سابق على التحكيم بين الدائن المحيل والمدين ، فإنه مما لا شك فيه يكون ملزما للمدين بحيث يستطيع المحال إليه دائما أن يتمسك به في مواجهته ، باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال إليه ولم يشترط القانون موافقة المدين المحال عليه . وفي هذا السياق ، فقد قضت محكمة باريس في حكمها الصادر في ٢٨ /١٩٨٨/١ [٣٩٧] أن حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد تنتقل إلى المحال له ، ويمكن لهذا الأخير الاستفادة من الشرط المذكور ويتمسك به تجاه المحال عليه ، وكانت تلك الحالة تتعلق بوقائع القضية التي تتلخص في أن شركة ألمانية نشاطها هو إنتاج الأفلام، تعاقدت في ١٩٥٨/٢/١٨ مع شركة فرنسية لإنتاج عمل مشترك على أن يتم التوزيع واستثمار

---

[٣٩٦] " التحكيم الاختياري والاجباري " أ.د. احمد أبو الوفا ، ص ١٣٣ . مشار إليه سابقا

[٣٩٧] مشار إليه في " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. فوزي محمد سامي ، ص ٢٢٨ وما بعدها . مشار إليه سابقا

العمل بنسبة ٧٠% للشركة الألمانية و٣٠ % للشركة الفرنسية ، وتضمن العقد شرطا للتحكيم . وفي ١٩٧٢/٢/١١ تمت تصفية الشركة الفرنسية وقامت بالتنازل عن جميع حقوقها الموجودة في ذلك الوقت إلى شركة أخرى في ١٩٧٤/١/٢٤ ، ومن بين تلك الحقوق ،العمل المشترك بينها وبين الشركة الألمانية، وعلى إثر ذلك قام نزاع بين كل من الشركتين الألمانية والفرنسية ، فطلبت الشركة الثالثة اتخاذ إجراءات التحكيم الواردة في العقد الأصلي . إعترضت الشركة الألمانية على ذلك وادعت عدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود اتفاق للتحكيم بينها وبين الشركة الثالثة (المحال إليها) وأن هذه الأخيرة لا تتمتع بأي حق على العمل ، وعلى الرغم من ذلك تم تشكيل هيئة التحكيم ورفضت الدفع بعدم اختصاصها ، واعتبرت الشركة الثالثة (المحال إليها) خلفا للشركة الفرنسية ويثبت حقها في العمل المشترك وكذلك حقها في التمسك بشرط التحكيم . وعلى إثر ذلك قامت الشركة الألمانية باللجوء إلى محكمة باريس طالبة إبطال حكم التحكيم ، إلا أن المحكمة قضت برفض طلب الشركة بإبطال الحكم التحكيمي مستندة إلى أن الحوالة من الشركة الفرنسية إلى الشركة الثالثة (المحال إليها) تتضمن انتقال جميع الحقوق ومن ضمنها حق اللجوء إلى التحكيم الذي ورد في الاتفاق المبرم بين الشركة الألمانية والفرنسية .

٣١٦- كما نصت المادة ٣١٥ من التقنين المدني المصري على أنه " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين " وعلى عكس المادة السابقة ، فقد اشترط المشرع موافقة الدائن حتى تنفذ في مواجهته . والاتفاق على حوالة الدين لا ينقل الدين المحال إلى المحال عليه بحيث تبرأ ذمة المدين الأصلي منه ، و إنما يقتصر أثره على مجرد إنشاء التزام على عاتق المحال عليه بالوفاء بالدين للدائن . وإذا كان هناك اتفاق على التحكيم بين الدائن والمدين سابقا على حوالة الدين ، فإن التزام كل من المحال عليه الدين (المدين الجديد) والدائن باتفاق التحكيم السابق إبرامه بين المدين الأصلي والدائن ، يتوقف في النهاية على اتفاق الطرفين على اعتماد هذا الاتفاق السابق . أما في حالة الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فالتزام

المحال عليه الدين باتفاق التحكيم يتوقف على ما صار الاتفاق عليه في اتفاق الحوالة [٣٩٨] . أما إذا نصت الحوالة على عقد بأكمله بما يتضمنه من حقوق والتزامات يكون المحال إليه ملتزماً باتفاق التحكيم الوارد ضمن شروط ذلك العقد ، بحيث يجوز للطرف الآخر أن يحرك تجاهه إجراءات التحكيم ويحق له أن يقيم التحكيم ضد ذلك الطرف الآخر . [٣٩٩]

٣١٧- أما بخصوص الحديث عن الأثر المانع في مواجهة الغير ، فالفرض هنا أن تثور تلك المسألة فقط في مواجهة الغير ، أي الأشخاص التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع على العقد ، وبالتالي تثور فكرة الأثر النسبي لاتفاق التحكيم وإمكانية الخروج عليه أو الاستثناء منه ووفقا لأية شروط ، أما إذا كان الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم لا يتمتع بأية شخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع على العقد كأن يكون مجرد فرع للشركة التي قبلت الاتفاق على التحكيم أو كان الشخص الاعتباري التابع للدولة لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها ، فعلى الرغم من أن هؤلاء الأشخاص لم يوقعوا على اتفاق التحكيم فلا يمكن اعتبارهم من الغير بالنسبة لهذا الاتفاق لعدم تمتعهم بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي أبرم العقد [٤٠٠] .

٣١٨- فالأصل الثابت في كل العقود أنه لا يلتزم بالعقد إلا طرفاه ، وهما من توافقت إرادتهما على قيام ذلك العقد ، ولكن هناك بعض الأشخاص يضعهم القانون في حكم المتعاقدين ، وهما الخلف العام والخلف الخاص ، ونبين مركز كل منهما فيما يلي .

---

[٣٩٨] " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ.د. مصطفي الجمال ، أ.د. عكاشة عبد العال ، ص ٤٧٦ وما بعدها . مشار إليه سابقا

[٣٩٩] " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " أ.د. سامية راشد ، ص ٣٣٧ . مشار إليه سابقا . " حالات إمتداد شرط التحكيم إلى الغير – دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير " أ.د. محمد نور شحاته ، بحث منشور ضمن فعاليات الدورة السادسة لتأهيل المحكمين العرب بعنوان التحكيم والتنمية برعاية الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم في سبتمبر ٢٠٠٧ ص١٠٤ . مشار إله سابقا .

[٤٠٠] " الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم " أ.د. حفيظة الحداد ، ص ١٣٧ . مشار إليه سابقا

الخلف العام

٣١٩- الخلف العام هو من يخلف سلفه في الالتزامات والحقوق ، وخير مثال للخلف العام هو الوارث أو الموصي له بنسبة معينة من التركة، وبذلك فإن انصراف آثار العقد إلى الخلف العام يكون في حدود ما تسمح به قواعد الميراث، فالحقوق تنتقل إلى الوارث ، أما الالتزامات فيحكمها دائما مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون، فيبقى الالتزام في التركة إلى أن تنقضي الديون، وبعدها تنتقل التركة خالصة إلى الوارث، ولكن هناك استثناءات لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام باعتباره خلفاً، طبقا لنص المادة رقم "١٤٥" من التقنين المدني والحالات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام هي :

٣٢٠- **الحالة الأولى**: هناك حالات نص القانون فيها على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، ومثال ذلك عقد العمل حيث يتم فسخ عقد العمل بوفاة العامل ، وكذلك في حالة عقد الوكالة حيث تنقضي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل . وكذلك ما نصت عليه المادة رقم ٥٢٨ من القانون المدني حيث قررت أن تنقضي الشركة بموت أحد الشركاء.

٣٢١- **الحالة الثانية**: حالة العقود التي لها طبيعة خاصة ، فإن الالتزام الناشئ عن هذه العقود لا ينتقل أثره إلى الخلف العام. وقد يكون ذلك لوجود مانع مادي أو قانوني، مثل العقود التي يراعى فيها شخص المتعاقد أو صفة خاصة به، فهو ينقضي بموت الملتزم، ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعته الماديّة، مثل التزام الفنانين أو المهندسين أو المحامين أو الأطباء، كذلك نجد أن الطبيعة القانونية لحق الانتفاع تأبى انتقاله إلى الورثة، لأن حق الانتفاع ينقضي بموت صاحبه .

٣٢٢- **الحالة الثالثة**: حالة الاتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف ، فانصراف آثار العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على مخالفتها ، فقد يتفق المتعاقدان على أن وفاة أحدهما تنهى العقد. فلا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى الخلف العام، فيكون هذا الاتفاق صحيحاً. فيجوز مثلاً الاتفاق على أن يكون

للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع، ويجوز أيضاً أن يتفق المتعاقدان على منح المشتري أجلاً لدفع الثمن دون انتقال هذا الحق إلى ورثته، ولكن يشترط أن يكون هذا الاتفاق غير مخالف للنظام العام والآداب .

الخلف الخاص

٣٢٣- الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في الشئ محل التعاقد ، وفي ذلك الشأن تنص المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري على " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " كالمشتري والمنتفع والموصي له بعين معينة من التركة ، ويشترط لانتقال الحق إلى الخلف الخاص ما يلي :

الشرط الأول أن يكون العقد الذى أبرمه السلف سابقاً على العقد الذي انتقل به الشيء إلى الخلف الخاص، أما جميع العقود التي يبرمها السلف بعد انتقال الشيء إلى الخلف، لا تسري في مواجهة الخلف ويعتبر من الغير بالنسبة لها

الشرط الثاني أن يكون الحق أو الالتزام الذي نشأ عن العقد الذي أبرمه السلف بشأن الشيء الذى انتقل إلى الخلف من مستلزمات هذا الحق، والحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء هي المكملة للحق الذي انتقل إلى الخلف.

الشرط الثالث أن يكون الخلف عالماً وقت انتقال الشيء إليه بالحق أو الإلتزام الذى سبق لسلفه أن أبرمه، وإن كان اشتراط العلم لا يثور من الناحية العملية إلا في حالة الإلتزامات، أما في حالة الحقوق فلا تثور مشكلة علم الخلف من عدمه، فهو لن

يعترض على إضافة حق إلى حقوقه، ولكنه سيتذرع بعدم علمه لكى لا يضاف التزام إلى التزاماته

٣٢٤- وهكذا فإن الأصل أن تقتصر آثار التعاقد على العاقدين وخلفهم العام والخاص ، ولا ينتقل إلى غيرهم من الأشخاص غير الموقعين على العقد ، إلا أنه في معرض التحكيم الدولي ، قد أثيرت تلك المسألة ، وكان لأحكام التحكيم الدولي رأي آخر ، فالقضية الشهيرة المعروفة دوليا باسم قضية Dow Chemical والتي نظرت أمام هيئة تحكيم مُشكلة طبقا لقواعد غرفة التجارة الدولية ICC [٤٠١] وتتخلص وقائع تلك القضية في قيام شركتين فرعيتين لشركة Dow Chemical الأمريكية الأم بالتعاقد مع عدد من الشركات بشأن توزيع مواد عازلة للحرارة ، وكانت من بين تلك الشركات ، شركة فرنسية تدعى Isover Saint-Gobain وتضمن كل من العقدين شرطاً للتحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس . وعلى إثر المنازعات التي نشأت بسبب جودة المنتجات ، قامت الشركات التابعة للشركة الأم Dow Chemical وكذلك الشركة الأم ذاتها بإتخاذ إجراءات تحريك التحكيم في مواجهة الشركة الفرنسية الطرف في التعاقد . إلا أن الشركة الأخيرة اعترضت على اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في الطلبات المقدمة من الشركة الأم والشركة الفرعية غير الطرف في التعاقد مستندة إلى أن هاتين الشركتين ليستا طرفاً في التعاقد . إلا أن هيئة التحكيم قضت في حكمها التمهيدي برفض ذلك الدفع بعدم اختصاصها مستندة إلى حقها في تقرير اختصاصها من عدمه . وبعد ذلك قامت الهيئة بالتعرض للظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ وفسخ العقود المتنازع عليها وانتهت إلى تقرير أنه أخذاً بعين الاعتبار بالطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات وعلى الرغم من الشخصية القانونية المستلقة التي تتمتع بها كل شركة من هذه

---

[٤٠١] الدعوى رقم ٤١٣١ المنظورة أمام غرفة التجارة الدولية بباريس ، والصادر فيها الحكم بتاريخ ١٩٨٢/٩/٢٣ . مشار إليه في " التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ١٥١ . سابق الإشارة إليه ، و " الاتجاهات الدولية المعاصرة" أ.د. حفيظة السيد الحداد ص ١٤٠ . مشار إليه سابقا .

الشركات المكونة لهذه المجموعة ، فإن شروط التحكيم التي تم قبولها صراحة من بعض شركات هذه المجموعة ، يتعين أن تلزم الشركات الأخرى ، والتي من خلال الدور الذي لعبته في إبرام أو تنفيذ أو فسخ العقود المتضمنة هذه الشروط ، قد ظهرت على نحو كشفت عنه الإرادة المشتركة لجميع الأطراف في الاجراءات ، كما لو كانت طرفاً فعلياً في هذه العقود . ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم مقررة بأن هيئة التحكيم قضت في المنازعة المطروحة أمامها بناءً على ما لها من سلطة مطلقة في تفسير العقود المبرمة والوثائق المتبادلة بين الأطراف وقت المفاوضات ووقت فسخ العقود وأنهم في ما انتهوا إليه من قضاء قد استندوا إلى تسبيب واضح وخال من التناقض، وبناءاً على ذلك فإن، الشركة الأم Dow Chemical والشركة التابعة الأخرى ، يعتبرا أطرافاً في العقد على الرغم من أنهما لم يقوما بالتوقيع على العقد .[٤٠٢]

٣٢٥- كذلك قضت هيئة تحكيم مصرية مُشكلة وفقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ [٤٠٣] أن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة

---

[٤٠٢] " الاتجاهات الدولية المعاصرة" أ.د. حفيظة السيد الحداد ص ١٤١ . مشار إليه سابقا . أنظر في ذات المبدأ نقض مدني مصري رقم ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ قضائية بجلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢ ، إذ أرست مبدأ عاما يقضي بأن كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم مالم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى . مشار إليه في مجلة التحكيم العربي العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٤ ص ١٦٥ .

[٤٠٣] القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ " تحكيم حر " الصادر بجلسة ١٩٩٨/٣/١١ والمنشور في " مجلة التحكيم العربي " الصادرة عن الأمانة العامة للإتحاد العربي للتحكيم الدولي ، العدد الثاني – يناير ٢٠٠٠ ص ٢٢٤ . انظر أيضا " التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ص ١٥٢ . مشار إليه سابقا وجدير بالذكر أن الهيئة المشكلة التي أصدرت الحكم المنوه عنه كانت برئاسة أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، وعضوية كل من أ.د. أبو زيد رضوان ، و المستشار الدكتور حسن رضا . أنظر في ذات المبدأ " حوالة أو انتقال اتفاق التحكيم " د/ كريم أبو يوسف ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد العاشر– سبتمبر ٢٠٠٧ ص ٣٠٣.

بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم ، مادامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه .

٣٢٦- كذلك فإنه من القضايا التحكيمية التي أثارت جدلاً واسعاً في تحديد مفهوم الغير ، ومدى انصراف أثار الإلتزام إلى طرف غير موقع على الاتفاق ، قضية هضبة الأهرام والتي كانت حكومة جمهورية مصر العربية طرفا في هذا التحكيم ، وتتلخص وقائعها في أن شركة أجنبية تدعي شركة جنوب الباسيفيك(SSP) قد أبرمت اتفاقا مع شريك مصري (إيجوث) وقت أن كانت هذه الأخيرة مؤسسة عامة ، وتضمن الاتفاق المبرم في ١٩٧٤/١٢/١٣ تحديداً لإلتزامات كل من الطرفين في الشركة المشتركة المزمع إقامتها بينهما حينذاك لاستغلال مشروع هضبة الأهرام كمنطقة سياحية . كما ورد به نص يجعل الاختصاص بالفصل في أية منازعات متعلقة بالعقد من اختصاص هيئة تحكيم يتم تشكيلها وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس . وعلى الرغم من أن الحكومة المصرية لم يرد ذكرها كطرف في ذلك الاتفاق ، إلا أن الوزير المختص آنذاك (وزير السياحة) قام بالتوقيع على الصفحة الأخيرة في العقد تحت عبارة تعني الموافقة والمصادقة Approved & Confirmed على العقد. وقد قامت الحكومة المصرية في نهاية شهر مايو ١٩٧٨ (أي بعد ما يقرب من الأربع سنوات) بسحب موافقتها على إقامة المشروع على اعتبار أن الموقع من المناطق الأثرية التي يجب نزع حق الانتفاع المقرر للشركة المشتركة فيها وتخصيصها للمنفعة العامة [٤٠٤] . لذا لجأ الطرف الأجنبي إلى تحريك إجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس تحت رقم ٣٤٩٣ لسنة ١٩٧٨ ضد كل من الحكومة المصرية وشركة إيجوث ، ولكن تمسكت الحكومة المصرية بأنه لا يجوز إخضاعها للتحكيم نظراً لكونها ليست طرفا في التحكيم . وقد انتهت

---

[٤٠٤] انتقد البعض في ذلك الوقت تصرف الحكومة في استغلال هضبة الأهرام لإقامة مشروع سياحي بدافع أن هذا الموقع الأثري هو ملك للشعب المصري ولا يجوز لأي جهة أن تقوم باستغلاله بشكل قد يضر بالآثار المصرية ، ومن أشهر من دافعوا عن ذلك الرأي الكاتبة الدكتورة نعمات أحمد فؤاد . ولعل ذلك هو ما دفع الحكومة آنذاك إلى سحب المشروع .

محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس إلى وجود شبهة اتفاق تحكيم يتعين ترك الفصل في المسألة لهيئة التحكيم ذاتها بوصفها صاحبة الولاية في تحديد اختصاصها .

٣٢٧- وأمام هيئة التحكيم دفعت الحكومة المصرية بانتفاء ولاية هيئة التحكيم عليها حيث أنها ليست طرفا في اتفاق التحكيم الوارد في اتفاق ١٩٧٤/١٢/١٣ الذي أبرم فقط مع إيجوث ، وأن توقيع الوزير على ذلك الاتفاق هو أنه قد باشر سلطته الوصائية على المؤسسة الخاضعة لإشرافه ، فأقر تعاقدها دون أن تتجه نيته إلى إلزام الحكومة بأي التزام . وتمسك الطرف الأجنبي بخضوع الحكومة المصرية لاختصاص هيئة التحكيم معتمدا على تفسير توقيع الوزير ، بما يفيد موافقته ومصادقته ، على أنه انضمام من جانب الحكومة كطرف ضامن لإيجوث في الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن ذلك العقد.

٣٢٨- إلا أن هيئة التحكيم قد قضت في ١٩٨٣/٢/١٦ بتقرير اختصاصها بشأن الدعوى ضد الحكومة المصرية ، وفي الموضوع بإلزامها متضامنة مع إيجوث بسداد تعويضات مع الفوائد ما يقرب من ١٥ مليون دولار أمريكي ، إلا أن الحكومة المصرية قد طعنت على ذلك الحكم أمام محكمة استئناف باريس على سند أن هيئة التحكيم قد أعطت لنفسها اختصاصاً بنظر النزاع في مواجهة الحكومة المصرية دون سند قانوني يبرر ذلك ، وبناء على ذلك ، فقد قضت محكمة الاستئناف بباريس في ١٩٨٤/٧/١٢ بإلغاء حكم هيئة التحكيم وأسست حكمها على أن وزير السياحة عندما قام بإضافة توقيعه على الاتفاق المبرم في ١٩٧٤ الذي تضمن اتفاق التحكيم ، لم يكن في صدد ممارسة صلاحيته كوزير اتجهت نيته إلى اقحام الحكومة كطرف مسئول أو ضامن في العقد ويلزمها بشرط التحكيم ، وإنما كان يمارس سلطته الوصائية على

المؤسسة الخاضعة لرقابته ، أي بصفته جزءً من الكيان القانوني للمؤسسة ذاتها [٤٠٥].

الكونسرتيوم

٣٢٩- أما بالنسبة لاتحاد الشركات أو ما يطلق عليه في العمل "الكونسرتيوم " ، فقد تباينت أحكام التحكيم في مسألة قبول انصراف آثار اتفاق التحكيم إلى غير الموقع عليه ، ونضرب لذلك مثالين أولهما قضية تحكيمية كانت منظورة أمام هيئة تحكيم خاضعة لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس [٤٠٦] كانت تتعلق بعقد مبرم في ١٩٩٠ بين شركة جزائرية وأخرى مغربية ، بشان قيام الأخيرة بتوريد برامج الكترونية على الحاسب الآلي وتقديم المساعدة إلى الشركة الجزائرية ، وكانت الشركة الأم والتي تتبعها الشركة المغربية قد أصدرت خطاب ضمان لحسن تنفيذ المشروع ، ثم قامت الشركة الجزائرية بفسخ العقد ورفعت دعوى تحكيم ضد الشركة المغربية وكذلك الشركة الأم التي تتبعها الأخيرة ، مطالبة باسترداد بعض المبالغ التي سبق وأن سددتها . وقضت هيئة التحكيم باختصاصها بنظر الطلبات الموجهة ضد الشركة الأم غير الطرف في التعاقد ، على الرغم من أن الشركة الأم لم تقم بأي دور في إبرام أو تنفيذ أو فسخ العقد ولم تشارك في المشروع ، إلا أن هيئة التحكيم قد قضت بسريان شرط التحكيم في مواجهتها لأن الشركة الأم قد اعترفت بخضوعها لاتفاق التحكيم في الدعاوى المتداولة بينها وبين الشركة الجزائرية أمام المحاكم الجزائرية .

---

[٤٠٥] " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " أ.د. سامية راشد ، ص ٣٤٣ وما بعدها . سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا " التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية " أ.د . احمد السيد صاوي ، ص ٥٥ . سابق الإشارة إليه

[٤٠٦] مشار إليها في رسالة دكتوراه بعنوان " التراضي كأساس لاتفاق التحكيم " د. داليا عبد المعطي ، ص ١٦٩ . مشار إليها سابقا

٣٣٠- وفي مثال آخر ، في قضية تحكيم دولي عُرفت باسم قضية سرهنك ضد شركة أوراكل Oracle [٤٠٧] وتخلص وقائعها في أن سرهنك شركة مصرية قد أبرمت اتفاق وكالة في يونيو ١٩٩١ مع شركة قبرصية تابعة للشركة الأمريكية والمصنعة لبرامج الحاسب الآلي (Oracle Corporation)، وقبلت سرهنك بموجب هذا الاتفاق القيام بتوفير منتجات وخدمات أوراكل داخل مصر ، وبعد بضع سنوات نشأ نزاع بين الطرفين مما أدى إلى إنهاء الاتفاق من قبل شركة أوراكل ، ونتيجة لذلك شرعت سرهنك في اتخاذ إجراءات التحكيم ضد كل من الشركة التابعة القبرصية والشركة الأم الأمريكية أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في ١٩٩٨/٤/٢ ، وقد دفعت أوراكل بأن هيئة التحكيم لا تتمتع بالاختصاص في مواجهتها حيث إنها لم تقم بالتوقيع على الاتفاق المبرم مع سرهنك ، كما لم تبرم اتفاقاً مكتوباً مع الأخيرة باللجوء إلى التحكيم ، إلا أن هيئة التحكيم رفضت الدفع مؤكدة على اختصاصها بالنسبة لأوراكل الأم (الأمريكية) تأسيسا على أن الأخيرة تعد شركة تابعة للشركة الأم ، وأنه وفقا للسوابق التحكيمية فإن الشركات التابعة لمجموعة واحدة من الشركات تخضع لشرط التحكيم الوارد في العقد ، إذ أن العلاقات العقدية لا يمكن أن تنشأ دون موافقة الشركة الأم صاحبة العلامة التجارية التي تجري على أساسها المعاملات التجارية . وقد أصدرت هيئة التحكيم حكمها في ٢٠٠٠/٣/٢٢ بالتعويض ضد شركة أوراكل القبرصية والشركة الأم بالتضامن لصالح سرهنك (الشركة المحتكمة) . ثم سعت سرهنك للتصديق على هذا الحكم من المحاكم المصرية وكذا المحاكم الأمريكية ، وقد حصلت على تصديق من المحكمة المحلية لجنوب ولاية نيويورك الأمريكية والتي صدقت عليه في

---

[٤٠٧] مشار إليها في هامش ٤٠٣ . كما قضت محكمة استئناف باريس في ١٩٨٣/١٠/٢١ بأنه توجد عادة ليست محل خلاف جدي في التجارة الدولية ، مقتضاها أن شرط التحكيم الموقع عليه من شركة فرد في مجموعة شركات يمكن أن يمتد إلى شركة أخرى في المجموعة لم تكن قد وقعته ، مادامت هذه الشركة كان لها يد في إبرام العقد محل النزاع أو في تنفيذه " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ.د. مصطفى الجمال وأ.د. عكاشة عبد العال ، ص ٤٩٨ .

٢٠٠٢/١٠/٩ إلا أن أوراكل لم تقبل بهذا القرار ، فطعنت على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الأمريكية ، والتي رفضت الأخيرة تنفيذ حكم التحكيم معتبرة أنه لا يمكن إلزام أي مؤسسة أمريكية غير موقعة على اتفاق التحكيم ، في حالة غياب رؤية كاملة للحقائق الداعمة للنظرية القائمة على قانون العقد الأمريكي ، أو قانون الوكالة الأمريكية .[٤٠٨]

ويعد هذا تجاهلاً من محكمة الاستئناف الأمريكية لقواعد التحكيم الدولي ويضيف مثالاً إلى أمثلة كثيرة لتحيز القضاء الأمريكي لمواطنيه أو للشركات المتمتعة بالجنسية الأمريكية .

٣٣١- أما المثال الآخر ، فكان عبارة عن قضية منظورة أمام غرفة التجارة الدولية عام ١٩٩٢ تحت رقم ٦٦٧٣ [٤٠٩] والذي قضى برفض امتداد اتفاق التحكيم بواسطة إحدى شركات المجموعة إلى الشركة الأم ، وكانت الشركة المحتكمة الأولى قد أبرمت عقدا للترخيص باستخدام تكنولوجيا يخضع لأحكام القانون الفرنسي ، واتفاق آخر لضمان الحفاظ على سرية التكنولوجيا محل العقد الأول مع الشركة المحتكم ضدها . واشتمل كل من العقدين على شرط للتحكيم . وعلى إثر نزاع نشب بين الأطراف ، قامت الشركة المحتكمة الأولى والشركة الأم باللجوء إلى التحكيم ، ودفعت الشركة المحتكم ضدها بعدم قبول التحكيم المرفوع من المحتكمة الثانية لأنها لا تربطها بها أي علاقة عقدية ، واحتجت المحتكمة الثانية بملكيتها للحقوق الفكرية للتكنولوجيا محل العقدين للقول بصحة تدخلها في دعوى التحكيم . إلا أن هيئة التحكيم قد رفضت هذا الدفع وذهبت إلى أن المحتكمة الثانية لم تستطع إقامة الدليل على صفتها في الدعوى .

---

[٤٠٨] United States Court of Appeals for the Second Circuit – Argued Feb4, 2005 , Decided Sarhank Group v. Oracle Corporation . Docket No. 02-9383 April 14,2005

[٤٠٩] مشار إليها في رسالة دكتوراه بعنوان " التراضي كأساس لاتفاق التحكيم " د. داليا عبد المعطي. مشار إليها سابقا، ص ١٧٣ .

٣٣٢- وهكذا يتضح أن اتفاق التحكيم لا يمتد تلقائيا إلى بقية مجموع الشركات ، وإنما يجب النظر في كل حالة على حدة في محاولة للبحث عن إرادة الأطراف الموقعة وكذا الأطراف غير الموقعة والتي ساعدت على إبرام التعاقد أو تنفيذه أو فسخه. ونرى من وجهة نظرنا أن اتفاق التحكيم يمكن أن يمتد إلى الشركة الأم غير المتعاقدة إذا ما قامت الشركة التابعة لها بإبرامه تحت رعايتها وذلك من خلال سعي الشركة الأم إلى إتمام إبرام التعاقد بين الشركة التابعة والغير ، وهو ما تبنته هيئات التحكيم في أحكامها في كل من قضيتي Dow Chemical و سرهنك (التحكيم المصري) إذ انتهت كل من هيئتي التحكيم في القضيتين إلى أن اشتراك الشركة الأم في إبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه يؤدي إلى امتداد اتفاق التحكيم في مواجهتها .

آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع

٣٣٣- قد يدخل أطراف العلاقة التجارية في العديد من العلاقات التعاقدية ، بحيث يقوما بإبرام عدد من العقود لإنجاح تلك العلاقة ، فيبرم الأطراف مجموعة متتالية من نفس الطبيعة أو متقاربة ، على سبيل المثال كأن يقوم البائع بإبرام عقد البيع مع المشتري وكذا إبرام عقد النقل ، أو قيام الناقل بإبرام عقد النقل مع العميل وكذا إبرام عقد الشحن أو التفريغ ، وفي تلك الأمثلة فإن كل عقد له موضوع منفصل عن العقد الأخر ، وقد يتفق أطراف العقد في أحد العقود إلى اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد ، دون أن يتفقوا على ذلك البند في بقية العقود أو عدم الاتفاق عليه في أحد العقود المرتبطة بالعقد الأصلي . كذلك فإن أطراف العلاقة التعاقدية قد يبرموا عقودا متعددة بذات الخصائص والصفات ، فعلى سبيل المثال عقد التوريد والذي يعتبر من العقود طويلة الأجل ، إذ قد يتفق أطراف التعاقد على بند التحكيم في أحد العقود ، دون أن يذكروه في بقية العقود المتتالية أو في أحد عقود التوريد . بمعنى آخر ، يمكن القول بأنها تلك الحالة التي تجتمع فيها عدة عقود حول محل واحد وتتعاقب عليه ويكون محلها واحداً أو غرضها واحداً ، وتتضافر

هذه العقود على تحقيق هدف واحد مشترك ، أي أننا بصدد عقد أصلي يتم تنفيذه من خلال مجموعة من العقود . فهل يمكن في تلك الحالات لاتفاق التحكيم أن ينتقل إلى بقية العقود على الرغم من عدم اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية على اللجوء إليه لتسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد أو تلك العقود ؟ وبالرجوع إلى رأي الفقه [٤١٠] نجده ذهب إلى أنه إذا كانت هناك مجموعة من العقود المبرمة بين نفس الأطراف وفي ذات الموضوع ، فإن شرط التحكيم الوارد في أحد تلك العقود ، يمتد إلى العقود الأخرى وذلك لوجود معاملات تجارية متصلة بين الطرفين ، إذ يصبح شرط التحكيم هنا بمثابة عادة اتفاقية ارتضاها الأطراف ضمنا ، إذ أن هذه العقود تستهدف تحقيق هدف مشترك أو تنفيذ عملية اقتصادية معنية.

٣٣٤- قد يتغير أحياناً موضوع العقد الأصلي زيادة أو نقصاً ، ويكثر ذلك بشكل خاص في عقود المقاولات الإنشائية ، حيث يصدر المهندس الاستشاري أوامر تغيير Variation Orders للمقاول بإضافة أعمال جديدة للأعمال المطلوبة من المقاول ، أو حذف بعض الأعمال . ويعتبر التغيير في موضوع العقد على هذا النحو جزءاً من العقد الأصلي ، فتسري عليه أحكامه بما في ذلك شرط التحكيم ، وبالتالي فإذا نشأ نزاع بين الأطراف ، لجأوا إلى التحكيم على الرغم من عدم توافر اتفاق التحكيم في عقد من العقود المبرمة بينهم . وقد قضت بذلك المحكمة العليا في هونج كونج بأنه إذا كان هناك عقد رئيسي يحتوي على شرط التحكيم ، وعقد ثانوي لا يتضمن شرط التحكيم وإنما ينص صراحة على أن هذا العقد متصل اتصالاً وثيقاً بالعقد الأصلي ، يسري شرط التحكيم في هذه الحالة على العقد الثانوي [٤١١] . كما اعتبر الاجتهاد الفرنسي أنه إذا كان بالإمكان الاستنتاج من التعامل بوجود موافقة ضمنية على شرط التحكيم فإن الخلافات العائدة لعقد خال من شرط التحكيم ، يمكن

---

[٤١٠] " نسبية اتفاق التحكيم – دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين "أ.د. على قاسم دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ من رقم ٣٢ إلى رقم ٣٤ ص ٥٣ وما بعدها (مشار إليه في مؤلف أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ١٥٧ المرجع السابق)

[٤١١] " التحكيم في القوانين العربية " د/ حمزة احمد حداد ، ص ١٦٣ وما بعدها . صدر الحكم في ٢٠٠٠/١٠/٢٣

الحاقها بالتحكيم ، ويشترط لهذا وجود تعامل مستقر ودائم وثابت بين الأطراف [٤١٢] وقضت محكمة استئناف باريس[٤١٣] بامتداد شرط التحكيم من عقد إلى آخر في حكمها الصادر في ١٩٩٩/١١/٢٣ وتتلخص وقائع تلك الدعوى في قيام شركة هولندية بإبرام عقد بيع حبوب إلى شركة كونغولية ، وتضمن العقد شرط التحكيم أمام غرفة تحكيم بورصة باريس التجارية ، مع اختيار القانون الفرنسي بوصفه القانون واجب التطبيق ، ونتيجة لظروف الحرب التي قامت في الكونغو ، أرسلت الشركة الكونغولية فاكساً إلى الشركة الهولندية تُخطرها فيه باستحالة قيامها بتخزين السلع محل التعاقد ، وبالتالي اتفق الطرفان على قيام الشركة الهولندية باستعادة السلع التي كانت في طريقها إلى الشركة الكونغولية ، على أن ترد الشركة الهولندية كامل الثمن الذي قبضته من الشركة الكونغولية . وثار خلاف بين الطرفين بشأن الاتفاق الخاص باستعادة السلع ، فلجأت الشركة الكونغولية إلى التحكيم ، إلا أن الشركة الهولندية دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم وادعت بوجود عقدين مختلفين متتاليين لا يتعلق أحدهما بالنزاع ولا يتضمن ذلك العقد شرطاً للجوء إلى التحكيم. قررت هيئة التحكيم اختصاصها بنظر النزاع ، وبررت ذلك بوجود عقد واحد بين الأطراف وليس عقدين متتاليين ، فقامت الشركة الهولندية برفع دعوى للمطالبة ببطلان حكم التحكيم أمام المحاكم الفرنسية ، وقضت المحكمة الفرنسية برفض الدعوى ، وباختصاص هيئة التحكيم وأسست حكمها على وجود عقدين مستقلين قانونا إلا أنهما قد أُبرما على فترة متقاربة ويتعلقان ببيع واستعادة ذات السلعة بين نفس الأطراف ، ويشكل هذان العقدان بما لا يدع مجالا للشك عقودا متكاملة أو على الأقل مرتبطة ، وعلى الرغم من أن الفاكس المرسل إلى الشركة الهولندية لم يُشر إلى اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي ،ولا إلى أي طريقة أخرى لتسوية المنازعات المحتملة ،

---

[٤١٢] " موسوعة التحكيم – التحكيم الدولي " د/ عبد الحميد الأحدب – الجزء الثاني ، ص ١٤٧ . سابق الإشارة إليه

[٤١٣] مشار إليه في رسالة الدكتوراه بعنوان " التراضي كأساس لاتفاق التحكيم " د/ داليا عبد المعطي حسين ، ص ٢٠٥ . سابق الإشارة إليها

فإنه يستخلص من الروابط الاقتصادية الوثيقة الموجودة بين مرحلتي عملية البيع والاسترداد، أن الإرادة الضمنية للأطراف قد اتجهت حتما إلى مد آثار اتفاق التحكيم إلى كافة المنازعات التي تعد عناصرها غير قابلة للتجزئة .

٣٣٥- وقد تثور مسألة تجمع عدة عقود حول محل واحد ، بحيث يتضمن أحد تلك العقود الالتزام المراد إنجازه ، وتشارك العقود الأخرى في تنفيذه أو تقديم الضمانات اللازمة لإنجاحه ، كما هو الحال في عقود النقل المتتابع ، بحيث تستهدف تلك العقود نتيجة أو هدف محدد كأن يتم إبرام عقد نقل بحراً و آخر جواً وآخر براً بشان بضاعة واحدة ، وهو ما يسمى بالمجموع العقدي [٤١٤] إذ يوجد نوع من التبعية المتبادلة أحياناً والمنفردة أحياناً أخرى ، بين عقود المجموعة العقدية الواحدة يجعل كل منها شيئاً واحداً يصعب الفصل بين وحداته من الناحيتين الاقتصادية والقانونية على حد سواء ، وهذا ما يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافاً في الكل الذي تمثله المجموعة ، دون حاجة لأن يكونوا أطرافاً في بقية العقود الداخلة في المجموعة .

الخلاصة : عرضنا لصور اتفاق التحكيم والتي تنقسم إلى شرط أو مشارطة أو تحكيم بالإحالة ورأينا الخصائص المميزة لكل من تلك الصور ، وقمنا ببيان الفارق بين كل من الشرط والمشارطة والذي يتمثل في توقيت اللجوء إلى التحكيم ، هل هو قبل نشوء النزاع ، وفي هذه الحالة يسمى شرط التحكيم ، أو بعد نشوء النزاع ، وهو في هذه الحالة مشارطة تحكيم . وكذلك التحكيم بالإحالة وصوره المختلفة والتي من أشهرها نماذج عقود الفيديك و سندات الشحن . كما عرضنا للآثار المترتبة على اتفاق التحكيم والتي منها ما هو إيجابي يتمثل في مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (الاستقلالية) ومبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها

---

[٤١٤] " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ.د. مصطفي الجمال ، أ.د. عكاشة عبد العال ، ص ٤٩٤ وما بعدها . سابق الإشارة إليه. " التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية – دراسة مقارنة " أ.د. صفاء تقي عبد نور العيساوي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والإنسانية ٢٠٠٧ ، العدد رقم ١٥ ص ١١ .

(الاختصاص بالاختصاص) ، ومنها ما هو مانع يتمثل في امتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع والذي قد يأخذ هذا الامتناع شكل عدم القبول أو عدم الاختصاص ، والذي يختلف من نظام قانوني لآخر . وعرضنا لنسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص وبيّنا مفهوم الغير والخلف العام والخاص ، ومن حيث الموضوع ، وفي سبيل عرضنا هذا قمنا بضرب العديد من الأمثلة والقضايا والمبادئ والأحكام القضائية والتحكيمية الوطنية والدولية .

الفرع الثالث

هيئة التحكيم

٣٣٦- نستعرض في هذا الفرع هيئة التحكيم من ناحية تشكيلها ، وقواعد تنظيم عملها والشروط الواجب توافرها في من يتولى المهمة التحكيمية في القواعد والقوانين الوطنية والأجنبية ، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول

التشريعات الوطنية

٣٣٧- **تمهيد :** إن الحديث عن هيئة التحكيم في التشريعات الوطنية يتطلب منا ، استعراض تلك المسألة في القانون المصري قبل قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وبعد صدوره ، وذلك على النحو الآتي بيانه .

المطلب الأول

الوضع في التشريع المصري الملغي

٣٣٨- تناول المشرع المصري مواد التحكيم الملغاة في قانون المرافعات في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ ، ونظمت هيئة التحكيم في عدد من المواد . إذ اشترط ألا يكون

المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية ، أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره ، وأن يكون عدد المحكمين وتراً ، وإلا كانت إجراءات التحكيم ، بما فيها الحكم التحكيمي باطلة . كما أوجب تعيين أشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل مالم تقضي القوانين الخاصة بغير ذلك (م ٥٠٢) وهو ما نرى معه خطورة النص على هذا الشرط في اتفاق التحكيم في حالة ما إذا وقع أمر ما من شأنه عدم استطاعة المحكم أو هيئة التحكيم مباشرة المهمة التحكيمية ، ففي هذه الحالة لا بد من إبرام اتفاق تحكيمي آخر ، إلا أن الاجتهاد المصري قد تدخل ليخفف من وقع هذا النص ، حتى استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية معتبراً أن تسمية المحكمين في الشرط التحكيمي ليس من النظام العام، وعلى هذا الأساس فإن عدم ذكر أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم لا يترتب عليه بطلان الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم [٤١٥] . كما أوجب المشرع ضرورة قبول المحكم لمباشرة المهمة التحكيمية كتابة ، وذلك لإثبات التزامه في مواجهة طرفي التداعي (م٥٠٣)، وأن الكتابة شرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطاً لانعقاد المشارطة [٤١٦]. و نص المشرع على إمكانية الرجوع على المحكم أو هيئة التحكيم بالتعويضات في حالة تنحيه عن مباشرة المهمة بدون سبب جدي . كما أنه لا يمكن عزل هيئة التحكيم إلا بتراضي الخصوم جميعاً ، ولا يجوز أيضا طلب رد هيئة التحكيم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إبرام وثيقة التحكيم (اتفاق التحكيم) ويقدم طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ولذات الأسباب المنصوص عليها في قانون المرافعات لرد القضاة [٤١٧]

---

[٤١٥] " موسوعة التحكيم في البلاد العربية – الجزء الأول " د/ عبد الحميد الأحدب ص ٧٢٧ . دار المعارف ١٩٩٨ .

[٤١٦] الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤ نقض مدني .

[٤١٧] المادة ١٤٦ من قانون المرافعات المصري . أنظر أيضا الطعن رقم ١٧٣٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣ نقض مدني .

المطلب الثاني

الوضع في ظل قانون التحكيم القائم

٣٣٩- بصدور قانون التحكيم القائم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تناول المشرع تنظيم هيئة التحكيم في الباب الثالث بدءاً من المادة ١٥ وحتى المادة ٢٤ تحت عنوان (هيئة التحكيم) [٤١٨] . ويُستنتج من نص المادة ١٥ أن المشرع قد أعلى مبدأ رضاء الأطراف، إذ جعل تشكيل هيئة التحكيم رهنا بإرادة الأطراف كأصل عام ، على أن يكون عدد المحكمين واحدا أو أكثر في حالة الاتفاق ، أما في حالة عدم اتفاقهم على العدد فيكون الأصل هو ثلاثة محكمين .[٤١٩] إلا أنه في جميع الأحوال يجب أن يكون عدد المحكمين وترا وإلا كان حكم التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه شرط متعلق بالنظام العام كونه متعلقا بالضمانات الأساسية للتقاضي [٤٢٠]، ومن ثم فإن حضور الطرفين أمام المحكمين أو إبدائهم للطلبات الموضوعية او الدفوع لا يمنعهم بعد ذلك من التمسك بالبطلان باعتبار أن الإجازة اللاحقة المنصوص عليها في المادة ٨ من قانون التحكيم لا تصحح هذا النوع من البطلان . ويثور التساؤل حول محل البطلان في هذه الحالة ، هل هو حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المشكلة بالمخالفة

---

[٤١٨] كان مشروع القانون يعنون هذا الباب تحت اسم " محكمة التحكيم " إلا أن عضواً من أعضاء مجلس الشعب آنذاك طلب تعديل المسمى ليصبح هيئة التحكيم حتى لا يتم الخلط بين محكمة التحكيم وبين محكمة الدولة .

[٤١٩] أثير جدل بين عدد من أعضاء البرلمان آنذاك عند إقرار القانون في مسألة عدم السماح لمحكم واحد أن ينفرد بالتحكيم بل يجب أن يكون عدد المحكمين ثلاثة على الأقل لضمان عدم الاستئثار بالعملية التحكيمية بأكملها ، إلا أن أستاذنا الدكتور محسن شفيق قد وضح وجهة نظره إذ رأى ضرورة ترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين ذلك " أن هناك من التحكيمات ما يحتاج إلى ثلاثة أو أربعة أو عشرة محكمين ، وهناك من التحكيمات ما لا يحتمل بسبب صغره ، إلا محكما واحدا ، فإذا فرضنا على الأطراف أن يعينوا ثلاثة محكمين ، فنحن نلزمهم بالتزامات مالية قد يعجزون عنها " . المصدر : مضبطة مجلس الشعب الصادرة عن إدارة التشريع بوزارة العدل ص ١٩٩. مشار إليها سابقا

[٤٢٠] الطعن رقم ٦١ لسنة ١١٥ قضائية أمام الدائرة ٦١ تحكيم تجاري جلسة ١٩٩٩/٤/٢١ ، والطعن رقم ٩٧ لسنة ١١٩ قضائية استئناف القاهرة بجلسة ٢٠٠٣/٧/٢٧ الدائرة ٩١ تجاري . والطعن رقم ٣٤ و٥٣ لسنة ١١٩ استئناف القاهرة د/ ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩ نقض مدني رقم ٣٦٠٨ لسنة ٥٨ قضائية بجلسة ١٩٩٨/١٢/٢١ .

للنظام العام ، أم هو اتفاق التحكيم ذاته ؟ يرى البعض أن المقصود بالبطلان هو حكم التحكيم الصادر من هيئة متفق عليها بالمخالفة لقاعدة الوترية [٤٢١] المنصوص عليها في المادة ١٥ من قانون التحكيم .

- إلا أننا نرى عكس ذلك ، فاتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم بالمخالفة لنص القانون يترتب عليه من وجهة نظرنا بطلان التحكيم ككل ، وهو ما يستتبع بطلان حكم التحكيم ، وليس بطلان هذا الأخير فقط ، وسندنا في ذلك هو نص المشرع نفسه في المادة ١٥ فقرة ٢ إذ نص على أنه " إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً ، وإلا كان التحكيم باطلاً " فإذا قصد المشرع بطلان حكم التحكيم فقط ، فكان أولى به أن ينص على أن البطلان مقصوراً على الحكم فقط ، وإنما أراد المشرع أن يضع قاعدة عامة مفادها أن عدم الإلتزام بوترية تشكيل هيئة التحكيم هو بطلان يمتد إلى التحكيم بأسره بما فيه الاتفاق والإجراءات والحكم . ويصحح هذا البطلان إما تعديل الاتفاق على التحكيم بالنص على وترية هيئة التحكيم ، أو إبرام اتفاق تحكيم جديد . إلا أننا سنرى لاحقا أنه يوجد من التشريعات ما يبيح للأطراف أن يشكلوا هيئة تحكيم مكونة من عدد زوجي من المحكمين . وفي جميع الأحوال فإنه يغلب على تشكيل هيئات التحكيم سواء أكان تحكيما حراً أم مؤسسياً، أن يتم تشكيل الهيئة من ثلاثة محكمين ، إلا أنه في بعض المنازعات ذات القيمة المنخفضة فإنه قد يتم تشكيل هيئة التحكيم مكونة من محكم واحد منفرد نظراً لارتفاع تكاليف التحكيم وأن قيمة الحق المتنازع فيه لا تتناسب مع تشكيل هيئة مكونة من أكثر من محكم واحد .

---

[٤٢١] " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " أ.د. مصطفى الجمال ، أ.د. عكاشة عبد العال ص٥٧٨ مشار إليه سابقا . أنظر أيضا "قانون التحكيم في مصر والدول العربية – معلقا عليه بأراء الفقهاء وأحكام القضاء " د/ محمد سليم العوا ، ص ٤٩٤ – الجزء الأول طبعة ٢٠١٤ ، المركز العربي للتحكيم .

