التحكيم
في
عقود الشراكة (PPP)

الدكتور
أحمد سيد أحمد محمود
مدرس بقسم المرافعات
كلية الحقوق- جامعة عين شمس

العدد الثانى
السنة الرابعة والخمسون - يوليو ٢٠١٢

مقدمة

أولا: موضوع الدراسة وأهميته

إن دور الدولة في النشاط الاقتصادي- عالميا- قد مر بتطور ملحوظ، من مجرد كون الدولة حارسةً Guardian estate توفر الأمن والدفاع والقضاء دون أن تتدخل في النشاط الاقتصادي، إلى دولة لها دور اقتصادي راغبة في رفع المستويين الاقتصادي والاجتماعي للشعوب[1].

وفي إطار الثقافة القانونية الاجتماعية الجديدة نتيجة العولمة، فقد أثرت تلك الأخيرة على دور الدولة كمؤسسات حاكمة لاسيما في المعاملات الاقتصادية في مجال مشروعات البنية التحتية مع القطاع الخاص، حيث ما انفكت الدولة تمارس دور رب العمل Employer كعادتها في إطار القانون العام الاقتصادي الجديد[2]. ومن مظاهر ذلك إقامة المشروعات الضخمة الخاصة بالبنية التحتية الأساسية للدولة على أعلى مستوى فني وتكنولوجي يحقق راحة المواطن والشعوب.

---

١) قرب ذلك المعنى: شكري رجب العشماوي، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر ضرورة اقتصادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١، ص٤٧٧.

وقضت المحكمة الدستورية العليا تأكيدا على ذلك المعنى بأن " التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يتطلبها الدستور ، هدفها تغيير أشكال من الحياة من خلال منظومة تتكامل روافدها، يكون التعليم فيها أكثر عمقاً وامتدادا ، والبيئة التي تعايشها خالية من ملوثاتها بصورة أشمل، والفرص التي يتكافأ المواطنون في الحصول عليها أبعد نطاقاً ، وتوكيد حرياتهم كافلاً حيويتها واكتمالها ومساواتهم في مباشرتها ، وحياتهم الثقافية أكثر ثراء ووعياً ، ونظم معاشهم أفضل بمزاياها وعلو مستوياتها . ومن ثم تتحقق التنمية ـــ وميادينها متعددة ـــ من خلال الاستثمار في رأس المال ـــ مادياً كان أو بشرياً ـــ لتقارنها زيادة في الدخل توجهها قدرة الجماعة في زمن معين على أن تتخطى عثراتها ، وأن تكرس مواردها لإحداثها ، وأن تكون مدخلاتها تقدماً علمياً معززاً باستثماراتها التي يرتبط معدل النمو بزيادتها وإستدامها وتصاعد إنتاجيتها، ضماناً لإفادة المواطنين منها ، ولو بدرجات متفاوتة. الاستثمار بمختلف صوره ـــ العام منها والخاص ـــ ليس إلا أموالاً تتدفق . وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص ، فإنها تتكامل فيما بينها ، ويعتبر تجميعها لازماً لضمان قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريط فيها إلا ترفاً، ونكولاً عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها ". طعن دستورية عليا رقم ٧ – لسنـــة ١٦ – تاريخ الجلسة ١٠١٠٢١٩٩٧ – مكتب فني ٨ – ج١ – ص.٣٤٤

٢) محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠، ص.٣٧

لما كان ذلك يتطلب الخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة، بالإضافة إلى رأس المال لإقامة تلك المشروعات (الكهرباء والمياه والطرق والكباري والمواصلات والتعليم والدفاع والعدالة و التعليم والصحة والمساكن...الخ)، ونتيجة لاستنزاف تلك المشروعات لكثير من الأموال التي تعجز ميزانيات الدولة، وما يستتبع ذلك من دخول الدولة في الاستدانة والقروض بفوائدها التي تثقل كاهل الدولة عن القيام بمهامها الأساسية التقليدية، فإن الدولة تتجه إلى البحث عن طرق أخرى لتمويل لهذه المشروعات، وهو الأمر الملح في وقتنا الحاضر، مع تفاقم الأزمة العالمية الاقتصادية، وحدوث الثورات المغيرة لأنظمة الدولة، والكوارث الطبيعية التي قد يصل حدها الأقصى إلى جعل الدولة خاويةً على عروشها.