الشروط الواجب توافرها في شخص المحكم

٣٤٠- نصت الفقرة الأولى من المادة ١٦ من قانون التحكيم على موانع تعيين المحكم بقولها أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف ، أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد اعتباره "، وهذا النص لا يختلف كثيراً عن النص القديم في مواد التحكيم الملغاة في قانون المرافعات ، إذ أضاف المشرع قيداً آخر وهو أن يكون الشخص حكم عليه في جنحة مخلة بالشرف . وأضاف المشرع فقرة ثانية تفيد عدم اشتراط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على اشتراط ذلك في اتفاق التحكيم ،أو إذا نص القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع على اشتراط شروط معينة في شخص المحكم .[٤٢٢] ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة تلك الشروط وإلا كان البطلان – وفقا لنص المادة ٥٣ فقرة هـ - هو مصير الحكم الذي يصدر من هيئة تحكيم مُشكلة بغير الطريق الذي رسمه القانون .

وانتقد البعض ما يؤدى إليه عموم مثل هذا الحكم من عدم جواز أن يكون المحكم قاصراً ، قولا بأن القاصر الذي بلغ سناً معينة يجوز الإذن له بإدارة أمواله أو بالإتجار فيها ، ويمكن أن يكون المحكم محامياً أو مهندساً أو طبيباً ذا خبرة تؤهله

---

[٤٢٢] كان القانون اليوناني للتحكيم يمنع عمل المرأة محكما ، وقد تغير هذا الحكم بعد سنة ١٩٧١. أنظر " التحكيم التجاري الدولي – دراسة في قانون التجارة الدولية " أ.د. محسن شفيق ص ٢٢٩ . مشار إليه سابقا .وكذلك القانون السعودي للتحكيم الذي منع المرأة أن تعمل محكما في التحكيم الداخلي فقط دون التحكيم الدولي ، إلا أنه في قانون التحكيم الجديد رقم ٣٤ الصادر في ١٤٣٣/٥/٢٤ في المادة الرابعة عشرة من الباب الثالث تحت عنوان هيئة التحكيم ، لم ينص على هذا الشرط . أنظر " المملكة العربية السعودية تتبنى قانونا جديدا للتحكيم " بواسطة د/ محمد عبد الرؤوف في الجزء المتعلق بالدوريات المتخصصة ، منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر – يونيو ٢٠١٢ ، ص ٢١٣ .

للفصل في النزاع [٤٢٣] كما أن المحروم من حقوقه المدنية والممنوع من القيام بالوظائف العامة من الممكن أن يكون محكماً على تقدير أن المحكم لا يقوم بوظيفة عامة على اعتبار أنه لا يباشر أمراً سياسياً [٤٢٤] .

٣٤١- ويُفهم من نص المادة ١٦ من القانون المصري للتحكيم أن المقصود بالمحكم هو ذلك الشخص الطبيعي وليس المعنوي أو الاعتباري، ذلك أن الصفات والشروط التي وردت في نص المادة ١٦ من قانون التحكيم لا يمكن أن تنصرف إلا إلى الشخص الطبيعي ، وبناء عليه لا نتفق مع ما ذهب إليه البعض [٤٢٥] من عدم وجود ما يمنع الأطراف أن يختاروا شخصا اعتباريا كمحكم وفقا للقانون المصري ، و أن معنى ذلك أن اختيار شخص اعتباري كمحكم يعني قيام الشخص الاعتباري المختار بتعيين شخص طبيعي يقوم بالتحكيم . فاختيار أطراف النزاع لهيئة التحكيم مقصود به اختيار أشخاص وليس اختيار لمراكز تحكيم أو غيرها ، ونرى أن الرأي السابق – مع كامل احترامنا وتقديرنا له – قد خلط بين اختيار شخص اعتباري كمحكم ، وبين اختيار ذات الشخص الاعتباري كجهة تعيين أعضاء هيئة التحكيم ، فالأول من وجهة نظرنا لا يجد تفسيره في نصوص مواد التحكيم وفقا للقانون المصري ، أما الثاني فيجد تفسيره في حرية الأطراف في اختيار الجهة المنوط بها اختيار هيئة التحكيم [٤٢٦].

---

[٤٢٣] " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والخاصة " أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال ص ٦٠٦ . سابق الإشارة إليه

[٤٢٤] " التحكيم الاختياري والإجباري " أ.د. أحمد أبو الوفا ص ١٥١ . سابق الإشارة إليه

[٤٢٥] " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " أ.د. فتحي والي ص ٢٣٤ . سابق الإشارة إليه

[٤٢٦] التحكيم التجاري الدولي – دراسة قانونية مقارنة " ا.د. محمود سمير الشرقاوي ص ٢٠٠ . سابق الإشارة إليه . " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. فوزي سامي ص ١٥٤ طبعة ١٩٩٢ دار الحكمة . أنظر أيضا " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. محمود مختار بريري ، ص٧٤ . سابق الإشارة إليه. أنظر أيضا الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة رقم ٧١ لسنة ١١٥ قضائية د/ ٩١ تحكيم تجاري بجلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٩ برئاسة المستشار برهان أمر الله ، إذ عّرف المحكم بأنه " الشخص الطبيعي الذي يتم اختياره وفقا لإرادة الأطراف أو حكم القانون ، ويشارك في نظر منازعة التحكيم والحكم فيها، بصوت معدود في المداولة والتوقيع على الحكم الذي يصدر بهذه الصفة "

جنس وجنسية المحكم

٣٤٢- لم يشترط المشرع المصري جنسا أو جنسية معينة في شخص المحكم ، أو انتماءه إلى ديانة أو عقيدة معينة[٤٢٨] . وعلى هذا الأساس فإن لفظ المحكم ينصرف إلى الرجل والمرأة ، وكذا للأطراف اختيار المحكم من جنسية أخرى غير جنسيتهم [٤٢٧] مالم ينص القانون على غير ذلك . و بالتالي فليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم غير متخصص أو لا خبرة له في موضوع النزاع أو جاهلا بالقانون ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية . ويجوز أن يكون المحكم جاهلا لغة الخصوم فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه ولو كانت مترجمة . وكذلك يمكن أن يكون المحكم أصماً أو أبكماً أو أعمى، لأن القانون لا يمنع ذلك [٤٢٨] كما أن القانون لم يشترط الملاءمة الجسدية للمحكم ، بمعنى أن المشرع لم يشترط أن يكون المحكم متمتعا باللياقة الجسدية التي تساعده على أداء المهمة التحكيمية ، وبالتالي فإنه من الممكن – قانونا - أن يكون المحكم ممن أصابه عجز جسدي ما دام أن الأطراف قد اتفقوا على ذلك[٤٢٩] ما دام أن ذلك العجز لن يؤدي إلى تعذر مباشرة المحكم لمهامه كذلك لم يشترط المشرع توافر مؤهل معين في المحكم وإنما ترك أمر ذلك للأطراف

---

[٤٢٨] " التحكيم وشرطه في الفقه الإسلامي " د/ محمد سليم العوا ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد السادس – أغسطس ٢٠٠٣ ص٨٥

[٤٢٧] كان التشريع الإيطالي يذهب إلى اشتراط كون المحكم إيطاليا ، إلا أن هذا الاتجاه تغير بعد تعديل قانون المرافعات الإيطالي والذي يضم مواد التحكيم من ٨٠٦ حتى ٨٤٠ الصادر في ٢ فبراير ٢٠٠٦ والذي دخل حيز النفاذ في ٢ مارس ٢٠٠٦ . إذ نص في المادة رقم ٨١٢ على كون المحكمين أن يكونوا إيطاليون أو من جنسيات أجنبية The arbitrators may be Italian or foreign nationals

[٤٢٨] "التحكيم التجاري الدولي " أ.د. أحمد أبو الوفا ص ١٤٤ . سابق الإشارة إليه .

[٤٢٩] عكس ذلك " التحكيم التجاري الدولي – دراسة في قانون التجارة الدولية " أ.د. محسن شفيق ص ٢٣٨ . سابق الإشارة إليه . إذ يري سيادته أن إصابة المحكم بعجز يترتب عليه إحداث فراغ في هيئة التحكيم وبالتالي أنهاء اتفاق التحكيم وإنهاء ما تم فيه من إجراءات .

عند تعيين المحكم ، ممن يرون أنه الأكفأ والأصلح للفصل في النزاع ، وبناء عليه فللأطراف أن يتفقوا على اختيار هيئة التحكيم ممن يحملون درجات علمية معينة أو ممن يتمتعون بالخبرة في موضوع النزاع – وهو ما يحدث عادة – إذ يرغب أطرف النزاع في اختيار من هو أقدر على فهم طبيعة النزاع وكيفية تسويته نتيجة لقدرته على استيعاب نقاط الخلاف .

عمل القاضي محكما

٣٤٣- قد تنص بعض القوانين على وضع قيود من شأنها منع أشخاص معينة من الاشتغال بالتحكيم ، ومثال ذلك القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ بشأن استقلال القضاء والذي كان يمنع القاضي أن يعمل محكماً على وجه الاطلاق ، إلا أنه بصدور القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٢ وما خلفه من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بعد تعديله بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأن تنظيم السلطة القضائية ، قضي في المادة ٦٣ بعدم جواز عمل القاضي محكما إلا بتوافر ظروف معينة [٤٣٠] أي أن القاعدة العامة هي عدم جواز أن يتولى القاضي مهمة التحكيم إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية وبشرط الحصول على موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، حتى وإن كان ذلك بدون أجر ، أو أن يندب القاضي للعمل محكماً عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة . وقد اختلف الرأي حول تفسير تلك المادة ، فالمشرع لم يضع جزاء نتيجة مخالفة تلك المادة، فالفرض هنا أن المشرع أجاز قبول القاضي لمهمة التحكيم في حالتين هما حالة موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، و حالة كون أحد أطراف النزاع من

---

[٤٣٠] تنص المادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية على " لا يجوز للقاضي، بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى، أن يكون محكما ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء إلا كان أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية . كما لا يجوز بغير موافقة المجلس المذكور ندب القاضي ليكون محكما عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كانت طرفا في نزاع يراد فضه بطريق التحكيم وفى هذه الحالة يتولى هذا المجلس وحده تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي "

أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة، وفي تلك الحالة الأخيرة لا يشترط الحصول على موافقة المجلس . وهناك رأي يرى أن جزاء مخالفة هذا النص هو بطلان تعيين القاضي محكماً وكذا بطلان الإجراءات والحكم [٤٣١] ويستند أصحاب هذا الرأي إلى عدة أسباب منها أنه من الخيّر أن يترفع القاضي عن قبول وإدارة العمل كمحكم أيا كانت الاعتبارات التي تبرر قبوله وذلك حتى يبعد نفسه عن الشبهات وحتى يصون مظهر الحيدة الذي يجب أن يتحلى به ، فضلاً عن أن اشتغال القضاة بالتحكيم قد يؤثر سلباً على العمل في المحاكم خاصة في الوقت الذي يشكو فيه الجميع من تكدس عدد القضايا ومن عدم قدرة القضاة نظرا لعدم تناسب عددهم مع الزيادة المرتفعة في عدد القضايا فيعوق الفصل في المنازعات في وقت معقول ، وأخيراً فإن صدور الحكم من القاضي وقت عمله كمحكم ، فإنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بأمر يصدر من قاض قد يكون في مرتبة أقل من مرتبة القاضي الذي أصدر الحكم .

وثمة رأي أخر يرى عكس ما ذهب إليه أنصار الرأي السابق ، إذ يرى أن [٤٣٢] المقصود بنص المادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية – وفقا لمفهوم المخالفة – أنه

---

[٤٣١] من هذا الرأي أ.د. احمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ١٤٨ ، وأ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٧٣ ، وأ.د. مصطفى الجمال وأ.د. عكاشة عبد العال ،المرجع السابق ص ٦٠٩. أنظر أيضا " المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنة " أ.د. سحر عبد الستار أمام يوسف ، دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ، ص ٦٠ . أنظر أيضا " طبيعة المهمة التحكيمية " أ.د. احمد محمد حشيش ، دار الفكر العربي ، طبعة ٢٠٠٠ ص ٣٤٥ . ويرى هذا الرأي الأخير أن عمل القاضي محكما يخالف بذلك المبادئ الدستورية ، ذلك أن المسألة في حقيقتها ليست مدى جواز تحكيم القضاة ، بل هو مدى جواز الجمع بين وظيفة القضاء وبين المهمة التحكيمية ، إذا كانت المهمة الأخيرة من مهام أعوان القضاء ، بل ومن المهام الإجرائية غير القضائية مما يكفي أن يقوم بها أي شخص طبيعي تتوافر فيه الثقة القانونية اللازمة لعمومية هذه المهمة ، وبهذا فإن المسألة أعمق بكثير من أن تكون مجرد مسألة إدارية أو أدبية ، إنما هي ترتبط مباشرة بمبادئ قانون المرافعات ، بل وترتبط بالمبادئ الدستورية الثابتة .

[٤٣٢] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ٢٠١ . انظر أيضا حكم صادر من محكمة استئناف القاهرة أمام الدائرة ٩١ تجاري في الدعوى رقم ٦٩ لسنة ١٢٠ قضائية جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٨ . أنظر " القاضي مُحكّما " تعليق للمستشار / برهان أمر الله على قضاء محكمة استئناف القاهرة (الدائرة ٦٣ تجاري) في القضية رقم١٢ لسنة ١٢٥ ق تحكيم ، بتاريخ ٢٠١٠/٤/٤ ، منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد السادس عشر – يونيو ٢٠١١ ص ١٥٩ .

يجوز للقاضي أن يتولى التحكيم بشرط موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية على ذلك ، فالمقصود من الحصول على ذلك الإذن هو التحقق من ملاءمة قيام القاضي بمهمة المحكم حسب الحالة المطلوب فيها الإذن . وبالتالي فإن الأصل عند أنصار هذا الرأي هو جواز عمل القاضي محكما بشرط الحصول على موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، أو عدم الحصول على ذلك الإذن في حالة كون أحد أطراف النزاع أحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة . بعكس أنصار الرأي الأول والذي يرون أن الأصل هو عدم جواز عمل القاضي محكما للاعتبارات السابق ذكرها ، واستثناءاً يجوز عمل القاضي محكماً في حالتين فقط هما :

أ- أن يكون أطراف النزاع من أقارب القاضي أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة .

ب- أن يكون أحد طرفي النزاع هي الدولة أو أحدي الهيئات العامة بشرط أن يكون القاضي محكما عن الدولة أو الهيئة العامة .

٣٤٤- وما بين هذين الرأيين ، فإننا نرى رجاحة الرأي القائل بجواز عمل القاضي محكما كأصل عام وذلك استناداً إلى عدة أسباب منها :

- لا يمكن حرمان القاضي أو أي شخص تنطبق عليه الشروط اللازمة لتولي مهام هذا المنصب وفقا للنصوص الدستورية المتعارف عليها في خصوص المساواة بين الأشخاص وعدم التفرقة بينهم ، فإذا أخذنا بالرأي القائل بأن الأصل هو عدم جواز عمل القاضي محكماً ، فإننا بذلك نعاقب القاضي كونه قاضيا وذلك بالتقييد على حريته في قبول التحكيم في القضايا التي يطلب منها ذلك .

و نظراً للعمل الفني الذي يقوم به القاضي ، فإنه في الكثير من الأحيان يكون ملما بالجوانب الفنية الخاصة بالأطر العامة التي تحكم التحكيم كالإجراءات وتنظيم مرافعة أطراف التحكيم وكيفية صياغة حكم التحكيم .

ولأهمية التحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي كوسيلة لتسوية المنازعات بين الأطراف ، فإنه من المهم تكوين الكوادر الوطنية التي تُسهم في العمل التحكيمي ، ويمكن لهؤلاء الاستفادة من وجود القضاة كمحكمين نظرا لطبيعة عمل القضاة وما

تستلزمه من حرفية ومهارة ، فإذا اعتبرنا أن الأصل هو عدم جواز تولي القضاة لمهام التحكيم ، فإن ذلك قد يؤدي إلى عزوف الكثير من الخبرات القضائية عن العمل بالتحكيم وهو ما قد يفوت الفرصة على تلك الكوادر .

٣٤٥- وبالتالي فإننا نرى أن جزاء مخالفة هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان حكم التحكيم [٤٣٣] وذلك لسببين :

الأول : أن المشرع في قانون السلطة القضائية لم يضع جزاءً نتيجة لمخافة النص السالف بيانه .

الثاني : أنه من بين أسباب بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في البند (هـ) إذا ما تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف ، ونرى أن المقصود هنا **على وجه مخالف للقانون** هو مخالفة قانون التحكيم ذاته [٤٣٤]

قبول المحكم مهمة التحكيم (شرط الكتابة)

٣٤٦- اشترطت الفقرة الثالثة من المادة ١٦ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الكتابة في قبول المحكم لمهامه التحكيمية ، إلا أنها لم تحدد شكل أو مفهوم الكتابة . فهل يشترط الكتابة الرسمية ، أم تكفي العرفية ؟ وهل يمكن الاعتماد على

---

[٤٣٣] عكس هذا الرأي أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ٢٠٣ ، وأ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٤٣ ، وأ.د. مصطفى الجمال وأ.د. عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ص٦١٠ .

[٤٣٤] حكم صادر من محكمة استئناف القاهرة أمام الدائرة ٩١ تجاري في الدعوى رقم ٦٩ لسنة ١٢٠ قضائية جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٨ ، إذ قضى بان " إن بيان موافقة جهة المحكم الموظف ليس من بيانات حكم التحكيم الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلانه طبقا أحكام قانون التحكيم ورقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، فعدم حصول المحكم على إذن من جهة عمله لا يُعد سببا لعدم صلاحيته لمباشرة التحكيم ، **كما لا يعتبر من أحوال بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في قانون التحكيم على سبيل الحصر** ، وأن أثر عدم حصول الموظف على إذن بالعمل كمحكم في نزاع معين مقصور على العلاقة بينه وبين جهة عمله " مشار إليه في مجلة التحكيم العربي في العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ ص١٦٧ .

المحررات الإلكترونية باعتبارها وسيلة للتعبير عن قبول المحكم للمهمة ، أم يجب أن تكون مكتوبة بشكل يدوي ؟ كذلك لم تبين بوضوح هل تُعد الكتابة شرط اثبات أم شرط صحة ؟ إذ أنه في حالة كون الكتابة شرط صحة فإن التحكيم بأكمله يكون معرضا للبطلان في حالة تخلفه .

- لم يتطرق المشرع إلى تلك المسألة ، وإنما ترك أمرها لاجتهادات الفقه وأحكام القضاء ، لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية [٤٣٥] بأن الكتابة شرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطا لانعقاد مشارطة التحكيم . وبناءاً عليه فإن عدم تحرير المحكم لوثيقة قبوله مباشرة مهمة التحكيم لا يترتب عليه بطلان تعيينه محكماً ، و بالتالي فإنه يمكن إثبات قبوله بأي وسيلة من وسائل الإثبات كشهادة الشهود أو حلف اليمين . وكما يكون قبول المحكم للمهمة قبولا صريحا عن طريق الإفصاح عن قبوله للمهمة كتابة ، فإنه من الممكن أن يكون هذا القبول ضمنيا ، وذلك بأن يحضر المحكم جلسات التحكيم ويبدأ في مباشرة مهامه . كذلك فإن فقهاء التحكيم قد تبنوا موقف قضاء النقض في اعتبار شرط الكتابة شرط إثبات وليس شرط صحة [٤٣٦] وبناءاً عليه فلا يترتب على إغفال هذا الشرط بطلان حكم التحكيم [٤٣٧] وهكذا يتبين أن شرط الكتابة الذي وضعه المشرع لم يكن يراد به وضعه في قالب شكلي معين ، ولما كانت الكتابة العرفية تكفي لإثبات قبول المحكم لمهامه ، فمن باب أولى ، فإن الكتابة الرسمية تصح في هذا المقام ، وكذلك يمكن اثبات هذا القبول عن طريق التعبير عنه من خلال المحررات الإلكترونية مادام يمكن الرجوع إليها ونسبتها إلى محررها .

٣٤٧- وللشخص الذي تم اختياره محكما ، الحق في قبول مهمة التحكيم أو رفضها ، ففي حالة القبول فإنه يلتزم بأداء المأمورية المعهودة إليه على أكمل وجه ممكن ، ومعنى

---

(٤٣٥) نقض مدني رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني السنة الرابعة والعشرون – العدد الأول ص٣٢١ .

(٤٣٦) أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ٢٠٥ . أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص٢٢٦ .

(٤٣٧) " التحكيم الاختياري والإجباري " أ.د. احمد أبو الوفا ، ص ١٦٣ . المرجع السابق

ذلك قيام عقد بين أطراف التحكيم والمحكم – في حالة التحكيم الحر – أو بين منظمة أو مركز التحكيم وبين المحكم – في حالة التحكيم المؤسسي – وينتهي هذا العقد إما بإنجاز المهمة وصدور حكم التحكيم ، وإما بانقضائه بدون إنجاز المهمة لعدة أسباب إذ أن هذا العقد من العقود التي يمكن إنهاؤها من جانب واحد ، مثله في ذلك مثل عقد الوكالة ، فإذا اتفق طرفا النزاع على عزل المحكم ، إنقضى هذا العقد بإرادة أحد طرفيه ، متمثلا في طرفي النزاع . وللمحكم بحسب الأصل أن يتنحى عن أداء المهمة المعهودة إليه فينتهي العقد بهذا التنحي ، إذا كان هذا التنحي لسبب مشروع ومقبول ، كذلك ينقضي عقد التحكيم برد المحكم أو بوفاته أو بقيام أسباب تحول دون قيامه بمهمته كالمرض أو الإصابة بعجز [٤٣٨].

٣٤٨- أما في حالة رفض الشخص المختار [٤٣٩]مباشرة مهمة التحكيم ، فإن هذا الرفض ليس له أثر على اتفاق التحكيم ، إذ يمكن للأطراف أن يقوموا باختيار شخص آخر ليتولى مهمة التحكيم .

علاقة المحكم بأطراف النزاع

٣٤٩- يرى البعض تكييف العلاقة بين أطراف التحكيم بأنها علاقة تعاقدية [٤٤٠] شأنها شأن باقي العقود يترتب عليها آثار تلزم كل من المحكم وأطراف النزاع، بحيث يكون للمحكم حقوق ويتحمل بالتزامات قبل أطراف النزاع . إلا أن هذا الرأي قد فاته أن المحكم لا يتم تعيينه دائماً من قبل أطراف النزاع ، فقد تقوم محكمة الدولة بتعيينه في حالة عدم الاتفاق على شخص المحكم بين أطراف النزاع ، أو في حالة امتناع أحد الأطراف عن تعيين مُحكّمه ، هذا بالإضافة إلى أن تحديد شكل التعاقد سواء أكان

---

[٤٣٨] " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. فوزي سامي ، ص ٢٤٥ . سابق الإشارة إليه . أنظر أيضا أ.د. عكاشة عبد العال وأ.د. مصطفي الجمال ، المرجع السابق ص ٥٩٦ .

[٤٣٩] آثرنا استخدام لفظ " الشخص المختار " بدلا عن "المحكم " في هذه الجزئية ، إذ أن الشخص المختار من قبل الأطراف لا يكتسب وصف محكم إلا بعد قبوله مهمة التحكيم ، أما قبل هذا القبول فإننا نرى عدم انطباق هذا المسمى على ذلك الشخص .

[٤٤٠] أ.د. عكاشة عبد العال و أ.د. مصطفي الجمال ، المرجع السابق ص ٥٩٦ . أ.د. فوزي سامي ، المرجع السابق ص ٢٣٥ .

عقد عمل أم مقاولة أو وكالة لا ينطبق على العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع . ذلك أن عقد العمل [٤٤١] يتميز بخاصيتين أساسيتين هما التبعية والأجر [٤٤٢] ولا يمكن القول بأن المحكم يتبع أحد أطراف العقد إذ أنه من المفترض أن يحكم بينهما ، فكيف يتأتى أن يتبع أحد أطراف النزاع أو كلاهما ؟

- كذلك لا يمكن وصف العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع بأنها عقد مقاولة [٤٤٣] إذ أن المقاولة تفترض قيام شخص ما بأداء عمل مادي لمصلحة شخص آخر لقاء أجر وأن يلتزم المقاول بتعليمات صاحب العمل ، و لا يمكن وصف عمل المحكم بأنه أداء عمل مادي لمصلحة أحد أطراف النزاع ، إذ أن عمل المحكم هو عمل قانوني و يفصل في نزاع قائم بين أطراف متنازعة وليس أداء عمل لمصلحة أحد .
- وأخيرا تكييف العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع بأنها عقد وكالة [٤٤٤] فهو غير صحيح ، إذ أن الوكالة تفترض دائما قيام الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل ، فعلى الرغم من أن المحكم يقوم بعمل قانوني ، إلا أنه لا يقوم به لحساب أحد أطراف النزاع ، وإنما يحكم طبقا لما يطلع عليه من مستندات ووقائع .

٣٥٠- أما الرأي الراجح فإنه يرى أن العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع هي علاقة ذات طابع خاص [٤٤٥] وذلك استنادا إلى عدة أسباب :

- أن المحكم قد يعين دون اتفاق أطراف النزاع إما عن طريق القضاء أو مراكز التحكيم ، وبالتالي فيكف يتصور وجود تعاقد بينهم .

---

[٤٤١] تنص المادة ٦٧٤ من التقنين المدني المصري على أن " عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "

[٤٤٢] نقض مدني رقم ١٨٤٢ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ١٩٨٤/٦/١١ .

[٤٤٣] تنص المادة ٦٤٦ من التقنين المدني المصري على أن " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "

[٤٤٤] تنص المادة ٦٩٩ من التقنين المدني المصري على أن " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل "

[٤٤٥] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ٥٩٧ . أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٧٩ ، د/ عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ص ٢٥٠ .

- أن قبول المحكم للتعيين ليس من شأنه أن يضعه في مركز تعاقدي مع أطراف النزاع ذلك أن المحكم بعد تعيينه وقبوله هذا التعيين ، يستمد سلطته كقاض خاص ، من أحكام القانون ، سواء فيما يتعلق بعلاقته بأطراف النزاع أو بالإجراءات التي يجب أن يتبعها حتى يصدر حكمه الذي يلزم الطرفين كما يلزم سلطات الدولة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه .
- لا تتدخل إرادة أطراف النزاع في شأن الاجراءات التي يتخذها المحكم بعد تعيينه ، وإنما يبدأ دور القانون في فرض أحكامه عليه ، إذ يفرض القانون إلتزامات معينة على المحكم متى أخل بها فإن مسئوليته تنعقد قبل أطراف النزاع وهي مسئولية أساسها القانون .

٣٥١- وبناءً عليه فإننا نرجح الرأي الثاني في تبنيه للطبيعة الخاصة للعلاقة بين المحكم وأطراف النزاع ، إذ أن طبيعة عمل المحكم لا تقبل وصفها بأنها عقد من العقود السالف ذكرها ، فعمل المحكم - كما ذكر أستاذنا الدكتور محسن شفيق في مؤلفه سالف الذكر - هو عمل قضائي بمجرد قبوله للمهمة ، فالتحكيم أوله اتفاق التحكيم ، ووسطه إجراءات التحكيم بما يشمله من تقديم المرافعة والدفاع والدفوع وغيرها ، وآخره قضاء في شكل حكم التحكيم ، وبالتالي فإن تكييف مراحل التحكيم تكييفا واحدا لا يستقيم وطبيعة التحكيم .

أتعاب المحكم

٣٥٢- لم يقم المشرع بتنظيم العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع كما أسلفنا ، وبالتالي فإن تحديد أتعاب المحكم هو أمر يجب الاتفاق عليه بين كل من المحكم وأطراف النزاع .

ونلاحظ أن تحديد الأتعاب في التحكيم المؤسسي تتضمنها قواعد مركز التحكيم الذي يدير التحكيم ، ويكون تحديد تلك الاتعاب عبارة عن جداول تصنف قيمة كل نزاع ونسبة أتعاب هيئة التحكيم ، بحيث يتولى المركز عملية تحصيل تلك الأتعاب

وسدادها لهيئة التحكيم أثناء وبعد الانتهاء من المهمة التحكيمية . أما في التحكيم الحر والذي لا يخضع لقواعد وإجراءات محددة سلفا ، فإن تقدير أتعاب هيئة التحكيم هو شأن خاص بالهيئة و أطراف النزاع معا ، ولذلك فإن الأصل أن يتم الاتفاق عليها قبل بدء التحكيم ، و في الكثير من الأحيان يتوقف تحديد المسئول عن سداد تلك الأتعاب على تحديد الطرف خاسر الدعوى ، فإذا حُكم برفض جميع طلبات المحتكم ولم يطلب المحتكم ضده أية طلبات ، فإنه في هذه الحالة قد تحكم هيئة التحكيم على المحتكم بمصاريف التحكيم وأتعاب هيئة التحكيم . إلا أنه في الكثير من الأحيان تقضي هيئة التحكيم بسداد أتعابها مناصفة بين أطراف النزاع بعد صدور حكم التحكيم . وقد تُضمن هيئة التحكيم في حكمها نسبة الأتعاب التي يلتزم بها كل من أطراف النزاع بحيث يعتبر هذا التحديد بمثابة ضمان لهيئة التحكيم في تحصيل تلك الأتعاب ، إذا ما حاول أحد أطراف النزاع أو كلاهما رفض سداد تلك الأتعاب [٤٤٦] .

٣٥٣- وتختلف أتعاب هيئة التحكيم عن مصاريف التحكيم ، فأتعاب هيئة التحكيم هي مقابل ما تقوم به الهيئة من عمل فني ، أما مصاريف التحكيم فيقصد بها ما يستلزمه التحكيم من مصروفات إدارية لازمة لإتمام انعقاد جلسات التحكيم وتنظيم عمل الهيئة. وتختلف مصروفات التحكيم بين كل من التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر . فالتحكيم المؤسسي يختص كل مركز بتقدير مصروفاته بحيث يحدد كل مركز من مراكز التحكيم في قواعده الصادرة عنه مقدار المبالغ اللازمة لتسجيل طلبات التحكيم وكذا المصروفات الخاصة بتجهيز أماكن انعقاد جلسات التحكيم وكذلك الموظفين الإداريين المعاونين لهيئة التحكيم كأمين سر الهيئة أو الخبراء وفي حالة التنقلات اللازمة لعمل الهيئة خاصة ، إذا كان موضوع النزاع من طبيعة تستلزم انتقال هيئة التحكيم إلى أماكن معينة . أما في التحكيم الحر ، فإن مصروفات التحكيم قد يُتفق

---

[٤٤٦] وهو فرض من الصعب تحققه ، إذ تسعى هيئة التحكيم نحو الحصول على أتعابها قبل صدور حكم التحكيم مباشرة . وفي بعض الأحيان قد تقوم هيئة التحكيم بتعديل قيمة المبلغ التي حددتها كأتعاب التحكيم إذا ما قدرت أن قيمة النزاع أكثر أو أقل مما هو ثابت في الأوراق المقدمة من أحد طرفي النزاع . وفي المقابل قد تقوم هيئة التحكيم بتخفيض قيمة أتعابها إذا ما قدم إليها طلب بذلك ورأت معه عدم قدرة أطراف النزاع على سداد أنصبتهم .

عليها كمبلغ مستقل عن أتعاب هيئة التحكيم ، أو أن تقوم هيئة التحكيم بتقدير أتعابها متضمنة مصروفات التحكيم ، وتقدير تلك المصروفات يختلف من تحكيم لآخر نتيجة لطبيعة موضوع النزاع .

٣٥٤- ونلاحظ أنه لا يمكن الرجوع على هيئة التحكيم بطلب رد مبلغ الأتعاب كأصل عام ، ذلك أن مهمة المحكم هي الفصل في النزاع وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف ، وعلى الرغم من إمكانية القضاء ببطلان حكم التحكيم ، إلا أن ذلك لا يعني الرجوع على المحكم لرد مبلغ الأتعاب [٤٤٧] .

حصانة المحكم

٣٥٥- قد يتعرض المحكم أثناء مباشرة عمله لارتكاب جريمة فيحاسب عنها ولا يخضع المحكم لقواعد مخاصمة القضاة ، إذ لا يتمتع المحكم بحصانة كتلك التي يتمتع بها القاضي [٤٤٨]، فعلى الرغم من أن المحكم يقوم بعمل قضائي شأنه شأن القاضي ، إلا أن المحكم لا يتمتع بأي حصانة ، اللهم إلا الحصانة التي يتمتع بها أثناء تأدية عمله والخاصة بالأخطاء غير العمدية ، أما الأخطاء العمدية سواء في الإجراءات أو في الحكم ، فإنه لا يتمتع بحصانة في مواجهة تلك الأخطاء ، وبالتالي يمكن للمضرور من تلك الأخطاء أن يلجأ للقضاء بطلب التعويض لجبر الضرر الواقع عليه . ولا يعني القضاء ببطلان حكم التحكيم ، أن يسأل المحكم الذي أصدر

---

[٤٤٧] قضت محكمة استئناف القاهرة برد مبلغ الأتعاب التي استلمها المحكم بسبب الحكم ببطلان الحكم التحكيمي الصادر من ذلك المحكم ، إلا أن محكمة النقض قد قضت بنقض ذلك الحكم . نقض مدني رقم ٨٢٨١ لسنة ٧٦ قضائية بجلسة ٢٠٠٨/٢/٧ . مشار إليه في مؤلف أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ٢٥٥ . وقضت المحكمة العليا بالسويد بأن المحاكم الوطنية يمكنها مراجعة أتعاب المحكمين حتى في إطار التحكيم المؤسسي (Global Arbitration Review – Vol. 3, April 2009) مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني عشر – يوليو ٢٠٠٩ ص ١١٦

[٤٤٨] " شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي " المستشار الدكتور / عبد الفتاح مراد ، ص ١٠٥ . بدون تاريخ . وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في الطعن رقم ٣٢ لسنة ١٢٨ ق أمام الدائرة السابعة تجاري بجلسة ٢٠١٢/٦/٦ بأن اختصام مركز التحكيم وأعضاء هيئة التحكيم في طعن على حكم تحكيم صدر بالمركز ، يكون غير مقبول . مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر – يونيو ٢٠١٢ ، ص ٢٢٤ .

ذلك الحكم ، إلا إذا أمكن إثبات أن القضاء ببطلان حكم التحكيم هو نتيجة مباشرة لخطأ عمدي من المحكم ، فقد يقضى ببطلان حكم التحكيم ولا يسئل المحكم . و يلزم للقضاء بمسئولية المحكم ، توافر أركان المسئولية التقصيرية من خطأ أرتكبه المحكم وضرر وقع على أحد طرفي النزاع وعلاقة السببية بين ذلك الخطأ والضرر . وخطأ المحكم ليس محصورا في حالات محددة ، [٤٤٩] ومن أمثلتها عدم قيام المحكم بمهمته بعد قبولها مالم يوجد سبب مقنع ومشروع ، أو تجاوز الميعاد المحدد للتحكيم ، أو إذا كان لم يفصح عمداً عن ظروف من شأنها المساس بحيدته واستقلاله . والقول بغير ذلك يهدم نظام التحكيم ، إذ يعرض المحكم للمسئولية عن أي خطأ ، سبّب لأي من الطرفين ضرر ، وهو ما يتنافى مع السلطة التقديرية الممنوحة للمحكم باعتباره يباشر مهمة قضائية تقتضي سلطة تقدير كبيرة في تحديده للوقائع وفي تكييفها وفي تطبيق القانون الواجب التطبيق عليها .

٣٥٦- ويثور التساؤل في خصوص أتعاب المحكم إذا ما قُضي برد المحكم أو قضت هيئة التحكيم بعدم اختصاصها في نظر موضوع النزاع ، فهل تلتزم هيئة التحكيم برد الأتعاب أو المبالغ التي تسلمتها من أطراف النزاع ؟

يرى رأي أنه إذا انتهت خصومة التحكيم بحكم غير منه للنزاع ، كالحكم بعدم اختصاصها ، أو لأي سبب ، فإن هذا لا يؤثر على استحقاق المحكمين لأتعابهم ، ولا يكون للأطراف مطالبة المحكمين برد ما قبضوه من أتعاب [٤٥٠] إلا أننا لا نتفق تماما مع هذا الرأي ، ذلك أن التزام المحكم هو الفصل في النزاع بحكم ، فإذا اخفق المحكم في الوفاء بالتزامه كأن يُقضى برد المحكم أو بإنهاء اجراءات التحكيم بأمر من المحكمة ، فلا نرى أساساً قانونياً يبرر استحقاق المحكم أتعابه . أما في حالة الحكم بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر موضوع النزاع ، فيذهب رأي من

---

[٤٤٩] أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٨٤ .

[٤٥٠] أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٩١ .

الفقه [٤٥١] إلى أن المحكم يستحق أتعابه بمجرد صدور الحكم وبتوقيعه من المحكم وتسليمه إلى المنظمة التحكيمية أو تسليمه إلى الأطراف المتنازعة ، وتفسيرنا لذلك بأن هذا الرأي يرى أن المحكم يستحق أتعابه بمجرد صدور حكم التحكيم أيا كان مضمون الحكم ، حتى وإن قضى الحكم بعدم اختصاص هيئة التحكيم في نظر موضوع النزاع فإن هذا يعد حكماً ، وإن كان غير مُنه للخصومة ، إلا أنه صدر عن هيئة تحكيم مُشكّلة للفصل في نزاع قائم .

على أننا نرى ، أنه من الأجدر أن يقوم المحكم برد مبلغ الأتعاب إلى أطراف النزاع إذا ما قُضي برده بسبب يتعلق بحيدته أو استقلاله **قبل صدور حكم التحكيم** ، ذلك أنه نظرا لأن القانون لا ينظم تلك المسألة ، فإنها ترجع إلى كل محكم وقناعته الشخصية ، فلا يمكن إجبار المحكم على رد المبالغ التي تسلمها نظير مباشرة مهمة التحكيم . أما أذا لم يتسلم المحكم كامل مبلغ الأتعاب وقُضي برده أو بإنهاء إجراءات التحكيم من قبل المحكمة ، فإننا نرى عدم جدوى قيام أطراف النزاع بسداد باقي الأتعاب نظراً لعدم قيام المحكم بالوفاء بالتزامه وهو إصدار حكم نهائي في موضوع النزاع .

حيدة واستقلال المحكم

٣٥٧- من أهم مميزات التحكيم هي قدرة أطراف النزاع في اختيار محكميهم ، ذلك أن أطراف النزاع يلجأون إلى أشخاص ذوي كفاءة و خبرة ، وأيضا ممن يتمتعون بالحيدة والاستقلال .

٣٥٨- وليس من السهولة إعطاء تعريف دقيق لكل من الحيدة أو الاستقلال ، وإذا كان استقلال المحكم كواقع ظاهر يمكن تقديره بمعيار موضوعي ، فإن الحياد والنزاهة هما حالة ذهنية ونفسية لهما طابع ذاتي . ولأن إثبات الحياد والنزاهة أمر صعب ،

---

[٤٥١] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

وإثبات عكسها أمر سهل للغاية ، ذلك لأن خروج المحكم عن الحياد والنزاهة لا يظهر مسلكه إلا في حالات استثنائية [٤٥٢] وقد اشترطت الفقرة الثالثة من المادة ١٦ من قانون التحكيم أن يفصح المحكم عند قبوله القيام بمهام التحكيم ، عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته . إلا أن القانون لم يبين كيفية أو شكل هذا الإفصاح ، فهل يكفي مجرد الإفصاح الشفوي أم يلزم أن يكون كتابيا ، وفي حالة إفصاح المحكم عن تلك الظروف في وقت متأخر عن البدء في اجراءات التحكيم ، فهل من أثر على ما أُتخذ من إجراءات ؟

درج العمل على أن يقوم المحكم بالإفصاح عن أية أمور قد يرى أنها من الممكن أن تؤثر على حيدته أو على استقلاله عن أي من أطراف النزاع ، فالمحكم يلتزم بأن يُعلم مركز التحكيم – في حالات التحكيم المؤسسي – أو الأطراف – في حالات التحكيم الحر - كتابة بكل الظروف والوقائع التي يكون من طبيعتها التأثير على استقلاله أو حياده أو أن تخلف شكوكا لها ما يبررها في نظر الأطراف ، كذلك يلتزم بأن يقوم بإعلام الأطراف بأي ظرف يطرأ بعد تعيينه ويكون من شأنها خلق شكوك لها ما يبررها لدى الأطراف ، إذ أن لكل من الاستقلال والحيدة مفهوماً خاصاً . فالاستقلال يعني [٤٥٣] أن القاضي أو المحكم لا تربطه علاقة تبعية بأحد أطراف

---

[٤٥٢] " موسوعة التحكيم الدولي " د/ عبد الحميد الأحدب، الجزء الثاني ص٢١٧ وما بعدها . سابق الإشارة إليه . قد تثور مسألة عمل المحكم في مكتب من مكاتب المحاماة التي تتخذ عدداً من الدول فروعاً لها ، فتلك المكاتب يعمل بها مئات وقد تصل في بعض الأحيان إلى ألاف المحامين ، وهؤلاء قد لا يعرفون بعضهم بعضاً نظراً لبعد المسافات بينهم و عدم وجود ما يربطهم سوى عملهم في ذات المنظومة ، ففي بعض الأحيان قد يعمل المحكم محامياً أو مستشاراً في أحد تلك المكاتب ، وفي المقابل قد يعمل أحد أطراف الدعوى أو محاميه في موضوع ما يكون المحكم فيه خصما ، فقد تثور مسألة شبهة عدم الحيدة بسبب وجود مثل تلك العلاقة على الرغم من عدم وجود صلة مباشرة بين المحكم والطرف الآخر .

[٤٥٣] " حيدة واستقلال المحكمين " أ.د. يحيى عبد العزيز الجمل ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الرابع أغسطس ٢٠٠١ ص ١٥ وما بعدها . أنظر أيضا " المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية " م. محمد ماجد عباس خلوصي ، م. نبيل محمد عباس ، الطبعة الأولى ١٩٩٥ ص ٥٧ . أنظر أيضا " واجبات المحكم القانونية والأخلاقية " أ.د. احمد السعيد شرف الدين ، بحث منشور ضمن فعاليات ندوة بعنوان (عقود المشاركة والتحكيم في منازعاتها) تحت إشراف المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، والمنعقدة في المنامة بالبحرين=

الخصومة كذلك فإن إرادته لا تتأثر ولا تخضع لإرادة أحد غيره . والاستقلال يعني أيضا أن رأي المحكم نابع من ضميره ومن فكره هو وغير موحي به من أي أحد سواه . ويتنافى مع استقلال المحكم أن تكون له مصالح مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أي من طرفي النزاع . كما يتنافى مع الاستقلال أيضاً أن يكون المحكم منتظراً من أحد أطراف النزاع ترقية أو أن يكون خاضعاً لتأثيره أو توجيهه أو تحت تأثير وعد أو وعيد من قبله .

والاستقلال غالبا ما يقوم على مظاهر خارجية يمكن إثبات وجوده أو عدم وجوده بالرجوع إلى تلك المظاهر – كأن يكون المحكم موظفاً عند أحد طرفي النزاع أو أن يكون قريباً أو تابعا له – كل هذه المظاهر يمكن إثباتها بسهولة .

أما الحيدة فهي اتجاه نفسي وذهني قبل أن تكون مظهراً خارجياً [٤٥٤] . ومن المظاهر التي قد يتراءى أنها من الممكن أن تؤثر على الحياد ، جنسية المحكم أو عقيدته أو اتجاهاته السياسية . فقد يميل المحكم إلى أحد طرفي النزاع نظرا لأنهما ينتمون إلى ذات العقيدة ، أو أنهما من مواطني ذات الدولة ويحملون جنسيتها ، أو أنهما ينتهجان فكرا أو مذهباً معيناً .

٣٥٩- على الرغم من أهمية الحياد والاستقلال في شخص المحكم ، إلا أنهما غير مرتبطين بعضهم البعض ، فالمحكم من الممكن أن يكون محايدا بحيث لا يكون من جنسية أو من دين أي طرف ولا يكون مستقلا ، وبالعكس يمكن للمحكم أن لا يكون محايدا لأنه من جنسية أو ثقافة أو حضارة أحد الطرفين وأن يكون قادرا مع ذلك على إعطاء رأي وموقف مستقل في صميم النزاع .

= إبريل ٢٠٠٨ . أنظر أيضا "Peaceful Settlement of Commercial Dispute" By Dr. M.I.M. Abdul-Enein , Page143

[٤٥٤] أ.د. يحيى الجمل ، المرجع السابق ص ١٦ . أنظر أيضا " تأثر حيدة المحكم بتعيينه في نزاع آخر متعلق بذات النزاع " تعليق أ.د. نادر محمد إبراهيم ، على حكم محكمة القاهرة الاقتصادية – الدائرة السادسة استئناف في الدعوى رقم ٨٩ لسنة ٢ ق اقتصادية ، بجلسة ٢٠١١/٤/١٢ (مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد السادس عشر – يونيو ٢٠١١ ص ١٦٦)

٣٦٠- يختار أطراف النزاع محكميهم وفقا لمعايير يرونها كل على حدة متفقة مع المعايير المناسبة لهم . أما في حالة قيام محكمة الدولة بتعيين المحكم ، فهل يلتزم بذات الإلتزام بالإفصاح عن الظروف التي من شأنها إثارة الشكوك حول حيدته واستقلاله ؟

نرى أن هذا الإلتزام مفروض على المحكم أيا كانت طريقة تعيينه ، سواء أكان عن طريق الأطراف ، أم عن طريق المحكمة . فإذا قام المحكم بواجب الإفصاح وأبدى أطراف التحكيم موافقتهم على المحكم ، فإن تعيينه يسري . أما إذا اعترض أحد الأطراف ، فإن للمحكم أن يتنحى ، وهو ما يحدث عادة في العمل [٤٥٥] أو أن يستمر في التحكيم رغم الاعتراض ، ويكون للطرف المعترض طلب رد المحكم[٤٥٦] .

٣٦١- وقد حرصت العديد من مراكز التحكيم على تنظيم العلاقة بين هيئة التحكيم وأطراف النزاع خاصة في ظل الفراغ الذي يكتنف بعض التشريعات – ومنها التشريع المصري – من تنظيم لتلك المسألة ، إذ صدرت العديد من الوثائق واللوائح التي تؤكد على المعايير التي يجب أن يتحلى بها المحكم وبيان المحظورات التي يجب تجنبها حتى يتمكن من أداء مهام التحكيم بشكل يصب في صالح تسوية النزاع [٤٥٧] .

---

[٤٥٥] أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٢٩ .

[٤٥٦] أنظر لاحقا في أسباب رد المحكم .

[٤٥٧] على سبيل المثال ، أصدر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قواعد سلوك المحكمين (Code of Ethics) وهي عبارة عن مجموعة من القواعد تختص ببيان كيفية قيام المحكمين بالإفصاح عن أية ظروف قد تؤثر على عملهم في النزاع المعروض أمامهم ، وعددها ٨ قواعد تتلخص في إفصاح المحكم عن قدرته في القيام بالمهمة وتوفير الوقت وبذل الجهد اللازمان لإنجاز مهمة التحكيم . إفصاح المحكم عن أية ظروف قد تثير الشكوك كوجود علاقات عمل أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر ، أو وجود علاقات عائلية مع أي من أطراف النزاع أو مع أحد أعضاء هيئة التحكيم ، أو أن يكون للمحكم خلفية مسبقة عن موضوع النزاع . ألا يعمل المحكم مستشاراً أو محامياً لأي من طرفي النزاع أثناء نظر النزاع . كما يقوم المحكم بإدراج سيرته الذاتية لدى المركز – مالم تكن موجودة أصلا –يذكر فيها مؤهلاته وخبراته السابقة وقبوله القيام بالمهمة . وعلى المحكم تجنب الاتصالات أو اللقاءات أحادية الجانب مع أي من طرفي النزاع وفي حالة القيام بذلك فيلتزم المحكم بإبلاغ الطرف الثاني بذلك الإتصال أو اللقاء . كما يلتزم المحكم بعدم قبول الهدايا أو المزايا=

٣٦٢- الأصل في الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم أن يتم برضاء واتفاق طرفي النزاع إلا أنه في بعض الحالات قد يلجأ أحد طرفي النزاع إلى محاولة عرقلة عملية التحكيم

=التي قد يقدمها أي من طرفي النزاع أثناء نظر موضوع النزاع حتى صدور الحكم . وأخيرا يلتزم المحكم بعدم الإفصاح أو استعمال المعلومات التي تحصل عليها بسبب نظره موضوع النزاع من أجل تحقيق مصالح شخصية .

كذلك أصدر الاتحاد الدولي للمحامين (International Bar Association IBA) مجموعة من القواعد الاسترشادية في ٢٠٠٤/٥/٢٢ تنظم مسألة قبول المحكم لمهام التحكيم إذ وضع مجموعة من القوائم تنقسم إلى ثلاث قوائم ، أولهم هي القائمة الحمراء وهي تتضمن مجموعة من الافتراضات بحيث إذا توافر أحداها فلا يجب على المحكم قبول مهمة التحكيم وأوردت تلك القائمة عدد من تلك الافتراضات نذكر منها على سبيل المثال كون المحكم يعمل مباشرة في ذات المؤسسة التي يعمل بها أي من طرفي النزاع أو وجود علاقات مالية مباشرة أو كون المكتب الذي يعمل به المحكم لدية علاقات مباشرة مع أي من طرفي النزاع . أما القائمة الثانية فتسمى القائمة البرتقالية وهي تضع افتراضات في حال توافرها فإنه من الأفضل على المحكم عدم القبول ، وهي تتضمن عددا من الافتراضات من المستحسن على المحكم إلا يقبل نظر موضوع النزاع منها على سبيل المثال أن يكون المحكم أو المكتب الذي يعمل به خلال ٣ سنوات سابقة قام بكتابة رأي قانوني لأي من أطراف النزاع في موضوع لا يتعلق بذات موضوع النزاع ، أو أن تكون هناك علاقات عمل أو علاقات اجتماعية أو عائلية بين أعضاء الهيئة بعضهم البعض . أما القائمة الأخيرة فهي القائمة الخضراء ، وهي تضع افتراضات في حال توافرها فلا أثر لتوافر أحدها على قبول المحكم لمباشرة مهمة التحكيم فعلى سبيل المثال قيام المحكم بنشر رأي قانوني أثار نقاط معينة في موضوع النزاع أو كون المكتب الذي يعمل فيه المحكم مُمثلا لخصم في دعوي سابقة ضد أحد طرفي النزاع أو كون أحد أعضاء هيئة التحكيم وأحد محامي أو مستشاري أحد الخصوم أعضاء في منظمة ما كنقابة أو مؤسسة قانونية تختص بالبحث القانوني.

وجدير بالذكر أن محكمة التحكيم الدائمة (وهي منظمة حكومية دولية أُنشئت منذ ١٩٠٧ بموجب اتفاقية دولية لتسوية المنازعات بين الدول بالوسائل السلمية ، أُبرمت في ١٨٩٩ وتضم في عضويتها حتى الأن ١١٥ دولة من بينهم مصر والتي انضمت لها في ١٩٦٨/١١/٤) ، والتي تتخذ هولندا مقرا لها ، قد أصدرت قواعد التحكيم لتسوية المنازعات في ٢٠١٢/١٢/١٧ واهتمت في المواد من ١١ وحتى ١٣ بحياد واستقلال المحكم ، وفي سبيل ذلك يتم عمل لقاء مع المرشح كمحكم من قبل أطراف النزاع أو محاميهم حتى يتمكنوا من معرفة مؤهلاته وخبراته وميوله ، وما إذا كان قد سبق له إبداء الرأي في نزاع مماثل وغيرها من الاستفسارات التي يطرحها هؤلاء على المحكم كي يتيقنوا من حيدته واستقلاله . **المصدر** : محاضرة السيد / **Brooks W. Daly** نائب الأمين العام والمستشار القانوني للمحكمة ، ضمن فعاليات دورة التحكيم التي عقدت في باريس ، فرنسا في الفترة من ١ يوليو حتى ٢١ يوليو ، تحت رعاية أكاديمية التحكيم بفرنسا . أنظر أيضا في شأن عقد اللقاءات مع المحكمين :
" Interviewing and Selecting Arbitrators " By Doak Bishop , Craig Miles, and Roberto Aguirre Luiz . Published in LatinLawyer Publisher , Arbitration Column , V6 ,Issue 1 . Page 46 .

وذلك بأن يمتنع عن اختيار مُحكمه ، إلا أن المشرع قد فطن لذلك الفرض في المادة ١٧ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و قام بتنظيمها على النحو الآتي :

- إذا اتفق طرفا النزاع على أن ينظر النزاع محكم واحد ، فإن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع [٤٥٨] هي التي تتولى تعيينه بناء على طلب – والذي يأخذ شكل الدعوى بإجراءاتها المعتادة - أحد طرفي النزاع (صاحب المصلحة) ويصدر قرار من المحكمة وليس من رئيسها بتعيين المحكم صاحب الدور في قائمة المحكمين المعتمدة والمقيدة أسمائهم والصادرة من وزارة العدل [٤٥٩] ولا يقبل قرار المحكمة بتعيين المحكم ،الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن .
- أما إذا اختار طرفا النزاع أن ينظر النزاع ثلاثة محكمين أو أكثر ، بشرط أن يكون العدد وتراً، فإن الأصل أن يقوم كل طرف باختيار محكمه ، ويقوم المحكمان المختاران بالاتفاق على اختيار محكم ثالث يترأس هيئة التحكيم . وفي حالة امتناع أحد الأطراف عن تعيين مُحكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلب بذلك من الطرف الآخر ، أو في حالة عدم اتفاق المحكمين المعينين من قبل طرفي النزاع على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية من تاريخ تعيين أحدهما ، فإن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هي التي تتولى تعيين المحكم الثالث بقرار يصدر منها .

---

[٤٥٨] تنص الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون التحكيم المصري على أن " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر " . وقضت محكمة النقض المصرية بأن تعيين المحكم طبقا لقانون التحكيم يكون بالطرق المعتادة لرفع الدعوى ، وليس في شكل أمر على عريضة . (أنظر نقض تجاري في الطعنين رقمي ١٤٥ و ٢٢١ لسنة ٧٥ ق – جلسة ٢٠١١/٣/٢٢) مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر – يونيو ٢٠١٢ ص ٢٢٢ .

[٤٥٩] تجدر الإشارة إلى أن هذه القوائم إسترشادية ، أي لا يتقيد بها القاضي عند اختيار المحكم . و صدرت هذه القائمة بموجب قرار وزير العدل رقم ٣٧٧١ لسنة ١٩٩٥ في ١٩٩٥/٨/٦ والمنشورة في الجريدة الرسمية بالعدد ١٨٥ في ١٩٩٥/٨/١٩ .

- أما إذا خالف أحد الطرفين إجراءات تعيين المحكم التي اتفقا عليها ، أو فشلا في الاتفاق عليها ، أو لم يتفق المحكمان المعينان من قبل الطرفين على أمر من الأمور التي يلزم أن يتفقا عليها كاختيار المحكم الثالث ، أو إذا تخلف الغير عن إداء ما طُلب منه في هذا الشأن كاستدعاء شاهد أو تعيين خبير ، فإن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع هي التي تتولى القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب بناء على طلب أحد طرفي النزاع وذلك بأمر على عريضة وليس باتباع الإجراءات المعتادة في شأن رفع الدعوى ، مالم يتفق أطراف النزاع على كيفية أخرى لإتمام هذا العمل أو الإجراء .

٣٦٣- وجدير بالذكر أن المشرع قد نص على أن تراعي المحكمة المختصة بتعيين المحكم الشروط الاتفاقية التي اتفق عليها أطراف النزاع في شخص المحكم ، فإذا اتفق طرفا النزاع على وجوب توافر شروط معينة كالمؤهلات الدراسية أو وجوب توافر خبرة عملية لا تقل عن عدد من السنوات في مجال موضوع النزاع ، فعلى المحكمة أن تراعي في اختيارها للمحكم تلك الشروط . كذلك تلتزم المحكمة بمراعاة الشروط القانونية التي يجب توافرها في شخص المحكم التي اشترطها قانون التحكيم . وأخيرا تراعي المحكمة بأن تقوم بذلك الاختيار على وجه السرعة وذلك تمشيا مع المنطق القائم عليه التحكيم ، إذ أن أهم ميزة في التحكيم هي سرعة الفصل في المنازعات ، وتجنب اللجوء إلى ساحات القضاء لما يكتنفه من طول أمد التقاضي ، فإذا اختار أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم ، وبسبب أحد الأطراف المتعنتين رفض تعيين محكمه ، فإن اللجوء إلى المحكمة هو السبيل الذي وضعه المشرع أمام هذا الطرف الراغب في تعيين محكم للطرف الآخر ، فإذا كان تعيين المحكم يأخذ ذات الدرب الذي تسلكه إجراءات التقاضي العادية ، وما يصاحبها من طول أمد التقاضي ، فإنه يكون قد فوت أهم ميزة من مميزات التحكيم ، ألا وهي سرعة الفصل في المنازعات. لذلك فقد درجت المحاكم على أن الدعاوى التي ترفع بطلب تعيين محكم ، يتم البت فيها سريعاً، وحسناً فعل المشرع من تحصين حكم المحكمة الصادر

في شأن تعيين المحكمين من الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن ، حتى لا يتم التحايل من قبل الطرف المتعنت بقصد مد إجراءات تعيين المحكم من قبل المحكمة .

٣٦٤- وقد يحدث أن ينشأ نزاع بين أطراف متعددة تتعارض مصالحهم ، وتعارض تلك المصالح يمنعهم من الاتفاق على تعيين محكم واحد ، وبالتالي فيقوم كل طرف بتعيين محكمه . ولكن هذا الفرض قد يتعارض مع القوانين واللوائح المنظمة للتحكيم في شأن عدد المحكمين ، ولتوضيح هذه المسألة ، نضرب المثال الآتي :

- عقد تكوين شركة توصية بسيطة بين خمسة شركاء هم أ ، ب ، ج ، د ، هـ ، وبعد إبرام العقد وأثناء اكتمال إجراءات التكوين نشأ نزاع بين جميع الأطراف حول تحديد حصة و مسئولية كل منهم في العقد ، وعلى إثر ذلك قام كل من (أ) و (ب) بطلب اللجوء إلى التحكيم في مواجهة كل من (ج) و (د) و (هـ) بحيث قام كل من (أ) و (ب) بالاتفاق على تعيين محكم يمثل الجانب المحتكم ، وقام كل من (د) و (هـ) بتعيين محكم يمثل الجانب المحتكم ضده ، إلا أن الطرف (ج) لم يقم بالاشتراك مع كل من (د) و (هـ) بحجة تعارض مصالحه مع كل منهما وطلب تعيين محكم يمثله . وبالتالي فإننا في هذه الحالة نواجه ما يسمى بالتحكيم متعدد الأطراف ، الذين تتعارض مصالحهم ، وإذا قام كل منهم بتعيين محكما ، فيكون تشكيل هيئة التحكيم مكونا من عدد زوجي ، وهو بهذا الحال مخالف لحكم القانون ويُعرض حكم التحكيم لشبح البطلان لمخالفته قاعدة مرتبطة بالنظام العام . وفرض آخر ، بحيث ينشأ نزاع بين أطراف التعاقد ويلجأوا إلى التحكيم للفصل في النزاع ، ويقوم كل منهم بتعيين محكمه بحيث يقوم المحكمون بتعيين المحكم الثالث (المحكم المرجح) ، وقبل البدء في إجراءات التحكيم ، يتدخل أحد أشخاص العقد لم يكن طرفاً في الخصومة ، وبالتالي فإن هذا الوضع يفترض (إعمالا لمبدأ المساواة) أن يقوم كل طرف بتعيين محكمه ، إلا أنه بتطبيق ذلك المبدأ السابق ، فيكون عدد المحكمين أربعة ، وهو ما يخالف مبدأ وترية هيئة التحكيم .

- لم يتعرض المشرع المصري في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لهذا الفرض وبالتالي فقد لجأ البعض إلى أنه [٤٦٠] لا مناص من أن يختار كل شخص من أشخاص أحد الطرفين محكما عنه ، فإذا كان الطرف الآخر شخصا واحداً ، فإنه يطلب منه أن يختار أكثر من مُحكم بعدد المحكمين المعينين من أشخاص الطرف الأول ، أما إذا تعدد أشخاص الطرف الآخر ، فإنه من حق كل شخص أن يعين محكماً عنه سواء اتحدت مصالحهم أو تعارضت ، بشرط أن يكون عدد المحكمين الذين يُشكلون هيئة التحكيم فردياً . ويسري هذا الحل ولو كان أطراف التحكيم قد سبق لهم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء ، وتجاوز التشكيل وفقاً للحل السابق ، هذا العدد . [٤٦١]
- إلا أن بعض منظمات التحكيم الدولية قد تبنت حلا آخر ، في حالة اختلاف الأطراف حول اختيار وتعيين محكم في النزاع بسبب تعارض مصالحهم ، فإن المركز يتولى تعيين هيئة التحكيم بأكملها ، حتى ولو قام أطراف النزاع بتعيين محكمين آخرين

---

[٤٦٠] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ١٧٣ ، ومنشور أيضا في العدد ١٢ يونيو ٢٠٠٩ في مجلة التحكيم العربي ص ١١٠ . أنظر أيضا " تأملات في العقود الدولية " م.د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، ص ٣٩٠ تحت عنوان (التحكيم متعدد الأطراف) الطبعة الأولى ٢٠١٠ منشورات الحلبي الحقوقية .

[٤٦١] أنظر أيضا حكم تحكيم صادر في القضية رقم ٤٣١ لسنة ٢٠٠٥ بجلسة ٢٠٠٧/٥/٧ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، إذ ذكر الحكم " لم يرد نص ينظم التحكيم متعدد الأطراف في قانون التحكيم المصري، وأنه إذا كان أطراف التحكيم ثلاثة واختار طالب التحكيم مُحكمه ، فإن من حق المحتكم ضدهما أن يختار كل منهما مُحكمه إذا كانت مصالحهما متعارضة ، أما إذا كانت مصالحهما واحدة فإن عليهما أن يختارا مُحكما واحدا فإن امتنعا عن ذلك ، كان للجهة المناط بها التعيين تعيين محكم واحد عنهما . وحيث تتعارض مصالح المحتكم ضدهما ، واختار كل منهما محكما عنه ، فإنه تطبيقا لمبدأ المساواة يختار المحتكم محكما ثانيا عنه إلى جانب المحكم الذي اختاره ، ويجري التحكيم من هيئة من خمسة محكمين ولو كان الأطراف قد اتفقوا على تشكيلها من ثلاثة وذلك تغليبا لمبدأ المساواة بين الطرفين ولمبدأ وترية عدد المحكمين " مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد ١٠ سبتمبر ٢٠٠٧ ، ص ٣٤٧ . ونرى من وجهة نظرنا أن هذا الحكم قد أثار مسألة وظيفة المحكم من وجهة نظر أطراف النزاع ، إذ أن المحكم هو قاض خاص يحكم بالقانون الذي اختاره الأطراف وعمله يختلف عن عمل المحامي الحاضر عن / مع طرف النزاع ، فالمشاهد أن أطراف النزاع يلجأون في سبيل اختيار المحكم إلى من يرونه قد يحكم لصالحهم وفقا لمعاييرهم الخاصة ، وهو ما يتنافى تماما مع عمل المحكم وكون عمله من أعمال القضاء التي يجب أن تكون بمنأى عن شبهة الموالاة .

وفشلوا في تعيين محكم آخر ليصبح العدد وترا ، فإن المركز يتولى تعيين الهيئة بصرف النظر عما اختاره الأطراف ، إلا أن هذا لا يمنع المركز من تعيين أحد المحكمين السابق تعيينهم من قبل الأطراف للفصل في النزاع [٤٦٢] .

رد المحكم وعزله

٣٦٥- الأصل في تشكيل هيئة التحكيم ، ألا يُرد المحكم من قبل أي من طرفي النزاع ، ذلك أنه من المفترض أنه بعد قيام الأطراف باختيار محكميهم ، أن يباشروا هؤلاء نظر النزاع للفصل فيه ، إلا أنه قد تستجد أمور ما من شأنها أن تؤثر على حيدة واستقلال أحد المحكمين أو جميعهم ، لذلك أورد المشرع في المصري في المادة ١٨ من قانون التحكيم [٤٦٣] رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ مُكنة طلب رد أحد المحكمين، إلا أنه أورد شروطا يجب توافرها لقبول طلب الرد هي :

أ- أن تقوم ظروف تثير شكوكاً **جدية** حول حيدة أو استقلال المحكم .

ب- أن يتم تقديم طلب الرد بعد تعيين المحكم ، ولسبب تبينه بعد التعيين .

٣٦٦- وهكذا يتبين أن المشرع لم يضع أسباباً محددة لرد المحكم ، كما فعل بالنسبة للقضاة، وإنما ترك لهيئة التحكيم وللمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، تقويم أسباب الرد وما إذا كانت تُشكل ظروفا جدية من عدمه . وبالتالي فإنه من الممكن الاستدلال بأسباب رد القضاة [٤٦٤] كسبب لتقديم طلب الرد – إذ كان النص القديم

---

[٤٦٢] على سبيل المثال المادة ٧ من قواعد التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، والمادة ١٢ من قواعد التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس ، والمادة ٨ م قواعد التحكيم الصادرة عن محكمة لندن للتحكيم الدولي .

[٤٦٣] تنص المادة ١٨ على " ١- لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروفا تثير شكوكا جدية حول حيدته أو استقلاله ٢- ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين "

[٤٦٤] تنص المادة ١٤٨ من تقنين المرافعات المصري على أنه " يجوز رد القاضي لاحد الاسباب الاتية :

١- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها ، أو إذا جدت لاحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.=

في مواد التحكيم الملغاة (المادة ٥٠٣) تنص على أن أسباب رد المحكم تدخل ضمن أسباب رد القاضي - أو أي أسباب أخرى قد يراها الطرف مقدم الطلب. وفي حالة كون الأطراف أو أحدهم على علم بالأسباب التي من الممكن أن تُثير شكوكا جدية حول حيدة واستقلال المحكم قبل التعيين ، و على الرغم من ذلك وافق على تعيينه ، فإنه يُعد متنازلاً عن حقه في طلب رد نفس المحكم سواء اختاره بإرادته المنفردة أو في مشارطة باتفاق الطرفين، إذ يسقط حقه في التمسك بشرطي الحيدة والاستقلال ، فليس له بعد صدور الحكم أن يرفع دعوى ببطلانه استناداً إلى عدم توافر أيهما في المحكم[٤٦٥] .

إلا أن المشرع ميّز بين حالة ما إذا كان طالب الرد هو الذي عين المحكم موضع الشك في حيدته واستقلاله أو اشترك في تعيينه ، وبين حالة ما إذا كان تعيينه قد تم بواسطة شخص من الغير أو بواسطة المحكمة . ففي الحالة الأولى لا يكون لطرف التحكيم أن يرد المحكم إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين على نحو لا يجوز له معه طلب الرد إذا كان عالما بسبب الرد عند التعيين . والعبرة هنا بالعلم بالسبب

= ٢- إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه او أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده .

٣- إذا كان أحد الخصوم خادما له ، أو كان هو قد اعتاد مؤاكله أحد الخصوم أو مساكنته ، أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده .

٤-إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل . (حكم بدستورية الفقرة الرابعة ، في القضية ٢٨ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١١/١٦).

(٤٦٥) أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ٢٢٤ ، ، أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٥١ وما بعدها ، كما قضي بأنه يصح أن يعين أحد الخصوم محكما بشرط أن يكون الخصم الآخر على علم بذلك وقت التوقيع على المشارطة التي تتضمن اختياره (استئناف مختلط ١٩٤٣/١٢/١٦ ، مشار إليه في مؤلف أ.د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ١٥٤) أنظر عكس هذا الرأي حكم صادر عن محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجاري ، في الدعوى رقم ١٦٠ لسنة ١٢٠ قضائية ، جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ ، إذ قضى هذا الحكم بأن القواعد والاجراءات الخاصة برد المحكمين من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . ونرى أن هذا القضاء قد ساوى بين كل من المحكم والقاضي في خصوص شرطي الحيدة والاستقلال ، ذلك أنه لا يجوز التنازل عن هذين الشرطين في خصوص القاضي . مشار إليه في مجلة التحكيم العربي العدد السابع – يوليو ٢٠٠٤ ص ١٧٢ .

وقت التعيين لا بمجرد وجوده في هذا الوقت ، فإذا كان السبب قائما بالفعل وقت التعيين ولكنه كان لا يعلم به في هذا الوقت ، كان له أن يطلب الرد مع ذلك . أما في الحالة الثانية فالرد يكون جائزاً حتى ولو كان طالب الرد يعلم بقيامه في المحكم المعين قبل التعيين [٤٦٦] والعلة في ذلك هي أن من واجب الخصوم التحري عن المحكمين قبل اختيارهم [٤٦٧] .

٣٦٧- يجب على الطرف الراغب في رد المحكم ، أن يقوم بتقديم هذا الطلب مشفوعاً بالوقائع وأسباب الرد إلى هيئة التحكيم وذلك خلال ١٥ يوم من تاريخ تشكيل الهيئة ، أو من تاريخ علمه بتلك الأسباب ، فإذا لم تفصل هيئة التحكيم في هذا الطلب ، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع بغير رسوم . وكان النص القديم يقضي بأن هيئة التحكيم هي السلطة المختصة بالفصل في طلب رد المحكم ، إلا أنه قضي بعدم دستورية هذا النص حتى لا يصبح المحكم خصما وحكما في ذات الوقت [٤٦٨] .

و يتبين من ذلك النص أن على طالب الرد أن يقدم الطلب إلى الهيئة ابتداءاً ، ولا يجوز له تجاوز الهيئة في تقديم الطلب ، وتقديمه مباشرة إلى المحكمة ، إذ أنه في

---

[٤٦٦] أ.د. مصطفي الجمال ، و أ .د. عكاشة عبد العال ، ص ٧٦٧ . سابق الإشارة إليه

[٤٦٧] أ.د. محسن شفيق ، المرجع السابق ص ٢٣٥ .

[٤٦٨] حكمت المحكمة الدستورية في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ ق دستورية بجلسة ٦/ ١٩٩٩/١١ بعدم دستورية العبارة الواردة بالبند رقم (١) من المادة (١٩) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتي تنص على أن (فصلت هيئة التحكيم في الطلب) ونشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد ٤٦ بتاريخ ١٩٩٩/١١/١٨ وتم استبدال النص القديم للمادة رقم (١٩) بهذا النص وذلك بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٤. وقضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٩٥٦٨ لسنة ٧٩ ق بجلسة ٢٠١١/٣/١٤ بأن هيئة التحكيم غير مختصة بالفصل في طلب الرد ، بل هي ملزمة من تلقاء نفسها في التحكيم غير المؤسسي بإحالته إلى المحكمة المختصة طبقا لقانون التحكيم ، وعلى طالب الرد استكمال باقي الإجراءات وفقا للمواد من ١٤٨ حتى ١٦٥ من قانون المرافعات باعتباره القانون العام لإجراءات التقاضي في هذا المقام . (مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد السادس عشر – يونيو ٢٠١١ ص ١٥٦)

هذه الحالة ستقضي المحكمة بعدم قبول الطلب [٤٦٩] ، و في ذلك الشأن فإنه إما أن تقبل هيئة التحكيم أن تتنحى عن نظر الدعوى ، وإما أن ترفض الطلب [٤٧٠] . ولا يقبل الرد ممن سبق له تقديم طلب برد نفس المحكم في ذات التحكيم (م ١٩ فقرة ٢) .

٣٦٨- تختلف آثار تقديم طلب رد المحكم عن طلب رد القاضي ، ذلك أنه بمجرد تقديم طلب رد القاضي يترتب عليه وقف الدعوى الأصلية (م ١٦٢ مرافعات) ، حتى يُفصل في طلب الرد ، ولا يجوز للقاضي الذي طُلب رده أن يقضي في الدعوى وإلا كان قضاؤه باطلا [٤٧١] ، أما في خصوص تقديم طلب رد المحكم ، فقد نص المشرع على أنه لا يترتب على تقديم هذا الطلب ، وقف إجراءات التحكيم . و حسنا فعل المشرع بالنص على هذا الأمر ، ذلك أنه كما سبق وأن ذكرنا أنه من أهم مميزات التحكيم سرعة الفصل في المنازعات ، فإذا ترتب على تقديم طلب رد المحكم ، وقف إجراءات الدعوى [٤٧٢] فإن الطرف مُقدم طلب الرد قد فوت الفرصة على الطرف الآخر في الاستفادة من ميزة التحكيم في سرعة إجراءاته .

---

[٤٦٩] حكم محكمة استئناف القاهرة رقم ١٢٠ لسنة ١١٩ ق ، بجلسة ٢٠٠٢/٦/٢٦ . مشار إليه في مؤلف أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ٢٢٧ ، هامش رقم ٢٨٩ .

[٤٧٠] قد ترى بعض هيئات التحكيم أنه بمجرد تقديم طلب الرد ، حتى ولو كان بناءً على أسباب واهية ، أن تتنحى عن نظر النزاع استشعارا منها بالحرج ولا يعد ذلك قبولاً منها بأسباب الرد ، حتى ولو قضت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع برفض طلب الرد . أنظر أ.د. فتحي والي ، المرجع السابق ص ٢٦٠ .

[٤٧١] نقض جنائي رقم ٤٥٥٦ لسنة ٦٦ ق ، جلسة ١٩٩٨/٣/١١ . إذ أرست محكمة النقض مبدأ مفاده " أن مؤدى نص المادة ١٦٢ من قانون المرافعات أن وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم في طلب الرد يتم بقوة القانون وأنه يتعين على القاضي المطلوب رده ألا يستمر في نظر الدعوى بل يتعين وقفها حتى يفصل نهائيا في طلب الرد مهما كانت وسائل الكيد واضحة فيه وقصد به مجرد تعطيل الفصل في الدعوى لأن القاضي باستمراره في نظر الدعوى يكون قد نَصّب من نفسه محكما لنظر طلب الرد والفصل فيه حتما بالرفض ، وقضاؤه في الدعوى قبل الفصل في طلب الرد هو قضاء ممن حجب عن الفصل في الدعوى إلى أجل معين **ومن ثم يقع باطلا** لتعلقه بأصل من أصول المحاكمة تقرر لاعتبارات تتصل بالاطمئنان إلى توزيع العدالة .

[٤٧٢] طُعن بعدم دستورية تلك الفقرة (فقرة ٣ من المادة ١٩) إلا أن المحكمة الدستورية العليا رفضت الطعن وقضت بدستورية النص استناداً إلى أن المشرع بهذا النص ولاعتبارات قدّرها ، قد وازن بين ما تمليه الاعتبارات العملية المتصلة بمنظومة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وبين احترام ضمانات التقاضي ، كما أنه كفل سرعة الفصل=

٣٦٩- ذكرنا أنه لا يترتب على تقديم طلب رد المحكم ، وقف إجراءات التحكيم ، وبالتالي فتستمر إجراءات التحكيم حتى يصدر حُكم مُنه للخصومة ، مادام لم يصدر حكم من المحكمة بقبول طلب رد المحكم . فإذا قضت المحكمة برفض الطلب ، فلا أثر لذلك على سير اجراءات التحكيم ، أما إذا صدر حكم بقبول طلب الرد وقبل انتهاء إجراءات التحكيم ، فيُمنع المحكم من الاستمرار في نظر التحكيم ، ويتم تعيين مُحكم بديل . أما في حالة عدم صدور قرار من المحكمة بالفصل في طلب الرد ، وفصلت هيئة التحكيم في النزاع بحكم نهائي ، ثم أصدرت المحكمة قرارها برد المُحكم ، فما هو الحل الذي اعتنقه المشرع في هذا الخصوص ؟

- تقضي الفقرة (هـ) من المادة ٥٣ بأن تقضي المحكمة ببطلان حكم التحكيم في حالة تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف ، وعلى هذا الأساس فإن القضاء برد المحكم نظراً لتوافر أسباب من شأنها أن تُثير شكوكاً جدية في حيدة واستقلال المحكم ، يُعد من الحالات التي ذكرتها الفقرة (هـ) من المادة سابقة البيان . ذلك أن صدور حكم من المحكمة برد المحكم ، يترتب علية إلغاء جميع إجراءات التحكيم بما فيها الحكم [٤٧٣] .

٣٧٠- قد يتفق الأطراف على عزل المحكم ، والعزل إما اتفاقي ، وإما قضائي . فالعزل الاتفاقي يقصد به أن يتفق الأطراف جميعهم على عزل المحكم ، وفي الغالب يكون بسبب فقدان الثقة في شخص المحكم ، وينتج العزل أثره حتى ولو رأى المحكم عدم وجود مسوغات تبرر هذا العزل [٤٧٤] . وكان النص القديم – المادة ٥٠٣ – يقضي

=في المنازعات التحكيمية دون التقيد بالأوضاع التقليدية في التقاضي . حكم الدستورية العليا رقمي ١١٤ و ١١٥ لسنة ٢٤ ق دستورية ، جلسة ٢٠٠٣/١١/٣ .

[٤٧٣] أ.د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ١٥٩ بند ٧٠ . سابق الإشارة إليه

[٤٧٤] " المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنة " أ.د. سحر عبد الستار ، ص ٢٣٤ . سابق الإشارة إليه . ومن الملاحظ أنه في الآونة الأخيرة بدأ يظهر من المحكمين المختارين من قبل أحد أطراف النزاع، نوعية من المحكمين الذي يعتبر نفسه وكيلاً عن الطرف الذي عينه، فيتبنى وجهة نظره ،ويدافع عن مصالحه – وهذا ما بات يعرف بمصطلح المحكم المحامي– بغض النظر عن الحقيقة وعن العدالة، وإذا تبين له عند المداولة أن=

بأنه لا يجوز عزل المحكمين إلا بتراضي جميع الخصوم ، وهو ما نص عليه القانون الجديد – المادة ٢٠ – بأن يجوز عزل المحكم باتفاق الأطراف ، إلا أن كلا النصين لم يورد أسباباً للعزل ، وبالتالي فإنه بمجرد اتفاق أطراف النزاع على عزل المحكم وتعيين محكما آخر ، لا يشترط توافر أسباباً مبررة ، حتى ولو تم تعيين هذا المحكم من قبل جهة أخرى غير أطراف النزاع ، ويتوقف هذا الأمر على ما يراه كلا الطرفان . ولا يتطلب القانون شكلاً معيناً لإجراء عزل المحكم ، فمن الجائز أن يتم شفاهة أو أن يتم بمجرد خطاب منهما إليه . ومن الجائز أن يتم العزل في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، وإذا صدر حكم من المحكم على الرغم من عزله ، فإنه يكون باطلا ، حتى ولو صدر حكم التحكيم بعد اتفاق الاطراف على عزله ، مادام تم هذا الاتفاق من جانب الأطراف جميعهم [٤٧٥] .

- أما العزل القضائي فيتم عن طريق المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وذلك في حالة توافر ظروف من شأنها تعذر المحكم عن أداء مهمته أو انقطع عن أدائها مما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له ، ولم يتنح رضاءاً ، ولم يتفق الأطراف على عزله ، فيجوز في هذه الحالة لأي من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة لعزله ، و يقوم الأطراف بتعيين محكماً جديداً ، أو أن تقوم المحكمة بتعيينه في حالة عدم اتفاق الأطراف مع مراعاة الشروط الاتفاقية والقانونية في شان اختيار المحكم .

٣٧١- قد تضطر هيئة التحكيم في الحالات التي يتغيب فيها المحكم عن حضور جلسات التحكيم دون عذر مبرر ومقبول ، إلى إصدار حكم أو قرار في الدعوى بتشكيل

=القرار سيصدر ضد مصلحة الطرف الذي عينه بادر إلى الاستقالة أو الامتناع عن إكمال المشاركة في الإجراءات بهدف تأخير أو تعطيل إصدار حكم التحكيم، وهذه الظاهرة التي تبتعد عن الصفات التي يجب أن يتحلى بها المحكم من الاستقامة والنزاهة والحياد والاستقلال ،قد تؤدي . إذا تفشت . إلى القضاء على مؤسسة التحكيم بشكل كامل ،فالمحكم قاض بمجرد تعيينه وقبوله بالمهمة، هدفه الوصول إلى العدالة بأسرع وقت ممكن . مقال منشور في جريدة " الجماهير " الصادر عن مؤسسة الوحدة للصحافة والطباعة والنشر بحلب – سوريا ، إعداد أ/ عبد الحنان العيسى ، بتاريخ ٢٠١١/٥/١ .

[٤٧٥] أ.د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ١٦٥ بند ٧٥ . سابق الإشارة إليه

مختصر لها ، وهو ما يسمى Truncated Tribunal أو المحاكم المختصرة ، ويشترط لإعمالها توافر الشروط التالية :[٤٧٦]

- أن تكون هيئة التحكيم مُشكلة من أكثر من محكم واحد .
- غياب أحد المحكمين المعينين من احد الأطراف عن حضور جلسات التحكيم رغم إعلانه إعلاناً صحيحاً .
- أن يكون غياب المحكم عن حضور الجلسات بدون عذر مقبول .
- أن يكون هناك مبرر قوي لإصدار الحكم أو القرار من هيئة التحكيم بتشكيلها المختصر .

٣٧٢- إلا أننا نرى أن قبول ذلك الحل من شأنه اصطدام الحكم الصادر عن تلك الهيئة بمخالفته للنظام العام ، وذلك في شأن اشتراط وترية تشكيل هيئة التحكيم .

المبحث الثاني

التشريعات الأجنبية

٣٧٣- **تمهيد :** نستعرض في هذا المبحث أهم التشريعات الأجنبية وقواعد مراكز التحكيم الدولية في خصوص تعرضها لهيئة التحكيم ، وذلك على النحو الآتي بيانه :

---

[٤٧٦] " المحاكم المختصرة Truncated Tribunal " بحث للمستشار الدكتور / عمر الشريف ، مجلة التحكيم العربي العدد الثاني -يناير ٢٠٠٠ ص ٦٢ . وقد أجازت ذلك قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ICC في المادة ١٥ فقرة ٥ .

"The Authority of a Truncated Arbitral Tribunal – Straight Path or Puzzle ?" By Munir Maniruzzaman University of Portsmouth . Kluwer Arbitration Blog , 15 July , 2012

- **القانون النموذجي**

٣٧٤- استقت العديد من قوانين التحكيم الدولية أحكامها من قانون الأونسيترال - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥) الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنبثقة من هيئة الأمم المتحدة – ومن بين هذه الدول هي مصر ، إلا أن المشرع المصري لم يتبن تلك القواعد بكامل صياغتها آنذاك ، وإنما قام بتعديل أحكامها بما يتماشى مع البيئة القانونية المعمول بها في النظام القانوني المصري ، لذلك فإننا نجد عدداً من المواد التي تختلف أحكامها مع أحكام القانون المصري ، ومن بين هذه الاختلافات في خصوص هيئة التحكيم ما يلي :

أ- يتفق القانونان على أن للأطراف، حرية اختيار عدد المحكمين ، وفي حال عدم اتفاقهم، يكون العدد ثلاثة محكمين (المادة ١٥ مصري، والمادة ١٠ نموذجي). ولكن يشترط القانون المصري أن يكون عدد المحكمين وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً. ومن الواضح أن هذا النص يطبق على العدد المحدد باتفاق الاطراف، لأنه في حال عدم اتفاقهم يكون العدد ثلاثة كما ذكرنا، وهو وتر أصلاً. ولا يوجد لهذا النص مقابل في القانون النموذجي، مما يعني جواز أن يكون عدد المحكمين في هذه الحالة زوجيا وليس فردياً [٤٧٧].

ب- يتفق القانونان كذلك على أنه لا يشترط بأن يكون المحكم من جنسية معينة، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. ويضيف القانون المصري الى ذلك عدم اشتراط جنس معين في المحكم (ذكر أو أنثى) إلا في حال عدم الاتفاق على غير ذلك أيضاً (المادة ٢/١٦ مصري، والمادة ١/١١ نموذجي)

ج - يتفق القانونان من حيث أن المحكم عند قبوله القيام بمهمته كمحكم حسب القانون المصري (المادة ٣/١٦)، أو عند الاتصال به لاحتمال تعيينه كمحكم حسب نص

---

[٤٧٧] " أهم الفوارق بين القانون المصري الجديد للتحكيم في المواد المدنية والتجارية وبين القانون النموذجي " ورقة عمل مقدمة من المستشار الدكتور / محمد أبو العينين ضمن فعاليات الدورة التدريبية المؤهلة للعضوية المساعدة أو زمالة معهد المحكمين الدوليين بلندن ، والتي عُقدت في القاهرة من ١٢-١٨ يونيو ١٩٩٧ .

القانون النموذجي (المادة ١/١٢) يجب عليه أن يُفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة الشك حول استقلاله أو حيدته. ويضيف القانون النموذجي الى ذلك أن واجب الافصاح هذا يبقى قائماً طيلة إجراءات التحكيم، إذا نشأت مثل هذه الظروف أثناء الاجراءات، إلا إذا كان المحكم قد أعلم الأطراف بها أصلاً . ومثال ذلك، أن يعيّنه أحد الاطراف محامياً له في قضية لا علاقة لها بالقضية المنظورة أمام هيئة التحكيم

د- يُجيز القانون النموذجي رد المحكم، إذا كان لا يحمل المؤهلات المتفق عليها بين الطرفين (المادة ٢/١٢) ولا يوجد لهذا الحكم مقابل في القانون المصري .

٣٧٥- وبخلاف تلك المواد ، فإن أحكام القانون النموذجي هي ،ذات الأحكام الواردة في القانون المصري في شأن هيئة التحكيم .

القانون الإنجليزى

٣٧٦- كرّس المشرع الإنجليزي في قانون التحكيم الصادر عام ١٩٩٦ مسألة تنظيم وتشكيل هيئة التحكيم في المواد من ١٥ وحتى ٢٩ ، فمنح المشرع للأطراف حرية الاتفاق على عدد المحكمين ، وفي الاتفاق على وجود رئيس للهيئة أو محكم مُرجح [٤٧٨] ، والفارق بين كل منهما يكمن في أن رئيس الهيئة يتم الاتفاق على اختياره من قبل الأطراف وتحديد صلاحياته فيما يخص إصدار القرارات والأوامر والأحكام ، وفي حالة تخلف ذلك الاتفاق ، فتصدر القرارات والأوامر والأحكام بإجماع أو بأغلبية أعضاء هيئة التحكيم بما فيهم الرئيس . أما المحكم المُرجح فيكون للأطراف في شأنه حرية الاتفاق على صلاحياته وخصوصا فيما يتعلق بحضوره أو عدم حضوره إجراءات التحكيم ، وفيما يتعلق بحلوله محل المحكمين الآخرين لتقتصر عليه وحده هيئة التحكيم وينفرد بسلطتها في إصدار القرارات والأوامر والأحكام ، وفي تلك الحالة فيمثل المحكمين الآخرين بوصفهما محامين عن من قام

---

[٤٧٨] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ص ١٨٦ . مشار إليه سابقا

بتعيينهم [٤٧٩] . ونظام المحكم المرجح Umpire هو نظام إنجليزي النشأة . وتكمن خصوصية نظام المرجح في أنه لا يتدخل إيجابيا في إجراءات التحكيم إلا عندما يخفق المحكمان في الاتفاق على قرار أو أمر أو حكم ، وعندئذ فإنه يحل كلية محلهما ويصبح هو المحكم الوحيد في النزاع الذي يملك سلطة القرار والأمر والحكم ، وبالتالي فإنه من الممكن ألا يشترك المحكم المُرجح نهائيا في التحكيم إذا لم يقع خلاف بين المحكمين ، بخصوص اتخاذ قرار أو أمر في شأن موضوع النزاع [٤٨٠] .

٣٧٧- وتقضي المادة ١٥ في فقرتها الثانية ،على أنه يجوز للأطراف أن يقوموا بتعيين هيئة تحكيم مُشكلة من عدد زوجي ، وفي حالة عدم الاتفاق على العدد ، فيكون عندئذ تشكيل هيئة التحكيم وتراً . وهذا الحكم يخالف العديد من قوانين التحكيم في الدول الأخرى ، شأنه شأن القانون النموذجي ، ولعل السبب في ذلك ما يتمتع به النظام القانوني الإنجليزي من طابع خاص .

القانون الفرنسي

٣٧٨- نظم المشرع الفرنسي تشكيل هيئة التحكيم في المواد من ١٤٥٠ وحتى ١٤٦١ من قانون المرافعات الجديد المعدل سنة ٢٠١١ ، إذ اشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً ، فلا يجوز أن يكون المحكم شخصاً معنوياً ، وإنما يجوز فقط بأن يقوم بإدارة عملية التحكيم، كمراكز ومنظمات التحكيم (م ١٤٥٠)، ويشترط أن يكون عدد الهيئة فردياً (وتراً) ، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار أو تعيين المحكم أو فشل المحكمون في اختيار رئيس الهيئة ، أو في حالة فشلهم في

---

[٤٧٩] "Arbitration Law" By Robert Merkin ,1st edition , issue 64- 26 April 2013, ISSN: 1-85044-367-x . Chapter 12

[٤٨٠] " نظم التحكيم المقارنة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة " أ.د . محمد صابر القليوبي ، ص٢١٢ . سابق الإشارة إليه .

الاتفاق على الإجراءات المتبعة في تشكيل الهيئة، أو نشوء نزاع بينهم في شأن متعلق بالتشكيل ، فقد قضت المادتان ١٤٥١ و ١٤٥٢ أنه يتولى الشخص المسئول عن إدارة التحكيم (كمركز التحكيم) أو في حالة غيابه ، تتولى المحكمة الابتدائية Tribunal de grande instance اختيار المحكم أو تشكيل هيئة التحكيم .

٣٧٩- وتلزم المادة ١٤٥٦ هيئة التحكيم ، بالإفصاح عن أية أمور من شأنها التأثير على استقلال أو حياد المحكم ، ويستمر هذا الالتزام حتى بعد قبول المحكم التعيين .

٣٨٠- أما عزل المحكم فيتم اتفاقا (م ١٤٥٨) بين أطراف النزاع جميعهم . أما في خصوص رد المحكم ، فهي ذات الأسباب التي يُرد بها القاضي ، كافتقاده لشرطي الحيدة والاستقلال . كما يمكن رده أيضا بسبب عدم توافر الشروط الاتفاقية التي اشترطها أطراف النزاع في شخص المحكم [٤٨١].

غرفة التجارة الدولية ICC

٣٨١- نظمت قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ، الأحكام المتعلقة بهيئة التحكيم ،في المواد من ١١ وحتى ١٥ ، واهتمت تلك القواعد بالنص في الفقرة الأولى من المادة الأولى تحت عنوان " أحكام عامة " باستقلال وحياد المحكم ، وكذا التوقيع على قبول المحكم للتعيين و الافصاح عن أية وقائع من شأنها أن تؤثر على استقلاله في نظر الأطراف . وتكون قرارات المحكمة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية نهائية فيما يتعلق بتعيين المحكم أو المصادقة على تعيينه أو رده أو استبداله ، ولا تعلن الأسباب التي استندت إليها هذه القرارات .

٣٨٢- وفي شأن عدد المحكمين ، نصت المادة ١٢ ،على أن يفصل في النزاع إما محكم منفرد أو ثلاثة محكمين ، وبالتالي فلا يجوز للأطراف الاتفاق على تعيين عدد

---

(٤٨١) "CSM Guide to Arbitration - Arbitration in France " By Jean de la Hosseraye, Stephanie de Giovanni and Juliette Huard-Bourgois, CMS . Volume 1 , 2012. Page 343 . "The New French Arbitration Rules Under the 13th January 2011 Decree " By Sally El Sawah , and Ahmed Habib , Published in Journal of Arab Arbitration , Vol 20 – June 2013 Page 9.

زوجي من المحكمين . أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على العدد ، فتقوم المحكمة بتعيين المحكم المنفرد من تلقاء نفسها ، أو تعيين ثلاثة محكمين إذا ما استدعى النزاع ذلك . إلا أنه في هذه الحالة يعين المحتكم محكماً خلال ١٥ يوما من تاريخ تسلم الإخطار بقرار المحكمة ، ويعين المحتكم ضده محكماً خلال ١٥ يوما من تاريخ تسلم الإخطار بالتعيين الذي قام به المحتكم . أما في حالة التحكيم متعدد الأطراف [٤٨٢] وعدم اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي ، فتقوم المحكمة بتشكيل كامل هيئة التحكيم وتختار أحدهم رئيسا لها .

٣٨٣- وفي سبيل الحرص على حيدة واستقلال المحكم [٤٨٣] ، فإن المحكم يأخذ بعين الاعتبار جنسية المحكم ومحل اقامته وأي صلة له بالبلدان التي ينتمي إليها الأطراف أو المحكمون الآخرون (م ١٣) . أما بشأن طلب رد المحكم ، فيقدم طلب الرد من الطرف الراغب في رد المحكم ، في شكل مذكرة مكتوبة للأمانة العامة للمحكمة ، تتضمن الوقائع والظروف التي يستند إليها طالب الرد ، ويتاح للمحكم الفرصة أو للطرف الآخر الرد كتابة على طلب الرد خلال أجل مناسب .

٣٨٤- وأخيرا ، تضمنت المادة ١٥ أسباب استبدال المحكم ، إذ يُستبدل المحكم حال وفاته أو إذا قبلت المحكمة استقالته ، أو تم رد المحكم ، أو إذا ما اتفق أطراف النزاع على استبداله . كما يمكن أن يُستبدل المحكم من قبل المحكمة ذاتها إذا ما قدّرت أن قيامه بمهامه أصبح متعذراً بحكم القانون أو الواقع ، أو أنه لا يقوم بهذه المهام وفقا للقواعد أو خلال الآجال المحددة لها .