وعلى تقدير أن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان، فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها . وإن جاز القول بأن الاستثمار العام يثير قدرة المواطنين ويقظتهم وتميزهم، وعلى الأخص من خلال نقل التكنولوجيا وتطويعها وتعميمها [1].

لذلك، فإن القطاع الخاص أصبح هو المنقذ والضالة المنشودة للدولة. ولتحقيق ذلك الغرض تلجأ الدولة إلى أساليب تعاقدية مع القطاع الخاص توازن بين مصلحة الأخير في الربحية و مصلحة الأولى في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن ذلك أسلوب الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص Public Private Partnership(PPP) في سبيل تنمية مشروعات البنية التحتية الأساسية[2].

---

١) طعن الدستورية العليا السابق .

٢) إن مصطلح "المشاركة بين القطاعين العام والخاص" هو ترجمة لما يعرف في اللغة الانجليزية (Public-Private Partnership)، أو اختصاراً (P3s). كما يترجم المصطلح غالبا بمسمى "الشراكة". وإذا كان هناك اتفاق في المعنى، فالقاعدة أنه " لا مشاحة في الاصطلاح".

ويرى البعض بأن ترجمتها باللغة الانجليزية الصحيحة هي Public Private Participation حتى لا يتم الخلط بين مصطلح Participation و Partnerships لأن الأخيرة تقتصر على الشراكة بين الشركاء Shareholders . محمد عبد المجيد إسماعيل،

عقد الشراكة إذن هو إحدى تلك الأساليب التعاقدية الحديثة[1]، اتجهت إليها الدول المتقدمة، حيث حقق نجاحاً ملحوظاً في بعض دول الاتحاد الأوروبي[2]، وخاصة في بريطانيا ولكن بمسمى آخر وهو مشاريع التمويل الذاتي الخاص(PFI) Private Finance initiative projects، كذلك الأمر في أمريكا، وصدرت قوانين وأحكام حديثة تنظمه. كما اتجهت إليه أيضا بعض الدول النامية، مثل: بعض دول شرق آسيا وإفريقيا و الشرق الأوسط و أمريكا الشمالية والجنوبية، والتي أصدر البعض منها مؤخراً قوانين تحكم عقود الشراكة، وفي البعض الآخر توجد مشاريع ومسودات في طور الإصدار[3].

القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠، ص.١٧٦.

١) وفوائد الشراكة عديدة منها: تخفيف الضغط على موازنة الدولة مع تخليص الحكومة والقطاع العام من الأعباء المالية. ونقل تبعية المخاطر التجارية بشكل أساسي إلي المستثمر الخاص، واستقطاب رؤوس الأموال وتشجيع الاستثمار و توفير مناخ استثماري جذاب وتحفيز الادخارات الخاصة وتوجيهها نحو الاستثمار الطويل المدى. وتنشيط سوق المال المحلية، والسير وفقاً للتوجه العالمي والطبيعي نحو المنافسة والسوق المفتوحة، وتدريب العمالة الوطنية ونقل التكنولوجيا الحديثة، وتنفيذ مشاريع البنية التحتية بصورة أكثر كفاءة وجودة.

2) The report issued in July 2003 by HM Treasury, *PFI: Meeting the Investment Challenge*, available at:
http://www.hm-treasury.gov.uk/media/648B2/PFI604.pdf.

وفي كتاب صادر عن اللجنة الأوروبية بشأن دراسة حول تطبيقات للشراكة ، فإن استخدام عقود الشراكة أصبح أكثر اتساعا خاصة وان عقود الامتياز التقليدية لا تتفق مع احتياجات القطاع العام والخاص أطراف هذه العقود.

Resource Book on PPP Case Studies, European Commission, DG Regional Policy, June 2004, available at: www.europa.eu.i

٣) مثل مشروع قانون الشراكة الأردني. راجع الموقع الالكتروني الآتي (آخر زيارة ١٥/١٠/٢٠١١):

http://www.irbidworld.com/t87514-topic.

ومشروع قانون الشراكة اللبناني. راجع الموقع الالكتروني الآتي (آخر زيارة ١٥/١٠/٢٠١١):

http://www.gammanews.info/ReadMore.aspx?type=ln&Id=02408767-52ed-4a65-b096-f3b0228debdc.