وفي حالة استبدال المحكم ، فيكون للمحكمة السلطة التقديرية في متابعة الإجراءات الأصلية في تعيين المحكمين أو استبعادهم . وتقرر هيئة التحكيم بمجرد إعادة

---

[٤٨٢] أنظر سابقا بند ٣٥٤ .

[٤٨٣] " The ICC International Court of Arbitration and the 2012 ICC Rules of Arbitration "
By Jose Ricardo Feris , the Deputy Secretary General ICC International Court of Arbitration . Paper presented in International Academy for Arbitration`s sessions , Paris , 2 July , 2013.

تشكيلها إما أن تُكمل الإجراءات التي قامت بها سابقتها – وذلك بعد دعوة الأطراف، وإما البدء في الإجراءات مرة أخرى .

ومن أهم القواعد الواردة في شان هيئة التحكيم ، تلك الحالة التي يتوافر فيها الحالات الواجبة لاستبدال المحكم كالوفاة أو العجز ، فيجوز للهيئة أن تستمر بالتشكيل المتبقي (الفقرة ٥ من المادة ١٥) ، بشرط أن يكون ذلك بعد قفل باب المرافعة ، أي تكون الدعوى جاهزة لإصدار الحكم فيها . وتأخذ المحكمة بعين الاعتبار أراء المحكمين الباقين وأراء الأطراف وكافة العوامل الأخرى التي تراها متصلة بالقرار في ظل بعض الظروف .

- **الخلاصة :** عرضنا للتشريعات المنظمة لهيئة التحكيم من حيث قواعد تشكيلها وتنظيم عملها ، وعرضنا للتشريع المصري القديم والجديد ، من حيث شروط المحكم ، وضوابط عمل القاضي محكماً ، والسلوك الذي يجب أن يتحلى به المحكم عند مباشرته مهمة التحكيم ، والالتزام المُلقي على عاتقه بالإفصاح عن أية ظروف قد تُشكل أسباباً من شأنها التأثير على حيدته واستقلاله ، وكذا علاقة المحكم بأطراف النزاع وما يجب على المحكم الامتناع عن فعله ، وأتعاب المحكم واختلافها من قضية لأخرى ، ووفقا لقواعد كل مركز تحكيم ، وكذا حصانة المحكم . والأحكام المنظمة لرد المحكم وأسباب الرد والجهة المنوط بها الفصل في طلبات الرد ، وعزل المحكم . وكذلك استعرضنا تشكيل هيئة التحكيم في التشريعات الأجنبية وقواعد مراكز التحكيم و ورأينا تشابه العديد من التشريعات في خصوص تشكيل الهيئة ، ما عدا مسألة العدد ، والذي اختص به التشريع الإنجليزي إذ رأينا أنه أجاز أن يكون تشكيل عدد الهيئة زوجيا ، بالمخالفة للعديد من التشريعات المنظمة للتحكيم ، وهو ذات مسلك القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنبثقة من هيئة الأمم المتحدة

الفصل الثاني

ذاتية اتفاق التحكيم في مشروعات الشراكة

٣٨٥- لما كان التحكيم – كما سبق وأن رأينا – يُعد من أهم الوسائل السلمية البديلة عن التقاضي لتسوية المنازعات ، وكانت مشروعات الشراكة من الأهمية للبحث عن وسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ أثناء تشييد المشروع أو تشغيله ، فإن ذلك يستتبع وبالضرورة توافر ذاتية خاصة للتحكيم في المشروعات المقامة بأسلوب الشراكة وهو ما سنعالجه في (فرع أول) ونتكلم عن تقويم التحكيم بشكل عام للتيقن من تناسبه مع المشروعات بصفة عامة ، و مشروعات الشراكة بصفة خاصة وذلك في (فرع ثان) .

الفرع الأول

ذاتية التحكيم لتسوية منازعات عقود الشراكة

٣٨٦- من الطبيعي أن يترتب على تنفيذ المشروعات المقامة بنظام الشراكة منازعات قانونية وفنية ومالية وغيرها ، لذا فإن الأطراف المتعاقدة تتفق على وسائل معالجتها بطرق ودية كالتفاوض ، والوساطة والتوفيق ، والتحكيم ، وذلك لما تتسم به تلك الوسائل من مزايا متعددة ، مقارنة بما تتسم به طرق التقاضي من بطء وتعقيدات وهي أمور لا تتلاءم مع طبيعة عقود مشاريع البنية الأساسية ، إذ أن أغلب تلك المنازعات هي منازعات فنية تستوجب سرعة حسمها ، أو منازعات مالية حيث إن معظم شركات القطاع الخاص تلجأ إلى الاقتراض من البنوك والمؤسسات المالية لتمويل هذه المشاريع مما يجعل عامل الوقت مهما ومؤثرا سواء بالنسبة لهذه

الشركات أو الجهة المانحة أو الجهة الممولة* . لذلك فقد أهتمت أغلب التشريعات المنظمة للشراكة مع القطاع الخاص P.P.P بمسألة تمويل وتشييد مشروعات البنية الأساسية ، وتنظيم وسائل لتسوية المنازعات التي تطرأ على المشروع . و تختلف تلك الوسائل باختلاف النزاع المطروح . واهتم المشرع المصري في قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإفراد المادة ٣٥ لتنظيم اللجوء إلى تلك الوسائل وهو ما سنعرض له في (مبحث أول) و كذلك التشريعات الأجنبية المنظمة للشراكة وسنتكلم عنها في (مبحث ثان) .

المبحث الأول
ذاتية التحكيم في مشروعات الشراكة
طبقا للقانون المصري

٣٨٧- **تمهيد :** ذكرنا سابقا [٤٨٤] أن المشرع المصري قد أسبغ الطبيعة الإدارية على عقود الشراكة ، وبالتالي فإن إدراج اتفاق التحكيم في عقود الشراكة يأخذ ذات الحكم الخاص بإدراج اتفاق التحكيم في العقود الإدارية . ولما كان الأمر كذلك ، فإننا سوف نستعرض أحكام التحكيم في العقود الإدارية (مطلب أول) و خصوصية التحكيم في عقود الشراكة (مطلب ثان) . وذلك على النحو التالي.

---

* " وسائل تسوية منازعات عقود B.O.T بطرق ودية (التحكيم كنموذج) في ضوء القانون الإماراتي " أ.د. كامران حسين الصالحي ، بحث مقدم في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم المستحدثة) ص ١٧٢ ، مشار إليه سابقا .

[٤٨٤] بند ٥٥ .

المطلب الأول

التحكيم في العقود الإدارية

الوضع قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

٣٨٨- لم تنص مواد التحكيم الملغاة في تقنين المرافعات المصري على جواز التحكيم في العقود الإدارية ، إلا أن هناك رأيا نادى [٤٨٥] بجواز ذلك على أساس أن التحكيم لا يمس سيادة الدولة ، ولا يمكن أن يمس سيادة الدولة ولو كان أحد المحكمين أو جميعهم من الأجانب . فنص المادة ٥٠١ مرافعات جاء عاما ،إذ نص على " ..... كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين " وبالتالي فإن جهة الإدارة كانت إما أن تقبل إدراج شرط التحكيم في عقودها ، أو ترفض ذلك . ويبقى للطرف المتعاقد في هذه الحالة إما قبول العقد دون شرط التحكيم أو عدم إبرام العقد .

٣٨٩- وبناءاً على الفراغ التشريعي الذي اكتنف مسألة جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، فقد اختلفت الأراء والأحكام القضائية حول هذا الموضوع :

---

(٤٨٥) " التحكيم الاختياري والإجباري " أ.د. احمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص ٨٦ و ١٠٢. سابق الإشارة إليه . وذكر المؤلف أن عقد البحث عن البترول واستغلاله هو من العقود الإدارية التي لا تتصل بعمل من أعمال السيادة للدولة . و قد أعد بحثاً خاصاً تحت عنوان (التحكيم في عقود البترول في البلاد العربية) وقُدم في مؤتمر البترول العربي الرابع المنعقد في بيروت من ٥ إلى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٣ .

الرأي المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية :

٣٩٠- قضت المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٠/٢/٢٠ [٤٨٦] باختصاص القضاء الإداري في نظر موضوع العقد الإداري المبرم بين جهة الإدارة و الطرف المتعاقد على الرغم من الشرط التحكيمي الذي وافق عليه الطرفان ، وعلى الرغم من صدور قانون من السلطة التشريعية في موضوع العقد . و تتلخص وقائع النزاع في قيام وزارة الإسكان في ١٩٥٥/٤/١٤ بإبرام عقد امتياز لاستغلال منطقة قصر المنتزه وتعمير منطقة جبل المقطم مع الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات ، ونص في البند الخامس من العقد على اللجوء إلى التحكيم في حالة الخلاف على تفسير أو تنفيذ بنود الاتفاق . وبعد نشوء النزاع إثر مسألة مد مدة العقد بسبب توقف الشركة المتعاقدة في ظروف لم تكن متوقعة ، لذلك لجأت الشركة إلى التحكيم وقامت بتعيين محكم عنها ، ونظرا لرفض الوزارة تعيين محكم عنها ، فقد قامت الشركة برفع دعوى أمام القضاء الإداري لتعيين محكم عن الوزارة ، و قضت المحكمة حينها بتعيين محكم عن الوزارة . وعلى إثر ذلك قامت الوزارة بالطعن على حكم محكمة القضاء الإداري بتعيين محكم عنها ، أمام المحكمة الإدارية العليا، على أساس أن العقد موضوع النزاع هو عقد إداري وبالتالي لا يجوز نظره إلا أمام جهة القضاء الإداري دون غيرها وهو اختصاص أصيل لا يمكن الاتفاق على مخالفته . ولذلك ، قضت المحكمة الإدارية العليا باختصاص القضاء الإداري في نظر موضوع العقد الإداري سالف الذكر .

٣٩١- كما قضت محكمة القضاء الإداري في ١٩٩١/١/٢٠ باختصاصها ولائياً بنظر المنازعات الناشئة عن منازعات العقود الإدارية ، استنادا إلى المادة العاشرة

---

[٤٨٦] الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق إدارية عليا ، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٠

من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ [٤٨٧] . وتتلخص وقائع المنازعة في أن وزارة الإسكان والتعمير قد أبرمت عقداً مع شركة المقاولون العرب و شركة تارمالك الإنجليزية عبر البحار في ١٩٧٦/٣/١١ بغرض إنشاء نفق الشهيد أحمد حمدي بالسويس . وتضمن العقد شرط اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء منازعات بين الطرفين . وبعد انتهاء تنفيذ العقد تبين وجود عيوب في التنفيذ تهدد سلامة النفق لذا لجأت هيئة قناة السويس – التي تسلمت المشروع من الوزارة بعد الانتهاء من تشييده – إلى القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض ، إلا أن الطرف المتعاقد دفع أمام المحكمة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم . وقضت محكمة القضاء الإداري برفض هذا الدفع وقضت باختصاصها و ببطلان شرط التحكيم لمخالفته قانون مجلس الدولة .

الرأي المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية :

٣٩٢- ذهب رأي إلى جواز التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة ، ففي مجال المعاملات الدولية الخاصة لا يجوز للدول الاحتجاج بأن لها نصوصها التشريعية الوطنية وأن الدولة وسائر أشخاص القانون العام ليس لهم أهلية إبرام اتفاقات تحكيم ، فإن ذلك يتنافى مع مقتضيات الحياة الدولية المعاصرة [٤٨٨] .

---

[٤٨٧] تنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة على " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :

.....

حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر "

[٤٨٨] أ.د. سامية راشد ، ص ٣٣١ . المرجع السابق

٣٩٣- كذلك فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في ١٩٨٩/٥/١٧ و ١٩٩٣/٣/١٠ بجواز التحكيم في العقود الإدارية[٤٩٨] واستندت في ذلك إلى :

أ- أن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري أجاز الاتفاق على التحكيم مبيناً شروطه واجراءاته، وكيفية تنفيذ أحكام المحكمين، والطعن عليها في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ .

ب- أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة ،ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية ، حينما نصت بالفقرة الثالثة على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة ألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو **تحكيم** أو **تنفيذ قرار محكمين** في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة . فلو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة ، لما ألزمها المشرع بعرض هذا الاتفاق على مجلس الدولة .

ج – لا وجه للقول بأن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية دون غيرها طبقا لنص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة ، وبالتالي فإن الاتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الإداري في هذا الشأن ، ذلك أن المقصود من نص تلك المادة هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي .

٣٩٤- كما قضت المحكمة الإدارية العليا [٤٩٩] بعدم قبول الدعوى المطروحة أمامها لوجود شرط تحكيم . وتتلخص وقائع تلك القضية في قيام الحكومة بإبرام عقد مع إحدى الشركات من أجل تحويل القمامة بمدينة القاهرة وضواحيها ، وكذلك تحويل

---

[٤٩٨] " عقود الأشغال الدولة والتحكيم فيها " م.د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، ص٤٠٢ . مشار إليه سابقا ، أنظر أيضا " التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية – دراسة مقارنة " أ.د. يسري العصار ، ص ١٢١ مشار إليه سابقا

[٤٩٩] الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق إدارية عليا ، جلسة ١٩٩٤/١/١٨

مخلفات المذابح العمومية إلى سماد عضوي ، واتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم في شان ذلك العقد . إلا أنه بسبب غموض العقد ، فقد لجأ الطرفان إلى محكمة القضاء الإداري بطلب تفسير العقد ، إلا أن المحكمة قضت بالمبدأ السابق الإشارة إليه ، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا ذات المبدأ عندما طُعن على الحكم الصادر عن القضاء الإداري .

الوضع بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤[٥٠٠]

٣٩٥- وعلى الرغم من صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، إلا أنه لم ينص صراحة عند صدوره على جواز التحكيم في العقود الإدارية ، ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة الأولى لم تُحدد بشكل واضح جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية [٥٠١] ، وعلى الرغم من ورود أمثلة في صدر المادة الثانية من قانون التحكيم على العقود التي كانت تُعد عقوداً إدارية ، و أسبغ عليها المشرع وصف العقود التجارية كعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وأنابيب الغاز والنفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية . و اختلف الرأي حول تفسير المادة الأولى، إذ أصدرت الجمعية

---

[٥٠٠] جدير بالذكر أن مناقشات مشروع القانون في مجلس الشعب آنذاك قد أُثيرت في خصوص تلك المادة الخاصة بجواز التحكيم في العقود الإدارية ، إذ أنه الثابت في محاضر مجلس الشعب أنه قد قُدم اقتراحا من أحد الأعضاء في ١٩٩٤/٣/٦ بإضافة جملة " ويشمل ذلك كافة العقود الإدارية " إلا أنه بعد التصويت على نص المادة ، تم حذف تلك الإضافة و صيغت بالصياغة التي خرجت علينا آنذاك .

[٥٠١] كانت الفقرة الأولى من المادة الأولى تنص على " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية ، تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من **أشخاص القانون العام** أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون .

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٩٦/١٢/١٨ فتوى بعدم مشروعية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية[٥٠٢] استناداً إلى:

أ- إنعدام الأساس التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية . ذلك أن المشرع لم ينص صراحة في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، على جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

ب- عدم ملاءمة التحكيم مع طبيعة العقد الإداري، وأن اختصاص القضاء الإداري وحده بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، هو الأمر الذي يتفق مع الطبيعة القانونية التي تتميز بها هذه العقود.

٣٩٦- وعلى عكس ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة [٥٠٣] بجواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية . وتتلخص وقائع الدعوى أمام محكمة الاستئناف في النزاع الذي ثار بين المجلس الأعلى للآثار ، وشركة أجنبية كانت قد أبرمت عقداً مع المجلس لتنفيذ بعض الأعمال التكميلية في متحف آثار النوبة بأسوان ، وتضمن العقد شرطاً للتحكيم . وعلى عكس ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، فقد قضت المحكمة بصحة شرط التحكيم وبعدم مخالفته لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ . كما أن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد أجازت للأشخاص القانونية العامة الاتفاق على التحكيم وكذلك على الصلح فيما لا يجاوز خمسة آلاف جنيه ، وبعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة فيما يزيد على هذا المبلغ . وأخيرا فإنه من غير الجائز أن تقبل الجهات الإدارية إدراج شرط تحكيم في العقود التي تبرمها ثم

---

[٥٠٢] وبناء على تلك الفتوى ، فقد أصدرت الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٩٧/٤/٩ فتوى ببطلان شرط التحكيم الوارد في عقود الدولة الإدارية ، وأن محاكم الدولة هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن تلك العقود .

[٥٠٣] الطعن رقم ٦٤ لسنة ١١٣ ق ، جلسة ١٩٩٧/٣/١٩ أمام الدائرة ٦٣ تجاري . مشار إليه في مؤلف " التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية – دراسة مقارنة " أ.د. يسري العصار ، ص ١٣٥ . سابق الإشارة إليه.

تدفع بعد ذلك ببطلان هذا الشرط ، لأن هذا التصرف يتناقض مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الإلتزامات .

٣٩٧- وهكذا يتضح مدى الاختلاف والتباين في مدى جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات في العقود الإدارية . ذلك أن استمرار الاختلاف في أحكام القضاء في شأن تلك المسألة ، يترتب عليه عواقب وخيمة ،خاصة تتعلق بالتناقض في أحكام القضاء . لذلك ، ورغبة من المشرع في حسم هذا الخلاف بنص صريح لا يدع مجالاً لاختلاف الآراء وتلتقى عنده وتستقر كل الاجتهادات، وبالنظر إلى أن العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي قد اتسعت وتشعبت مع مراحل النمو والإصلاح التي تخطوها البلاد ، وتتعاظم مسيرتها حيناً بعد حين ، وتشارك الدول غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة في قيام تلك العلاقات، بالقدر اللازم لتشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية وتحقيق أهدافها ، بما في ذلك إبرام عقود إدارية وثيقة الصلة بالمرافق العامة مع أطراف محلية وأجنبية [٥٠٤] فقد أصدر المشرع [٥٠٥] القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٣ بإضافة فقرة ثانية لنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، تنص على " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك "

---

[٥٠٤] " موسوعة التحكيم في البلاد العربية " د . عبد الحميد الأحدب ، الجزء الأول ص ٧٦٣ . سابق الإشارة إليه

[٥٠٥] جاء في تقرير لجنة الشئون الدستورية بمجلس الشعب بصدد مشروع القانون الجديد في جلستها الستين بتاريخ ١٩٩٧/٤/٢٣ النص الآتي " واستبان للجنة أنه في الفترة السابقة على صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه ، كانت مسألة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية محل خلاف في الرأي وصدرت في خصوصها أحكام قضائية وفتاوى تباينت الآراء فيها .... ثم صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالف الذكر ، وكان المأمول من عبارة (أيا كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع) الواردة في المادة ١ من القانون المذكور ، أن تُشكل سنداً لا يختلف عليه حول سريان أحكام هذا القانون على منازعات العقود الإدارية بحيث يكون جائزاً قانوناً الاتفاق على حسم هذه المنازعات بطريق التحكيم "

٣٩٨- يتضح إذن أنه بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل أحكام قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى ، أن المشرع أراد بهذا التعديل حسم الخلاف بنص قاطع الدلالة ،على جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية. إلا أن المشرع اشترط لجواز ذلك موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة . كما أنه لا يجوز للوزير أو من يتولى اختصاصه التفويض في الموافقة على التحكيم لشخص أو لجهة أخرى ، ذلك أن الموافقة على التحكيم يجب أن تصدر عن شخص الوزير نفسه أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة .

٣٩٩- وعلى عكس ما ذهب إليه رأي[٥٠٦] من أن التعديل الذي أدخله المشرع في نص المادة الأولى من قانون التحكيم ، باعتبار أنها قاعدة موضوعية من طبيعة تفسيرية وبالتالي فإنها تنطبق بأثر رجعي ، أي يرتد تاريخ انطباقها إلى تاريخ بدء تطبيق القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ . إلا أننا نرى أنه لا مجال للاجتهاد مع وجود النص ، ذلك أن النص الجديد المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لم ينص على تطبيقه بأثر رجعي ، وبالتالي فإن النص المعدل ينطبق بأثر فوري . كما أن القانون قد نص في مادته الثانية على أن " يُنشر هذا القانون في الجريدة الرسمية **ويعمل** به **من اليوم التالي** لتاريخ نشره ..... " ، فإذا أراد المشرع تطبيق القانون بأثر رجعي ، لما أورد تلك المادة وإنما كان نص على انطباقه بأثر رجعي [٥٠٧].

---

[٥٠٦] أ.د. يسري العصار ، ص ١٤٢ . المرجع السابق

[٥٠٧] تأييدا لرأينا أنظر " التحكيم في العقود الإدارية – دراسة مقارنة " أ.د. جابر جاد نصار طبعة ١٩٩٧ دار النهضة العربية ، ص١٠٦ . أيضا بحث بعنوان " التحكيم في العقود الإدارية للدولة " أ.د. محمد سعيد حسين أمين ص ٢٦٢، مقدم ضمن فعاليات الدورتين التمهيدية والتخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، ديسمبر ٢٠٠٧ ، مشار إليها سابقا . أنظر أيضا حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١١٤٩٢ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠١١/٥/٧ أمام دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار ، والحكم منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد ١٢ – أكتوبر ٢٠١١ ص ٥٨٨ .

٤٠٠- ويلاحظ أن المشرع لم يضع جزاءاً في حالة عدم الحصول على تلك الموافقة ، وبالتالي أصبح مجال الاجتهاد مفتوحاً ، فقد ذهب رأي [٥٠٧] إلى أن عدم الحصول على تلك الموافقة يترتب عليها بطلان اتفاق التحكيم ، إلا أن الموافقة اللاحقة من شأنها تصحيح هذا البطلان سواء أكان تحكيماً داخلياً أم دولياً . وذهب رأي آخر[٥٠٨] أنه على هيئات التحكيم الدولي أن تقضي بعدم قبول الدفع الذي يقدمه الشخص المعنوي ببطلان اتفاق التحكيم، ويرجع عدم قبول هذا الدفع إلى أنه يؤدي إلى تنصل الشخص المعنوي العام من التزاماته التعاقدية استناداً إلى قاعدة مستمدة من قانونه الداخلي مما يتعارض مع مقتضيات النظام العام الدولي .

٤٠١- ونادى البعض[٥٠٩] بإلغاء شرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الإلتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية ، والسبب في ذلك أن هذا الشرط من الممكن إساءة استعماله والانحراف بالسلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة في هذا الصدد ، وأنه من المسلم به أن هذا العيب من العيوب القصدية التي يتعين إثباتها أمام القضاء الإداري . فإذا منح الوزير موافقته على التحكيم في عقد ما ، وامتنع عن إعطاء تلك الموافقة على عقد آخر يشابهه ، فإن ذلك يمكن أن يكون إساءة لاستعمال السلطة التقديرية الممنوحة له ويمكن اللجوء إلى القضاء الإداري في هذا الصدد .

٤٠٢- يتضح إذن أنه يشترط لإمكان اتفاق الأطراف على إدراج اتفاق التحكيم في عقد إداري ، الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك طلب الإدارة المختصة في الجهة الإدارية الرأي من إدارة الفتوى بمجلس الدولة . لأن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لم ينسخ

---

[٥٠٧] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، ص ٨٠ . مشار إليه سابقا . أيضا أ. د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ص ١٤٨ . مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية " المستشار / محمد أمين المهدي والمستشار / محمود فوزي عبد الباري ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد ١٤ – يونيو ٢٠١٠ ص ١٠٥ .

[٥٠٨] أ.د. يسري العصار ، المرجع السابق ص ١٤٤ . مشار إليه سابقا

[٥٠٩] " القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد " م.د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، ص ١١٣ مشار إليه سابقا . أنظر أيضا أ.د. يسري العصار ، ص ١٤٣ . المرجع السابق .

المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في اشتراطه طلب رأي الإدارة المختصة في الوزارات أو الهيئات العامة أو مصالح الدولة عند إبرام أو قبول أو إجازة عقد صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه .

٤٠٣- وذهب البعض [٥١٠] إلى أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ترتب عليه اختلاف الرؤية بين القاضي الإداري وبين هيئات التحكيم ، في شأن تكييف الموافقة التي تصدر من الوزير في هذا الشأن ، فهيئات التحكيم تعتبر هذه الموافقة إجراءاً شكلياً ، لا يغير عدم استيفائه، من صحة شرط التحكيم مع التوسع في الاستدلال على تمام الموافقة إقراراً لتطبيق مبدأ حسن النية والثقة الواجب توافرها في المتعاقدين . بينما يعتبر القاضي الإداري هذه الموافقة شرطاً جوهرياً يترتب عليه ليس فقط تعديل قواعد الاختصاص القضائي المقررة دستورياً وتشريعياً ، بل استبدال أحكام مقررة أساسا لتحقيق التوازن بين الصالح العام والمصالح الخاصة للمتعاقدين بأحكام قانونية تحكم العقود الإدارية ، مما يلزم معه التحقق من تمام صحة هذه الموافقة ، مع ترتيب جزاء البطلان على تخلفها .

- ونرى أن عدم الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه ، على إدراج اتفاق التحكيم في العقود الإدارية لا يترتب عليه بالضرورة بطلان الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ، وذلك في التحكيم الدولي والذي اختار فيه الأطراف قانوناً موضوعياً غير القانون المصري ، أما في التحكيم الداخلي [٥١١]، الذي يختار فيه الأطراف تطبيق القانون المصري ، فإن محل تنفيذ الحكم يكون داخل الأراضي المصرية ، فلا مناص من بطلان الحكم إذا ما صدر بناء على اتفاق تحكيم لم يحز

---

[٥١٠] " الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية " المستشار / محمد أمين المهدي والمستشار / محمود فوزي عبد الباري ، ص١٠١ مشار إليه سابقا .

[٥١١] " أثر شرط التحكيم في العقد الإداري على اختصاص مجلس الدولة " أ.د. صبري السنوسي ، ورقة بحثية مقدمة لمركز البحوث والاستشارات القانونية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ضمن فعاليات دورة التحكيم المتقدمة في الفترة من ٢٠١٢/٣/١٨ إلى ٢٠١٢/٣/٢٢ ص ٢٣.

على موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه . فلا يمكن التذرع بعدم موافقة الوزير المختص كسبب للانسحاب من التحكيم أو لعدم الاعتراف بالحكم الصادر عن هيئة التحكيم ، وهو ما يسمى بالإنكار أو الإيقاف أو الإغلاق estoppel [٥١٢] ، إذ أن مضمون المبدأ يتطلب من الدولة أو الأشخاص العامة أن يكون سلوكها الحالي متناغماً ومتآلفاً مع ما اتخذت سابقا من أوضاع قانونية أو واقعية ، استجابة لما يتطلبه مبدأ حسن النية في ممارسة الحقوق وتنفيذ الإلتزامات ، ومنع الشخص من إنكار أو جحد ما سبق أن صدر منه من قول أو فعل أو سلوك، صريحا كان أو ضمنيا ، كما أن هذه القاعدة تضمن لكل طرف ممارسة حقوقه وأداء واجباته بمنأى عن خشية أن يقوم طرف آخر في يوم ما ، بتغيير سلوكه ومواقفه والتنصل لحقوق لم ينكرها سابقا . فمبدأ الإنكار estoppel ينبع من معين حسن النية ليصب في محيط استقرار العلاقات القانونية وهذا المبدأ يُعرف في الشريعة الاسلامية بأن " من سعى إلى نقض ما تم على يديه ، فسعيه مردود عليه " .

٤٠٤- وعلى الرغم من سن التعديل المشار إليه آنفا في خصوص جواز التحكيم في العقود الإدارية ، إلا أنه تعددت الأحكام ، التي تقضي بوقف إجراءات التحكيم أو تقرير بطلان شرط التحكيم ، إذا ما قامت الجهة الإدارية أثناء إجراءات التحكيم بالالتجاء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ وبطلان شرط التحكيم . وفي هذا الشأن فإننا نستعرض المثال الآتي لبيان اتجاه بعض أحكام القضاء الإداري بشأن التحكيم في العقود الإدارية [٥١٣]:

---

[٥١٢] أ.د. محمود سمير الشرقاوي ص ٤٦٠ ، المرجع السابق . والجدير بالذكر، قضاء هيئة التحكيم المُشكّلة في القضية التحكيمية رقم ٥٦٧ لسنة ٢٠٠٨ CRCICA والصادر الحكم فيها بتاريخ ٢٠٠٩/٩/١٢ بأن النص في المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعُدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من ضرورة موافقة الوزير على شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية هو إجراء يقع استيفائه على عاتق الجهة الإدارية وحدها . وبالتالي فإنه يتعذر ترتيب البطلان كجزاء على عدم حصولها على هذه الموافقة ، لا سيما وأن المتعاقد لم يكن له دورا في استيفاء تلك الإجراءات . منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد ١٣ – ديسمبر ٢٠٠٩ ص ٢٣٧ .

[٥١٣] " الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية " المستشار / محمد امين المهدي والمستشار / محمود فوزي عبد الباري ، ص١٠١ وما بعدها . مشار إليه سابقا.

٤٠٥- بتاريخ ١٩٩٩/١/٦ أبرمت الهيئة العامة للبترول مع شركة ناشيونال جاز عقداً بشان توصيل الغاز الطبيعي للمناطق السكنية والتجارية والصناعية ومحطات القوى داخل محافظة الشرقية ، وذلك للقيام بأعمال التمويل ودراسة وتصميم وتوريد وإنشاء وتمديد وتشغيل الغاز الطبيعي والتعاقد مع المتعاقدين وتحصيل مقابل الاستهلاك ، وذلك لمدة ٢٥ سنة على أن تعود ملكية أصول المشروع إلى الهيئة ، وقد أقامت الشركة طلبا للتحكيم بشان مطالبتها الهيئة بأداء مبلغ ادعت استحقاقها له ، نتيجة تغير سعر الصرف للجنيه أمام العملات الأجنبية ، استناداً إلى شرط التحكيم المتفق عليه في العقد . إلا أنه أثناء تداول القضية أمام هيئة التحكيم ، لجأت الهيئة العامة للبترول إلى محكمة القضاء الإداري في ٢٠٠٩/٥/١١ طالبة الحكم لها بوقف تنفيذ وبطلان شرط التحكيم الوارد بالعقد مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها بطلان إجراءات التحكيم وأية قرارات تصدر عن هيئة التحكيم .

دفعت الشركة أمام المحكمة بعدم اختصاصها لوجود شرط التحكيم ، إلا أن المحكمة قضت برفض هذا الدفع والقضاء باختصاصها ، على أساس أن دعوى الهيئة العامة للبترول ليست طعناً بالبطلان على قرار هيئة التحكيم ، وأن اختصاصها بنظر المنازعة بحسبانها نزاعاً متعلقاً بشرط التحكيم الوارد في العقد فإن المحكمة تصدت له من تلقاء نفسها ، على أساس أن ولاية جهتي القضاء العادي والإداري من النظام العام . وعلى هذا الأساس قضت المحكمة ببطلان شرط التحكيم ، وما ترتب على ذلك من آثار ، وباختصاصها بنظر النزاع ، ذلك أن التحكيم ليس معناه النزول عن حق الإلتجاء إلى القضاء ، وإذا لم ينفذ شرط التحكيم لأي سبب عاد اختصاص الفصل في النزاع إلى المحكمة المختصة أصلا بنظره والفصل فيه .

٤٠٦- وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن مجلس الدولة الفرنسي ظل رافضاً لمبدأ التحكيم في العقود الإدارية لما فيه من مساس بسيادة الدولة والانتقاص منها والعدوان على سلطة القضاء الوطني ، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي مجيزاً التحكيم في العقود الإدارية [٥١٤] .

المطلب الثاني

التحكيم في عقود الشراكة

(في القانون المصري)

٤٠٧- نصت المادة ٣٥ من قانون الشراكة المصري على أنه " يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري ، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك . ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم ، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقا لما يتفق عليه في عقد المشاركة "

٤٠٨- ويستفاد من ذلك النص النقاط الآتية :

- أن المشرع أجاز استثناءاً اللجوء إلى التحكيم باعتباره وسيلة غير قضائية لتسوية أية منازعات تنشأ عن عقد الشراكة .

---

[٥١٤] عدل المشرع الفرنسي المادة ٢٠٦١ بالقانون رقم ٢٠٠١-٤٢٠ في ٢٠٠١/٥/١٥ . أ.د. محمود سمير الشرقاوي ص٧٧ ، مشار إليه سابقا . أنظر أيضا " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " رسالة دكتوراه ، د/ احمد حسان حافظ مطاوع ، ص ٢٦٣ وما بعدها ، مشار إليه سابقا .

- أن المشرع أسبغ الطبيعة الإدارية على عقود الشراكة [٥١٥] ، على الرغم من النص في الفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد الإصدار على عدم سريان أحكام القوانين التالية على عقود الشراكة ،وهي أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة ، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح إلتزامات المرافق العامة .
- لم يشترط المشرع الإلتجاء إلى التحكيم فقط لتسوية المنازعات ، بل أجاز أيضا اللجوء إلى الوسائل **غير القضائية** ، وحسناً فعل المشرع في تبنيه لهذا المسلك ، إذ أنه أرتأى تجنيب المنازعات الخاصة بعقود الشراكة من طرحها على ساحات القضاء ، ويمكن إرجاع ذلك إلى عدة أسباب :
  - حرص المشرع على كفالة حسن سير المشروعات المقامة بأسلوب الشراكة ، وعدم تأثر المشروع بما يصاحب نظر النزاع أمام القضاء من تسليط الضوء على خصوصيات المشروع .
  - ما يتمتع به التحكيم من سرية إجراءاته وجلساته ، بما يحافظ على أسرار المشروع خاصة إذا ما كان يستخدم تكنولوجيا متقدمة في سبيل تشييد المشروع ، فأمام ساحات القضاء من الصعب الحفاظ على تلك السرية ، خاصة إذا كان المشروع متعلقا بمرفق عام .
  - ما يكتنف اللجوء إلى القضاء من بطء في الإجراءات التي من شأنها عرقلة سير المشروع ، وهو ما من شأنه أن يسفر عن انصراف المستثمرين عن الدخول في عقود مشاركة مع القطاع العام .

---

[٥١٥] أنظر سابقا بند ٥٥ . قضاء محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ قضائية ، جلسة الأحد ٢٠٠٦/٢/٢٩ ، الدائرة السادسة عقود وتعويضات. إذ قضي في أسبابه أن " العقد محل المنازعة الماثلة والمعروف بنظام B.O.T لا يمكن اعتباره من عقود التجارة الدولية بالمعنى الاصطلاحي المتعارف عليه ، بل أن صحيح تكييفه أنه من العقود الإدارية بحسبانه لا يعدو كونه عقدا من عقود التزام المرافق العامة "

- حرص المشرع على ذكر التحكيم بإعتباره وسيلة من الوسائل غير القضائية ، وبمفهوم المخالفة ، فإن أي وسيلة أخرى من الوسائل غير القضائية ، يمكن اللجوء إليها لتسوية المنازعات .ونرى أن المسلك الذي انتهجه المشرع ينبع من رؤيته للطبيعة الخاصة والأهمية البالغة للمشروعات المتعلقة بالبنية الأساسية ، فقد تزايد الاهتمام بوسائل توقي منازعاتها والعمل على حل الخلافات التي تطرأ أثناء العمل أولا بأول حتى لا تتحول هذه الخلافات إلى منازعات تحتاج إلى الإلتجاء إلى القضاء لحسمها ، و تتعدد الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات والتي من ضمنها الوساطة والتوفيق والمفاوضات [٥١٦] .
- حرص المشرع على ذكر التحكيم كوسيلة اختيارية لتسوية المنازعات ، وكذلك أي وسيلة أخرى غير قضائية ، وفقاً لما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف في عقد الشراكة .
- اشترط المشرع في خصوص القانون الواجب التطبيق ، أن يكون هو القانون المصري ، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على اختيار قانون آخر بخلاف الأخير وإلا كان البطلان هو مصير الاتفاق على تطبيق القانون الأجنبي . والبطلان هنا مقصور فقط على هذا الاتفاق ، ولا يمتد البطلان إلى بقية العقد . ويستتبع ذلك البطلان ، انطباق القانون المصري على عقد المشاركة .

ويثور التساؤل حول صياغة تلك المادة ، إذ أنها ذكرت أن تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة يكون عن طريق التحكيم أو غيره من الوسائل غير القضائية ، بشرط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ، فهل يُفهم من ذلك أن

---

[٥١٦] أنظر سابقا بند ٨٣ وما بعدها . أنظر أيضا " التحكيم الدولي وغيره من وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقيات البوت " أ.د. محمود سمير الشرقاوي ، بحث مقدم ضمن فعاليات مؤتمر التحكيم الدولي والوسائل الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – القاهرة في الفترة من ٨ : ١٢ إبريل ١٩٩٧ ، ص ٤ .

المشرع لم يجز اللجوء إلى القضاء ، وإنما اختص التحكيم وغيره من الوسائل غير القضائية فقط بنظر تلك المنازعات ؟

٤٠٩-نرى أن المقصود من ذلك ليس منع الأطراف من اللجوء إلى القضاء ، ذلك أن الدستور المصري يكفل للمواطنين حق اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي ، وبالتالي فلا يتصور أن ينص المشرع في قانون الشراكة على سلب هذا الحق ، وإنما قصد من وراء هذا النص أنه في حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى جهة أخرى غير القضاء ، فلا بد من الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ، وبمفهوم المخالفة فإن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء لا يستلزم معه الحصول على موافقة اللجنة ، مالم يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ابتداءاً ، ففي هذه الحالة ، فلا يمكن لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء مباشرة في ظل وجود اتفاق على التحكيم وإلا قضت معه المحكمة بعدم القبول لوجود اتفاق التحكيم (م ١٣ من قانون التحكيم المصري) إذا تمسك المدعي عليه بهذا الدفع . ويتبين من ظاهر نص المادة ٣٥ ، أن المشرع ذهب إلى أن الأصل هو اللجوء إلى القضاء من أجل تسوية المنازعات ، وهو في ذلك الشأن محكوم بنصوص دستورية باعتبار أن القضاء هو صاحب الاختصاص الأصيل في فض أية منازعات تنشأ بين الأشخاص ، وأن اللجوء إلى تسوية المنازعات عن طريق التحكيم أو أي وسيلة غير قضائية ، يُفهم منه أنه أجاز اللجوء إلى تلك الوسائل استثناءاً .

كذلك اشترط المشرع الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة - شأنه شأن شرط الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، باعتبار أن تلك اللجنة هي من الأشخاص الاعتبارية العامة ، على الرغم من أن تشكيلها يتضمن عدداً من الوزراء، وأن رئيسها هو رئيس مجلس الوزراء ، إلا أنها تُعد شخصاً اعتبارياً عاماً – في حالة الاتفاق على إدراج اتفاق التحكيم في عقد المشاركة ، والسبب في ذلك يكمن في

الأهمية البالغة لتلك العقود وتأثيرها على المصالح الاقتصادية للدولة ، فلا بد من أن يتم إقرار هذا الشرط (اتفاق التحكيم) من قبل اللجنة ، حتى تتمكن من تقويم خطورته خاصة ، وأن عقود المشاركة عادة ما تكون في شأن المرافق العامة ، والتي تبلغ قيمة تشييدها مليارات الجنيهات. أما في حالة عدم الحصول على تلك الموافقة ، فإننا نرى أنها تأخذ ذات الحكم بخصوص عدم أخذ موافقة الوزير المختص في شان إبرام اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ، أي أنه لا يمكن التذرع بعدم موافقة الوزير المختص كسبب للانسحاب من التحكيم أو لعدم الاعتراف بالحكم الصادر عن هيئة التحكيم ، تطبيقا لمبدأ الإنكار أو الإغلاق estoppel [٥١٧] .

لم تتضمن اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري ، والصادر في شأنها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٨٣ لسنة ٢٠١١ [٥١٨]، تنظيماً لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم ، وبالتالي فإنه يتم الرجوع في هذا الشأن إلى القواعد العامة للتحكيم ، أي إلى قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ . وعلى الرغم من حداثة قانون الشراكة المصري [٥١٩] وبالتالي عدم وجود سوابق تحكيمية مستندة إلى هذا القانون ، إلا أننا نرى أن إدراج اتفاق

---

[٥١٧] أنظر سابقا بند ٣٩٣ . أنظر أيضا حكم التحكيم الصادر في ٢٠٠٩/١١/٥ في القضية التحكيمية رقم ٥٥٣ لسنة ٢٠٠٧ الصادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، والذي قضى بأن جهة الإدارة هي المسئولة وحدها عن إتمام إجراءات إبرام العقود الإدارية بما فيها موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم في العقود الإدارية . منشور في مجلة التحكيم العربي العدد ١٢ – ديسمبر ٢٠٠٩ ، ص ٢٣٧ . أنظر أيضا حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١٧ في القضية التحكيمية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦ CRCICA والتي أقرت ذات المبدأ (مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني عشر – يوليو ٢٠٠٩ ص ١٢١)

[٥١٨] صدرت اللائحة في ٢٠١١/١/٢٣ في الجريدة الرسمية العدد٣ مكرر (ب) السنة ٥٤ .

[٥١٩] صدر القانون في ٢٠١٠/٥/١٨ ، و شهدت مصر بعد هذا التاريخ وتحديدا منذ ٢٠١١/١/٢٥ ،العديد من التغيرات السياسية والاجتماعية نتج عنه تغير سياسات الدولة الاقتصادية والاستثمارية ، وهو ما ترتب عليه إحجام العديد من المستثمرين في الدخول في شراكات مع الدولة لما له من مخاطر قد تؤثر بالسلب على الكيان المالي للمستثمر .

التحكيم في العقود المُبرمة وفقا لأسلوب المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية يُثير عدة نقاط قانونية أهمها:

اشترط المشرع أن يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري (م ٣٥ من قانون الشراكة) ويقع باطلا كل اتفاق يتم على خلاف ذلك . ولما كان اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي [٥٢٠] فهل يمكن أن يتم الاتفاق على أن تتم إجراءات التحكيم وفقا لقانون غير القانون المصري ؟

بإنزال القواعد العامة في التحكيم - وخاصة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي - على النص السالف بيانه ، فإنه يمكن القول بأنه يجوز للأطراف أن يتفقوا على إخضاع إجراءات التحكيم إما للقانون المصري أو لقانون أجنبي ، مع الآخذ في الاعتبار القواعد المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري التي تعتبر من النظام العام ، ولا يترتب على ذلك بطلان الاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون أجنبي [٥٢١] . أما بخصوص القانون الموضوعي ، فلا يجوز للأطراف أن يتفقوا على اختيار قانون آخر غير القانون المصري لكي يكون هو الحاكم لموضوع النزاع. فالقانون الموضوعي طبقا لنص المادة ٣٥ من قانون الشراكة ، يجب أن يكون هو القانون المصري ، وفي حالة اختيار قانون آخر ، فيبطل هذا الاتفاق ، ويصبح القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق .

وقد اشترط المشرع في قانون الشراكة ، موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة على إدراج اتفاق التحكيم في عقد المشاركة . كما اشترط المشرع في قانون التحكيم ، موافقة الوزير المختص على الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية . ويثور التساؤل هنا حول وجوب موافقة الوزير المختص على إدراج اتفاق التحكيم

---

[٥٢٠] أنظر سابقا بند ٢٦٣ .

[٥٢١] أنظر في ذات الرأي " التحكيم في عقود الشراكة PPP بين القطاعين العام والخاص " د. احمد سيد احمد محمود ص ١١٦ . سابق الإشارة إليه .

في عقد المشاركة باعتباره من العقود الإدارية ، وذلك بجانب الحصول على تلك الموافقة من اللجنة العليا لشئون المشاركة ؟ بمعنى آخر ، هل تَجُب موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ، موافقة الوزير المختص على إدراج شرط التحكيم في عقد المشاركة ؟

كما ذكرنا سابقا ، أن قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يُعد الشريعة العامة للتحكيم ، ولما كان الخاص يُقيد العام ، وأن المشرع نص في قانون الشراكة على جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود المشاركة بشرط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ، فإننا نرى بالتالي ، أن هذه الموافقة تكفي في حد ذاتها لكي يتم إدراج هذا الشرط في عقد المشاركة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن المادة ١٤ من قانون الشراكة المصري والمعنية بتشكيل اللجنة العليا لشئون المشاركة ، قد نصت على أن " وينضم لعضوية اللجنة ، الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند النظر في المشروع واعتماده " وهكذا يتضح أن الوزير المختص – والذي اشترطت المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ موافقته على شرط التحكيم في العقود الإدارية – مُمثلاً داخل اللجنة العليا لشئون المشاركة ، وبالتالي فإن موافقة اللجنة المذكورة على اتفاق التحكيم ، وبالتبعية موافقة الوزير المختص المُنضم إلى تشكيل تلك اللجنة ، يستتبع بالضرورة تحقق الشرط المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون التحكيم .

ولم يشترط المشرع في قانون الشراكة ، أن يتم التحكيم وفقا لإجراءات معينة ، ذلك أنه اكتفي فقط بشرط الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة أما فيما يتعلق بمكان انعقاد جلسات التحكيم ، أو اللغة التي يتم بها ، أو كيفية تشكيل الهيئة ، فقد أورد نصاً مرناً هو " ..... وذلك طبقا لما يتفق عليه في عقد المشاركة " وجاء ذلك النص بمناسبة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير

القضائية " . ولما كانت المرونة وسهولة الإجراءات هما من مميزات التحكيم فإن المشرع رغب – من أجل جذب المستثمرين للدخول في شراكة مع القطاع العام – بأن يترك لأطراف التعاقد حرية الاتفاق في اختيار البنود الخاصة بسير إجراءات التحكيم .

٤١٠- أما بشأن حكم التحكيم الصادر في نزاع بخصوص عقد مشاركة ، فإنه يأخذ ذات الحكم الخاص بأحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية ، فتختص بنظر دعوى بطلانه المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع [٥٢٢]، ولذات الأسباب المنصوص عليها في المادة ٥٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

لما كانت مشروعات الشراكة تتضمن صناعات التشييد والبناء ، وما تتميز به تلك الأخيرة من أنها ذات عقود مركبة ومعقدة ، فهي مزيج من عدة عقود سواء فيما يتعلق بمظاهرها الفنية أو القانونية ، إذ يختلط فيها بشكل كبير خضم من المسائل الفنية بالغة التعقيد مختلفة التخصص، بالإضافة إلى ما يثيره هذا النشاط الاقتصادي من مشاكل قانونية خاصة تختلف عن غيرها مما تثيره من أوجه النشاط الاقتصادي الأخرى فهذا النوع من المشروعات يثير مسائل من طبيعة فنية

---

[٥٢٢] تجدر الإشارة في هذا المقام إلى الحكم الهام الذي صدر من المحكمة الدستورية العليا الصادر في الطعن رقم ٤٧ لسنة ٣١ ق تنازع ، بجلسة ٢٠١٢/١/١٥ والمتعلق بالفصل في تنازع الاختصاص بين كل من محكمة القضاء الإداري و محكمة استئناف القاهرة في نظر دعوى بطلان حكم التحكيم رقم ٣٨٢ لسنة ٢٠٠٤ والصادر في ٢٠٠٦/٣/٧ ، الصادر في النزاع المتعلق بعقد امتياز بإنشاء وتشغيل واستغلال مطار رأس سدر بنظام B.O.T والمبرم بين كل من الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بصفتها الجهة مانحة الامتياز ، وشركة ماليكورب المحدودة بصفتها صاحبة حق الامتياز ، بأن قررت المحكمة الدستورية العليا أن العقد المبرم قد انطوى على شرط تحكيم بإحالة أي نزاع قد يثور بين طرفيه وتعذر حله وديا ، يتم اللجوء إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي . وعلى الرغم من أن الأصل العام هو اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات ، إلا أن المشرع استثنى من هذا الأصل العام دعوى بطلان حكم التحكيم الذي يصدر نفاذا لمشارطة تحكيم وإن تضمنها عقد إداري ، متى كانت ذات طبيعة إدارية . وترتيبا على ما تقدم فتكون المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم هي محكمة استئناف القاهرة . مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر – يونيو ٢٠١٢ ، ص ٢١٧ .

وقانونية يلتحم فيها الواقع بالقانون وكثيرا ما يثير مشاكل قانونية من طبيعة مستحدثة تقتضي حلولاً وأفكاراً جديدة ويظهر هذا [٥٢٣] إما بسبب تنوع وتعدد المهام والأدوار التي تتكون منها هذه العملية بحيث يعجز مقاول واحد عن القيام بها ، و إما بسبب كثرة الأطراف المتداخلين في إنجاز هذه المهام المركبة ، وكذلك فهي معقدة من ناحية الصياغة وما تشمله من وثائق وصف المشروع ومستنداته . كما أن تنفيذ تلك المشروعات يتطلب فترة زمنية طويلة ، بالإضافة إلى فترة الإعداد لإبرام تلك العقود التي تسبقها فترة طويلة من المفاوضات . كذلك فإن تلك المشروعات لما تتميز به من أنها محاطة بالعديد من المخاطر التي قد ترجع إلى عدة اعتبارات أهمها تشابك العلاقات، وطول الفترة الزمنية ،والتكلفة الباهظة التي يتم ضخها من أجل إتمام المشروع . لذلك فإن كل هذه العوامل قد انعكست بأثارها على الوسائل المطلوبة لتسوية المنازعات الناشئة عنها ، ومن هنا كان للتحكيم خصوصية ، تختص بها عقود المشاركة عن بقية العقود ذلك أن العوامل السالف بيانها والتي تحيط بعقود المشاركة من شأنها أن تُعطي ميزة للتحكيم باعتباره من أهم الوسائل البديلة السلمية لتسوية المنازعات ، ذلك أن عقود المشاركة وما تتضمنه من تعدد للأطراف وتشابك العلاقات ،قد تُثير الكثير

---

[٥٢٣] " خصوصية العقود الدولية للتشييد " أ.د. احمد محمد صاوي ، بحث منشور ضمن فعاليات ورشة عمل بعنوان (التحكيم في عقود الإنشاءات والمقاولة) برعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية وغرفة التجارة والصناعة والخدمات للدار البيضاء ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية . كازبلانكا – المملكة المغربية ، في الفترة من ١٣ حتى ١٦ مارس ٢٠١٢ . ص ٩ . أنظر أيضا " الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات " م.د. محمد أبو العينين ، بحث مقدم ضمن فعاليات ندوة بعنوان (الآفاق الجديدة للتحكيم الهندسي) تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة في ٢٠٠٣/٤/١٩ – ص ٤ . أنظر أيضا " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " أ.د. محمود سمير الشرقاوي بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الخامس – سبتمبر ٢٠٠٢ ، ص ١٣٧ وما بعدها ، أنظر أيضا " عقد الإنشاءات في القانون المصري – دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين " أ.د. محمد بدران ، دار النهضة العربية ٢٠٠١ ، ص ٧.

من الخلافات بشأن تنفيذ عقد المشاركة . وكما ذكرنا سابقا [٥٢٤] فإن التحكيم متعدد الأطراف والذي ينتج عن وجود علاقة تعاقدية تتداخل في المعاملات وكذلك الأطراف ، وأيضا مسألة امتداد اتفاق التحكيم من عقد لأخر نظراً للإرتباط [٥٢٥] ، ويعكس هذا كله الطبيعة الخاصة والمتميزة للمنازعات التي تنشأ عن ممارسة هذا النشاط ، والتي يتطلب حسمها أن تؤخذ هذه الطبيعة في الاعتبار ، لذلك فإن القواعد المعمول بها في شأن التحكيم قد أفرزت حلولا لمواجهة تلك الإشكاليات التي تظهر عند إبرام عقد المشاركة ، أو أثناء تنفيذ المشروع .

وتضمنت المادة ٣٩ من قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ النص على تشكيل لجنة لنظر تظلمات المستثمرين وما يتعلق أو يرتبط بها خلال عمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة ، ويثور التساؤل حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم بدلا من اللجوء إلى تلك اللجنة ، لنظر طلبات المستثمرين ؟ وكذلك هل من الممكن وصف عمل اللجنة بأنها تحكيم؟ خاصة وأن نص المادة أحال إلى اللجنة لنظر التظلمات التي يتقدم بها المستثمرون خلال تنفيذ عقود المشاركة؟

للإجابة على هذا التساؤل ، يجب علينا بداءة أن نوضح تشكيل تلك الهيئة ، و طبيعة عملها ، فالمادة ٣٩ من القانون قد أحالت إلى اللائحة التنفيذية لبيان إجراءات نظر التظلم والبت فيه . إذ نصت المادة ٨٩ من اللائحة التنفيذية في الباب الرابع تحت عنوان (إجراءات نظر التظلمات المقدمة للجنة التظلمات والبت فيها) على أن تُشكل تلك اللجنة برئاسة الوزير المختص بالشئون المالية ، وعضوية اثنين من نواب رئيس مجلس الدولة يختارهما رئيس المجلس ، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة ، وأحد ذوي الخبرة من غير العاملين بالدولة يختاره رئيس اللجنة . وقد نص القانون على اختصاص تلك اللجنة بنظر تظلمات المستثمرين ، وما يتعلق أو يرتبط بها خلال عمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود

---

[٥٢٤] أنظر سابقا بند ٣٥٤ .

[٥٢٥] أنظر سابقا بند ٣٠٣ .

المشاركة . و ما يصدر عن تلك اللجنة من قرارات يكون نهائياً ونافذاً- إلا أن ذلك لا يمنع المستثمر من الطعن على قرار اللجنة أمام القضاء الإداري بحسبانه قرارا إداريا إذا ما تم ذلك خلال الأجل المحدد له قانونا - ، ونظمت اللائحة التنفيذية (م ٩٠ وما بعدها) كيفية العمل داخل اللجنة . وباستقراء نصوص تلك المواد ، فإنه يتبين أن العمل الذي تقوم به اللجنة لا يمكن أن يوصف بأنه عمل تحكيمي ، وذلك لسببين :

أولا – أن غرض اللجنة هو النظر في التظلمات التي يتقدم بها المستثمرون في شأن عمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة ، ويقصد بها تلك التظلمات التي قد يتقدم بها أحد المستثمرين اعتراضاً منه على استبعاد العطاء الذي تقدم به ، أو أن يتم إلغاء إجراءات الطرح نتيجة للاستغناء عن المشروع نهائياً ، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك (م ٣٢) ، أو إذا لم يكن غيره قد تقدم في ذلك العطاء ، ففي تلك الحالة يتم إلغاء إجراءات الطرح نظرا لعدم وجود منافسين لهذا العطاء وفي تلك الفروض من الممكن لجوء المستثمر المُستبعد عطاءه إلى لجنة التظلمات لبحث تظلمه.

ويتضح إذن أن اللجوء إلى تلك اللجنة يكون قبل إبرام عقد المشاركة ، وتكوين شركة المشروع . وعلى هذا الأساس فلا مجال للحديث عن اللجوء إلى التحكيم خاصة وأن العقد لم يُبرم بعد .

ثانيا - لا يمكن تحديد طبيعة عمل اللجنة بأنه تحكيم إجباري ، نظراً لأن المحكمة الدستورية قضت في العديد من أحكامها بعدم دستورية اللجوء إلى التحكيم الإجباري إلا في بعض الحالات [٥٢٦] ، كما أن تشكيل اللجنة منصوص عليه في القانون ، ولما كان التحكيم يقوم أساساً على رضاء الأطراف ، فلا يجوز فرض محكم على أي من الأطراف .

---

[٥٢٦] أنظر سابقا بند ٢١٨ .

ونرى أنه يمكن وصف تلك اللجنة بأنها من قبيل لجان فض المنازعات والمُشكلة في العديد من الجهات الحكومية ، إلا أنه لها طابعاً خاصاً ، نظراً لعملها في مجال البنية الأساسية وما يتميز به هذا المجال من ارتفاع باهظ في التكلفة .

ويتم قبل إبرام عقد المشاركة ، عقد لقاءات واجتماعات تمهيدية خاصة مع المستثمرين المؤهلين لمناقشة الأمور المتعلقة بمواصفات المشروع وشروطه التمهيدية (م ٢١) وأثناء تلك اللقاءات والاجتماعات ، قد يتم إبرام مذكرات تفاهم بين الجهة الإدارية والمستثمر . ويثور التساؤل حول إمكانية إدراج شرط التحكيم في تلك المذكرات؟ خاصة وأن المادة ٣٥ من قانون الشراكة اشترطت الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة بشأن الاتفاق على التحكيم في عقد المشاركة ، ولما كانت تلك المذكرات لا تُمثل عقد المشاركة ، بل هي اتفاقات تمهيدية ، فهل تنطبق عليها أحكام عقود المشاركة ؟

يرى جانب من الفقه [٥٢٧] أن نطاق اشتراط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة هو التحكيم في عقد المشاركة ، وبالتالي فلا محل للقول بوجوب الحصول على موافقة تلك اللجنة لإدراج اتفاق التحكيم في تلك الاتفاقات . وهو ذات الرأي الذي نذهب إليه ، ونضيف إليه أنه في تلك الحالة ، نرى وجوب الحصول على موافقة الوزير المختص إعمالا لنص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

---

[٥٢٧] " التحكيم في عقود الشراكة (PPP) بين القطاعين العام والخاص " د. احمد سيد احمد محمود ، ص ١١٩ . سابق الإشارة إليه

المبحث الثاني
ذاتية التحكيم في مشروعات الشراكة
في التشريعات الأجنبية

٤١١- تمهيد : اهتمت غالبية التشريعات المنظمة لمشاركة القطاع العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية ، بالنص على الوسائل الواجب اتباعها في سبيل تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة . وكذلك اهتمت المنظمات الدولية والتي عكفت على صياغة قواعد استرشادية في خصوص الشراكة ، بتنظيم وسائل حسم المنازعات في تلك المشروعات . وفيما يلي نتكلم عن أهم التشريعات والقواعد الخاصة بالشراكة ،ودور وسائل تسوية المنازعات وأخصها التحكيم .

٤١٢- قواعد الأونسيترال

أصدرت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة ، دليلاً يتضمن أحكاماً تشريعية نموذجية بشأن مشاريع البنية الأساسية [٥٢٨] عام ٢٠٠١ ، وقد تضمن ذلك الدليل تنظيماً استرشادياً للشراكة بين القطاعين العام والخاص ، يتيح للدول الراغبة في مشاركة القطاع الخاص في مشروعات بنيتها الأساسية ، أن تقتبس أحكامها منه وفقا لما يتناسب معها . وجاء في الفصل السادس من تلك القواعد ، وسائل تسوية المنازعات المتعلقة بمشروع الشراكة . وقد أكدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) على أن الإطار القانوني لتسوية المنازعات الموجود في البلد المضيف ، هو عامل مهم لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية . ذلك أن المستثمرين والمتعاقدين والمقرضين سوف يقومون على المشاركة في مشروعات

---

(٥٢٨) "UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects "
Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law . United Nations – New York , 2011 . United Nations Publication , ISBN 92-1-133632-5 . Page 173 .

البنية الأساسية في البلدان التي تحدوهم فيها الثقة بأن أية منازعات قد تنشأ عن عقود الشراكة ، ستُحل بإنصاف وكفاءة ، علاوة على ذلك ، فإن من شأن وجود إجراءات فعالة لتجنب نشوء نزاعات أو لتسويتها سريعا ، أن ييسر على الجهة الإدارية أداء مهامها الرقابية.

٤١٣- وقد ميزت تلك القواعد، المنازعات المرتبطة بعقود الشراكة ، بين ثلاث فئات عامة :

أولا - المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات بين صاحب الامتياز والجهة الإدارية :

٤١٤- المنازعات التي تنشأ في إطار اتفاق المشروع ، تنطوي أحيانا على مشاكل لا تنشأ في بقية العقود المعروفة ، ولعل ذلك يرجع إلى ما تتسم به تلك المشروعات من تعقيد ، ووجوب تنفيذها على مدى فترة زمنية طويلة ، ووجود عدد من الأطراف المشاركة في مرحلتي التشييد والتشغيل، فضلاً عن أن هذه المشاريع تشتمل على هيئات حكومية وتنطوي على درجة عالية من المصلحة العامة . ومن ثم فإن هذه الظروف تؤكد على الحاجة إلى وجود آليات تساعد بقدر الإمكان على اجتناب تفاقم الخلافات بين الأطراف ، والحفاظ على علاقة الأعمال القائمة بينهم ، وتمنع من ثم تعطل أشغال التشييد أو توفير الخدمات .

ثانيا - المنازعات الناشئة بين مؤسسي المشروع وبين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه والموردين :

٤١٥- أن العقود بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه وموردية بشأن مشاريع البنية الأساسية تعتبر عموما اتفاقات تجارية . وتبعا لذلك فإن الأطراف في تلك العقود لهم عادة حرية اختيار الطريقة التي يفضلونها لتسوية المنازعات ، والتي تشمل التحكيم في معظم الحالات ، غير أن المقرضين مع ذلك ، يفضلون في كثير

من الأحيان الإجراءات القضائية لتسوية منازعاتهم مع صاحب الامتياز التي تنشأ عن اتفاقات القروض .

ثالثا ـ المنازعات الناشئة بين صاحب الامتياز ، ومستخدمي خدمات المشروع :

٤١٦- وفقا لنوع المشروع ، من الممكن أن يوفر صاحب الامتياز بضائع أو خدمات إلى طائفة معينة من الأشخاص والهيئات ، وبالتالي فإن الاعتبارات والسياسات العامة المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقات القانونية قد تختلف بحسب اختلاف ماهية الأطراف ، والشروط التي توفر بموجبها الخدمات ، ونظام الرقابة الواجب تطبيقه في هذا الصدد .

الوسائل الشائع اللجوء إليها لمنع نشوء المنازعات ، أو تسويتها :

٤١٧- تضمنت القواعد عدداً من الوسائل التي يتم اللجوء إليها عادة من أجل تسوية المنازعات الناشئة عن مشروعات البنية الأساسية :

- التنبيه المبكر Early Warning : وتقتضي تلك الوسيلة أنه في حالة شعور أحد الأطراف بأن من شأن أحد البنود المتفق عليها في التعاقد ، أو المطالبات التي يعتزم طرف ما أن يقدمها ، تنطوي على احتمالات تسبب منازعات ، ينبغي له أن يبادر في أسرع وقت ممكن إلى توجيه انتباه الطرف الأخر إلى تلك البنود أو المطالبات .
- التشارك Partnering :وتقتضي تلك الوسيلة السعي ، من خلال استراتيجيات رسمية مصاغة على نحو مشترك ومنذ بدء المشروع ، إلى تهيئة بيئة تسودها الثقة والعمل الجماعي والتعاون فيما بين كافة الأطراف الرئيسية المشاركة في المشروع .
- التفاوض الميسر Facilitated Negotiation : ويقصد به إعانة الأطراف في عملية التفاوض ، وتعيين من يتولى مهمة التيسير والمساعدة في تسوية المنازعات بين الأطراف عند بدء المشروع .

- التوفيق والوساطة Conciliation and Mediation [٥٢٩]
- التقدير غير الملزم بوساطة الخبراء[٥٣٠] Non- binding Expert Appraisal :
- المحاكمات المصغرة Mini trial [٥٣١]
- التقدير بواسطة كبار المسئولين التنفيذيين Senior executive appraisal

يتشابه هذا الإجراء مع إجراءات المحاكمة المصغرة ، ولكنه أقل خصومة ، إذ يستخدم نهجا أكثر توجها نحو التوافق في الآراء ، بحيث يعرض كل طرف موقفة كتابة بشكل موجز ، يعقبها ردود موجزة من الطرف الآخر ، ثم يعقد اجتماع برئاسة شخص يقوم بدور الميسر ، يقدم فيه أحد كبار المسئولين التنفيذيين لدي كل طرف عروضاً شفوية وجيزة تبين المسائل المذكورة في الأوراق المتبادلة والتي سبق تقديمها بشكل موجز ، وغير ذلك من النقاط التي يثيرها الأطراف . ويعقب هذا الاجتماع ، اجتماع تفاوض ، يرأسه الميسر بغية التوصل إلى اتفاق .

- هيئات النظر في المنازعات Dispute review board : وهي هيئة تُنشأ بصفة دائمة ، ومكونة من خبراء يعينهم الأطراف المعنية ، بغرض تقديم المساعدة في تسوية المنازعات التي قد تنشأ أثناء مراحل التشييد والتشغيل . والدعاوى التي ترفع إلى هيئة النظر في المنازعات ، تكون غير رسمية وعاجلة . أي أن تلك الهيئة يتم تشكيلها منذ بدء المشروع وقبل نشوء أية منازعات ، غرضها هو الحول دون سوء التفاهم والاختلاف بين الأطراف ، مما يؤدي إلى منازعات رسمية أمام هيئات التحكيم أو جهة القضاء .
- التحكيم غير الملزم Non-binding arbitration [٥٣٢] : يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة في حالة اخفاق الأطراف في تسوية المنازعات الناشئة بينهم ، عن طريق

---

[٥٢٩] أنظر سابقا بند ٨٥ ، ٩٨

[٥٣٠] أنظر سابقا بند ١٠٧

[٥٣١] انظر سابقا بند ١١٥

وسائل أخف وطأة من التحكيم . وتتم إجراءات التحكيم غير الملزم بذات الاجراءات التي تتم بشأن التحكيم العادي ، إلا أن هذا النوع من التحكيم ينتهي بتوصية ، ولا ينتهي بحكم ملزم لأطراف .

٤١٨- التحكيم :

لما كانت الأحكام الواردة في دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص ، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) ، قد عرضت لأهمية التحكيم بوصفة أكثر الوسائل استخداماً لتسوية المنازعات بين الأطراف في العلاقات التجارية الدولية [٥٣٣] فقد أهتمت بالجوانب المنظمة له في الفقرة (ك) أو (k) من الفصل السادس . إذ كثر اللجوء إلى التحكيم في السنوات الأخيرة من أجل تسوية المنازعات التي تنشأ في إطار مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص . ويستخدم التحكيم على حد سواء لأجل تسوية المنازعات التي تنشأ أثناء تشييد أو تشغيل مشروعات البنية الأساسية . إذ يفضل المستثمرون والمقرضون من القطاع الخاص مع ذلك ، اللجوء إلى التحكيم ، وخصوصا الأجانب منهم ، ويشترطونه في العقود المبرمة بينهم وبين الجهة الإدارية المتعاقدة ، بسبب حرية الأطراف في اختيار الإجراءات المتبعة في التحكيم كاختيار هيئة التحكيم واللغة ومكان انعقاد الجلسات والسرية .

---

(٥٣٢) "Non- Binding Arbitration : An Introduction " By : Steven C. Bennett , Published in Dispute Resolution Journal , Vol. 61,no.2(May – July 2006) Publication of the American Arbitration Association . Page 2

(٥٣٣) "UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law . Page 183

٤١٩- وفيما يتعلق بذاتيه التحكيم في مشروعات البنية الأساسية التي يشترك فيها مستثمرون أجانب ، تجدر الإشارة إلى أن توفير إطار لتسوية المنازعات بين السلطة المتعاقدة (الجهة الإدارية) وشركات أجنبية مشاركة في اتحاد شركات مشروع ما ، قد يكون من خلال اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية . وقد أُنشئ من أجل ذلك المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية (ICSID)[٥٣٤] والذي يضم في عضويته ١٥٨ دولة . ويوفر المركز وسائل لتسهيل التوفيق والتحكيم بشأن المنازعات بين البلدان الأعضاء والمستثمرين الذين يستوفون شروط اعتبارهم رعايا دول أعضاء أخرى . ويعد اللجوء إلى المركز التماساً للتوفيق والتحكيم اختيارياً ، إلا أنه عند إبداء الأطراف في عقد أو نزاع موافقتهم على اللجوء إلى التحكيم بمقتضى اتفاقية المركز ، لا يستطيع أي منهم أن يسحب موافقته أحاديا . ولا حاجة إلى إبداء موافقة الأطراف صراحة على اللجوء إلى المركز فيما يتعلق بشأن مشروع معين ، إذ أنه من الجائز لأي بلد مضيف أن يتيح الإمكانية في تشريعاته بشأن ترويج الاستثمار لإخضاع المنازعات التي تنشأ عن مشروعات معينة إلى المركز .

٤٢٠- وتجدر الإشارة إلى أن فعالية اتفاق التحكيم تعتمد على النظام التشريعي الذي يجري التحكيم في إطاره ، فإذا كان النظام التشريعي الخاص بالتحكيم في البلد المضيف للمشروع غير مُرض ، فقد يرغب أحد الأطراف في الاتفاق على انعقاد

---

[٥٣٤] أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في ١٩٦٦ ، وهي مؤسسة تابعة للبنك الدولي ، ومركزها الرئيسي في واشنطن بالولايات المتحدة الأمريكية . ويهدف المركز إلى تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين المستثمرين الأجانب والبلدان المضيفة . المصدر :

https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp

" Introduction to ICSID " By : Paul – jean le Cannu, Legal Counsel , ICSID. Presentation to International Academy for Arbitration Law . July 2,2013 – Paris .

سابق الإشارة إليها.

أنظر أيضا " تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم (البوت) ذات العنصر الأجنبي – دراسة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " أ.د. رشا علي الدين ، بحث منشور في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) ص ٢٠١ . مشار إليه سابقا .

التحكيم خارج البلد المضيف . أما إذا جرى التحكيم خارج البلد المضيف ، فإن من شأن فعالية اتفاق التحكيم ، الاعتماد على التشريعات المنظمة للتحكيم والاعتراف بأحكامها وإنفاذها . ويقصد بذلك الإعتراف باتفاق التحكيم ، والأسباب التي يجوز تعطي للمحكمة الحق في أن ترفض الإعتراف بحكم التحكيم وإنفاذه [٥٣٥]

٤٢١- القانون الفرنسي

صدر القانون الفرنسي للشراكة رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ في ٢٠٠٤/٦/١٧ ، وذلك بعد إقرار عقود الشراكة من قبل المجلس الدستوري في ٢٠٠٣/٦/٢٦ تحت رقم ٤٧٣-٢٠٠٣ DC ، ويقتضي ذلك توافر مبررات مستندة إلى مقتضيات المصلحة العامة ، كما في حالة الاستعجال المبرر الذي يهدف إلى استدراك التأخير الضار أو ضرورات تستند إلى سمات فنية أو اقتصادية مرتبطة بأحد التجهيزات أو الخدمات المحددة [٥٣٦]. وقد نص المشرع في المادة ١١ (بعد تعديلها بالقانون رقم ٧٣٥-٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٧/٢٨) على البنود الواجب توافرها في عقد الشراكة ، ومن بينها الشروط المتعلقة بمنع نشوء المنازعات أو تسويتها والتي تُحال إلى التحكيم ، على أن تتم وفقاً للقانون الفرنسي [٥٣٧]، و المقصود من ذلك هو أن يتم تطبيق القانون الإداري الفرنسي بحسب أنه القانون الذي يحكم الموضوع، ذلك أن عقود الشراكة قد أسبغ عليها المشرع الفرنسي الطابع الإداري . أما بخصوص القانون الإجرائي ، أي القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم ، فإن المشرع الفرنسي قد أورد نصا عاما

---

(٥٣٥) "UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law . Page 184

(٥٣٦) " عقود الشراكة PPP (دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي) " أ.د. رجب محمود طاجن ، ص١٢٣ . مشار إليه سابقا

(٥٣٧) النص الأصلي للفقرة :

" l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française "

بخصوص القانون الواجب التطبيق ، ولم يفرق بين القانون الموضوعي والإجرائي ، ولما كان المطلق يترك على إطلاقه ما لم يُقيد ، فيشمل ذلك كلا من القانون الموضوعي والإجرائي [٥٣٨].

٤٢٢- وعلى عكس القانون المصري ، إشترط المشرع الفرنسي في خصوص عقود الشراكة ، النص على التحكيم فقط باعتباره وسيلة لتسوية المنازعات ، ولم يذكر أية وسيلة أخرى بخلاف التحكيم ، كالوساطة أو التوفيق . كما أنه لم ينص على إمكانية اللجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات الناشئة أو المتعلقة بعقود الشراكة ، وعلى الرغم من معارضة المشرع الفرنسي اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات في العقود ذات الطبيعة الإدارية ، إلا أنه أجازها استثناءاً وفقا لبعض الشروط الواجب توافرها . ولما كان المشرع الفرنسي قد تبني الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة ، فكان من المنطقي ألا ينص على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة . ولعل هذا المسلك – أي النص على التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة - ينبع من إدراك المشرع الفرنسي لأهمية التحكيم بإعتباره من أهم الوسائل لتسوية المنازعات في مجال المعاملات التجارية الدولية ، وكذلك ميزة التحكيم باعتباره من أعم عوامل جذب المستثمرين بشأن مشروعات البنية الأساسية ، وهو ما نُنادي به المشرع المصري أن يسلك ذات الدرب الذي سلكه المشرع في الفرنسي في قصر تسوية المنازعات بين الأطراف في عقود الشراكة ، على اللجوء إلى التحكيم أو غيرها من وسائل تسوية المنازعات ، وليس اعتبار اللجوء إلى تلك الوسائل استثناءاً .

٤٢٣- لم يُشر المشرع الفرنسي إلى أية أحكام أخرى بخصوص تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة سوى أن يتم التحكيم وفقا للقانون الفرنسي ، وعلى هذا

---

[٥٣٨] " التحكيم في عقود الشراكة PPP " د. احمد سيد احمد محمود ، بحث مقدم ضمن فعاليات ندوة (الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها) برعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، المنعقدة في شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية في الفترة من ٥:٧ ديسمبر ٢٠١١ ، ص ٨٣ .

الأساس فإن الأحكام الخاصة بالتحكيم في القانون الفرنسي ، تُطبق على تلك العقود كالقواعد الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم من حيث العدد وكيفية التشكيل ، ومكان التحكيم ، واللغة المستخدمة ، وإصدار حكم التحكيم ، والطعن عليه ، إلى آخر ما جاء في أحكام قانون التحكيم الفرنسي .

٤٢٤- وجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضي[٥٣٩] بأن من ينادون بإلغاء الأمر رقم ١٧ والمنظم لعقود الشراكة ، بسبب المادة ١١ منه والتي تنص على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات ، بعدم قبوله ذلك الفكر استنادا إلى أن طبيعة هذه العقود الإجمالية المركبة ، وما تضعه على عاتق جهة الإدارة من إلتزامات كبيرة طوال مدة العقد وطريقة التمويل ، تجعل من الضروري النص في العقد على آليات فض المنازعات ، منتهيا إلى أن هذا الأمر لم يخالف بصدد هذا الجانب أي مبدأ ذا قيمة دستورية ، ولم يخالف سوى مبدأ عام للقانون يحول بين أشخاص القانون العام وبين اللجوء إلى التحكيم ، وهو ما لا يمكن التعويل عليه نظرا لتفويض المشرع للحكومة تفويضاً كاملاً لإعداد تنظيم متكامل لعقود الشراكة ذات السمة المركبة ، وهو ما يعد عائقا أمام جعل الاختصاص للقضاء في حل المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ تلك العقود .

٤٢٥- البنك الدولي The World Bank

أصدرت مؤسسة البنك الدولي [٥٤٠] مُمثلة في جهازها التابع لها والمسمى (مركز المعلومات الخاص بالشراكة بين القطاعين العام والخاص في البنية

---

(٥٣٩) مشار إليه في " التحكيم في عقود الشراكة (PPP) بين القطاعين العام والخاص " د. احمد سيد احمد محمود ، ص ٧٧ . سابق الإشارة إليه .

(٥٤٠) أُنشئ البنك الدولي عام ١٩٤٤ واتخذ واشنطن مقرا رئيسيا له بالولايات المتحدة الأمريكية ، وتوسع البنك الدولي من مؤسسة وحيدة ، إلى مجموعة من خمس مؤسسات إنمائية ، هم المؤسسة الدولية للتنمية ، ومؤسسة التمويل الدولية ، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار . والهدف الأساسي=

الأساسية) [٥٤١]، دليلا استرشاديا بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بمشروعات البنية الأساسية بأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، وقد أكد المركز على أهمية النص على بند تسوية المنازعات عند مراجعة أو صياغة اتفاق أو عقد الشراكة ، فمن شأن ذلك أن يحدد كيفية نظر النزاع ، وأنه من الضروري أن تكون بنود التسوية ملائمة وقابلة للتنفيذ في النظام القضائي المرتبط بالمشروع . وقد أفرد المركز عدداً من الوسائل المتاحة للأطراف في سبيل تسوية منازعاتهم ، وكذلك وضع بنوداً استرشادية للأطراف كي يقتبسوا منها ما يرونه ملائما وموائما للعقد المبرم بينهم ، فنص على المفاوضات كوسيلة لتسوية المنازعات ، وكذلك الإحالة إلى خبير (ويكون ذلك ملائما في المسائل التقنية أو المالية) ، أو التحكيم . وفي شأن التحكيم ، فقد أورد النص الآتي باعتباره شرط تحكيم نموذجي[٥٤٢] :

=لمؤسسة البنك الدولي هو تخفيف حدة الفقر في أنحاء العالم ، بالتنسيق مع المؤسسات المنبثقة عنه والسالف بيانها .

(٥٤١) The Public- Private Partnership in Infrastructure Resource Center for Contract , Law and Regulation ويشار إليه اختصارا PPPIRC ، وهو مركز تابع للبنك الدولي يهدف إلى جمع وتنظيم كافة القوانين واللوائح والاتفاقيات الخاصة بمشروعات البنية الأساسية ، وذلك لمساعدة حكومات الدول والمنظمات المهتمة بتطوير تشريعاتها الخاص بإشراك القطاع الخاص في مشروعات بنيتها الأساسية .
/http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership

(٥٤٢) " In the event of a dispute between the Owner and the Operator (other than a matter to be resolved pursuant to Clause [ ] concerning the interpretation of any provision of this agreement or the performance of any of the terms of this Agreement, such matter or matters in dispute shall be finally settled :-

a. under [the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce
b. by three arbitrators, one appointed by each Party, and the third, who shall be the chairman, selected by the two appointed arbitrators and failing agreement by the [Chairman of the International Chamber of
Commerce;
c. the language of the arbitration shall be English; and
d. the place of the arbitration shall be [ ].
See also : http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/dispute-resolution-checklist-example

" في حالة وقوع نزاع بين المالك والمشغل حول تفسير أي من أحكام هذا الاتفاق أو تنفيذ أي من بنوده ، يجب أن تتم تسوية تلك المسألة أو المسائل نهائياً وفقا لما يأتي :

أ – وفقا لقواعد التوفيق والتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ،

ب – تُشكل هيئة التحكيم من قبل ثلاثة محكمين ، يعين كل طرف محكما ، ويتولى المحكم الثالث رئاسة هيئة التحكيم ، وفي حالة الاختلاف حول الرئيس ، يتولى رئيس غرفة التجارة الدولية منصب رئيس هيئة التحكيم ،

ج – تكون لغة التحكيم هي اللغة الانجليزية ، و

د – مكان التحكيم يجب أن يكون في (.....) .

٤٢٦- وقد أهتم المركز بإيضاح عدة نقاط تعتبر من سبيل النصح والإرشاد للأطراف في عقود الشراكة ، هي[٥٤٣] :

- عدم افتراض أن التحكيم هو الوسيلة الأمثل لتسوية جميع أنواع المنازعات
- عدم اعتماد شرط التحكيم بدون فحص أو مراجعة بقية بنود التعاقد .
- عدم الجمع بين اختصاص القضاء والتحكيم في بند تسوية المنازعات.
- عدم اختيار أكثر من قانون يحكم العقد .
- عدم النص على اسم محكم بشخصه ، خاصة في حالة عدم استطاعتهم التأكد من توافر نيته في قبول المنصب .
- النص على أن تكون إجراءات التحكيم سرية ، في حالة كون الأطراف راغبة في ذلك .

---

(٥٤٣) أنظر في شأن تلك الإرشادات، الموقع الالكتروني للمركز http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/dispute-resolution-checklist

- عدم الموافقة على اللجوء إلى التحكيم في حالة كون البلد المضيفة للمشروع غير منضمة لاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والمبرمة في ١٩٥٨ .
- عدم الموافقة على اللجوء إلى التحكيم وفقا لقواعد الإكسيد (ICSID) دون اللجوء إلى متخصص قانوني لإبداء النصيحة .

٤٢٧- القانون اليوناني

صدر قانون الشراكة اليوناني رقم ٣٣٨٩ لسنة ٢٠٠٥ تحت مسمى " قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص " [٥٤٤] وهو مكون من ٣٢ مادة ، وجاء في المادة ٣١ والمعنونة بتسوية المنازعات والقانون الواجب التطبيق ، النص على اللجوء إلى التحكيم في شأن المنازعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير أو صلاحية عقد الشراكة . كذلك نصت على وجوب النص - في شأن اتفاق التحكيم – على القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم ، ومكان التحكيم ، واللغة التي يجري بها التحكيم ، وتشكيل هيئة التحكيم . على أن تكون قرارات المحكمين نهائية ، ولا تخضع للطعن عليها أمام محكمة الاستئناف ، كما أن أحكام المحكمين تنفذ مباشرة وبدون الحاجة إلى التصديق عليها من قبل المحاكم العادية ويلتزم الأطراف بالإمتثال لتلك الأحكام . كما نص المشرع على أن القانون اليوناني هو القانون واجب التطبيق في شأن تسوية المنازعات المتعلقة بالتفسير أو

---

[٥٤٤] للاطلاع على القانون ، أنظر

http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#greece

" Public Private Partnerships In Greece – An Overview " By Michael Schaefer and Thomas Voland , 26 November 2009. Published by Mondaq

http://www.mondaq.com/x/87764/Government+Contracts+Procurement+PPP/Public+Private+Partnerships+In+Greece+An+Overview

التنفيذ أو صلاحية عقد الشراكة . ولعل مسلك المشرع اليوناني في النص فقط على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة ، ينبع من إدراكه لأهمية التحكيم في جذب المستثمرين الأجانب من أجل استثمار أموالهم في مشروعات البنية الأساسية (٥٤٥)

٤٢٨- القانون المكسيكي

في ٢٠١٢/١/١٦ قامت الحكومة الفيدرالية المكسيكية من خلال وزارة المالية ، بنشر قانون الشراكة في الجريدة الفيدرالية الرسمية (٥٤٦) ، والقانون مكون من ١٤٣ مادة ، وجاء في القسم الثاني والمعنون " إجراءات التحكيم والتوفيق " في المادة ١٣٨ بالنص على إجراءات تسوية المنازعات عن طريق التحكيم والتوفيق وقد تضمنت المادة ١٣٨ اتاحة الفرصة أمام الأطراف في عقد الشراكة ، الاتفاق على تقديم طلب إلى وزارة المالية في حالة نشوء النزاع ، للتوفيق بينهم (٥٤٧). وتضمنت المادة ١٣٩ اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير عقد الشراكة ، على أن يلتزم الأطراف في اتفاق التحكيم بالشروط الأتية :

- القانون الفيدرالي المكسيكي هو القانون واجب التطبيق على عقد الشراكة

---

(٥٤٥) " Study on PPP Legal & Financial Frameworks in the Mediterranean Partner Countries "
Prepared by European Investment Bank , Volume 1- A Regional Approach , May 2011. Page 26

(٥٤٦) للاطلاع على القانون ، أنظر http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAPP.pdf

(٥٤٧) "Mexico Enacts PPP Law " By Cynthia Urda Kassis & Alezandro M.Padres . Published by Sherman & Sterling LLP. January 25,2012- Project Development & Finance Group . See also "Mexico: Dispute resolution under the new public- private partnerships law " By Herfried Woss , Pyblished in Global Arbitration Review online news, 23rd May 2012. www.globalarbitrationreview.com

- لغة التحكيم هي اللغة الإسبانية .
- يصدر حكم التحكيم بصفة نهائية وملزمة ، ويلتزم طرفا عقد الشراكة بالتوقيع عليه .
- المنازعات المتعلقة بالمسائل القانونية في شأن المواد ذات الطبيعة الإدارية فقط ، يمكن تسويتها عن طريق المحاكم الفيدرالية .

٤٢٩- القانون الإنجليزي

لم يسن المشرع الإنجليزي قانونا للشراكة ، ولكنه أصدر مجموعة من الارشادات Guidance , rather than a law في خصوص مشروعات البنية الأساسية بالشراكة مع القطاع الخاص [٥٤٨] ومن ضمن تلك الإرشادات [٥٤٩]، ما نص عليه بدءا من المادة ٣٤/١ في خصوص تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة ، إذ اهتم بأن يبرز أهمية التحكيم في تسوية المنازعات بدلا عن اللجوء إلى المحاكم فاللجوء إلى تلك الأخيرة يكون غير ملائم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة ، بعكس التحكيم وغيره من وسائل تسوية المنازعات والتي تحقق الفعالية من حيث التكلفة ، والمساعدة على تسوية المنازعات بشكل أكثر حرصا على العلاقة بين أطراف النزاع .

٤٣٠- تتم إجراءات تسوية المنازعات ، على ثلاث خطوات ، تبدأ بالعمل على إجراء حوار بين كل من الجهة الإدارية ، وصاحب الامتياز ، لفترة معينة للتوصل إلى اتفاق مرض للطرفين .

---

[٥٤٨] للاطلاع على تلك الإرشادات ، أنظر http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/united-kingdom-treasury-public-private-partnership-policy-and-guidance

[٥٤٩] "Standardisation of PF2 Contracts " HM Treasury – December 2012 , Page320 . ISBN 978-1-909096-13-4
http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF

وفي حالة فشل ذلك الحوار ، فيتم اللجوء (فيما عدا بعض أنواع المنازعات) إلى خبير ، ليعطي رأيه بشان موضوع النزاع . ويتم اختيار الخبير عن طريق هيئة يتم النص على تشكيلها في عقد الشراكة . ومن الملائم في بعض المنازعات اللجوء إلى وسائل بديلة أخرى لتسوية النزاع ، ذلك أن المنازعات المتعلقة بتغير الأسعار ، من الممكن أن تحال إلى خبير مالي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، أو في حالة عدم رضاء أحد الأطراف عن قرار الخبير ، فيجوز له اللجوء إما إلى قضاء الدولة ، وإما إلى مجلس التسوية التمهيدية للنزاع (Adjudication) [٥٥٠] وذلك من أجل إصدار قرار مُنه للنزاع . ويجب ان يتفق الأطراف على كيفية تعيين ذلك المجلس في عقد الشراكة .

ويتعين عند صياغة اتفاق التحكيم في عقد الشراكة ، النص على :

- أي نزاع ينشأ بمناسبة هذا العقد أو أن يكون متعلقا به ، يتم تسويته وفقا لهذا البند (أي بند تسوية المنازعات)
- في حالة نشوء نزاع ، يلتزم كل من الجهة الإدارية وصاحب الامتياز ، التعامل بحسن نية من أجل التوصل إلى اتفاق بشان موضوع النزاع .
- مع عدم الإخلال بالبند السابق ، يجوز لأي من الأطراف أن يرسل إلى الطرف الآخر إخطاراً بإحالة النزاع إلى مجلس التسوية التمهيدية Adjudication على أن يتم اختياره وفقا للبند التالي :

---

[٥٥٠] لا يمكن وصف Adjudication بأنه قضاء ، أو تحكيم ، ذلك أن من يتولى تلك المهمة ، يكون في مرتبة أقل من المحكم ، ولا توصف قراراته بأنها ملزمة أو نهائية إلا بشروط معينة على ما سنرى عند بيان كيفية عمل هذا المجلس ، والذي من الممكن أن يكون من شخص واحد . أنظر في تعريف Adjudication :

"Adjudication (Dispute Boards)" By Dr. Sherif El-Haggan , presented in conference (International Commercial Arbitration & ADR in a Challenging World .... Cross Cultural Perspectives) organized by CRCICA 29-30 March,2009. Cairo . See also " Arbitration Practice in Construction Contract – Forth Edition " By Douglas A. Stephenson , Page 135 . ISBN 9780632057412 – Hammicks Legal Bookshops .

.. أن يتم تشكيل أعضاء المجلس بناء على اختيار هيئات الخبراء المُشكلة والمنصوص عليها في عقد الشراكة .

.. يتم تشكيل هيئتان ، بحيث يقوم كل طرف من أطراف عقد الشراكة بتشكيل هيئة ، على أن تتكون من ثلاثة أعضاء . وتكون تلك الهيئات مستقلة عمن قام بتشكيلها . ويتم تشكيل تلك الهيئات خلال ٢٨ يوما من تاريخ إبرام عقد الشراكة ، وفي حالة استقالة أي من أعضاء تلك الهيئات ، يتم تعيين خبير آخر في أقرب وقت بقدر المستطاع . أما في حالة فشل أحد الأطراف في تشكيل إحدى الهيئتين ، فيتولى رئيس معهد المحكمين تعيين الخبير خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب من أي من الأطراف .

- على المجلس – خلال سبعة أيام – أن يطلب من الأطراف تقديم المطالبات والمذكرات المتعلقة بموضوع النزاع ، وللمجلس وحده تحديد ما إذا كان الأمر يستدعي إجراء مرافعة شفهية أم لا .
- ويلتزم المجلس خلال ٢٨ يوما من تاريخ تكوينه بإصدار قراره ، على أن يكون مسببا – مالم يتفق الأطراف على عكس ذلك – ويكون قراره نهائيا وملزما ، ولا يسري نفاذ ونهائية قرار المجلس في مواجهة المحكم . أي أنه للمحكم أن يقوم بمراجعة قرار المجلس إذا ما أرتأى ذلك .
- تكون أتعاب ومصاريف المجلس مناصفة بين الأطراف ، مالم يحدد المجلس خلاف ذلك .
- لا يُعامل أو يتعامل المجلس بصفته هيئة تحكيم ، ولا تنطبق عليه أحكام قانون التحكيم الصادر في ١٩٩٦ .
- يجب على المجلس التعامل بحياد واستقلال ، كما أن جميع البيانات والمستندات والمعلومات التي اطلع عليها بمناسبة نظره موضوع النزاع ، هي مسائل ذات طابع سري ولا يجوز الإفصاح عنها .

- للمحكم السلطة في مراجعة قرارات المجلس ، وإعطاء الرأي في خصوص ما أصدره المجلس .
- تكون إجراءات تسوية النزاع سواء عن طريق المجلس ، أو عن طريق التحكيم ، منعقدة في لندن .
- للمحكم أن يطلب من الأطراف تقديم مذكرات مكتوبة ، خلال أجل معين أو أن يطلب منهم الحضور لإداء المرافعة إذا ما أرتأى ضرورة لذلك .
- على المحكم أن يصدر قراره خلال ٢٨ يوما من تاريخ استلامه لطلب التحكيم .
- يجب أن يكون قرار المحكم مكتوباً ومسبباً ، وهو قرار نهائي وملزم ونافذ في حق الأطراف . ويحدد المحكم مصروفات التحكيم والأتعاب حسبما يتراءى له .
- يلتزم الأطراف بمواصلة العمل والاستمرار في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية على الرغم من نشوء النزاع .[٥٥١]

٤٣١- وجدير بالذكر في هذا المقام ، أن ما صدر عن مؤسسة المقاولين الأوروبيين الدوليين[٥٥٢] ، في الدليل الخاص بمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص والذي يسمى بالكتاب الأبيض [٥٥٣] ، من أن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ، تتوقف على عدة عوامل ، من بينها توافر أساليب لتسوية المنازعات مبني على وجود نظام تحكيمي يتيح للأطراف تسوية منازعاتهم بشكل يكفل حسن سير المشروع .

---

[٥٥١] " التحكيم في عقود الشراكة (PPP) بين القطاعين العام والخاص " د/ احمد سيد احمد محمود ، ص ١٦٩ . سابق الإشارة إليه

[٥٥٢] " EIC White Book on BOT/PPP" Published by European International Contractors , Page 7 - April 2003. ISBN 3-980825-4-4

[٥٥٣] ولعل ذلك المسلك هو ما انتهجه اتحاد المهندسين الاستشاريين (الفيديك) في إصداره للكتب الاسترشادية في خصوص الأنواع المختلفة من المشروعات . إضافة إلى ذلك ، أن الكتاب الأبيض الصادر عن مؤسسة المقاولين الأوروبيين الدوليين ، معروض في الموقع الرسمي لاتحاد المهندسين الاستشاريين (الفيديك) ، بالإضافة إلى عرضه في الموقع الرسمي للمؤسسة على : http://www.eic-federation.eu

الخلاصة : بينا فيما سبق الأحكام والتشريعات المختلفة في خصوص اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مشروعات البنية الأساسية ، إذ رأينا الوضع في القانون المصري ، وعرضنا أولا للتحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ما بين مؤيد لفكرة التحكيم في العقود الإدارية ومعارض لها . وبعد صدور القانون اختلف الرأي حول تفسير المادة الأولى من قانون التحكيم ، لذلك تدخل المشرع وأضاف التعديل رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ في النص صراحة على التحكيم في العقود الإدارية . و رأينا أن المشرع المصري في قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ قد نص صراحة على جواز اللجوء إلى التحكيم أو أي وسيلة أخرى غير قضائية ، بشرط الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة . كما عرضنا لموقف التشريعات الأجنبية وقواعد المنظمات الدولية المهتمة بتنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، ورأينا أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) أصدرت دليلا استرشاديا بشأن مشروعات البنية الأساسية ، وأن ذلك الدليل قد اهتم بالنص على التحكيم باعتباره من أنسب الوسائل لتسوية منازعات مشروعات البنية الأساسية ، والذي ميز في شأن المنازعات بين ثلاثة أنواع أولها المنازعات التي تنشأ بين جهة الإدارة وصاحب الامتياز ، وثانيها المنازعات التي تنشأ بين صاحب الامتياز و بقية الأطراف المشاركة معه كالمقرضين والمساهمين ، وأخيرا المنازعات التي تنشأ بين صاحب الامتياز ومستخدمي المشروع . وكذلك رأينا موقف تشريعات الشراكة في كل من فرنسا وانجلترا واليونان والمكسيك ، و القواعد الصادرة عن البنك الدولي ممثلة في مركز المعلومات المرتبط بمشروعات البنية الأساسية وعرضنا لنموذج اتفاق التحكيم الوارد فيه .