وفي سبيل جذب القطاع الخاص– الوطني والأجنبي– بما يمتع به من خبرات تكنولوجيا وفنية ومالية لتنفيذ وتمويل مشروعات البنية التحتية موضوع عقد الشراكة، فكان لابد من وضع ضمانات تعاقدية وقانونية ومالية للمستثمر. ومن أهم هذه الضمانات – في اعتقادنا– تشريعات الدولة وقضائها. لذلك، قامت معظم الدول في سبيل ذلك إصدار قوانين خاصة بالشراكة بين القطاع العام والخاص(الوطني والأجنبي)، نصت فيها على وسائل لحل المنازعات(القضاء ووسائل بديلة كالتحكيم والصلح والتوفيق والوساطة..الخ)، مع العمل في الوقت نفسه على تقليل مخاطر انقطاع الخدمة وهدر الموارد وزعزعة الثقة بين الحكومة والجمهور أو بين الحكومة والقطاع الخاص المستثمر.

وغير خاف، أنه في الغالب الأعم لا يكون رفع الدعاوى القضائية أمام المحاكم الوطنية هو الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات في بيئة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ذلك أنه ليس من المجدي ولا من الممكن من الناحية العملية أن يتم اللجوء إلى القضاء للبت في كل نزاع ينشأ في إطار الشراكة لما تتضمنه من تعقيدات. فالوقت من ذهب، كما أن مجرد تأخير عابر وطفيف قد تترتب عليه حالات تأخير تمتد لفترات طويلة. كما أن ردود الفعل الانفعالية الناجمة عن المثول أمام المحاكم تكون في الغالب عميقة، بالإضافة إلى التكاليف المالية المتكبدة في هذا الخصوص تكون في معظم الأحيان مرتفعة.

إن علاقات الشراكة قد تتأثر من جراء اللجوء إلى المحاكم. فتنتهتك تلك العلاقات بين الإدارة والقطاع الخاص وتنفصم عراها على نحو لا يتعذر تداركه. ولتفادي ذلك ولضمان إقامة علاقة شراكة مثمرة ومستمرة يمكن اللجوء إلى جملة من البدائل أو الوسائل البديلة التي يمكن أن تحل محل الإجراءات القضائية وتقوم مقام المحاكم. وتعرف هذه البدائل بمسمى "الأنظمة البديلة لتسوية المنازعات"(ADR (Alternative Dispute Resolution[1]. وفي حالة موافقة أطراف النزاع على اللجوء إليها، فإن تفاصيلها تكون في العادة مدرجة في اتفاقية الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

1) Nadja Marie Alexander :Global Trends in Mediation . Kluwer Law International 2006 .P. 139.

إن التحكيم، كإحدى تلك الوسائل البديلة لفض المنازعات، يعرف بأنه اتفاق الأشخاص (الطبيعية والاعتبارية) على عرض نزاع قائم بينهم(في شكل مشارطة) أو محتمل(في شكل شرط) ناشئ عن عقد أو دون عقد- على فرد أو أفراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه، خلال فترة زمنية معينة يحددونها(أو يتركون تحديدها للقانون)، وفقا لقواعد القانون(تحكيم بالقضاء) أو وفقا لقواعد العدالة(تحكيم بالصلح)، دون عرضه على قضاء الدولة وذلك بقرار ملزم لهم يرمي إلى استمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم[1]. والتحكيم وهو إحدى الوسائل البديلة -بل الأساسية والأفضل حاليا- لفض المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية العقدية وغير العقدية، لما يتمتع به من مميزات و منافع تتلاءم تماما مع جوهر وخصائص وطبيعة تلك العلاقات. فلابد أن تتواءم وسيلة فض المنازعة مع طبيعة وخصائص تلك المنازعة.

وإذا كان التحكيم وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة. فلابد أن تكون فلسفة التحكيم متفقة مع فلسفة الشراكة التي تقوم على العلاقة طويلة الأجل، والمعقدة أو المركبة بين القطاعين العام والخاص، القائمة على أساس الثقة والالتزام المتبادل والرؤية المشتركة. والثقة مهمة لبث الطمأنينة والتشجيع على الاستثمار. و فلسفة التحكيم تقوم على السرعة والسرية أصلا والمرونة والحفاظ على العلاقات الاقتصادية والاجتماعية لأطرافه .