الفرع الثاني

تقدير نظام التحكيم

٤٣٢- نستعرض في هذا الفرع الأخير من البحث ، تقويما للتحكيم بشكل عام باعتباره وسيلة من الوسائل البديلة عن اللجوء إلى القضاء ، لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف التجارية ، من حيث مزاياه ومثالبه (مبحث أول) و تقويم التحكيم بشكل خاص في مشروعات البنية الأساسية المقامة بنظام الشراكة (مبحث ثان) .

المبحث الأول

تقويم التحكيم بشكل عام

٤٣٣- **تمهيد :** التحكيم باعتباره وسيلة من ضمن وسائل متعددة لتسوية المنازعات – والتي يأتي على رأسها اللجوء إلى القضاء – يتمتع بخصائص تميزه عن غيره من الوسائل (مطلب أول) و قد يرى البعض أن هذه الوسيلة لا تخلى من العيوب التي يمكن أن تلحق بها (مطلب ثان) ، وعلى هذا الأساس نستعرض كل من المزايا والعيوب على النحو الآتي .

المطلب الأول

مزايا التحكيم

٤٣٤- يقوم التحكيم على فلسفة تناسب الطابع العملي للتجارة ، إذ يمتاز التحكيم بأنه يفسح الحرية للمحكم للتقدير والفصل في النزاع ، بما يحقق مصلحة الخصوم ولو

اقتضى الأمر الخروج عن منطق النصوص [٥٥٤] . ولعل أهم الدوافع التي تدعو المشتغلين بالتجارة إلى الالتجاء إلى التحكيم ، هو ما يشوب اللجوء إلى قضاء الدولة من عيوب ، على ما ذكرناها . إلا أن ذلك لا يمنع من أن للتحكيم مزايا عدة :

- يستطيع الأطراف في التحكيم أن يختاروا شخصا محل ثقة ،ليكون قاضياً يفصل في النزاع بينهما ، ممن يتمتع بخبرة قانونية متميزة أو بخبرة خاصة في نوع التجارة أو المقاولة أو في موضوع النزاع أيا كان الذي يقوم بشأنه هذا النزاع[٥٥٥] . وتبدو هذه الميزة واضحة بالنسبة للتجارة الدولية ، التي لها آلياتها وقواعدها الخاصة .
- إن الحكم الصادر من المحكم غالبا ما يكون محل رضاء من أطراف النزاع ، ويلقى تنفيذه في الغالب القبول من قبل الذي صدر ضده الحكم ، لأن المحكم يستمد ولايته من إرادة الخصوم[٥٥٦] .
- لا يتقيد المحكم بإجراءات التقاضي العادية ومواعيدها ، ومن ثم يتفادى البطء الشديد في إجراءات القضاء العادي ، فهيئة التحكيم هي هيئة متخصصة ومتفرغة للفصل في النزاع المعروض عليها [٥٥٧]
- يتمتع التحكيم بانخفاض تكاليف التقاضي ، مقارنة بما يتسبب فيه اللجوء إلى القضاء وطول إجراءاته من تعطيل الأعمال لكلا الطرفين وما يصاحب ذلك من زيادة التكلفة في الانتهاء من تلك الأعمال . فعلى الرغم من أن نفقات التحكيم قد تكون باهظة وفقا لقواعد بعض مؤسسات التحكيم الدولية ، إلا أن النتائج المترتبة على توقف الأعمال بسبب اللجوء إلى القضاء ، تفوق تلك المبالغ المدفوعة في سبيل تسوية النزاع عن

---

[٥٥٤] " التحكيم التجاري الدولي – دراسة في قانون التجارة الدولية " أ.د. محسن شفيق ، ص ٥و٦ . سابق الإشارة إليه

[٥٥٥] " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " أ.د. فتحي والي ، ص ١٤ . سابق الإشارة إليه

"The Advantages and Disadvantages of Arbitration as compared to Litigation " By Arthur Mazirow , Presented to the Counselor of Real Estate , April12, 2008 Chicago , llinois- USA. Page1 .

[٥٥٦] " التحكيم التجاري الدولي " أ.د. فوزي محمد سامي ، ص ٢٠ . سابق الإشارة إليه

[٥٥٧] " اتفاق التحكيم " أ.د. السيد عيد نايل بحث منشور ضمن فعاليات الدورتين التمهيدية والتخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، ص ٩ . مشار إليه سابقا

طريق التحكيم . فضلا عن أن اللجوء إلى التحكيم يرجع إلى أن طبيعة المنازعة ، والتي قد تحتاج إلى خبير فني قد يختاره الأطراف ليتولى عملية التحكيم ، وبالتالي فإن الأطراف بهذا الشكل يكونوا قد اختاروا خبيراً ليباشر التحكيم ، وبناء عليه لا توجد حاجة إلى الاستعانة برأي خبير وما يتبعه من سداد أتعاب ذلك الأخير [٥٥٨] .

- على الرغم من أن علانية المحاكمة هي من أهم ضمانات التقاضي ، إلا أن المشتغلين بالتجارة يلجأون إلى التحكيم نظرا لما يتمتع به من سرية وخصوصية ، فكم من تاجر يفضل خسارة دعواه عن كشف أسراره التجارية تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله في الدعوى ، [٥٥٩] إذ أن جلسات التحكيم تجرى سراً لا يحضرها إلا الأطراف وممثلوهم ، وحكم التحكيم لا يجوز نشره إلا بموافقة الأطراف . وفي هذا محافظة على سرية ما بينهم من معاملات أو ما أبرموه من عقود ، قد يضرهم الكشف عنها لمنافسيهم . ولهذا يقال أن التحكيم يمثل خطوة نحو تخفيف حدة النزاع ، إذ هو يستبدل بالنزاع القضائي المرهق أمام المحاكم نزاعا شكليا أمام المحكم يحرص فيه الطرفان على استمرار علاقات العمل الودية بينهما [٥٦٠]. كما أن التحكيم كوسيلة إجرائية لفض المنازعات ، تحافظ على العلاقات الاجتماعية بين أطرافها ، بحيث لا يتخلف عن إجراءات التحكيم عداوة أو خصومة كما هو الحال عند فض المنازعات في ساحات القضاء . فالتحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة ، يجئ إليه الخصمان والعلاقات قائمة بينهما ، وينصرفان من حضرته ولا تزال العلاقات قائمة وقد انقشع ما أسدل عليها من خلاف[٥٦١] .

---

(٥٥٨) "Protecting the Cost Advantages of Arbitration " By Mitchell L. Marinello , Published by Novak& Macey Law Firm . Volume 1, April 2009 http://www.novackmacey.com/volume-1-2009

(٥٥٩) أ.د. محسن شفيق ، ص ٢٩ المرجع السابق .

(٥٦٠) أ.د. فتحي والي ، ص ١٥ . المرجع السابق

(٥٦١) أ.د. محسن شفيق ، ص ٣٣ . المرجع السابق

- يتميز التحكيم بتخفيف العبء على محاكم الدولة ، إذ أن لجوء الأطراف المتنازعة إلى التحكيم من شأنه تقليص عدد القضايا المنظورة أمام محاكم الدولة وبالتالي يؤدي إلى سرعة الفصل فيها .
- يمكن للأطراف في التحكيم أن يختاروا قانوناً معيناً لتفصل هيئة التحكيم بمقتضاه ، وهو ما من شأنه أن يكون القانون الأصلح للفصل في النزاع من وجهة نظر الأطراف . بعكس قضاء الدولة والذي لا يملك فيه الأطراف مكنة ذلك الاختيار .
- يتسم التحكيم بالبساطة في الإجراءات والسهولة ، لأنه لا يتقيد بشكليات معينة ، فيستطيع الأطراف الاتفاق على كافة الإجراءات والمواعيد و مكان انعقاد جلسات التحكيم وغيرها من الأمور المتعلقة بالتحكيم كافة ، وذلك بما يتواءم مع المصالح المشتركة ، في سبيل إنجاح العلاقة التجارية المتبادلة بين أطراف النزاع [٥٦٢] .

المطلب الثاني

مثالب التحكيم

٤٣٥- لما كان التحكيم يعد أسلوبا لتسوية المنازعات - شأنه شأن بقية الوسائل البديلة عن التقاضي – يتمتع بخصائص تميزه عن بقية الوسائل . وعلى الرغم من أنه قد يعتريه بعض المثالب من شأنها أن تقلل من فاعليته وأهميته ، إلا أنها لا تؤدي في أغلب الأحوال إلى الإعراض عن اللجوء إليه . وعلى سبيل المثال :

- إن إطلاق حرية الأطراف في الاتفاق على إجراءات التحكيم ، إن كان في ذاته أمراً مرغوباً فيه لصالح التجارة الدولية ، فإنه ينقلب وبالاً على هذه التجارة ، إذا أُسئ

---

(٥٦٢) "Benefits of Arbitration for Commercial Disputes " By Edna Sussman and John Wilkinson, Published by The Arbitration Committee of the ABA Section of Dispute Resolution . March 2012

استعمال تلك الحرية فاستغلها الطرف القوي في العقد ليفرض على خصمه شروطاً باهظة ، كإجراء التحكيم في مكان قصي ، أو اختيار محكم غير مرغوب فيه ، أو منح المحكم سطات خارقة ، أو تجريد إجراءات التحكيم من الضمانات التي تكفل حسن سير العدالة ، كإعلان الخصوم وحق الدفاع ورد المحكمين وغير ذلك من الأصول العامة التي تعتبر حداً أدنى لآداب التقاضي [٥٦٣] .

- قد تطول إجراءات التحكيم نظراً لتعنت أحد أطراف النزاع في تعيين مُحكّمه أو في تقديم المذكرات ، أو أن يأتي بأفعال من شأنها تعطيل التحكيم كطلب رد هيئة التحكيم على سبيل المثال . وبالتالي فإن السرعة التي يتميز بها التحكيم ، لا توجد لها محل في وجود مثل تلك الأفعال من قبل الطرف المتعنت . كما أنه في التشريعات التي تسمح برفع دعوى بطلان على حكم التحكيم – كالتشريع المصري[٥٦٤] – قد يقوم الطرف خاسر التحكيم برفع دعوى لبطلان الحكم حتى وإن كانت أسباب البطلان غير متوافرة ، وذلك لمجرد تعطيل تنفيذ حكم التحكيم .
- قد تنشأ منازعات قليلة القيمة ، وبالتالي فإن اللجوء إلى التحكيم في تلك المنازعات ، قد يُكلف أطرافه مصاريفاً مرتفعة مقارنة بقيمة النزاع . خاصة إذا كان اللجوء إلى

---

[٥٦٣] أ.د. محسن شفيق ، ص٧ . المرجع السابق

[٥٦٤] على الرغم من أن نص المادة ٥٧ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يقضى بأن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم ، إلا أنه أورد استثناءا مفاده أن تأمر المحكمة – بناءاً على طلب المدعي في صحيفة دعواه – بوقف تنفيذ حكم التحكيم حتى تفصل في دعوى البطلان . كما تقضى المادة ٥٤ من القانون ذاته أن ترفع دعوى البطلان خلال ٩٠ يوما التالية من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه . وبالتالي فإنه في سبيل تعطيل تنفيذ حكم التحكيم ، قد يقوم المحكوم ضده برفع دعوى ببطلان حكم التحكيم خلال المدة المحددة قانونا ، وبإمكانه أن يقوم برفعها في اليوم الأخير، ثم يقوم برفع الدعوى وإدراج طلب وقف التنفيذ ، وتلتزم المحكمة بالفصل في طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم خلال ٦٠ يوما من تاريخ أول جلسة محددة لنظره ، وفي حالة قبول طلب وقف التنفيذ فيها، فإنها تلتزم بالفصل في دعوى البطلان خلال ٦ أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر (ناهيك عن مُكنة الإشكال في التنفيذ ، ورفع دعوى استرداد). وهكذا يتضح أنه وفقا لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، والمفترض أن هذا القانون قد نظم اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات لما يتمتع به من مميزات اهمها وأخصها سرعة الفصل في المنازعات، إلا أنه باستقراء وبتطبيق نصوص تلك المواد ، يتبين أنه يمكن للطرف خاسر التحكيم أن يقوم بتعطيل تنفيذ الحكم الصادر في النزاع لمدة تقترب من ٩ أشهر ، في حين أن إجراءات التحكيم وصدور الحكم لا تتجاوز تلك المدة .

التحكيم وفقا لقواعد مركز تحكيم دولي والذي ينص في قواعده على جداول خاصة بمصروفات التحكيم ومن بينها مصاريف تسجيل التحكيم في المركز ، وأخرى متعلقة بالمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز ، بالإضافة إلى مصاريف هيئة التحكيم وأتعاب المحكمين ، فإن ذلك كله قد لا يصب في صالح أطراف النزاع خاصة في حالة كون النزاع قليل القيمة . وفي تلك الحالة ، فإن تكاليف التحكيم المرتفعة بالمقارنة إلى مرفق القضاء من شأنه إعراض الأطراف عن اللجوء إلى التحكيم [٥٦٥].

- لا يقبل حكم التحكيم الطعن عليه ، وتكون إجراءات التحكيم على درجة واحدة [٥٦٦] وعلى هذا الأساس ، فإن أهم ضمانات التقاضي لا تتوافر في التحكيم ، وهي ضمانة التقاضي على درجتين ، وبالتالي فإذا أخطأ المحكم ، قد لا تسعف دعوى البطلان في تصحيح الخطأ [٥٦٧] .
- قد يتم استخدام التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لتسوية المنازعات ، للتحايل على القانون إذ قد ينص القانون على اشتراط صدور حكم قضائي فيما يتعلق بإجراء معين ، ولما كان حكم التحكيم ،يصدر من هيئة التحكيم ، ثم يُختم بخاتم شعار الدولة عند إرساله إلى المحكمة للحصول على الصيغة التنفيذية ،شأنه شأن الحكم الصادر عن محكمة

---

[٥٦٥] " مشكلات التحكيم في الدول العربية " أ.د. سميحة القليوبي ، بحث مُقدم ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، المنعقدة بالأكاديمية العربية الدنماركية ، فبراير ٢٠٠٧ بالجيزة ، ص ١٢ .
"Arbitration : Advantages and Disadvantages " By R. Clayton Allen , Published by Allen & Allen Law Blog – Oct 2, 2009 http://www.allenandallen.com/blog/

[٥٦٦] عدا بعض التشريعات التي تسمح بالتحكيم على درجتين كالتشريع الفرنسي (م١٤٨٩) بشرط اتفاق الأطراف على ذلك ، وكذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ في المادة ٢٤٢ بالباب السابع تحت عنوان " التحكيم " والتي أجازت استئناف حكم المحكمين ، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، وكذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي الصادر في ١٩٥٤ والذي أجاز استئناف أحكام المحكمين (م٧٦٧) مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

[٥٦٧] أ.د .السيد عيد نايل ، ص ١٠ . المرجع السابق . أنظر أيضا " اتفاق التحكيم " أ.د. سهير منتصر ، بحث منشور مجلة (ندوات قانونية ٦) الصادرة تحت رعاية مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل القطرية ، ٢٠١١ . ص ٢٠

الدولة فيتم إساءة استخدام التحكيم وذلك بالحصول على الصيغة التنفيذية على الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ، وذلك بدون النظر إلى موضوع النزاع مادام أنه لا يتعارض مع النظام العام أو توافر أسباب بطلانه المنصوص عليها في القانون [٥٦٨].

٤٣٦- وهكذا يتبين أن اللجوء إلى التحكيم لا يخلو من المثالب التي من الممكن أن تعتريه خاصة إذا ما دأب أحد أطراف النزاع على التصرف بسوء نية بهدف تعطيل إجراءات التحكيم . إلا أن التحكيم يظل رغماً عن ذلك ، من أهم وأفضل الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين أطراف العلاقات التجارية . و لعل من أهم الوسائل لتوقي ما يعتري التحكيم من مساوئ ، اللجوء إلى مراكز تحكيم متخصصة ، بحيث تُمكّن قواعدها ، هيئة التحكيم من توقي تعطيل إجراءات التحكيم من قبل أحد أطراف النزاع .

المبحث الثاني

تقدير التحكيم بشكل خاص في مشروعات البنية الأساسية المقامة بنظام الشراكة

٤٣٧- **تمهيد :** ذكرنا سابقا مميزات التحكيم وعيوبه بشكل عام ، أما في هذا المبحث فإننا سوف نستعرض تقويماً للتحكيم بشكل خاص في المشروعات المقامة بأسلوب الشراكة ، بحيث نعرض للمزايا في (مطلب أول) و للعيوب في (مطلب ثان).

---

[٥٦٨] وهو ما دعا وزير العدل المصري في ٢٠١١/١٠/٥ إلى إصدار القرار رقم ٩٧٣٩ لسنة ٢٠١١ في خصوص عدم إعطاء الصيغة التنفيذية لأحكام تحكيم ثابت فيها تعلقها بأي حق عيني على عقار ، وذلك لما ثبت في العمل من لجوء البعض إلى التحكيم لتسجيل العقارات الخاصة بهم ، وصدور أحكام من هيئات التحكيم تتعلق بحقوق عينية بعقارات ، ومن ثم الحصول على الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم من المحكمة . وذلك يخالف ما نص على المشرع من ضرورة اللجوء إلى إجراءات معينة لتسجيل العقارات وهي اتباع طريق دعوى الصحة والنفاذ . أنظر سابقا بند ٢٠٩ .

المطلب الأول

مزايا التحكيم في المشروعات المقامة بأسلوب الشراكة

٤٣٨- مما لا شك فيه ، فإن المميزات التي يتمتع بها التحكيم بشكل عام ، تنطبق على مشروعات التحكيم في مشروعات البنية الأساسية المقامة بأسلوب الشراكة ، إلا أنه نظرا لأهمية وخصوصية تلك المشروعات ، فإن للتحكيم مميزات خاصة :

- نظرا لأن مشروعات الشراكة يتعدد الأطراف المشاركين فيها ، خاصة المستثمرين الأجانب وما يضعونه من استثمارات مالية باهظة ، فبالتالي يحرصون على ألا تتم تسوية أية منازعات – خاصة في الدول النامية والتي لا ينجز مرفق القضاء فيها تسوية المنازعات بشكل سريع – عن طريق اللجوء إلى قضاء الدولة ، وإنما عن طريق التحكيم . إذ أن المستثمر قد يرى أن قضاء الدولة المضيفة للاستثمار قد يكون غير محايد في نظره للنزاع بينه وبين الدولة ، والتي قد تتسمك بحصانتها القضائية لذلك فيتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم لتسوية المنازعات ، ويُعد ذلك الشرط من أهم الشروط التي يضعها المستثمر نصب أعينه عند إجراء المفاوضات وإبرام عقد الشراكة ، ويعتبرها المستثمر شرطا للتعاقد ، بحيث إذا رفضت جهة الإدارة إدراج شرط التحكيم ، فقد يعد ذلك سببا لكي يعرض المستثمر عن إبرام عقد الشراكة [٥٦٩].
- مما لا شك فيه أن تعدد العلاقات في عقد الشراكة ، ينتج عنه منازعات بين أطرافها. و أغلب تلك المنازعات هي منازعات فنية متعلقة بمشروع البنية الأساسية ، ولما كان التحكيم لا يشترط شروطاً معينة في شخص المحكم ، فبالتالي يمكن أن يُعين الخبير محكماً ويتولى مسألة الفصل في النزاع وفقا لما يتمتع به من خبرة فنية في

---

[٥٦٩] " التحكيم في عقود الشراكة (PPP) بين القطاعين العام والخاص " د. احمد سيد احمد محمود ، ص ٢٧ . المرجع السابق

موضوع النزاع . وبهذا الشكل فإن تسوية النزاع تتم بشكل سريع يحافظ على سير المشروع بإنتظام واضطراد .

- لما كان التحكيم يتمتع بالسرية ، عكس القضاء ، فإن المنازعات المتعلقة بالتكنولوجيا المستخدمة في مشروع البنية الأساسية ، لا يتم الكشف عنها أمام الغير ، وبالتالي فإن مالك التكنولوجيا (وهو في أغلب الأحوال أجنبي) يطمئن إلى أن الأسرار والبيانات الخاصة بالتكنولوجيا الخاصة به لن يتم استخدامها خارج نطاق المشروع ، ولن تحصل عليها جهات أخرى .
- يُعد التحكيم من أهم العوامل التي تشجع على الاستثمار خاصة في مشروعات البنية الأساسية . إذ أن جذب الاستثمار يعتمد بصفة أساسية على المقومات التشريعية للدولة ، ولما كانت القوانين المنظمة لتسوية المنازعات من أهم العوامل التي تهم المستثمر ، فإن سن الدولة لقوانين تتناسب مع مناخ الاستثمار ، ومن أهمها قوانين التحكيم ، يُعد من العوامل الجاذبة للاستثمار .
- لما كانت عقود الشراكة تمتاز بطول مدة تنفيذها ، نظراً لكون مشروعات البنية الأساسية من المشروعات التي يستغرق الانتهاء من تنفيذها سنوات، قد تصل أحياناً إلى خمس سنوات ، بالإضافة إلى أن فترة تشغيل المشروع من قبل القطاع الخاص قد تستغرق سنوات طويلة قد تصل إلى خمس وعشرين سنة أو أكثر، كي يستطيع القطاع الخاص أن يتحصل على المبالغ المدفوعة في سبيل تشييد وتشغيل المشروع . فإنه نتيجة لطول فترة التشييد والتشغيل ، تثور الخلافات والمنازعات سواء بين جهة الإدارة وصاحب الامتياز ، أو بين المقاول وصاحب الامتياز ، أو بين المستثمرين وبعضهم البعض ، لذا فإن التحكيم يُعد من الوسائل التي تتمتع بالسرعة والمرونة في تسوية المنازعات ، ويعتبر من أفضل الوسائل خاصة بالنسبة إلى تلك المشروعات .
- نظراً لكون عقود الشراكة تتعلق بمشروعات بنية أساسية ومرافق عامة ، وأن من أهم خصائص المرفق العام أن يعمل بإنتظام واضطراد ، فيجب ألا يتوقف العمل في المرفق نتيجة لوجود نزاع ما ، من شأنه أن يهدد عمل المرفق بالتوقف . وحيث إن

التحكيم لا يترتب عليه توقف الأعمال ، إذ أن من أهم خصائصه هو الحفاظ على العلاقات التعاقدية والسير في العمل بغض النظر عن وجود نزاع مطروح على التحكيم ، فإن اللجوء إلى التحكيم في المشروعات التي تتعلق بمرفق عام ، يعد من أهم المزايا التي يختص بها التحكيم ، مقارنة باللجوء إلى قضاء الدولة .

٤٣٩- وهكذا ، يتضح أن لجوء الأطراف إلى تسوية المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد الشراكة ، عن طريق التحكيم ، يُعطي أولوية لهذا الأخير نظراً لكونه من أنسب الوسائل البديلة لتسوية المنازعات خاصة في المنازعات المتعلقة بتنفيذ وتشغيل مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة . ولعل ذلك هو ما دعا المشرعين في الدول التي سنت تشريعات خاصة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية ، إلى النص على التحكيم أو غيره من الوسائل البديلة الأخرى لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة ، كالقانون المصري والفرنسي والانجليزي ، والقواعد الصادرة عن المؤسسات الدولية كالبنك الدولي ومنظمة التمويل الدولية .

المطلب الثاني

مثالب التحكيم في المشروعات المقامة بأسلوب الشراكة

٤٤٠- على الرغم من أن اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات في مشروعات البنية الأساسية له مزايا متعددة ، فبالإضافة إلى المزايا التي يتمتع بها التحكيم بشكل عام وفي مشروعات البنية الأساسية بشكل خاص ، إلا أن الأسلوب الذي يتم في إطاره الاتفاق على إبرام عقد الشراكة ، من الممكن أن يُثير بعض المخاوف لدى أحد أطراف التعاقد ، خاصة من ناحية تسوية المنازعات عن طريق التحكيم .

٤٤١- يتطلب تنفيذ مشروع البنية الأساسية بأسلوب الشراكة ، تكوين شركة تقام خصيصاً لإنجاز المشروع ، والتي يطلق عليها شركة المشروع [٥٧٠] ، وتتكون تلك الشركة من مجموعة من الأعضاء عادة ما يكونوا المساهمين في المشروع ، ويجب أن تتمتع تلك الشركة بقدرة مالية كبيرة ، تطمئن المقرضين والمقاولين وجهة الإدارة إلى أنها سوف تستطيع تنفيذ إلتزاماتها الناتجة عن عقد الشراكة . هذا بالإضافة إلى وجود المقرضين والذين يتحملون جزءاً من المخاطر ، بالاشتراك مع صاحب الامتياز ويعتمدون على عوائد المشروع من أجل استرداد أموالهم . وبالتالي فإن تعدد الأطراف المشاركة في المشروع ، وكذلك تعدد وتشابك العلاقات ، من شأنه أن يُثير عدد من التساؤلات في خصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم[٥٧١] ، هل من المفضل تنظيم عدد من التحكيمات لحل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذه العقود مع تحمل مخاطر وجود أحكام تحكيم متعارضة يصعب تنفيذها ؟ هل من المتاح للأطراف المتداخلة وضع شرط تحكيم واحد في العقود المبرمة يوافق عليه كل الأطراف ؟ هل يجوز لأطراف التحكيم التمسك به في مواجهة طرف ثالث ؟

٤٤٢- نظراً لكون التحكيم ينتهي عادة بصدور حكم نهائي وملزم لأطرافه ، فإنه بذلك يقترب من خصائص اللجوء إلى القضاء ، وقد يرغب أطراف التعاقد من أجل تسوية النزاع ، إلى اللجوء لوسيلة أقل حدة من التحكيم كالمفاوضات أو الوساطة . و هذا من شأنه إحجام الأطراف عن اللجوء إلى التحكيم والاستعاضة عنه باللجوء إلى وسائل أخرى تحقق ذات النتيجة ، بدون المرور بإجراءات التحكيم والتي قد تُعتبر طويلة وباهظة التكاليف مقارنة بباقي الوسائل .

---

[٥٧٠] أنظر رسالتنا في الماجستير ص ٧٣ . سابق الإشارة إليها

[٥٧١] " عوائق اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية طبقا لنظام الBOT " أ.د. سامي عبد الباقي أبو صالح ، بحث مقدم إلى مركز التنمية الإدارية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٥ ، ص ٩ .

الخلاصة : عرضنا لتقدير التحكيم باعتباره من أهم الوسائل البديلة عن التقاضي لتسوية المنازعات بين أطراف العلاقات التعاقدية ، وقمنا بتقدير تلك الوسيلة بشكل عام من حيث المزايا التي يتمتع بها عن سائر الوسائل الأخرى ، وكذلك عرضنا للمشاكل التي قد تنجم عن اللجوء إلى التحكيم والتي ترجع إلى سوء نية أحد أطراف النزاع ورغبته في تعطيل سير إجراءات التحكيم. ومع ذلك يظل التحكيم هو الوسيلة الأمثل للمتعاملين في مجال التجارة الدولية ، لتسوية منازعاتهم . وكذلك عرضنا لتقويم دور التحكيم بشكل خاص في مشروعات البنية الأساسية ، نظرا لما تتمتع به تلك النوعية من المشروعات من خصائص تميزها عن بقية المشروعات ، ألا وهي تعلقها بالبنية الأساسية والمرافق العامة ، وما يستتبع ذلك من تعدد العلاقات وتشابكها . وأخيراً عرضنا لما قد يثيره التحكيم في تلك المشروعات من تساؤلات ، قد تؤدي في بعض الأحيان إلى إعراض أطراف النزاع عن اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم ، بمناسبة إبرام عقد الشراكة . وتبين لنا من مجمل استعراض التشريعات الوطنية والأجنبية ، أن كثيرا ما تشترط الدول ، في سبيل ضمان مصالحها ، شروطا تعاقدية تدرجها في العقد ، ولعل أهم هذه الشروط هو أن يكون قانونها الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع [٥٧٢].

---

[٥٧٢] " التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " أ.د. محمد الروبي ، بحث مُقدم ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس عشر بعنوان (التحكيم التجاري الدولي) في كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، في الفترة من ٢٨ – ٣٠ أبريل ٢٠٠٨ . ص ١٦٩ .

خاتمة الرسالة

٤٤٣- كان من أهم المسائل التي عنى بها الباحث عند تعرضه لموضوع البحث ، هو حُسن اختيار عنوان البحث " التحكيم في المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص " ولعل السبب في اختيار هذا الموضوع هو أهمية مشروعات البنية الأساسية للدولة ، لما لها من دور في دفع عجلة الإنتاج ورفع مستوى معيشة المواطن كي يستطيع الحصول على الخدمات الأساسية والتي تلتزم الدولة بتوفيرها له بشكل يتناسب مع مكانة المواطن وتوفير الحد الأدنى من المعيشة التي تليق به . ولما كان البحث ينصب بصفة أساسية على النظام المصري ، وما تعانيه الدولة من تحديات – خاصة بعد ثورتي ٢٥ يناير ٢٠١١ و٣٠ يونيو ٢٠١٣ – على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأمني ، تتطلب تكاتف كافة الجهود من أجل توفير مستوى معيشة أفضل للمواطن . ولما كانت الحالة الاقتصادية للدول النامية لا تستوعب الإنفاق على مشروعات البنية الأساسية والتي تتكلف مليارات الدولارات ، إلا أنها ملزمة بتوفير الخدمات عن طريق المرافق العامة ، فإنها بذلك تواجه تحديا بين عجز موازناتها العامة ، وتوفير الخدمات لمواطنيها عن طريق مشروعات البنية الأساسية . لذلك كان اللجوء إلى القطاع الخاص ، هو السبيل الأنسب من أجل تمويل تلك المشروعات ، والتي تبذل الدولة في سبيل ذلك قصاري جهودها وتسخير إمكانياتها المتاحة من أجل جذب المستثمرين للمشاركة في تلك المشروعات ، وذلك حتى تستطيع الدولة توفير خدمات تلك المشروعات لمواطنيها ، و التفرغ لتوفير خدمات أخرى لا تلقي اهتماماً من جانب المستثمرين كالتعليم والصحة على سبيل المثال . بالإضافة إلى الأُطر التشريعية التي تتبناها الدولة من أجل جذب المستثمرين للمشاركة في مشروعات البنية الأساسية .

٤٤٤- ولما كانت تلك المشروعات تُمثل أهمية قصوى لدى الدولة ، وما تتميز به تلك المشروعات من خصائص أهمها تعدد وتشابك العلاقات ، فكان لابد من البحث عن وسائل لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة تشييد وتشغيل تلك المشروعات . إذ أن اللجوء إلى القضاء في شأن مشروعات البنية الأساسية ، من شأنه أن يؤدي إلى إعراض المستثمرين عن الدخول في تلك المشروعات ، فكان لابد من سن تشريعات خاصة بتلك المشروعات تتضمن وسائل لفض المنازعات المتعلقة بها يمكن من خلالها جذب المستثمرين .

٤٤٥- وبعد استقراء العديد من التشريعات التي عنيت بتنظيم مشاركة القطاع العام والقطاع الخاص في شأن مشروعات البنية الأساسية ، اتضح أن التحكيم هو أول تلك الوسائل وأهمها ، نظراً لما يتمتع به من مميزات أهمها سرعة الفصل في المنازعات، والسرية والمرونة في الإجراءات . بالإضافة إلى الاعتراف الدولي بأحكام التحكيم واهتمام العديد من البلدان والمؤسسات الدولية كالبنك الدولي وهيئة الأمم المتحدة وغيرها من مراكز التحكيم الدولية العاملة في هذا المجال ، بتنظيم إجراءات التحكيم ، والعمل على إضفاء صبغة خاصة على التحكيم كوسيلة هامة لتسوية المنازعات بشكل عام ، وبشكل خاص في مشروعات البنية الأساسية ، وتسعى التشريعات المختلفة إلى توفير وسائل تنفيذ أحكام التحكيم وتسييرها .

٤٤٦- وكان لزاماً علينا التعرض بداءة لمفهوم التحكيم في التشريع المصري ، والتشريعات الأجنبية والقواعد الصادرة عن المؤسسات الدولية المعنية بالتحكيم ، والتعرض لأهم ملامح التحكيم كاتفاق التحكيم وأنواعه وأثاره و تشكيل هيئة التحكيم ، وأنواع التحكيم . وكذلك التعرض لمفهوم الشراكة وبيان نشأتها التاريخية وتعريفها في كل من القانون المصري ، والتشريعات الأجنبية والمؤسسات الدولية التي اهتمت بتنظيم مشروعات البنية الأساسية المقامة بنظام الشراكة . كما أوضحنا الأشكال المنبثقة عن نظام الشراكة PPP أي مشاركة القطاع العام والقطاع الخاص ، والتي

تتعدد وتزيد على عشرين شكلاً ، وبيّنا الأطراف المشاركة في تلك المشروعات والعلاقات المتشابكة الناتجة عن إبرام تلك العقود ، وكذلك التزامات كل من جهة الإدارة و صاحب الامتياز . و عرضنا لتكييف تلك العقود وانتهينا إلى أنها وفقا للقانون المصري تُعد عقوداً ذات طبيعة إدارية ، ومن ذلك أيضا التشريع الفرنسي الذي تبنى الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة .

٤٤٧- أما في شأن شرط التحكيم في عقود الشراكة ، فقد استعرضنا بداءة تطور التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري ، قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وبعد صدور هذا القانون وتعديله بإضافة فقرة في المادة الأولى بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ، ثم استعرضنا النص على اللجوء إلى التحكيم في قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والذي اهتم بالنص على ذلك في المادة ٣٥ من ذات القانون . وكذلك استعرضنا العديد من التشريعات الأجنبية التي اهتمت بتنظيم الشراكة مع القطاع الخاص في شأن مشروعات البنية الأساسية ، ورأينا اهتمام تلك التشريعات بالنص على وسائل تسوية المنازعات في تلك المشروعات ، دون اللجوء إلى القضاء ، واللجوء إلى وسائل بديلة لتسوية المنازعات ، وكان من أهمها التحكيم ، بالإضافة إلى القواعد الاسترشادية التي أصدرتها العديد من المؤسسات الدولية كالبنك الدولي والذي اهتم بإفراد مركز خاص لنظم ومعلومات متعلقة بتنظيم تلك المشروعات يساعد الدول على تبني إطار تشريعي في خصوص عقود المشاركة ، وكذلك هيئة الأمم المتحدة والتي أصدرت دليلا تشريعيا في خصوص مشروعات البنية الأساسية الممولة من قبل القطاع الخاص ، وقد نصت على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ بمناسبة تشييد وتشغيل تلك المشروعات .

٤٤٨- وأخيراً قمنا بتقدير نظام التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات ، و ذلك باستعراض تقويم التحكيم بشكل عام من حيث مميزاته ، و عيوبه ، وبشكل خاص ،

استعرضنا ذاتية التحكيم في المنازعات المتعلقة بمشروعات البنية الأساسية نظراً لأهمية تلك المشروعات والخصائص التي تتميز بها عن سائر المشروعات .

التوصيات

٤٤٩- بعد أن انتهينا من استعراض بحثنا هذا والمعنون " التحكيم في المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص " فإننا نود أن نُشير إلى أن الفكرة المحورية للبحث ،هي تقدير نظام التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات ، باعتباره من أنسب الوسائل لتسوية المنازعات التي تنشأ في خصوص تلك المشروعات لما لها من أهمية خاصة تتعلق بالوضع الاقتصادي للدولة المضيفة لتلك المشروعات .

ولما كان ذلك ، فإننا نُودّ أن نختتم هذا البحث بعرض عدد من التوصيات :

- يجب النص على أن اللجوء إلى التحكيم في مشروعات البنية الأساسية هو أصل عام وعدم اعتباره استثناءاً ، كما هو وارد في المادة ٣٥ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والمسمى " قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة " . وأنه في خصوص تلك المشروعات ، لا يتم اللجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات ، نظراً لما يوصف به القضاء من بطء في الإجراءات بسبب تكدس القضايا التي تُعرض عليه ولا يتناسب ذلك مع خصائص المنازعات الناشئة عن مشروعات الشراكة .
- الاهتمام بصياغة اتفاق تسوية المنازعات بشكل يتناسب مع نوع المشروع المراد تشييده . وهو ما نأمله بعد أن نص الدستور المصري الصادر في ٢٠١٤ في المادة ١٩٦ على اختصاص هيئة قضايا الدولة بصياغة مشروعات العقود التي تحال إليها من الجهات الإدارية وتكون الدولة طرفا فيها .إذ أن بعض المنازعات قد يكون من الأفضل في سبيل تسويتها، اللجوء إلى وسيلة أخرى غير التحكيم ، ونقصد بذلك المنازعات

ذات الطبيعة الفنية ، إذ أنه في بعض الأحيان يكون اللجوء إلى الخبرة أفضل من اللجوء إلى التحكيم في تلك المنازعات .

- التنظيم التشريعي لمراكز التحكيم ، لمواجهة ما ينتج عن إساءة استعمال تلك المراكز ، وألا يكون الهدف منها هو تحقيق الربح فقط . وأن يتم وضع معايير وشروط إنشاء مراكز التحكيم ، إسوة بالمشرع السوري في قانون التحكيم رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨ .
- التدخل التشريعي لتنظيم ما يُعرف بالتحكيم متعدد الأطراف ، وأن يتم وضع حلول عادلة في حالة تعدد أطراف التحكيم وعدم اتفاقهم على اختيار محكم واحد ، على أن نضع في الاعتبار ،القواعد المتعلقة بالنظام العام في قانون التحكيم المصري وأهمها المساواة بين الأطراف أمام هيئة التحكيم ، ومنحهم فرصة كاملة لإبداء دفاعهم .
- ضرورة تعديل المادة الأولى من مواد الإصدار في قانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والخاصة بنطاق تطبيق القانون من حيث الموضوع ، بحيث تتلاءم مع نص المادة ٣٢ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في ٢٠١٤ كما سبق وأن ذكرنا في البند رقم ٥٦ .
- تعديل المادة الثانية من قانون الشراكة والمتعلقة بجواز إبرام عقد مشاركة يزيد على ثلاثين سنة بعد أخذ موافقة مجلس الوزراء . إذ تتعارض تلك المادة مع نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٢ من الدستور المصري والتي نصت على ألا تزيد تلك المشروعات عن ثلاثين عاما .
- تعديل المادة ٣٨ من قانون الشراكة والمتعلقة بحق الجهة الإدارية في إبرام اتفاقات مباشرة مع جهات التمويل . إذ تتعارض تلك المادة مع نص المادة رقم ١٢٧ من الدستور المصري والتي لم تُجز للسلطة التنفيذية أن تُبرم مثل تلك الاتفاقات مع جهات التمويل بدون أخذ موافقة مجلس النواب .
- يجب على الدولة أثناء قيامها بالمفاوضات مع المستثمر ، أن تُحسن اختيار المشروع المراد تشييده بنظام الشراكة ، و كذلك تجهيز المستندات والموافقات اللازمة كي يتمكن

المستثمر من الدخول في تلك الشراكة . هذا بالإضافة إلى أنه يجب أن تتولى الأجهزة المعنية بالشراكة مع القطاع الخاص ، التنسيق مع كافة الهيئات والوزارات ومناقشتها في سبيل إيجاد أنسب المشروعات المراد تنفيذها بأسلوب الشراكة .

جدير بالذكر أن أسلوب الشراكة ، هو أحد أساليب تغطية عجز الموازنة في الدولة ، وبالتالي نرى أنه يجب عدم الإفراط في الدخول في مشروعات مقامة بأسلوب الشراكة ذلك أن المستثمر يهدف من وراء ذلك إلى استثمار أمواله في تلك المشروعات ، وأن دافع الربح هو موضع الاهتمام الأول ، بعكس الدولة والتي تضع البُعد الاقتصادي والاجتماعي نصب أعينها . لذلك فعلى الدولة أن تتولى تشييد المشروعات غير الربحية كتلك المتعلقة بالتعليم والصحة على سبيل المثال ، في مقابل أن يتولى القطاع الخاص الاستثمار في مشروعات أكثر ربحية كالكهرباء والمطارات والطرق ومشروعات تحلية المياه ومشروعات الصرف الصحي .

على الدولة ألا تُهمل دورها الرقابي على تلك المشروعات ، فبالرغم من أن تشييد المشروع وتشغيله يتم بواسطة القطاع الخاص ، إلا إذا شاركت الدولة بجزء في المشروع ، إلا أنه على الدولة أن تمارس الدور المنوط بها وهو الرقابة على تلك المشروعات نظرا لتعلقها المباشر بخدمات المرافق العامة والحيوية.

يجب على الدولة أن تقوم بالترويج للمشروعات التي تريد أن يستثمر فيها القطاع الخاص ، وذلك عن طريق منح مزايا وإعفاءات ضريبية و جمركية مادامت متعلقة بالمشروع المراد تشييده . بالإضافة إلى تشجيع الاستثمار عن طريق سن التشريعات الخاصة بمنح مزايا للمستثمرين المشاركين في مشروعات معينة . إذ قد تقوم الدولة بمنح مميزات خاصة للقطاع الخاص إذا قام بالاستثمار في مشروعات لا يتجه فيها المستثمرون عادة إلى المشاركة فيها ، وذلك بهدف تشجيع الدخول في تلك المشروعات.

- من أهم العوامل التي تجذب المستثمر ، هو عامل الأمن . فالدولة التي تعاني من اضطرابات أمنية ، من العسير أن يغامر المستثمر ويشارك بأمواله فيها بشكل عام ، وفي مشروعات البنية الأساسية بشكل خاص . لذلك فلابد من الاهتمام بشكل كبير بتوفير الأمن في سبيل تشجيع الاستثمارات الأجنبية ، وخاصة الاستثمار في مشروعات البنية الأساسية .
- زيادة الاهتمام من جانب الدولة بتدريب الكوادر القانونية والفنية التي تستطيع صياغة اتفاقات تحكيم ، ومراجعة العقود من الناحية الشكلية والقانونية والفنية ، لمواجهة الادعاءات المحتملة من جانب المستثمرين الأجانب . وكذلك الاستفادة من التجارب الدولية في شان تسوية المنازعات المتعلقة بمشروعات البنية الأساسية ، والعمل على النص في عقد الشراكة على أن يتم تسوية أية منازعات عن طريق اللجوء إلى الوسائل السلمية البديلة بدلا من اللجوء إلى القضاء ، أو اللجوء إلى وسائل أقل كلفة من التحكيم خاصة إذا كان النزاع ذا طبيعة فنية يكفي لتسويته اللجوء إلى خبير، أو هيئة مكونة من خبراء متخصصين في ذلك النزاع .
- إذا كان الهدف من مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ، هو محاولة لسد العجز الحكومي ، فلابد ألا يُلقى هذا الأمر برمته على عاتقه ، إذ يجب أن تشارك الدولة ولو بنسبة بسيطة في المشروع حتى تستطيع ممارسة دورها الرقابي بشكل فعّال دون أن يؤثر ذلك على سير المشروع .
- وأخيرا ، فإننا نرى أن أهم مقومات نجاح مشروعات الشراكة ، هي توافر إرادة حقيقية للدولة في الارتقاء بمستوى مواطنيها ، وما يتبع ذلك من الحرص على توافر كافة خدمات المرافق العامة . بالإضافة إلى وجود آليات لتسوية المنازعات تصلح لتلك التي تنشأ بمناسبة إبرام عقد الشراكة ، وتشييد وتشغيل مشروعات البنية الأساسية .

ثم بحمد الله

المراجع

أولا : المراجع العربية

الكتب العامة

١- د/ سليمان محمد الطماوي " الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة " دار الفكر العربي الطبعة الثالثة ١٩٧٥ و الطبعة الخامسة ١٩٩١

٢- د/ سليمان مرقس " الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات – نظرية العقد والإرادة المنفردة " الطبعة الرابعة رقم ٢ ، دار الكتب القانونية شتات مصر سنة ١٩٨٧

٣- أ.د. صوفي حسن أبو طالب " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية " دار النهضة العربية ٢٠٠٧ - الترقيم الدولي ٩-١٩٨-٤٠٣-٩٧٧

٤- أ.د. عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني " تنقيح المستشار مدحت المراغي– الجزء الخامس والثامن طبعة ٢٠٠٦ ، نقابة المحامين بالجيزة

٥- أ.د. عبد المنعم احمد الشرقاوي " شرح المرافعات المدنية والتجارية – قانون رقم ٧ لسنة ١٩٤٩ مع التعديلات التي ادخلت عليه إلى آخر اكتوبر سنة ١٩٥٥ ، الجزء الأول " دار النهضة المصرية سنة ١٩٥٥

٦- أ.د. فتحي والي " الوسيط في قانون القضاء المدني " طبعة ١٩٩٣ دار النهضة العربية

٧- أ.د. مصطفى محمد الجمال ، أ.د. عكاشة محمد عبد العال " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " الجزء الأول ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ – دار الفتح للطباعة والنشر

٨- المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل " القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد " الطبعة الأولى ٢٠١٠ منشورات الحلبي الحقوقية
ISBN: 978-614-401-063-1

٩- المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل " تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة على عقود الدولة "الطبعة الأولى ٢٠١٠ منشورات الحلبي الحقوقية
ISBN : 9953-524-98-6

المراجع الخاصة

١- الدكتور / أحمد رشاد محمود سلام "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة " دار النهضة العربية ٢٠٠٤

٢- الدكتور / حسن الهنداوي " مشروعات B.O.O.T " دار النهضة العربية ٢٠٠٧

٣- أ.د. رجب محمود طاجن " عقود الشراكة PPP (دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي) " دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ،
ISBN: 977-04-5149-5

٤- أ.د. / محسن شفيق " المشروع ذو القوميات المتعددة " دار النهضة العربية ٢٠٠٦

٥- أ.د. محمد الروبي " عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص " الطبعة الثانية ٢٠١٣ دار النهضة العربية

٦- أ.د. هاني صلاح سري الدين " التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" دار النهضة الطبعة الأولى ٢٠١١

٧- أ.د. هاني صلاح سري الدين " اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية " دار النهضة العربية ، الطبعة الأولي ١٩٩٩

الكتب المتخصصة في التحكيم

١-أ.د. أحمد أبو الوفا " التحكيم الاختياري والإجباري" الطبعة الثالثة ١٩٧٨ ، منشأة المعارف

٢-أ.د. أبو زيد رضوان " الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي " طبعة ١٩٨١ دار الفكر الجامعي

٣-أ.د. احمد محمد حشيش " طبيعة المهمة التحكيمية " دار الفكر العربي ، طبعة ٢٠٠٠

٤-أ.د. أحمد السيد صاوي " التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية" دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٢

٥-أ.د. احمد شرف الدين "تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية - نماذج عقود الفيديك " الطبعة الثالثة ٢٠٠٥ – دار النسر الذهبي

٦-دكتور/ جمال الدين نصار " تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت " مطابع الأهرام سنة ٢٠٠٠

٧-د/ جيهان حسن أحمد " عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها " دار النهضة العربية ٢٠٠٢ .