ثانيا: إشكالية الدراسة la problématique

ونصغ المشاكل في شكل تساؤلات تسعى الدراسة إلى الإجابة عنها وهي:

هل التحكيم أفضل وسيلة من وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة؟. وهل توجد مواءمة بين فلسفة التحكيم وخصائصه مع فلسفة عقود الشراكة وخصائصها؟. وما هي العلاقة المتبادلة بين التحكيم والطبيعة القانونية لعقود الشراكة؟ بمعنى، هل لطبيعة عقد الشراكة تأثير في التحكيم. والعكس، هل

---

١) سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط٢/٢٠٠٥، ص.٤٠

للتحكيم تأثير في طبيعة عقد الشراكة؟. وما هو موقف الدول وتشريعاتها وقضائها من جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة؟.

وعلى الجانب الآخر، إذا أُجيز التحكيم في عقود الشراكة، فهل للتحكيم خصوصيات the idiosyncrasies في فض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة، من حيث عناصر هذا التحكيم، وإجراءاته، وشكله و القانون الواجب التطبيق أو المراقبة القضائية على عملية التحكيم؟.

ثالثا: صعوبات الدراسة

١- لم تصدر الدول في العالم، إلا القليل منها، تشريعات وقوانين خاصة بالشراكة بين القطاع العام والخاص. حتى على مستوى الدول العربية، حيث لم تصدر الدول العربية -عدا جمهورية مصر العربية - قوانين للشراكة، على الرغم من أنها قد تبرم عقود شراكة أو ما يشبهها ولكن تخضعها لقوانين تحكم عقودا تقترب من فكرتها كقوانين عقودT. O. B[1] وقوانين عقود الالتزام.

٢- لم تبرم عقود شراكة مثلا في فرنسا حتى عام ٢٠٠٩ إلا عقدين وقد أدرجا فيه شرط التحكيم، وبالتالي لم تطرح حتى فترة إعداد الدراسة ثمة منازعات للشراكة أمام هيئات التحكيم محليا أو دوليا. مما يعني نقص في عدد السوابق التحكيمية un nombre suffisant de précédents في تلك العقود[2].

٣- الجِدة في موضوع الدراسة وهو مدى جواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة وخصوصياته، على الرغم من تناول البعض للمشاركة بين القطاع العام والخاص من الناحية القانونية[3] والاقتصادية[1].

---

١) حول دراسة لهذه العقود أنظر: هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

2) Noël Chahid-Nouraï et Romaric Lazerges; La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, AJDA © Editions Dalloz 2009 p. 1925.

١) في مصر: رجب محمود طاجن ، عقود الشراكة ppp، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٧وعقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠. منى

رابعا: منهج وخطة الدراسة

هديا بما تقدم، سوف نتبع في هذه الدراسة نوعين من مناهج الدراسة، وهما "التأصيلي" و"التحليلي"، وذلك بوضع الخطة الآتية:

سوف نقسم الدراسة إلى مبحثين أساسيين يسبقهما مبحث تمهيدي كالتالي:

مبحث تمهيدي: ماهية عقد الشراكة وأهميته.

المطلب الأول: ماهية عقد الشراكة.

المطلب الثاني: أهمية عقد الشراكة.

رمضان محمد، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركةPPP والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١١.

وفي فرنسا:

Philippe Delelis, ‘‘Partenariats public-prive´’’, Jurisclasseur Administratif, Fasc 671 (2005); F Brenet & F Melleray, Les contrats de partenariats de l’ordonnance du 17 juin 2004 (Litec, 2005. B Martor and S Thouvenot, ‘‘Le contrat de partenariat: la nouvelle alternative aux modes traditionnels d’achats publics’’, JCP Administration et collectivit´es territoriales, 5 July 2004, No 28, p. 931; O Debouzy and P Guillot, Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l’achat public (DS, 2005), p. 319; J M Peyrical & D Blondel, ‘‘Contrats de PPPs et montages en boucle: de ‘nouveaux’ outils pour la pratique’’, JCP Ed Notariale et Immobilière, 1 April 2005, Nos 13–14, p. 668; B Martor and S Thouvenot, ‘‘Partnership Contracts or the revival of Public-Private Partnerships ‘‘a la française’ ’’, RDAI/IBLJ, No 2, 2004, p. 1111; P Lignières and A Méménénis, ‘‘Débat sur les contrats de partenariat’’, Droit Adm, Nov 2004; General study dedicated to the Partnership Contract, Revue de Droit Bancaire & Financier, March-April 2005, 58–85; ‘‘Les contrats de partenariats—Principes et méthodes’’, available at www.ppp.minefi.gouv.fr.

٢) شكري رجب العشماوي، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر ضرورة اقتصادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١، ص٤٧٧. محمد إبراهيم محمود الشافعي، المشاركة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية،٢٠١٢. عبد الله شحاتة خطاب المشاركة بين القطاعين العام والخاص وتقديم الخدمات العامة على مستوى المحليات: الإمكانيات والتحديات.(نسخة أولية). منشور على الموقع التالي:

www.pidegypt.org/download/Local…/dr%20abdallah%20shehata.doc

المبحث الأول: مواءمة التحكيم لعقود الشراكة.

وينقسم إلى:

المطلب الأول: مواءمة التحكيم للطبيعة الخاصة لعقود الشراكة.

المطلب الثاني: مواءمة التحكيم للطبيعة القانونية لعقود الشراكة.

المطلب الثالث: تطبيقات لموقف بعض الدول من جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة

المبحث الثاني: خصوصية التحكيم في عقود الشراكة.

وينقسم إلى:

المطلب الأول:التحكيم المستعجل والتحكيم متعدد الأطراف في عقود الشراكة.

المطلب الثاني: خصوصية التحكيم في عقود الشراكة من حيث الشكل والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الثالث: الرقابة القضائية الثنائية على حكم التحكيم في عقود الشراكة.

مبحث تمهيدي
ماهية عقد الشراكة وأهميته

التحكيم وسيلة من وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة، وللوقوف على مدى ملائمة أو خصوصية التحكيم في عقود الشراكة فكان لابد

من التعرض إلى ماهية تلك العقود التي تنشا عنها المنازعات محل التحكيم(مطلب أول)، بالإضافة إلى التطرق إلى مدى أهمية تلك العقود(مطلب ثان). على النحو التالي:

المطلب الأول

ماهية عقد الشراكة

ماهية عقود الشراكة يستلزم توضحيها التعريف بتلك العقود تعريفا واسعا وآخر ضيقاً (فرع أول)، والتعرف على أقسام أو صور و أشكال الشراكة بين القطاعين العام والخاص (فرع ثاني)، والتمييز بينها وبين أكثر العقود اختلاطا بها وهي عقود البوت BOT (فرع ثالث). على النحو التالي:

الفرع الأول

التعريف الواسع والضيق للشراكة

الشراكة عموما تعني الجمع بين تلبية حاجة الجمهور(هدف القطاع العام) وكفاءة القطاع الخاص وموارده لخلق فرص السوق التي يتم من خلالها تلبية حاجة الجمهور والربحية معا.

PPPs are defined as:

"The combination of a public need with private capability and resources to create a market opportunity through which the public need is met and a profit is made[1]*.*

ويمكن تحديد ماهية عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص بشكل دقيق من خلال التعريف الواسع والتعريف الضيق له.

أولا: التعريف الواسع

الشراكة تعهد بموجبها الدولة أو المؤسسة العامة إلى شخص خاص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المرتقب إنجازها. كما أن لها مهمة شاملة

1) Heilman, J. and G. Johnston, 1992. *The Politics of Economics of Privatisation*, University of Alabama Press, p. 197.

وكلية تتضمن التمويل والبناء والاستغلال وفي بعض الأحيان إدارة المرفق العام. وتحدد الشراكة أطرافاً وموضوعاً كالتالي[1]:

فمن حيث أطرافها، الشراكة تجمع بين صنفين من المتعاقدين : الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة أو المستثمر الخاص، وهو يشكل كيانا يتخذ شكل شركة تسمى شركة المشروعproject company، لديها الكفاءة والخبرة والدراية الكبيرة التي تؤهلها للخوض في غمار هذه المشاريع الضخمة، ومن أجل ذلك تلجأ شركة المشروع إلى الدخول في اتفاقات الكونسرتيوم Consortium لمواجهة تلك التكاليف والأعباء وتوزيع المخاطر بين اتحاد هذه الشركات، ويضم هذا الكونسرتيوم(الاتحاد) مقاولي تشييد وموردي المواد الخام والآلات ومتعهدي تشغيل وصيانة المشروع، وقد يضم مستثمر محلي أو محلي و أجنبي ومؤسسات مالية وطنية أو دولية.