٨- أ.د. جابر جاد نصار " التحكيم في العقود الإدارية – دراسة مقارنة " طبعة ١٩٩٧ دار النهضة العربية

٩-د/ حمزة حداد " التحكيم في القوانين العربية " الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى ٢٠٠٧

١٠-أ.د. حفيظة السيد الحداد بعنوان " الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم " دار الفكر الجامعي ١٩٩٦ الترقيم الدولي ٠-١٧١٣-٠٤-٩٧٧

١١-المستشار الدكتور / خالد القاضي " موسوعة التحكيم التجاري الدولي - في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري " دار الشروق، الطبعة الأولى ٢٠٠٢

١٢-أ.د. سامية راشد " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول اتفاق التحكيم " دار النهضة العربية ١٩٨٤

١٣- د/ سحر عبد الستار امام يوسف " المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنة" كلية الحقوق – جامعة المنوفية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٦

١٤-أ.د. سامي عبد الباقي أبو صالح "التحكيم التجاري الالكتروني – دراسة مقارنة " دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٧

١٥-المستشار الدكتور / عبد الفتاح مراد " شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي " بدون سنة ودار نشر .

١٦-الدكتور / عبد الحميد الأحدب " موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي) "الجزء الثاني ، دار المعارف ١٩٩٨

١٧- أ.د. فتحي والي " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " الطبعة الأولى ٢٠٠٧ – منشأة المعارف

١٨- أ.د. فتحي والي " التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية – علما وعملا " الطبعة الأولى ٢٠١٤ – منشأة المعارف

١٩- أ.د. فوزي محمد سامي " التحكيم التجاري الدولي " طبعة ١٩٩٢، دار الحكمة – بغداد

٢٠-أ.د. محسن شفيق " التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) " محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤ وقد أعادت دار النهضة العربية طبعها في كتاب سنة ١٩٩٧

٢١-أ.د. محمود سمير الشرقاوي " التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة) " دار النهضة العربية طبعة ٢٠١١ - الترقيم الدولي ٢-٦٧٢٤-٠٤-٩٧٧-٩٧٨

٢٢-أ.د. محمود سمير الشرقاوي "منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي " دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٩ ، الترقيم الدولي ٦-١٩٧٩-٠٤-٩٧٧

٢٣-أ.د. محمود سمير الشرقاوي بالتعاون مع أ.د. محمد صابر القليوبي " القانون البحري " الطبعة الرابعة ، سنة ١٩٩٣ دار النهضة العربية

٢٤- المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد اسماعيل "عقود الأشغال العامة والتحكيم فيها " ٢٠٠٣ منشورات الحلبي الحقوقية

٢٥-أ.د. محمود مختار بريري " التحكيم التجاري الدولي " دار النهضة العربية – ٢٠١٠ الطبعة الرابعة

٢٦- د/ محمد سليم العوا " دراسات في قانون التحكيم – المصري و المقارن " الطبعة الثانية ٢٠٠٩، الناشر: المركز العربي للتحكيم ISBN 977-17-5120-4.

٢٧- د/ محمد سليم العوا " قانون التحكيم في مصر والدول العربية – معلقا عليه بأراء الفقهاء وأحكام القضاء " الجزء الأول طبعة ٢٠١٤ ، المركز العربي للتحكيم .

٢٨-أ.د. محمد القليوبي " نظم التحكيم المقارنة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة" الطبعة الثانية ٢٠٠١ ، دار النهضة العربية ، الترقيم الدولي ٧-٣٣٠٤-٠٤-٩٧٧

٢٩- م/ محمد ماجد عباس خلوصي م/ نبيل محمد عباس " المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية " الطبعة الأولى ١٩٩٥

٣٠- د/ محمد السيد عرفه " التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي " منشور بواسطة مركز الدراسات والبحوث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية – الطبعة الأولى ٢٠٠٦ . الرياض

٣١-أ.د. يسري محمد العصار " التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية دراسة مقارنة " ٢٠٠٩ مطبعة كلية الحقوق بجامعة القاهرة

- **أبحاث**

١- أ.د. ابراهيم احمد ابراهيم " التحكيم في إطار الغرفة العربية للتوفيق و التحكيم " بحث مُقدم في الدورة السادسة لتأهيل المحكمين العرب تحت عنوان " التحكيم والتنمية " في الفترة من ١ : ٦ سبتمبر ٢٠٠٩ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٢- أ.د. أحمد بوعشيق" الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص ودورها في تحقيق التميز في تقديم الخدمات " المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية تحت عنوان (نحو أداء متميز في القطاع الحكومي) في الفترة من ١-٤ نوفمبر ٢٠٠٩ ، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات – الرياض- المملكة العربية السعودية .

٣- أ.د. أحمد بوعشيق "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص : سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب " مُقدم في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية تحت عنوان " نحو أداء متميز في القطاع الحكومي " في الفترة ١ :٤ نوفمبر ٢٠٠٩ بمعهد الإدارة العامة ، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات – الرياض – المملكة العربية السعودية .

٤- أ.د. أحمد محمد أحمد بخيت "تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة " بحث مُقدم في الدورة التاسعة عشرة تحت

مظلة منظمة المؤتمر الإسلامي – الإمارات العربية المتحدة – إمارة الشارقة ٢٦-٣٠ إبريل ٢٠٠٩.

٥- أ.د. احمد عبد الكريم سلامة " الدور المعاون للقضاء في التحكيم " بحث منشور ضمن فعاليات ورشة العمل تحت عنوان " إدارة الجلسات التحكيمية وأصول صياغة أحكام التحكيم " كازابلانكا – المملكة المغربية ، في الفترة من ٢٩ يونيو حتى ١ يوليو ٢٠١١ .

٦- د. احمد رشاد محمود سلام " البنيان الفني لحكم التحكيم" منشور في مجلة "مصر المعاصرة" العدد ٤٩٨ إبريل ٢٠١٠ ، السنة المائة .

٧- أ.د. أحمد شرف الدين " بطلان حكم التحكيم في منازعات عقود التشييد والبناء الدولية " بحث مُقدم ضمن فعاليات المؤتمر الأول للتحكيم للاتحاد العربي لمراكز التحكيم الهندسي بعنوان " تطبيقات التحكيم في العقود التخصصية " خلال الفترة من ٢٠٠٨/٣/٢٢ وحتى ٢٠٠٨/٢/٢٤ بالقاهرة .

٨- أ.د. احمد شرف الدين " مقدمة في التحكيم الدولي وإجراءاته" مُقدم ضمن فعاليات ملتقى إجراءات التحكيم الدولي المنعقد بالقاهرة – جمهورية مصر العربية تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية في الفترة من ١٨-٢٢ يونيو ٢٠٠٦ .

٩- أ.د. احمد شرف الدين " المزج بين وسائل تسوية منازعات عقود الانشاءات " بحث منشور بمجلة التحكيم العالمية في العدد الرابع بتاريخ الأول من اكتوبر ٢٠٠٩.

١٠- أ / أسعد فاضل منديل " النظام القانوني للتحكيم الالكتروني " منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الثاني ، المجلد الرابع ، ديسمبر ٢٠١١

١١- د/ إبراهيم صبري الأرناؤوط " شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني " منشور في مجلة الشريعة والقانون بكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة السادسة والعشرون – العدد التاسع والأربعون ، يناير ٢٠١٢ .

١٢- د / أحمد محرم محمد إبراهيم " الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام ال B.O.T " كلية الحقوق بجامعة أسيوط ٢٠٠٨ .

١٣- أ .د. السيد عيد نايل " اتفاق التحكيم (الدورتين التمهيدية والتخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين – ديسمبر ٢٠٠٧ المنعقدة بمركز كلية حقوق جامعة عين شمس للتحكيم .

١٤- د/ السيد مصطفى ناطق صالح مطلوب " مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري " بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق بكلية الحقوق ، جامعة الموصل بالعراق ، المجلد ١٢ العدد ٤٣ لسنة ٢٠١٠ .

١٥- د/ إبراهيم إسماعيل إبراهيم " فعالية قرار التحكيم الإلكتروني " بحث منشور في مجلة جامعة بابل بالعراق ، المجلد ٢١ العدد٢ لسنة ٢٠١٣.

١٦- أ.د. أسامة أبو الحسن مجاهد " قانون التحكيم الفرنسي الجديد " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي – العدد ١٨ يونيو ٢٠١٢.

١٧- أ.د. احمد صدقي محمود " التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ .

١٨- أ.د. احمد محمد صاوي " خصوصية العقود الدولية للتشييد " بحث منشور ضمن فعاليات ورشة عمل بعنوان (التحكيم في عقود الإنشاءات والمقاولة) برعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية وغرفة التجارة والصناعة والخدمات للدار البيضاء ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، كازبلانكا – المملكة المغربية ، في الفترة من ١٣ حتى ١٦ مارس ٢٠١٢ .

١٩- د/ احمد سيد احمد محمود " التحكيم في عقود الشراكة PPP " بحث مُقدم ضمن فعاليات ندوة (الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها) برعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية المنعقدة في شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية في الفترة من ٧:٥ ديسمبر ٢٠١١ .

٢٠- أ.د. ابراهيم صبري الأرناؤوط "شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني – دراسة مقارنة " بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون بكلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة السادسة والعشرون ، العدد التاسع والأربعون – يناير ٢٠١٢ .

٢١- أ.د. احمد شرف الدين " مشاكل الاعتراف بالتحكيم الالكتروني " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثامن - أغسطس ٢٠٠٥ .

٢٢- " إشكاليات التحكيم في العقود الدولية للتشييد " إعداد المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، قُدم في ورشة عمل بعنوان (التحكيم في عقود الإنشاءات الهندسية) المنعقدة في اسطنبول – تركيا في الفترة من ٢-٥ سبتمبر ٢٠١٢ .

٢٣- " آليات تسوية منازعات العقود الدولية للتشييد في إطار عقود الفيديك – دور المهندس الاستشاري ومجالس فض المنازعات " ورقة مُقدمة من المنظمة العربية للتنمية الإدارية ضمن فعاليات ورشة عمل تحت عنوان (التحكيم في عقود الإنشاءات) بإسطنبول – تركيا في الفترة من ٢ : ٥ سبتمبر ٢٠١٢.

٢٤- الباحث / بلال البرغوثي " السياسات التشريعية في فلسطين والتوجه نحو الشراكة بين القطاعين العام والخاص- الواقع والمنظور " دراسة مقدمة ضمن برنامج الإصلاح الديمقراطي المحلي- سبتمبر ٢٠٠٩ ، فلسطين .

٢٥- الباحث باقر عبد الكاظم علي " وسائل تسوية منازعات الاستثمار تحت مظلة (ICSID) وضمانات أطراف النزاع فيه " بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة القادسية – العراق ، العدد الأول المجلس الخامس ٢٠١٢ .

٢٦- المستشار / برهان أمر الله " القاضي مُحكّما " تعليق على قضاء محكمة استئناف القاهرة (الدائرة ٦٣ تجاري) في القضية رقم ١٢ لسنة ١٢٥ ق تحكيم

بتاريخ ٢٠١٠/٤/٤ ، منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد السادس عشر – يونيو ٢٠١١ .

٢٧- د/ حمزة أحمد حداد " كتابة اتفاق التحكيم في القوانين العربية " ورقة عمل مُقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري ٢٠٠٣/١٢/٣١ – الإمارات العربية المتحدة

٢٨- أ.د. حيدر أدهم الطائي "الوساطة كطريقة لتسوية المنازعات الدولية " بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين – العراق ٢٠١٢ ، العدد ٢.

٢٩- ترجمة وإعداد أ .م. جمال الدين نصار " شروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة بمعرفة رب العمل " صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والجمعية المصرية للمهندسين الاستشاريين – القاهرة ٢٠٠١

٣٠- " الدمج بين الوساطة والتحكيم " د/ خالد الشلقاني ، ورقة بحثية أُلقيت في ندوة عن الوساطة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – مصر ، بتاريخ ٢٠١٤/٣/٥ .

٣١- أ.د. رضا السيد " التحكيم في منازعات البنوك " ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، فبراير ٢٠٠٧ ، بمقر الأكاديمية العربية الدنماركية – الجيزة .

٣٢- الدكتور حمزة احمد حداد " التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية " في ملتقى (التحكيم السعودي من منظور إسلامي ودولي) جدة – في الفترة من ١١/٢٩ حتى ٢٠٠٥/١٢/١.

٣٣- المهندسة / روليت العبود "نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية " قسم الإدارة الهندسية والإنشاء ، كلية الهندسة المدنية بجامعة دمشق .

٣٤- أ.د. رشا علي الدين " تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم (البوت) ذات العنصر الأجنبي – دراسة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء

والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) بكلية القانون الإمارات العربية المتحدة ، أبريل ٢٠١٠ .

٣٥- د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال " القواعد المستحدثة في عقود الفيديك " بحث منشور في مجلية الشريعة والقانون في العدد الثاني والخمسون السنة السادسة والعشرون أكتوبر ٢٠١٢ – كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة .

٣٦- د/ سمير برهان " اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية " بحث مقدم ضمن فعاليات ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية في الفترة من ٢٥ – ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٧ بجمهورية مصر العربية تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية التابعة لجامعة الدول العربية.

٣٧- أ.د. سميحة القليوبي مُشكلات التحكيم في الدول العربية " بحث مُقدم ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقدة بالأكاديمية العربية الدنماركية ، فبراير ٢٠٠٧ بالجيزة .

٣٨- أ.د. سامي عبد الباقي " آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية المدارة وفقا لنظام BOT ، وعوائق اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه المشروعات " بحث منشور في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) .

٣٩- أ.د. سامي عبد الباقي أبو صالح " عوائق اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية طبقا لنظام الBOT " بحث مُقدم إلى مركز التنمية الإدارية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٥ .

٤٠- أ.د. سامي عبد الباقي " عوائق اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية طبقا لنظام ال BOT "بحث مُقدم إلى مركز التنمية الإدارية – كلية الحقوق بجامعة القاهرة ٢٠٠٥ .

٤١- أ.د. سهير منتصر " اتفاق التحكيم "، بحث منشور في مجلة (ندوات قانونية ٦) الصادرة تحت رعاية مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل القطرية ٢٠١١.

٤٢- أ.د. صبري السنوسي " أثر شرط التحكيم في العقد الإداري على اختصاص مجلس الدولة " ورقة بحثية مقدمة لمركز البحوث والاستشارات القانونية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ضمن فعاليات دورة التحكيم المتقدمة في الفترة من ٢٠١٢/٣/١٨ إلى ٢٠١٢/٣/٢٢ .

٤٣- أ.د. صفاء تقي عبد نور العيساوي "التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية – دراسة مقارنة "بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والإنسانية ، العراق ٢٠٠٧ ، العدد رقم ١٥ .

٤٤- أ.د. طارق بن هلال البوسعيدي " الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام B.O.T " بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون بكلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد السادس والثلاثين ، أكتوبر ٢٠٠٨ .

٤٥- المستشار الدكتور / عمر الشريف " المحاكم المختصرة Truncated Tribunal " مجلة التحكيم العربي الصادرة عن الاتحاد العربي للتحكيم وينشرها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، العدد الثاني – يناير ٢٠٠٠ .

٤٦- د/ عبد الحميد الأحدب " العلاقة بين قضاء بلد منشأ الحكم التحكيمي وبين قضاء بلد تنفيذ حكم التحكيم " ضمن فعاليات مؤتمر شرم الشيخ ٤ بعنوان " الدور الفعال للقضاء الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي " ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠١٢ – مدينة شرم الشيخ ، جمهورية مصر العربية .

٤٧- د/ عبد الحميد الأحدب " التحكيم بالصلح " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثالث – أكتوبر ٢٠٠٠ .

٤٨- د/ عبد الحميد الأحدب " تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " بحث مقدم لمؤتمر (التحكيم الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية) برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – بالقاهرة في الفترة من ٨:١٢ إبريل ١٩٩٧.

٤٩- د/ عبد الحميد الأحدب " تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " ضمن فعاليات مؤتمر " التحكيم الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " المنعقد في القاهرة تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٨ إلى ١٢ أبريل ١٩٩٢.

٥٠- أ.د. عمر مشهور حديثة الجازي " اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ " بحث منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ٢٠٠٣ ، العدد الثاني والعشرون .

٥١- د/ عليوش قربوع كمال " تدخل القضاء الجزائري في مجال التحكيم التجاري الدولي " مقال منشور في مجلة القانون والأعمال الالكترونية بتاريخ ٢٠١٣/٥/٢٣ – كلية الحقوق جامعة باجي مختار ، الجزائر .

٥٢- أ.د. عبد المنعم زمزم " اتفاق التحكيم الإلكتروني وهيئاته " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد العشرون – يونيو ٢٠١٣ .

٥٣- أ.د. عبد المنعم زمزم " الوسائل المستحدثة لفض منازعات عقود الانشاءات الدولية - حلول احترازية وثلاث آليات جديدة " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي – العدد السابع عشر ، ديسمبر ٢٠١١.

٥٤- أ.د. عمر مشهور حديثه الجازي " الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية " ورقة بحثية مقدمة ضمن فعاليات ندوة بعنوان (الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات) ديسمبر ٢٠٠٤ المنعقدة بجامعة اليرموك بالمملكة الأردنية الهاشمية ، والتي نظمها المركز الأردني لتسوية المنازعات .

٥٥- أ.د. عمرو طه بدوي " محاضرة في صياغة عقود الإنشاءات الدولية " ورقة عمل مقدمة ضمن فعاليات دورة عن صياغة العقود باللغة العربية في الفترة من ٢٠٠٧/٥/١٣ حتى ٢٠٠٧/٥/١٥ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٥٦- " أ.د. عمر سالمان " ماهية الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأشكالها، بحث منشور ضمن فعاليات ندوة (الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها) تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمنعقدة بشرم الشيخ – جمهورية مصر العربية في الفترة من ٦ إلى ٧ ديسمبر ٢٠١١

٥٧- المستشار عمرو عبد الرحيم محمد "نشأة القضاء الإداري في مصر" بحث منشور بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢ . نسخة إلكترونية
http://www.ar-lawyers.com/vb/showthread.php?t=560

٥٨- المستشار / علاء الدين رجب قطب " التحكيم في عقود BOT والشراكة بين القطاع الخاص والعام " ضمن فعاليات دورة التحكيم، (دورة متقدمة) في الفترة من ٢٠١٢/٣/١٨ إلى ٢٠١٢/٣/٢٢ بمركز البحوث والاستشارات القانونية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة.

٥٩- الباحث / عمر العطين " التحكيم في القضايا العمالية " مجلة المنارة الأردنية، مجلد ١٥ العدد ٢ بتاريخ ٦/٤/ ٢٠٠٩.

٦٠- المؤلف كارل أ. سليكيو ، ترجمة د. علا عبد المنعم " الوساطة في حل النزاعات " الصادر عن الدار الدولية للنشر والتوزيع – مصر . منشور في الموقع الرسمي لشبكة النبأ المعلوماتية على
hp ://annabaa.org/nbanews/68/341.htm

٦١- أ. د/ غسان عبيد محمد المعموري "شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول " منشور في مجلة رسالة الحقوق بكلية الحقوق – جامعة كربلاء العراقية ، المجلد الأول العدد الثاني لسنة ٢٠٠٩ .

٦٢- د / غسان على "استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه " ضمن فعاليات الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب – دورة التحكيم الهندسي ، المنعقدة بسوريا في الفترة من ٢١ إلى ٢٤ ابريل ٢٠١٠ .

٦٣- أ.م. غريب الصاوي " التحكيم باستخدام الانترنت" ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، فبراير ٢٠٠٧ تحت رعاية الأكاديمية العربية الدنماركية – القاهرة الدكتور / نبيل زيد مقابلة " التحكيم الإلكتروني " – ٢٠٠٧

٦٤- أ.د. فتحي والي " مبدأ الاختصاص بالاختصاص واختصاص محاكم الدولة بإبطال اتفاق التحكيم وفقا للقانون المصري وقواعد اليونسترال " ضمن فعاليات " المؤتمر الدولي عن قواعد اليونسيترال النموذجية للتحكيم" ١٧ ديسمبر ٢٠٠٦ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – جمهورية مصر العربية .

٦٥- أ.د. فؤاد ديب " تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة – القسم الأول " بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٧ العدد الثالث ٢٠١١.

٦٦- أ .د. فريد فنري " قانون التحكيم السوري الجديد لعام ٢٠٠٨ – أوجه الالتقاء والافتراق مع القانون النموذجي للتحكيم والقانون المصري لعام ١٩٩٤" بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد ١٢ – يونيو ٢٠٠٩ .

٦٧- أ/ فهمي كرامي " الوساطة بين انتقاء وتعيين الوسيط ودور المحامي " بحث مقدم ضمن فعاليات مؤتمر " التحكيم التجاري والوسائل السلمية البديلة لحسم المنازعات – الدول العربية ومواكبة تحديات المستقبل " ٢٩-٣٠ مارس ٢٠٠٩ المنعقد في مقر جامعة الدول العربية بالقاهرة .

٦٨- أ /فرحات حرشاني " تقديم وسائل تسوية المنازعات " ضمن فعاليات (ورشة عمل وطنية حول تسوية المنازعات في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية) تحت رعاية الأمم المتحدة – اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – اسكوا – مسقط ، عمان في الفترة من ١٠-٠٩-٢٠١١ إلى ١٤-٠٩-٢٠١١

٦٩- د/ كريم أبو يوسف " حوالة او انتقال اتفاق التحكيم "، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد العاشر- سبتمبر ٢٠٠٧ .

٧٠- أ.د. كامران حسين الصالحي " وسائل تسوية منازعات عقود B.O.T بطرق ودية (التحكيم كنموذج) في ضوء القانون الإماراتي " بحث مقدم في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم المستحدثة) بكلية القانون – الإمارات العربية المتحدة - أبريل ٢٠١٠.

٧١- أ .د. لافي محمد درادكه " آليه تسوية منازعات عقود البناء والتشييد : الحل بالتفاوض والحسم بالتحكيم – دراسة مقارنة بين قواعد الفيديك القديمة طبعة عام ١٩٨٧ وقواعد الفيديك الحديثة طبعة ١٩٩٩ " بحث منشور في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) بكلية القانون – الإمارات العربية المتحدة - أبريل ٢٠١٠.

٧٢- د/ محمد معن ديوب " المتطلبات الأساسية لنجاح برنامج الخصخصة " بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية (سوريا) سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد (٢٨) العدد (٢)٢٠٠٦ .

٧٣- أ.د. منير إبراهيم هندي " أساليب وطرق خصخصة المشروعات العالمية – خلاصة الخبرات العالمية " ، طبعة ١٩٩٥ ، الناشر : المنظمة العربية للتنمية الإدارية .

٧٤- الباحث الاقتصادي محمد ولد عبد الدائم " أزمة الديون كجزء من أزمة هيكلية متعددة الأبعاد " بتاريخ ٣/١٠/٢٠٠٤ . نسخة الكترونية

http://www.aljazeera.net/specialfiles/pages/9aec37fc-edb6-466a-acd0-455b8591e473.

٧٥- د/ محمد المتولي " إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – والتشغيل – والتحويل (B.O.T) " بحث صادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، فرع الدقهلية – دكرنس . الجزء الأول ، طبعة ٢٠٠١ .

٧٦- الباحث / محمد متولي دكروري محمد " دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية " إدارة بحوث التمويل التابعة للإدارة العامة للبحوث المالية – وزارة المالية المصرية ص ٦ بدون تاريخ.

٧٧- أ.د. محمود عبد الحافظ بحث بعنوان " الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومتطلبات التنمية : الإمكانيات والتحديات – الحالة المصرية في ضوء التجارب الدولية " صادر عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠١٣ .

٧٨- القاضي / محمد وليد منصور " التحكيم في عقود البوت (B.O.T) " منشور في مجلة " المحامون " السورية العددان ٧و٨ لسنة ٢٠٠٦. السنة ٧١ .

٧٩- م.د. محمد عبد المجيد إسماعيل " مشروعات البنية الأساسية وموافقة الوزير المختص " منشور في مجلة التحكيم العربي – العدد السابع عشر ، ديسمبر ٢٠١١ .

٨٠- د/ معن وعد الله المعاضيدي ، أ. أيمن جاسم محمد الطائي " المخاطر الناشئة عن عقود الشراكة بين منظمات القطاع العام والقطاع الخاص – دراسة استطلاعية "– بحث منشور في مجلة تنمية الرافدين ، بكلية الإدارة والاقتصاد ، جامعة الموصل بالعراق ، العدد ١٠٩ مجلد ٣٤ لسنة ٢٠١٢

٨١- أ.د. محي الدين القيسي " الوساطة والمصالحة والمفاوضات ، وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية " ضمن فعاليات الملتقى العربي الأول بعنوان " التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات – التوفيق ، والوساطة الخبرة الفنية " ٣١ مايو ٢ يونيو ٢٠١٠ . بيروت – الجمهورية اللبنانية .

٨٢- أ.د. مصطفى محمود عفيفي الوسائل القضائية وغير القضائية لتسوية منازعات عقود البوت " مُقدم ضمن فعاليات الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقد في الفترة من ٢٠٠٨/٣/٢٢ وحتى ٢٠٠٨/٣/٢٤ بمركز حقوق عين شمس للتحكيم .

٨٣- المهندس / محمد ماجد عباس خلوصي " المهام شبه التحكيمية للاستشاري في عقود الفيديك" ، مُقدم ضمن فعاليات " المئتمر الإقليمي عن عقود الفيديك وآخر تطوراتها " ٩-١٠ يناير ٢٠١١ بقاعة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي . القاهرة.

٨٤- أ.د. مصلح حسن أحمد " التحكيم ودوره في تسوية المنازعات الدولية " بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية بالعراق ٢٠١٠ .

٨٥- المستشار / محمود فهمي " التحكيم في منازعات الاستثمار المباشر وغير المباشر " رئيس هيئة سوق المال المصري السابق ، بحث بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٦ غير منشور . وتم مناقشة البحث في ندوة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي تحت عنوان " التحكيم في منازعات الاستثمار المباشر وغير المباشر " والتي ألقاها المستشار محمود فهمي بتاريخ ٢٠١٣/٣/٥ بقاعة المؤتمرات بالمركز

٨٦- أ.د. محمود سمير الشرقاوي " موقف القضاء الدستوري المصري من التحكيم الإجباري " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد ١٤ – يونيو ٢٠١٠ .

٨٧- أ.د. محمود سمير الشرقاوي " الصور المختلفة للتحكيم في منازعات الاستثمار في العالم العربي " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ .

٨٨- أ.د. محمود سمير الشرقاوي " اتفاق التحكيم مع إشارة خاصة إلى القانون المصري " بحث مقدم في الملتقي العربي الأول بعنوان (التحكيم والوسائل البديلة

لتسوية المنازعات – التوفيق ، الوساطة ، الخبرة الفنية) بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت – بيروت ، الجمهورية اللبنانية في الفترة من ٣١ مايو حتى ٢ يونيو ٢٠١٠

٨٩- أ.د. محمود سمير الشرقاوي " تطور تشريعات التحكيم في الدول العربية " ضمن فعاليات الملتقي العربي الأول بعنوان (التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات – التوفيق ، والوساطة ، الخبرة الفنية) ٣١ مايو – ٢ يونيو ٢٠١٠ بيروت – الجمهورية اللبنانية .

٩٠- أ.د. محمود سمير الشرقاوي "التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " مُحاضرة ألقيت في ندوة عقد المقاولة التي عقدها مركز البحث والدراسات القانونية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة بتاريخ ١٩٩٢ .

٩١- أ.د. محمود سمير الشرقاوي " التحكيم الدولي وغيره من وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقيات البوت " بحث مقدم ضمن فعاليات مؤتمر (التحكيم الدولي والوسائل الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية) برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – القاهرة في الفترة من ٨ : ١٢ إبريل ١٩٩٧

٩٢- أ.د. محمود سمير الشرقاوي " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الخامس – سبتمبر ٢٠٠٢

٩٣- د/ محمد سليم العوا "التحكيم وشرطه في الفقه الإسلامي " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد السادس – أغسطس ٢٠٠٣

٩٣- أ.د. محمد صلاح بعد الوهاب " اعتبارات السرية والأمان في التحكيم الإلكتروني " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الثامن – أغسطس ٢٠٠٥ .

٩٤- أ.د. محمد نور شحاته "حالات امتداد شرط التحكيم إلى الغير – دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير " بحث منشور ضمن فعاليات الدورة السادسة لتأهيل المحكمين العرب بعنوان التحكيم والتنمية برعاية الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم في سبتمبر ٢٠٠٧

٩٥- د/ محمد عبد الرؤوف " المملكة العربية السعودية تتبنى قانونا جديدا للتحكيم" ، منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثامن عشر – يونيو ٢٠١٢ .

٩٦- المستشار الدكتور / محمد أبو العينين " أهم الفوارق بين القانون المصري الجديد للتحكيم في المواد المدنية والتجارية وبين القانون النموذجي " ضمن فعاليات الدورة التدريبية المؤهلة للعضوية المساعدة أو زمالة معهد المحكمين الدوليين بلندن ، والتي عُقدت في القاهرة من ١٢-١٨ يونيو ١٩٩٧ .

٩٧- المستشار / محمد أبو العينين - بحث مُقدم في مؤتمر شرم الشيخ بعنوان " Build – Own / Operate – Transfer (BOT) Projects " أكتوبر١٨: ٢٠/ ١٩٩٨م

٩٨- المستشار/ محمد أبو العينين " دور القضاء في القضايا التحكيمية " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد الرابع – أغسطس ٢٠٠١ .

٩٩- المستشار / محمد أبو العينين " مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص " بحث مُقدم في مؤتمر شرم الشيخ ٢٩ و٣٠ سبتمبر ٢٠٠١

١٠٠-المستشار / محمد أبو العينين " الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات " بحث مُقدم ضمن فعاليات ندوة بعنوان (الآفاق الجديدة للتحكيم الهندسي) تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة في ٢٠٠٣/٤/١٩

١٠١- أ.د. محمد سعيد حسين أمين " التحكيم في العقود الإدارية للدولة " بحث مُقدم ضمن فعاليات الدورتين التمهيدية والتخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، ديسمبر ٢٠٠٧

١٠٢- المستشار / محمد امين المهدي والمستشار / محمود فوزي عبد الباري " الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي العدد ١٤ – يونيو ٢٠١٠

١٠٣- أ.د. محمد الروبي " التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " بحث مُقدم ضمن فعاليات المؤتمر السنوي السادس عشر بعنوان (التحكيم التجاري الدولي) في كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، في الفترة من ٢٨ – ٣٠ أبريل ٢٠٠٨ .

١٠٤- أ.د. ناجي عبد المؤمن " التحكيم بالإحالة " بحث منشور ضمن فعاليات دورة إعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقدة في القاهرة ديسمبر ٢٠٠٧

١٠٥- أ.د. نادر محمد إبراهيم " تأثر حيدة المحكم بتعيينه في نزاع آخر متعلق بذات النزاع " تعليق على حكم محكمة القاهرة الاقتصادية – الدائرة السادسة استئناف في الدعوى رقم ٨٩ لسنة ٢ق اقتصادية ، بجلسة ٢٠١١/٤/١٢ (مشار إليه في مجلة التحكيم العربي ، العدد السادس عشر – يونيو ٢٠١١)

١٠٦- " نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ورقة بحثية صادرة عن المعهد العربي للتخطيط بالكويت – العدد ٣٥ نوفمبر ٢٠٠٤ - السنة الثالثة .

١٠٧- أ.د. ناصر خليل جلال "عقد البوت بين القانون الخاص و القانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات – بحث مقارن " بحث مُقدم في مؤتمر (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) الثامن عشر في القترة من ١٩ إلى ٢١ إبريل ٢٠١٠ بدولة الإمارات العربية المتحدة – دبي .

١٠٨- أ.د. نزيه محمد الصادق المهدي " دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد ، في ظل أحداث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة " بحث منشور في المؤتمر الثامن عشر بعنوان (عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة) .

١٠٩- أ.د. هدى محمد مجدي " طبيعة وآثار الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم " منشور في مجلة التحكيم العربي العدد العاشر – سبتمبر ٢٠٠٧

١١٠- أ.د. يحيى عبد العزيز الجمل " حيدة واستقلال المحكمين " بحث منشور في مجلية التحكيم العربي ، العدد الرابع – أغسطس ٢٠٠١

رسائل ماجستير ودكتوراه

١- أ.د. أحمد حسان حافظ مطاوع " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٩٨

٢- د / إبتسام علي حسين " سياسات الإصلاح الاقتصادي و انعكاساتها على التنمية البشرية دراسة لبلدان مختارة " رسالة دكتوراه – كلية الإدارة والاقتصاد – جامعة بغداد ٢٠٠٩

٣- د / إبراهيم الشهاوي " عقد امتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة) " رسالة دكتوراه – كلية الحقوق بجامعة عين شمس – ٢٠٠٣

٤- أ / خالد بن محمد عبد الله العطية "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية " رسالة ماجستير ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٩٩ ،

٥-د / داليا عبد المعطي حسين " التراضي كأساس لاتفاق التحكيم " رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٧ .

٦- أ.د. دويب حسين صابر عبد العظيم "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية " البوت " رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة أسيوط ٢٠٠٦م

٧- د / رشدي صالح عبد الفتاح " دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ BOT - دراسة تحليلية مقارنة مع التطبيق على مصر " رسالة دكتوراه – كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ٢٠٠٥

٨- أ/ شهاب فاروق عبد الحي " التنظيم القانوني والتعاقدي لنظم مشاركة القطاع العام والخاص في تمويل وتشغيل مشروعات البنية الأساسية " رسالة ماجستير -كلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠١٠ .

٩- أ/ شيماء هاشم علي " أثر عجز الموازنة الحكومية على سعر الصرف الأجنبي - اليابان - حالة دراسية للمدة (١٩٩٠-٢٠٠٥) " رسالة ماجستير - كلية الإدارة والاقتصاد - جامعة بغداد ٢٠٠٨

١٠-د/ طه محمد محمد أبو العلا " تقييم دور المشروعات التي طبقت نظام منح واسترداد الامتيازات (BOT) على قطاع الكهرباء في مصر " رسالة دكتوراه، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية – كلية العلوم الإدارية للدراسات العليا بالقاهرة سنة ٢٠٠٨ ،

١١-م.د. فاروق عبد الحي عزت " هندسة الخدمة – مدخل لهندسة صناعة قرار التجارة في المرافق العامة في ظل الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات مع التطبيق على مرفق الطرق العامة في مصر " رسالة دكتوراه ، كلية هندسة – جامعة القاهرة ٢٠٠٣

١٢-م.د. فاروق عبد الحي عزت"خصخصة صيانة الطرق الضرائبية في مصر " رسالة ماجستير– كلية الهندسة بجامعة القاهرة – مارس ١٩٩٩

١٣-د/ ماهر محمد حامد أحمد " النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق فرع بنها ، ٢٠٠٤

١٤- د/ مي محمد عزت علي شرباش "النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT " رسالة دكتوراه – كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ٢٠٠٩ .

١٥-د / نجاتي عبد الغنى إبراهيم " التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام الـ (B.O.T)" رسالة دكتوراه - كلية الحقوق – جامعة القاهرة سنة ٢٠٠٧

١٦-د / هشام محمد اسماعيل " الحماية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية " رسالة دكتوراه كلية الحقوق بجامعة القاهرة ٢٠١٠ قسم القانون الدولي الخاص

١٧-أ / يتوجي سامية " التحكيم الإلكتروني E- Arbitration " رسالة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ٢٠٠٩ جامعة محمد خيضر – بسكرة ، الجزائر

أحكام تحكيم

١- القضية رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٢ بتاريخ ١٩٩٤/٧/٢٨ (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)

٢- القضية رقم ١٤٢ لسنة ١٩٩٩ بتاريخ ٢٩ /١/ ٢٠٠٠ (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)

٣- القضية رقم ٦٧ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١١ /٨/ ١٩٩٦ (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)

٤- القضية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ " تحكيم حر " الصادر بجلسة ١٩٩٨/٣/١١ (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)

٥- القضية رقم ٤٣١ لسنة ٢٠٠٥ بجلسة ٢٠٠٧/٥/٧ (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)

٦- القضية رقم ٥٥٣ لسنة ٢٠٠٧ الصادر في ٢٠٠٩/١١/٥ (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)

٧- القضية رقم ٤٩٥ لسنة ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١٧ (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي)

مقالات صحفية

١- " الشراكة بين القطاعين العام والخاص : خصخصة جديدة أم نهج للإصلاح ؟ " مقال منشور في جريدة المصري اليوم بتاريخ ٢٠١٣/٦/٣ بقلم أ/ إبراهيم الغيطاني .

٢- " التحكيم الالكتروني – المزايا والعيوب " مقال منشور بجريدة الأهرام بقلم أ/ هشام بشير . بتاريخ ٢٠١١/٤/١ .

٣- " قانون شراكة القطاع الخاص ..... عودة لزمن الاحتلال والامتيازات ". مقال منشور في جريدة صوت البلد بتاريخ ٢٠١٠/٧/١١ بواسطة أ/ ايمان ندا .

٤- " عقود البوت وتطبيقاتها "مقال بجريدة الأهرام بواسطة الدكتور / سينوت حليم دوس بتاريخ ٨ يوليو ٢٠٠٠م السنة ١٢٤ العدد ٤١٤٨٧ . .

إصدارات

١- " معجم اللغة العربية المعاصرة " الأستاذ الدكتور / أحمد مختار عُمر – الطبعة الأولى ٢٠٠٨ – الناشر عالم الكتب .

٢- " معجم القانون " الصادر عن مجمع اللغة العربية سنة ١٩٩٩ ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

٣- "مجلة الأحكام العدلية " الكتاب السادس عشر ، طبعت بمطابع بيروت بالمطبعة الأدبية سنة ١٢٠٢ هجري / ١٧٨٧ ميلادي

٤- " دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص " أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) نيويورك ، ٢٠٠١ . United Nao ns Publicao n Sales No. A.01.V.4

٥- " نظام فض المنازعات " الصادر عن بورصتي القاهرة والاسكندرية – بدون تاريخ - نسخة الكترونية من الموقع الرسمي للبورصة المصرية

٦- " دليل الوساطة للتسوية الودية لمنازعات الأعمال " الصادر عن الجمعية المصرية للتسوية الودية للمنازعات – بدون تاريخ

٧- "قانون الأونسيترال النموذجي الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله ٢٠٠٢ " الصادر عن منظمة الأمم المتحدة – نيويورك ٢٠٠٤ . الترقيم الدولي ٣-٩٢-١-٦٣٣٠١٦

٨- قرار الجمعية العمومية للأمم المتحدة بدورته السابعة والخمسون بتاريخ ٢٠٠٣/١/٢٤ تحت رقم A/RES/57/18

٩- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ والمعدل في ٢٠٠٦ الصادر من الأمم المتحدة في ٢٠٠٨ – فيينا .ISBN 978-92-1-633039-2

١٠- " الدراسة المحدودة حول شراكة القطاع العام والخاص في قطاع النقل " دراسة تم اعدادها بواسطة مشروع النقل الأورومتوسطي – بمساعدة الاتحاد الأوروبي عام ٢٠٠٩

١١- " إرشادات حول صياغة بنود التحكيم الدولية" صادر عن الاتحاد الدولي للمحامين (IBA) حول صياغة بنود التحكيم الدولية ، وتم اعتمادها بموجب قرار من مجلس نقابة المحامين الدولية في ٢٠١٠/١٠/٧ – ISBN 9780948711213

اتفاقيات دولية

١- اتفاقيات جنيف (البروتوكول الخاص بأحكام التحكيم الموقع بجنيف في ١٩٢٣/٩/٢٤)
٢- الاتفاقية الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب الموقعة في جنيف كذلك في ١٩٢٧/٩/٢٦
٣- اتفاقية نيويورك الموقعة في ١٩٥٨/١/١٠ بشان الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية
٤- اتفاقية واشنطن (١٩٦٥/٣/١٨) التي أنشأت المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (ICSID)
٥- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ١٩٧٠
٦- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى ١٩٧٤
٧- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ١٩٨٠
٨- اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بحرا والمبرمة في ١٩٧٨ " اتفاقية هامبورج "

قوانين وقرارات وزارية ولوائح تنفيذية مصرية

١- التقنين المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الصادر في ١٦ /١٩٤٨/٧ ، ونُشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٤٨/٧/٢٩
٢- تقنين المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والمنشور بالجريدة الرسمية في ١٩٦٨/٥/٩ – العدد ١٩

٣- قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، الصادر في ١٩٩٤/٤/١٨ ، ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ١٦ (تابع) الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٤/٢١

٤- قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، ونشر في الجريدة الرسمية بالعدد ١٩ مكرر في ١٩٩٩/٥/١٧ ، والمعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ٢٠٠٠ المنشور في الجريدة الرسمية في ٢٠٠٠/٧/١٢ العدد ٣٠

٥- قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، والمنشور بالجريدة الرسمية في ١٩٧٢/١٠/١.

٦- قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمنشور بالجريدة الرسمية في ١٩٧٢/١٠/٥

٧- القانون رقم ٢٩٩ لسنة ١٩٩٦ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٧ مُكرر الصادر في ١٩٩٦/٧/١٤

٨- القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٥ مُكرر الصادر في ١٩٩٦/٦/٣٠

٩- القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٦ مكرر الصادر في ١٩٩٧/٢/٨

١٠- القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٥ مكرر الصادر في ١٩٩٦/٢/١

١١- القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية الصادر في ٢٦ مارس١٩٩٨

١٢-القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والمسمى " قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة " المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ في العدد ١٩ مكرر (أ) ، وصدرت اللائحة التنفيذية في ٢٠١١/١/٢٣ في الجريدة الرسمية العدد٣ مكرر (ب) السنة ٥٤

١٣- القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشان هيئات القطاع العام وشركاته الصادر في ١٩٨٣/٧/٣٠ ونشر في الجريدة الرسمية في العدد ٣١ تابع (أ) بتاريخ ١٩٨٣/٨/٤

١٤-قرار وزير العدل رقم ٣٧٧١ لسنة ١٩٩٥ في ١٩٩٥/٨/٦ والمنشورة في الجريدة الرسمية بالعدد ١٨٥ في ١٩٩٥/٨/١٩ بخصوص قوائم المحكمين المعتمدين من قبل وزارة العدل .

١٥-قرار من مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء (صدر هذا القرار برئاسة مجلس الوزراء في ١٩٩٨/٧/٨ ، ونشر في الجريدة الرسمية في يوليو ١٩٩٨)

١٦- قرار مجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين (صدر القرار في ١٩٩٨/٩/٢ في الجريدة الرسمية ، العدد ٥٣ في سبتمبر ١٩٩٨)

١٧-تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية بمجلس الشعب عن مشروع قانون بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة . التقرير الرابع – مشترك – الفصل التشريعي التاسع ، دور الانعقاد العادي الخامس ، إبريل ٢٠١٠ . مطبعة مجلس الشعب

١٨-قرار وزير العدل رقم ٩٧٣٩ لسنة ٢٠١١ بتنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم المنشور في ٢٠١١/١٠/٥ بالجريدة الرسمية العدد ٢٣٦

١٩- القرار الوزاري رقم ٨٣١٠ لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم والصادر في ٢٠٠٨/٩/٢١

ندوات و مؤتمرات

١- "حول موضوع خصخصة قطاع الأعمال العام في الاقتصاد المصري " ندوة لجنة الاقتصاد بالمجلس الأعلى للثقافة ٢٠١٠/٥/٣٠ – مصر.

٢- "مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص " مؤتمر شرم الشيخ ٢٩ و٣٠ سبتمبر ٢٠٠١ .

٣- المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية تحت عنوان " نحو أداء متميز في القطاع الحكومي " في الفترة من ١-٤ نوفمبر ٢٠٠٩ ، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات – الرياض- المملكة العربية السعودية .

٤- "الدورة التاسعة عشرة تحت مظلة منظمة المؤتمر الإسلامي" الإمارات العربية المتحدة – إمارة الشارقة ٢٦-٣٠ إبريل ٢٠٠٩.

٥- مؤتمر شرم الشيخ بعنوان " (Build – Own / Operate – Transfer BOT) Projects " أكتوبر ١٨-٢٠/ ١٩٩٨م - تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

٦- مؤتمر " عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة" الثامن عشر- في الفترة من ١٩ إلى ٢١ إبريل ٢٠١٠ بدولة الإمارات العربية المتحدة – دبي .

٧- ندوة " الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها " تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمنعقدة بشرم الشيخ – جمهورية مصر العربية في الفترة من ٦ إلى ٧ ديسمبر ٢٠١١ .

٨- دورة " صياغة العقود باللغة العربية" في الفترة من ٢٠٠٧/٥/١٣ حتى ٢٠٠٧/٥/١٥ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٩- The International Conference on Successful BOT Projects in Egypt , Cairo – November 14-16, 1999 – Organized by CRCICA .

١٠- "الدورتين التمهيدية والتخصصية لإعداد المحكمين العرب الدوليين" ديسمبر ٢٠٠٧ المنعقدة بمركز كلية حقوق جامعة عين شمس للتحكيم .

١١- مؤتمر " التحكيم التجاري والوسائل السلمية البديلة لحسم المنازعات – الدول العربية ومواكبة تحديات المستقبل " ٢٩-٣٠ مارس ٢٠٠٩ المنعقد في مقر جامعة الدول العربية بالقاهرة .

١٢- ورشة عمل وطنية حول "تسوية المنازعات في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية " تحت رعاية الأمم المتحدة – اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – اسكوا ، مسقط ، عمان في الفترة من ١٠-٠٩-٢٠١١ إلى ١٤-٠٩-٢٠١١

١٣- ندوة بعنوان " الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات " ديسمبر ٢٠٠٤ المنعقدة بجامعة اليرموك بالمملكة الأردنية الهاشمية ، والتي نظمها المركز الأردني لتسوية المنازعات .

١٤- "الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين" المنعقد في الفترة من ٢٠٠٨/٣/٢٢ وحتى ٢٠٠٨/٣/٢٤ بمركز حقوق عين شمس للتحكيم .

١٥- مؤتمر " التحكيم الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " المنعقد في القاهرة تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٨ إلى ١٢ أبريل ١٩٩٢.

١٦- ورشة عمل تحت عنوان " التحكيم في عقود الإنشاءات " بإسطنبول – تركيا في الفترة من ٢ : ٥ سبتمبر ٢٠١٢.

١٧- مؤتمر " التحكيم الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – بالقاهرة في الفترة من ٨:١٢ إبريل ١٩٩٧ .

١٨- " المؤتمر الإقليمي عن عقود الفيديك وآخر تطوراتها " ٩-١٠ يناير ٢٠١١ بقاعة مركز القاهرة المؤتمر الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - القاهرة.

١٩- المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية تحت عنوان " نحو أداء متميز في القطاع الحكومي " في الفترة ١ :٤ نوفمبر ٢٠٠٩ بمعهد الإدارة العامة ، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات – الرياض – المملكة العربية السعودية .

٢٠- ورشة العمل تحت عنوان " إدارة الجلسات التحكيمية وأصول صياغة أحكام التحكيم " كازابلانكا – المملكة المغربية ، في الفترة من ٢٩ يونيو حتى ١ يوليو ٢٠١١ .

٢١- الدورة السادسة لتأهيل المحكمين العرب تحت عنوان " التحكيم والتنمية " في الفترة من ١ : ٦ سبتمبر ٢٠٠٩ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٢٢- المؤتمر الأول للتحكيم للاتحاد العربي لمراكز التحكيم الهندسي بعنوان " تطبيقات التحكيم في العقود التخصصية " خلال الفترة من ٢٠٠٨/٣/٢٢ وحتى ٢٠٠٨/٢/٢٤ بالقاهرة .

٢٣- " مُلتقى إجراءات التحكيم الدولي" المنعقد بالقاهرة – جمهورية مصر العربية تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية في الفترة من ١٨-٢٢ يونيو ٢٠٠٦

٢٤- ندوة " التحكيم في منازعات الاستثمار المباشر وغير المباشر " بتاريخ ٢٠١٣/٣/٥ بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – قاعة المؤتمرات.

٢٥- الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين ، فبراير ٢٠٠٧ ، بمقر الأكاديمية العربية الدنماركية – الجيزة .

٢٦- مُلتقى " التحكيم السعودي من منظور إسلامي ودولي " جدة – في الفترة من ١١/٢٩ حتى ٢٠٠٥/١٢/١.

٢٧- "الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين" ، فبراير ٢٠٠٧ تحت رعاية الأكاديمية العربية الدنماركية – القاهرة .

٢٨- ندوة "صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية" في الفترة من ٢٥ – ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٧ بجمهورية مصر العربية تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية التابعة لجامعة الدول العربية.

٢٩- ورشة عمل بعنوان " التحكيم في عقود الإنشاءات الهندسية " المنعقدة في اسطنبول – تركيا في الفترة من ٢-٥ سبتمبر ٢٠١٢ .

٣٠- دورة "إعداد المحكمين العرب الدوليين" المنعقدة في القاهرة ديسمبر ٢٠٠٧، المنعقدة بمركز كلية حقوق جامعة عين شمس للتحكيم .

٣١- الملتقي العربي الأول بعنوان " التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات – التوفيق ، الوساطة ، الخبرة الفنية " بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت – بيروت ، الجمهورية اللبنانية في الفترة من ٣١ مايو حتى ٢ يونيو ٢٠١٠.

٣٢- "الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب – دورة التحكيم الهندسي" المنعقدة بسوريا في الفترة من ٢١ إلى ٢٤ ابريل ٢٠١٠ .

٣٣- " المؤتمر الدولي عن قواعد اليونسيترال النموذجية للتحكيم " ١٧ ديسمبر ٢٠٠٦ . مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – جمهورية مصر العربية .

٣٤- مؤتمر شرم الشيخ ٤ بعنوان " الدور الفعال للقضاء الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي " ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠١٢ – مدينة شرم الشيخ ، جمهورية مصر العربية .

٣٥- ندوة بعنوان " عقود المشاركة والتحكيم في منازعاتها " تحت إشراف المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، والمنعقدة في المنامة بالبحرين – إبريل ٢٠٠٨.

٣٦- " الدورة التدريبية المؤهلة للعضوية المساعدة أو زمالة معهد المحكمين الدوليين بلندن" والتي عُقدت في القاهرة من ١٢-١٨ يونيو ١٩٩٧ .

٣٧- مؤتمر "البترول العربي الرابع" المنعقد في بيروت من ٥ إلى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٣ .

٣٨- "دورة التحكيم المتقدمة " في الفترة من ٢٠١٢/٣/١٨ إلى ٢٠١٢/٣/٢٢ بمركز البحوث والاستشارات القانونية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

٣٩- مؤتمر "التحكيم الدولي والوسائل الأخرى لحسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية " برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – القاهرة في الفترة من ٨ : ١٢ إبريل ١٩٩٧.

٤٠- ورشة عمل بعنوان " التحكيم في عقود الإنشاءات والمقاولة " برعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية وغرفة التجارة والصناعة والخدمات للدار البيضاء ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية . كازبلانكا – المملكة المغربية ، في الفترة من ١٣ حتى ١٦ مارس ٢٠١٢ .

٤١- ندوة بعنوان " الآفاق الجديدة للتحكيم الهندسي " تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة في ٢٠٠٣/٤/١٩ ..

٤٢- ندوة " الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها " برعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، المُنعقدة في شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية في الفترة من ٥:٧ ديسمبر ٢٠١١.

٤٣- "الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين" المنعقدة بالأكاديمية العربية الدنماركية ، فبراير ٢٠٠٧ بالجيزة .

٤٤- المؤتمر السنوي السادس عشر بعنوان " التحكيم التجاري الدولي" في كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، في الفترة من ٢٨ – ٣٠ أبريل ٢٠٠٨ .

٤٥- الدورة السادسة والأربعون للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، فيينا ٨-٢٦ يوليه ٢٠١٣ ، دورة مناقشة الجمعية العامة A/CN.9/779 .

٤٦- الندوة الدولية للشراكات بين القطاعين العام والخاص ، المنعقدة بواسطة الجمعية العمومية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، فيينا ٢-٣ مايو ٢٠١٣ A/CN.9/782 .

مجلات علمية ودوريات

١- مجلة " التحكيم العالمية " د/ عبد الحميد الأحدب ، والمنشورة في منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان.

٢- مجلة "التحكيم العربي " الصادرة عن الأمانة العامة للإتحاد العربي للتحكيم الدولي ، والتي ينشرها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - مصر

٣- مجلة المحامون السورية التي تصدر عن نقابة المحامين بسورية .

٤- مجلة المنارة الأردنية للبحوث والدراسات ، تصدر عن عمادة البحث العلمي جامعة آل البيت – المملكة الأردنية الهاشمية .

٥- مجلة تنمية الرافدين ، بكلية الإدارة والاقتصاد ، جامعة الموصل بالعراق.

٦- مجلة رسالة الحقوق بكلية الحقوق – جامعة كربلاء العراقية.

٧- مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين – العراق.

٨- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة القادسية – العراق.

٩- مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية ، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية – سوريا.

١٠- مجلة "مصر المعاصرة" الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع – مصر.

١١- مجلة الجامعة العراقية - العراق (سابقا الجامعة الإسلامية).

١٢- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – سوريا.

١٣- مجلة الشريعة والقانون بكلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة .

١٤- المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي - لبنان .

١٥- مجلة الرافدين للحقوق بكلية الحقوق ، جامعة الموصل بالعراق .

١٦- مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والإنسانية - العراق .

١٧- مجلة (ندوات قانونية) الصادرة تحت رعاية مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل القطرية .

١٨- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية – المكتب الفني . مصر

تشريعات دول عربية

١- قانون التحكيم التونسي المُسمى " مجلة التحكيم المنظمة لإجراءات التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي " رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ الصادر في ٢٦ ابريل ١٩٩٣ (منشور في جريدة الرائد الرسمي عدد ٣٣ بتاريخ ٤ مايو١٩٩٣) .

٢- قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ المُسمى " قانون التحكيم " الصادر في ٢٧ رمضان ١٤١٢ الموافق ٣١ مارس ١٩٩٢ بالقرار الجمهوري رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

٣- قانون التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٤ الصادر في ١٤٣٣/٥/٢٤ في الجريدة الرسمية في يوم الجمعة ١٨ رجب ١٤٣٣هـ الموافق ٨ يونيو ٢٠١٢ - السنة ٩٠ - العدد ٤٤١٣ - الصفحة ٥

٤- قانون الوساطة الأردني رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ تحت مُسمى " قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية" ونشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في العدد ٤٧٥١ بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦ بالصفحة رقم ٧٣٨

٥- قانون الوساطة الجزائري المؤقت رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٣ والمُسمى " قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية " الصادر في ٢٠٠٣/٤/١

٦- قانون الوساطة المغربي ، بتنظيم الوساطة ضمن نصوص قانون " المسطرة المدنية " بالقانون رقم ٠٨.٠٥ في الفرع الثالث من الباب الثامن والمعنون " التحكيم والوساطة الاتفاقية " في المواد من ٥٥ -٣٢٧ وحتى ٦٩ – ٣٢٧. نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ٢٠٠٧/١٢/٦ في العدد ٥٥٨٤ ص ٣٨٩٥ .

٧- قانون التوفيق العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨ لسنة ٢٠٠٥ والمُسمى " قانون التوفيق والمصالحة " صدر هذا القانون ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٠٠٥/١١/٢٨ في العدد ٨٠٤ .

٨- قانون التوفيق الإماراتي رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٩ والمُسمى " قانون إنشاء لجان التوفيق والمصالحة بالمحاكم "

٩- قانون التحكيم السوري رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨ ، الصادر في ٢٠٠٨/٣/٢٥

١٠- قانون الخصخصة الأردني رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٨ والمُسمى " قانون تنظيم عمليات الخصخصة "

<u>تشريعات دول أجنبية</u>

١- قانون التحكيم الانجليزي الصادر عام ١٩٩٦

٢- قانون التحكيم الفرنسي رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ٢٠١١/١/١٣

٣- قـــانون الشـــراكة الفرنســـي الصـــادر بـــالأمر رقـــم ٢٠٠٤-٥٥٩ في ٢٠٠٨/٦/١٧ والمعدل في ٢٠٠٨ .

٤- قانون الشراكة البرازيلي رقم ٠٧٩ . ١١ الصادر في ٢٠٠٤/١٢/٣٠ والمنشور في الجريدة الرسمية في ٢٠٠٤/١٢/٣١

٥- قانون الشراكة الكرواتي رقم ١٢٩ لسنة ٢٠٠٨ والمُسمى " قانون الشراكة " الصادر في ٢٠٠٨/١٠/٣٠

٦- قانون الوساطة الاسترالي رقم ٦١ لسنة ١٩٩٧ والمُسمى " قانون الوساطة " نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ١٩٩٧/١٠/٩ في العدد S300 .

٧- قانون الوساطة البلغاري رقم ١١٠ لسنة ٢٠٠٤ والمُسمى " قانون الوساطة " والمعدل بالقانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٧ - نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ٢٠٠٤/١٢/١٧ والتعديل نشر في ٢٠٠٧/١٠/٢٤ .

٨- قانون الوساطة الصيني رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٠ تحت مُسمى " قانون الوساطة الشعبية لجمهورية الصين الشعبية " - نشر هذا القانون في ٢٨ /٢٠١٠/٨ ، ودخل حيز النفاذ في ٢٠١١/١/١ –

٩- قانون التوفيق الهندي رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٦ والمُسمى " قانون التحكيم والتوفيق - صدر هذا القانون بتاريخ ١٩٩٦/٨/١٦ .

١٠- قانون التوفيق الأوغندي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ والمُسمى " قانون التحكيم والتوفيق " صدر هذا القانون وتم العمل به في ٢٠٠٠/٥/١٩ .

١١- قانون التحكيم الماليزي رقم ٦٤٦ لسنة ٢٠٠٥ والمُسمى " قانون التحكيم والمنشور بالجريدة الرسمية في ٢٠٠٥/١٢/٣١

١٢- قانون التحكيم الهندي رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٦ والمُسمى " قانون التحكيم " الصادر في ١٩٩٦/٨/١٦ .

١٣- قانون التحكيم الألماني رقم ٢٠٠٣ والمُسمى " قانون التحكيم " الصادر في ١٩٩٧/١٢/٢٢ والمنشور بالجريدة الرسمية الفيدرالية في الجزء الأول ص ٣٢٢٤ ، والذي دخل حيز النفاذ في ١٩٩٨/١/١

١٤- قانون التحكيم الإسباني رقم ٢٠٠٣ والمُسمى " قانون التحكيم " المنشور في الجريدة الرسمية في ٢٠٠٣/١٢/٢٦ ودخل حيز النفاذ في ٢٠٠٤/٣/٢٦

ثانيا : المراجع الأجنبية

Books

1- **Alan Redfern & Martin Hunter with Nigel Blakaby & Constantine Partasides** "Law and Practice of International Commercial Arbitration – Fourth Edition, Student Version 2004 Thomson – Sweet & Mazwell , London.

2- **Adam Smith** " An Inquiry into Nature and Causes of The Wealth of Nations " – An Electronic Version http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adam-smith/Wealth-Nations.pdf

3- **Beatrice Castellane** The New French Law on International Arbitration" – Published by Kluwer Law International – ISSN 0255 -8106 . 2011.

4- **Christian Buhring-Uhle** "Arbitration and Mediation in International Bussiness ". Published by Kluwer Law International 2006 . ISBN 90-411-2256-7.

5- **Douglas A. Stephenson** " Arbitration Practice in Construction Contract – Forth Edition " – Hammicks Legal Bookshops. ISBN 9780632057412 . London

6- **Doak Bishop , Craig Miles, and Roberto Aguirre Luiz** " Interviewing and Selecting Arbitrators " Published in LatinLawyer Publisher , Arbitration Column V6 ,Issue 1 .

7- **"Efraim Sadka"** Public – Private Partnerships – A Public Economics Perspective "- Authorized for distribution by Richard Hemming – March 2006 IMF (International Monetary Fund) Working Paper Fiscal Affairs Department .

8- **E. Gaillard, D. Di Pietro,** "Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice " . May 2008

9- **Gary Born ,Wilmer Cutler ,Pickering Hale and Dorr LLP** " Interpreting Section 9(1) of the Arbitration Act 1996 : Lombard v GATX " , Published by Wolters Kluwer , 24 May , 2012

10- **Guy Pendell and Davied Bridge** Arbitration in England and Wales " , Published By CMS Cameron McKenna LLP , UK .

11- **Dr.M.I.M . Aboul –Enein** " Peaceful Settlement of Commercial Dispute – . 2005 . NOBD No. 4644/2005

12- **Mohamed A.M Ismail** "Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries – An Analytical Perspective " –ASHGATE Publishing Limited – ISBN 987-1-4094-2796-4

13- **Michael Rowe** " Trade and Project Finance in Emerging Markets " – Published by Euro- money Publications PLC – 1995. ISBN 85564 387 1

14- **Dr. Mohamed Salah Abdel –Wahab** " Globalisation and ODR : Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement" Published in Journal of Arab Arbitration V.6, August 2003.

15- "UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " Prepared by the **United Nations Commission on International Trade Law** . United Nations – New York , 2011 . United Nations Publication , ISBN 92-1-133632-5 .

Researches & Articles

1- **Alexandre Andrade and André Santos Rawuel** "Public – Private Partnership in Portugal – The Legal Structure of the Public – Private Partnership Contract

and the Peripheral Contracts " . Paper published in EPPPL (European Public Private Partnership Law) Volume 5, Number 1 , 2010 .

2- **Anthony D' Amato & Stephen B. Presser** " Anglo – Saxon law, Guide to American Law ". An Electronic Version Downloaded from http://anthonydamato.law.northwestern.edu

3- **Alan G. Straus** " Managing Risk in PPP Projects through Legal Documentation" . Presented in The Expert Roundtable on Private-Public Partnerships Sponsored by The MENA-OECD Investment Program and the Executive Privatisation Commission of Jordan- Amman, Jordan September 6, 2007

4- **Ank A. Santens** " Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration " Published in Arbitration International Journal (LCIA) Volume 23 Number 4 – 2007 . ISSN 0957 0411

5- **Dr. Anghelos C. Foustoucos** "The Arbitral Institution and Its Mission" Published in International Federation of Commercial Arbitration Institutions` Conference Organized by CRCICA, February 20 &21 1992 , Cairo .

6- **Amokura Kawharu** "Arbitral Jurisdiction " Published in New Zealand Universities Law Review , Vol 23 . Dec 2008.

7- **Prof. Dr. Alan Uzelac** "JURISDICTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL - Current jurisprudence and problem areas under UNCITRAL Model Law " Report for the R.I.Z. / UNCITRAL / DIS – Conference "Draft Digest on the UNCITRAL Model Law on International Arbitration" on March 3-4, 2005 in Cologne, Germany .

8- **Prof. Ahmed Sharafeddine** "Combining the means of settling conflicts arising from construction contracts " – Published in Journal of Arab Arbitration , No. 3 August 2009 .

9- **Christian Buhring-Uhle** "Arbitration and Mediation in International Bussiness . Published by Kluwer Law International 2006 . ISBN 90-411-2256-7.

10- **Cynthia Urda Kassis & Alezandro M.Padres** "Mexico Enacts PPP Law " . Published by Sherman & Sterling LLP. January 25,2012- Project Development & Finance Group .

11- **Dieter Katz** " Financing Infrastructure Projects (Public Private Partnerships) " - New Zealand Treasury Policy Perspectives Paper 06/02 . March 2006 .

12- **Prof. Eugen Bucher** " Why Arbitration " - Professor Emeritus at the University of Bern – Germany Unpublished Research Paper .

13- **Emmanuel Gaillard , Yas Banifatemi** " Negative Effect of Competence – Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators " , Chapter 8 - Page 359. Electronic Paper Downloaded from http://www.shearman.com/ia_070208_01/

14- **Emmanuel Gaillard** " France Adopts New Law On Arbitration " – Published in New York Law Journal Monday , January 24, 2011- An ALM Publication . Volume 245-NO.15.

15- **Edna Sussman and John Wilkinson,** "Benefits of Arbitration for Commercial Disputes " Published by The Arbitration Committee of the ABA Section of Dispute Resolution . March 2012

16- **Elisabetta Iossa and David Martimort** " The Simple Micro –Economic of Public – Private Partnerships" A Research Paper Series , Vol.6, Issue12, No.139-December 2008. Published in Centre for Economic and International Studies.

17- " **G.W.E.B. van Herpen** "Public Private Partnerships , The Advantages and Disadvantages Examined - Presented in AET- Conference – September 9 . 2002 – London .

18- **Guy Pendell and Davied Bridge** " Arbitration in England and Wales " , Published By CMS Cameron

McKenna LLP UK. An Electronic Version downloaded from http://www.cmslegal.com/

19- **Hsu-Hsun Hsiao** " Risk Management in BOT Project" a Master of Science in Civil and Environmental Engineering Massachusetts Institute of Technology– May 2000 .

20- **Herfried Woss** "Mexico: Dispute resolution under the new public- private partnerships law " , Published in Global Arbitration Review online news, 23rd May 2012.

21- **Horacio A. Grigera Naon** " Unified National Legal Treatment of International Commercial Arbitration : a Continuing Challenge ". Published by American University Washington College of Law – Volume 2 , Issue 1 – Article 2 , 2012 .

22- **Istemi Demirag , Iqbal Khadaroo, Pamela Stapleton , and Caral Stevenson** "Public Private Partnership Financiers' Perceptions of Risks – . Published by The Institute of Chartered Accountants of Scotland – 2010 , ISBN 978-1-904574-69-9 .

23- **Jim Dempsey** " Public-Private Partnerships, e-Government, and Privacy " , Center for Democracy & Technology , Nov 2006.

24- **Jack M. Graves , Yelena Davydan** " International Arbitration and International Commercial Law : Synergy,

Convergence and Evolution , Chapter 8 Competence – Competence and Separability – American Style " Published by Touro Law (Touro College Jacob D. Fuchsberg Law Center) 2011 .

25- **Jack Tsen-Ta LEE** " Separability , Competence – Competence and the Arbitrator`s Jurisdiction in Singapore " , Published by Singapore Management University , Jan 1995-

26- **James Carter and Hannah Kenndy** "English High Court addresses separability of arbitration clauses" Published in 26 June 2013 by dlapiper – Electronic Version http://www.dlapiper.com/english-high-court-addresses-separability-of-arbitration-clauses/#_ftn1

27- **Jean – Pierre Harb** " New Arbitration Law in France : The Decree of January 13,2011 " Published by Baker & McKenzie . Reprinted from the March 2011 issue of Mealey`s International Arbitration Report – ISSN 1089-2397 .

28- **Jean de la Hosseraye, Stephanie de Giovanni and Juliette Huard-Bourgois** "CSM Guide to Arbitration - Arbitration in France " , CMS . Volume 1 , 2012.

29- **Jose Ricardo Feris** " The ICC International Court of Arbitration and the 2012 ICC Rules of Arbitration " ,

the Deputy Secretary General ICC International Court of Arbitration . Paper presented in International Academy for Arbitration`s sessions , Paris , 2 July , 2013

30- **Lester Edlman , Frank Carr , and James L. Creighton** " The Mini- Trial (Alternative Dispute Resolution Series). US Army Corps of Engineers April 1989 , IWR Pamphlet – 89-ADR-P-1.

31- **M.Sathana Priya and P.Jesintha** " PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN INDIA" – Published in Journal of Management and Science , Vol.1, No.1 (Sep'2011) ISSN: 2249-1260 .

32- **Dr. Mohamed Aboul-Enein** "Build – Own / Operate – Transfer (BOT) Projects " presented in Sharm El – Sheikh Conference , Oct 1998 , sponsored by CRCICA.

33- **Dr. Mohamed Aboul-Enein** " An Outline About BOT Projects and Ways of Settlement of their Disputes " . Presented to the International Conference on Successful BOT Projects in Egypt , Cairo – November 14-16, 1999

34- **Michael Cohen** " Alternative Dispute Resolution " Chairman Emeritus, The Academy of Experts, Past President, EuroExpert . Presented at EuroExpert Symposium 2003 Estoril/Portugal.

35- **Dr. Munther M. Saket** " The Role of the Engineer in FIDIC 99 Red Book " . Presented in " FIDIC Contracts Latest Developments " Conference hosted by CRCICA & FIDIC , 9-10 January 2011 , Cairo – Egypt

36- **Munir Maniruzzaman** "The Authority of a Truncated Arbitral Tribunal – Straight Path or Puzzle ?" University of Portsmouth . Kluwer Arbitration Blog , 15 July , 2012

37- **Michael Schaefer and Thomas** " Public Private Partnerships In Greece – An Overview Voland" , 26 November 2009. Published by Mondaq.

38- **Mitchell L. Marinello** "Protecting the Cost Advantages of Arbitration " , Published by Novak& Macey Law Firm . Volume 1, April 2009

39- **Dr. Mohamed Ibrahim Darwish** "Partnership between the Public and Private Sectors – The Egyptian Case " Published in L`Egypt Contemporaine – Revue Scientifique arbitrée ..Quart annel de la Ssciété Egyptienne d`Economie Polotique de Statistique et de Législation – Jan 2013 No.509 LL IV itéme Année.

40- **Nasir PKM** "VIETNAM: new regulations on infrastructure development" Published in PPP Bulletin Vol.6 , 11/2010 .

41- **Paul – jean le Cannu** " Introduction to ICSID " , Legal Counsel , ICSID. Presentation to International Academy for Arbitration Law . July 2,2013 – Paris .

42- Potential Benefits of Public Private Partnerships" – www.owrldbank.org/ppp .

43- " Public Private Partnership Handbook " Version 1 Presented by Ministry of Singapore – Oct 2004 .

44- **Rabab M.K Yassen** " Online Arbitration " International Commercial Arbitration and ADR in Challenging World ..... Cross Cultural Perspectives" , an International Conference hosted by CRCICA & IFCAI during the period of 29 – 30 March 2009 . Cairo

45- **Robert Thomas** " Jurisdiction : Challenging the arbitrator`s assertion or denial of jurisdiction – section 30,32 and 72 of the Arbitration Act 1996 " 18,May 2010. Page 5. Electronic version http://clients.squareeye.net/uploads/quadrant/1%20RT%20arbitration.pdf

46- **Robert Merkin** "Arbitration Law " ,1st edition , issue 64- 26 April 2013, ISSN: 1-85044-367-x . Chapter 12.

47- **R.Clayton Allen** "Arbitration : Advantages and Disadvantages " , Published by Allen & Allen Law Blog – Oct 2, 2009

48- **Dr. Sherif El-Hagan** " Adjudication (Dispute Boards)" Presented in International Commercial

Arbitration & ADR in a Challenging World Conference, Hosted by CRCICA , from 29 to 30 March 2009 at League of Arab State Building Cairo , Egypt .

49- **Dr. Sherif El-Haggan** "Adjudication (Dispute Boards)", presented in conference (International Commercial Arbitration & ADR in a Challenging World .... Cross Cultural Perspectives) organized by CRCICA 29-30 March,2009. Cairo .

50- **Sally El Sawah , and Ahmed Habib** "The New French Arbitration Rules Under the 13th January 2011 Decree " Published in Journal of Arab Arbitration , Vol 20 – June 2013 .

51- **Steven C. Bennett** Non- Binding Arbitration : An Introduction " Published in Dispute Resolution Journal Vol. 61,no.2(May – July 2006) Publication of the American Arbitration Association .

52- " **Yongjian Ke , ShouQing Wang , and Albert P. C Chan** " Risk Allocation in Public-Private Partnership Infrastructure Projects: Comparative Study " Published in Journal of Infrastructure System - DEC 2010.

Publications

1- "United Nations Economic Commission for Europe Guide book on promoting Good Governance in Public

Private Partnerships" ECE/CECI/4 , United Nations, 2008, ISBN 978-92-1-116979-9 .

2- **Klaus Felsinger** " Public Private Partnership Handbook" - Asian Development Bank- Publication Stock No. 071107 .

3- " Update on The National Program for Public Private Partnership " June 2009 – Presented By Public Private Partnership Central Unit , Egypt .

4- " Dispute Settlement - International Commercial Arbitration " Published by **UNCTAD** 2005 New York and Geneva - UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.38 .

5- "Guide on Promoting Good Governance in Public Private Partnerships " Published by **United Nations Economic Commission for Europe** – 2008. ISBN 978-92-1-116979-9 .

6- " The French justice system " Publication from **French Ministry of Foreign Affairs** , 2007. P3. Electronic Copy Downloaded from http://ambafrance-us.org/IMG/pdf/Justice_ag.pdf

7- " UNIDO BOT Guidelines " Prepared by **United Nations Industrial Development Organization** – Vienna, 1996 ISBN 92-1-106304-3 .

8- An Introduction to Risk Management in a Public Private Partnership " Prepared by **Partnerships British Columbia** – July 2006 .

9- " Guidebook on Promoting Good Governance in Public – Private Partnerships " Published by **United Nations Economic Commission for Europe** – New York and Geneva , 2008. ISBN: 978-92-1-116979-9 .

10- " Mini-Trial: Involving Senior Management Practical Guidelines and Steps for Getting Started" Prepared by **American Arbitration Association** – 2005.

11- " Dispute Resolution Boards – Avoiding conflict before it occurs " Published by **Australian Construction Association** website http://www.constructors.com.au/publications.php

12- "UK Private Finance Initiative Projects : Summary data as at March 2012"

13- " EIC White Book on BOT/PPP" Published by **European International Contractors** , April 2003. ISBN 3-980825-4-4

14- " Dispute Settlement – International Commercial Arbitration – Electronic Arbitration " Guideline presented by **United Nations Conference on Trade and Develop (UNCTAD)** UNCTAD / EDM/Misc.232/Add20 . 2003 .

15- **ICC International Court of Arbitration** – Conditions of Access and use of NETCASE – Feb 2008

16- " European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 " Done at Geneva, April 21, 1961 **United Nations**, Treaty Series , vol. 484, No. 7041

17- "UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects " Prepared by **the United Nations Commission on International Trade Law** . United Nations – New York , 2011 . United Nations Publication , ISBN 92-1-133632-5

18- " Study on PPP Legal & Financial Frameworks in the Mediterranean Partner Countries " Prepared by **European Investment Bank** , Volume 1- A Regional Approach , May 2011

19- " Arbitration and ADR Rules " Published by ICC , version 2012 .

20- " LCIA Arbitration Rules " Published by LCIA , VERSION 1998

21- "UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration " Published by UNCITRAL in 1985 with amendments as adopted in 2006- ISBN 978-92-1-133773-0

22- " LCIA Mediation Rules " Published by LCIA in 1 July 2012

23- " UNCITRAL Conciliation Rules " Published by United nation commission for international Trade Law , V.01-91025- April 2001

24- " CRCICA Mediation Rules " Published by CRCICA in 1 Jan , 2013 .

25- " CRCICA Arbitration Rules " Published by CRCICA in 1 March 2011 .

26- " AAA Dispute Resolution Board Hearing Rules and Procedures " Published by AAA , in 1 Dec 2000

27- " IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration " Published by IBA IN 22 May 2004.

28- " ICSID Convention , Regulation and Rules " Published by ICSID in April 2006

Acronyms & Abbreviations

ADR : Alternative Dispute Resolution

AAA : American Arbitration Association

BOT : Build , Operate , Transfer

CRCICA : Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration

FIDIC : Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils

ICSID : International Centre for Settlement of Investment Disputes

ICDR : International Centre for Dispute Resolution

IMF : International Monetary Fund

IFC : International Finance Cooperation

IBA : International Bar Association

ICC : International Chamber of Commerce

LCIA : London Court of International Arbitration

MIGA : Multilateral Investment Guarantee Agency

PPP : Public Private Partnership

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

WB : World Bank

WIPO : World Intellectual Property Organization

WTO : World Trade Organization

المحتوى

رقم	الموضوع	صفحة
١	مقدمة	١
٤	أهمية البحث	٥
٧	منهج البحث	٦
٨	أهداف البحث	٦
٩	تقسيم البحث	٦
١٠	**الفصل التمهيدي**	١٠
١١	**الفرع الأول** : نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية	١١
١٢	**المبحث الأول** : نشأة نظام الشراكة وتطوره	١١
١٣	أولا – مرحلة الحرية الاقتصادية الكاملة	١٣
١٤	ثانيا – تنظيم وتقنين البنية الأساسية	١٣
١٥	ثالثا – تأميم البنية الأساسية وزيادة التدخل الحكومي	١٤
١٦	رابعا – العودة إلى مشاركة القطاع الخاص	١٥
١٧	**المبحث الثاني** : تعريف الشراكة في التشريع الوطني والتشريعات والأنظمة المقارنة	١٧
	في التشريع المصري والفرنسي	١٧
١٨	التشريع البرازيلي	١٨
	التشريع الهندي	١٩

رقم	الموضوع	صفحة
	التشريع الأردني	١٩
	التشريع الإنجليزي	٢٠
	التشريع الكرواتي	٢٠
٢٩	الفقه وبعض المنظمات الدولية	٢٠
٢١	**الفرع الثاني** : التحكيم كبديل عن القضاء لتسوية المنازعات	٢٤
٢٢	**المبحث الأول** : نشأة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد	٢٤
٢٣	المرحلة الأولى (ما قبل الإسلام)	٢٤
٢٤	المرحلة الثانية (التحكيم في الشريعة الإسلامية)	٢٥
٢٦	المرحلة الثالثة (التحكيم التجاري على المستوى الدولي)	٢٦
٢٧	**المبحث الثاني** : تعريف التحكيم تشريعيا وفقهيا وقضائيا	٢٧
٢٨	مجلة الأحكام العدلية	٢٧
٢٩	التشريع المصري	٢٧
٣٠	التشريع التونسي	٢٨
٣١	التشريع اليمني	١٨
٣٢	في الفقه والقضاء	٢٨
٣٥	**الباب الأول** : مفهوم الشراكة وأهميتها وطبيعتها في القانون الوطني والقانون المقارن ، والوسائل البديلة لتسوية المنازعات	٣٣
٣٦	**الفصل الأول** : الشراكة في القانون الوطني والقانون المقارن والمخاطر المحيطة بالمشروع المقام بهذا النظام	٣٤
٣٧	**الفرع الأول** : مفهوم الشراكة وأهميتها وطبيعتها في القانون الوطني والقانون المقارن	٣٤
٣٨	**المبحث الأول** : مفهوم الشراكة وأهميتها	٣٤

رقم	الموضوع	صفحة
٤٠	**المطلب الأول** : أسباب الالتجاء إلى نظام الشراكة	٣٥
٤٦	**المطلب الثاني** : أهمية مشروعات الشراكة في تنمية اقتصاديات الدول	٣٩
٤٧	**المبحث الثاني** : الطبيعة القانونية لنظام الشراكة في القانون الوطني والقانون المقارن	٤٣
	المطلب الأول : الطبيعة القانونية لنظام الشراكة في القانون الوطني	٤٣
٤٩	الوضع قبل صدور قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠	٤٣
٥٥	الوضع بعد صدور قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠	٥٠
٥٦	نطاق تطبيق قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠	٥١
	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لنظام الشراكة في القانون المقارن	٥٢
٥٧	القانونان الإنجليزي والأمريكي	٥٤
٥٨	القانون الفرنسي	٥٥
٥٩	القانون البرازيلي	٥٦
٦١	**الفرع الثاني** : المخاطر المصاحبة لمشروعات الشراكة مع القطاع الخاص ، وتقويمها	٥٨
٦٢	**المبحث الأول** : مخاطر مشروعات الشراكة	٥٦
٦٤	**المطلب الأول** : تعريف المخاطر وأنواعها	٥٩
	المخاطر العامة	٦١
	المخاطر الخاصة بالمشروع	٦٢
٦٦	**المطلب الثاني** : كيفية توزيع المخاطر	٦٥
٦٨	المخاطر التي يتحملها القطاع العام	٦٦
٧٠	المخاطر التي يتحملها القطاع الخاص	٦٨

رقم	الموضوع	صفحة
٧٢	المخاطر المشتركة بين القطاعين العام والخاص	٦٩
٧٤	**المبحث الثاني** : تقويم مشروعات الشراكة	٧١
٧٥	**المطلب الأول** : تقويم للمزايا من وجهة نظر القطاعين العام والخاص	٧١
٧٦	أولا – المزايا من وجهة نظر القطاع العام	٧١
٧٧	ثانيا – المزايا من وجهة نظر القطاع الخاص	٧٤
٧٨	**المطلب الثاني** : تقويم للعيوب من وجهة نظر القطاعين العام والخاص	٧٦
٧٩	أولا : العيوب من وجهة نظر القطاع العام	٧٧
٨٠	ثانيا : العيوب من وجهة نظر القطاع الخاص	٧٩
٨١	عوامل نجاح مشروعات الشراكة	٨١
٨٢	**الفصل الثاني** : الوسائل القانونية لفض المنازعات الناشئة عن مشروعات الشراكة في القانون الوطني والقانون المقارن	٨٨
٨٣	**الفرع الأول** : الوسائل البديلة عن التقاضي لتسوية المنازعات	٨٩
٨٥	**المبحث الأول** : الوساطة	٩٠
٨٦	**المطلب الأول** : التعريف والخصائص	٩٠
٨٩	**المطلب الثاني** : التشريعات المنظمة للوساطة والمؤسسات الدولية	٩٤
٩٠	التشريع الأردني	٩٥
٩١	التشريع الجزائي	٩٥
٩٢	التشريع المغربي	٩٦
٩٣	التشريع الأسترالي	٩٦
٩٤	مشرع جزيرة مالطا	٩٦

رقم	الموضوع	صفحة
٩٥	التشريع البلغاري	٩٧
٩٦	التشريع الصيني	٩٧
٩٧	التشريعي الأمريكي	٩٧
	القواعد الصادرة عن المؤسسات ومراكز التحكيم الدولية	٩٧
٩٨	**المبحث الثاني** : التوفيق	٩٩
٩٩	**المطلب الأول** : مفهوم التوفيق وأركانه	٩٩
١٠٢	التنظيم التشريعي والمؤسسي للتوفيق	١٠١
	التشريعات الأجنبية	١٠١
١٠٦	المنظمات ومراكز التحكيم الدولية	١٠٣
١٠٧	**المبحث الثالث** : أعمال الخبرة	١٠٥
١٠٨	**المطلب الأول** : التعريف والخصائص	١٠٥
١١١	**المطلب الثاني** : التنظيم المؤسسي لأعمال الخبرة	١٠٧
١١٢	**المبحث الرابع** : الصلح والمحاكمات المصغرة ومجلس مراجعة المنازعات	١١١
١١٣	**المطلب الأول** : الصلح	١١١
١١٥	**المطلب الثاني** : المحاكمات المصغرة	١١٣
١١٩	**المطلب الثالث** : مجلس تسوية / مراجعة المنازعات	١١٥
١٢٢	**الفرع الثاني** : كيانات مشروع الشراكة والتزاماتهم	١١٨
١٢٣	**المبحث الاول** : كيانات مشروع الشراكة	١١٨
	المطلب الأول : أطراف مشروع الشراكة	١١٩
١٢٤	أولا – الحكومة المضيفة وغيرها من السلطات المتعاقدة	١١٩

رقم	الموضوع	صفحة
١٢٧	ثانيا – شركة المشروع	١٢٠
١٣١	ثالثا – الممولون والمقرضون	١٢٢
١٣٢	رابعا - المقاول	١٢٤
١٣٣	خامسا – المهندس الاستشاري	١٢٥
١٣٥	سادسا – المؤمنون	١٢٨
١٣٦	سابعا- الخبراء المستقلون	١٣٠
١٣٧	ثامنا – مشغل المشروع	١٣٠
١٣٨	**المطلب الثاني** : مراحل الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية	١٣١
١٣٩	المرحلة الأولى – الإعداد للمشروع واختيار المستثمر	١٣١
١٤٦	المرحلة الثانية – مرحلة التنمية والإقفال المالي	١٣٤
١٤٨	المرحلة الثالثة : تهيئة موقع المشروع لبدء التنفيذ	١٣٤
١٤٩	المرحلة الرابعة : مرحلة التشييد	١٣٥
١٥١	المرحلة الخامسة – تشغيل المشروع وصيانته	١٣٥
١٥٢	المرحلة السادسة – انتهاء الترخيص ونقل أصول المشرع إلى الدولة	١٣٦
١٥٤	**المطلب الثالث** : تجارب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية	١٣٧
١٥٥	التجربة المصرية	١٣٧
١٥٦	مطار العلمين	١٣٧
١٥٧	محطة كهرباء سيدي كرير	١٣٨
١٥٨	مشروع مستشفى المواساة الجامعي التخصصي	١٣٨

رقم	الموضوع	صفحة
١٥٩	مشروع محطة معالجة مياه الصرف الصحي بالقاهرة الجديدة	١٣٩
١٦٠	التجربة الاسترالية	١٣٩
١٦١	التجربة التركية	١٤٠
١٦٣	التجربة البريطانية	١٤١
١٦٦	التجربة الماليزية	١٤٤
١٦٩	**المبحث الثاني** : التزامات أطراف مشروع الشراكة	١٤٥
١٧٠	أولا – الحكومة المضيفة	١٤٥
١٧٦	ثانيا – القطاع الخاص	١٥٠
١٨٣	ثالثا – جهات التمويل والمؤمنون والموردون	١٥٣
١٨٨	**الباب الثاني** : التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص	١٥٧
١٨٩	**الفصل الأول** : التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية	١٥٨
١٩٠	**الفرع الأول** : التفرقة بين التحكيم وغيره مما قد يختلط معه ، وأنواعه	١٥٩
١٩١	**المبحث الأول** : التحكيم وغيره من وسائل تسوية المنازعات	١٥٩
١٩٢	التحكيم والقضاء	١٦٠
١٩٥	التحكيم والوساطة	١٦٢
١٩٧	التحكيم والخبرة	١٦٤
٢٠٠	التحكيم والتوفيق	١٦٦
٢٠٢	**المبحث الثاني** : أنواع التحكيم	١٦٧
٢٠٣	التحكيم الدولي والأجنبي والداخلي	١٦٧

رقم	الموضوع	صفحة
٢٠٨	التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر	١٧٢
٢١٥	التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري	١٧٧
٢٢٠	التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح	١٨٤
٢٢٣	التحكيم التجاري والتحكيم المدني	١٨٦
٢٢٧	التحكيم الإلكتروني	١٨٩
٢٣٠	إجراءات التحكيم الإلكتروني	١٩١
٢٣٥	تقويم التحكيم الإلكتروني	١٩٥
٢٣٩	**الفرع الثاني** : صور اتفاق التحكيم وآثاره	١٩٩
٢٤٠	**المبحث الأول** : صور اتفاق التحكيم	١٩٩
٢٤٣	أولا – شرط التحكيم	٢٠١
٢٤٥	ثانيا – مشارطة التحكيم	٢٠٣
٢٥٢	ثالثا – التحكيم بالإحالة	٢٠٦
٢٥٥	أولا : نماذج عقود الفيديك	٢٠٧
٢٥٧	ثانيا : سند الشحن	٢٠٩
٢٦١	**المبحث الثاني** : آثار اتفاق التحكيم	٢١٢
٢٦٢	**المطلب الأول** : الأثر الإيجابي	٢١٣
٢٦٣	أولا – إستقلال اتفاق التحكيم	٢١٣
٢٧٧	مبدأ الإختصاص بالإختصاص	٢٢٠
٢٧٩	التشريع المصري	٢٢٢
٢٨١	التشريع الفرنسي	٢٢٤

رقم	الموضوع	صفحة
٢٨٢	التشريع الإنجليزي	٢٢٤
٢٨٣	منظمات ومراكز التحكيم الدولي	٢٢٥
٢٩٠	**المطلب الثاني** : الأثر المانع	٢٢٨
٢٩١	أولا – إمتناع قضاء الدولة عن نظر النزاع	٢٢٨
٢٩٣	الوضع في مصر قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤	٢٢٩
٢٩٥	الوضع في مصر بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤	٢٣١
٢٩٨	الوضع في القانون الفرنسي	٢٣٥
٣٠١	الوضع في القانون النموذجي	٢٣٦
٣٠٣	الوضع في القانون الإنجليزي	٢٣٨
٣٠٦	الوضع في القانون الألماني	٢٤٠
٣٠٨	الوضع في القانون الإسباني	٢٤١
٣٠٩	معاهدة جينيف ١٩٦١	٢٤٢
٣١١	ثانيا – نسبية آثار اتفاق التحكيم	٢٤٣
٣١٢	من حيث الأشخاص	٢٤٣
٣٢٣	من حيث الموضوع	٢٥٧
٣٣٦	**الفرع الثالث** : هيئة التحكيم	٢٦١
٣٣٧	**المبحث الأول** : التشريعات الوطنية	٢٦١
٣٣٨	**المطلب الأول** : الوضع في التشريع المصري الملغي	٢٦١
٣٣٩	**المطلب الثاني** : الوضع في ظل قانون التحكيم الحالي	٢٦٣
٣٤٠	الشروط الواجب توافرها في شخص المحكم	٢٦٥

رقم	الموضوع	صفحة
٣٤٢	جنس وجنسية المحكم	٢٦٧
٣٤٣	عمل القاضي محكما	٢٦٨
٣٤٦	قبول المحكم لمهام التحكيم (شرط الكتابة)	٢٧١
٣٤٩	علاقة المحكم بأطراف النزاع	٢٧٣
٣٥٢	أتعاب المحكم	٢٧٥
٣٥٥	حصانة المحكم	٢٧٧
٣٥٧	حيدة واستقلال المحكم	٢٧٩
٣٦٥	رد المحكم وعزله	٢٨٨
٣٧٣	**المبحث الثاني** : التشريعات الأجنبية	٢٩٤
٣٧٤	القانون النموذجي	٢٩٥
٣٧٩	القانون الإنجليزي	٢٩٦
٣٧٨	القانون الفرنسي	٢٩٧
٣٨١	غرفة التجارة الدولية ICC	٢٩٨
٣٨٥	**الفصل الثاني** : ذاتية اتفاق التحكيم في مشروعات الشراكة	٣٠١
٣٨٦	**الفرع الأول** : ذاتية التحكيم لتسوية منازعات عقود الشراكة	٣٠١
٣٨٧	**المبحث الأول** : ذاتية التحكيم في مشروعات الشراكة طبقا للقانون المصري	٣٠١
	المطلب الأول : التحكيم في العقود الإدارية	٣٠٢
٣٨٨	الوضع قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤	٣٠٣
٣٩٠	الرأي المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية	٣٠٤

رقم	الموضوع	صفحة
٣٩٢	الرأي المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية	٣٠٥
٣٩٥	الوضع بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤	٣٠٧
٤٠٧	**المطلب الثاني** : التحكيم في عقود الشراكة (في القانون المصري)	٣١٥
٤١١	**المبحث الثاني** : ذاتية التحكيم في مشروعات الشراكة في التشريعات الأجنبية	٣٢٧
٤١٢	قواعد الأونسيترال	٣٢٧
٤١٤	أولا – المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات بين صاحب الامتياز والجهة الإدارية	٣٢٨
٤١٥	ثانيا – المنازعات الناشئة بين مؤسسي المشروع وبين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعاقدين معه والموردين	٣٢٨
٤١٦	ثالثا – المنازعات الناشئة بين صاحب الامتياز ، ومستخدمي خدمات المشرع	٣٢٩
٤١٧	الوسائل المستخدمة لمنع نشوء المنازعات ، أو تسويتها	٣٢٩
٤١٨	التحكيم	٣٣١
٤٢١	القانون الفرنسي	٣٣٣
٤٢٥	البنك الدولي	٣٣٥
٤٢٧	القانون اليوناني	٣٣٨
٤٢٨	القانون المكسيكي	٣٣٩
٤٢٩	القانون الإنجليزي	٣٤٠
٤٣٢	**الفرع الثاني** :تقدير نظام التحكيم	٣٤٥
٤٣٣	**المبحث الأول** : تقويم التحكيم بشكل عام	٣٤٥
٤٣٤	**المطلب الأول** : مميزات التحكيم	٣٤٥
٤٣٥	**المطلب الثاني** : مثالب التحكيم	٣٤٨

رقم	الموضوع	صفحة
٤٣٧	**المبحث الثاني** : تقويم التحكيم بشكل خاص في مشروعات البنية الأساسية المقامة بنظام الشراكة	٣٥١
٤٣٨	**المطلب الأول** : مزايا التحكيم في المشروعات المقامة بأسلوب الشراكة	٣٥٢
٤٤٠	**المطلب الثاني** : مثالب التحكيم في المشروعات المقامة بأسلوب الشراكة	٣٥٤
٤٤٣	خاتمة البحث	٣٥٧
٤٤٩	التوصيات	٣٦٠
	المراجع	٣٦٤
	المحتوى	٤١٩