ومن ناحية موضوعها، فالشراكة ترد على مرافق البنية التحتية، وهي المنشآت المادية والنظم التي توفر الخدمات للجمهور عامة بشكل مباشر وغير مباشر، ولتنفيذ مشروع البنية التحتية يتم تصميم مرافق جديدة لها وتشييدها وإعدادها وتشغليها أو إصلاحها أو تحديثها أو توسيعها أو تشغيلها.

ومن الناحية المالية، فالمتعاقد مع الشخص العام يتقاضى مقابلا يتغير حسب الأهداف والنتائج المحصل عليها، يمتد طوال مدة عقد التمويل أو الأداء العمومي public payment.

ثانيا: التعريف الضيق

تعرف الشراكة –بالمعنى الضيق–بالتعاون لإنجاز مشاريع مشتركة بين الدولة أو المؤسسات العامة من جهة، والمستثمرين من القطاع الخاص من جهة أخرى. وهذه الشراكة تتم بواسطة عقد أو اتفاق(يسمى باتفاق المشروع).

---

١) أحكام الاونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارة الدولي، الأمم المتحدة ، نيويورك ٢٠٠٤، على الموقع الآتي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/procurem/pfip/model/03-90619_Ebook.pdf. (last visit 12/7/2012).

وتتميز عقود الشراكة بشمولية المهام الملقاة على عاتق المتعاقد، المتمثلة في التمويل والبناء والاستغلال إضافة إلى التصور أو التحضير الأولي للمشروع. كما أن التمويل المسبق على عاتق المتعاقد الخاص مع الإشارة إلى شرط أساسي يتمثل في اقتسام المخاطر بين الطرفين - العام والخاص - كالصعوبات التقنية المتعلقة بالبناء، انعكاسات تعديل التشريع، الاعتصام أو الإضراب، ارتفاع أسعار البترول، عدم قدرة المقاولة على إنجاز المشروع...).

وتعد المملكة المتحدة رائدا رئيسيا في الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث تبنت سياسة مبادرة التمويل الخاصة Private Finance Initiative (PFI)منذ ١٩٩٠ في عهد حكومة مارجريت تاتشر[١]، والتي بموجبها قدمت الحكومة البريطانية تسهيلات وحوافز للقطاع الخاص من أجل الاستثمار في المشاريع العامة، وذلك بعد تراجع سياسة الخصخصة التي كانت قد مارستها من قبل بموجب مبادرة التمويل الخاصة PFI، يشارك القطاع الخاص في تصميم وبناء وتمويل وتشغيل المشاريع الاقتصادية مقابل تحصيله على عوائد الخدمات المقدمة، وفق مدد زمنية يتفق عليها، وتؤول ملكية هذه المشاريع بعد ذلك إلى القطاع الحكومي[٢].

وفي فرنسا، فقد تم إدخال عقـــود المشـــاركة Partenariat Public Prive بالأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ والقانون رقم ١٧٩ لسنة ٢٠٠٩، ويُعرف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخـــاص –

١) أنظر في الجذور التاريخية لعقد الشراكة في انجلترا بالتفصيل : منى رمضان محمد، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركةPPP والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١١، ص.١٦

٢) يتضح من هذه المعاني أن الخصخصة تنطوي على نقل ملكية المال العام(المنشآت والأدوات والمهمات والنقود اللازمة) إلى القطاع الخاص، وهو الأمر الذي لا يتحقق بموجب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ يحتفظ القطاع العام بملكية المنشأة ولا تتحول إلى القطاع الخاص. لذا، فهناك فارق بين الخصخصةPrivatization والشراكة بين القطاع العام والخاصPPP. قرب ذلك: رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠، ص٧٢ بند ٧٤.

بالمعنى الفني الدقيق[1]– بأنه" عقد إداري، يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها، طوال مدة العقد المحددة، وفق طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال مدة التعاقد"[2].

إذن، الشراكة تأخذ شكل التعاقد بين وحدة من القطاع الخاص وبين الحكومة، تقوم الأخيرة بدعوة القطاع الخاص إلى تقديم الخدمة المطلوبة سواء في مجال البنية الأساسية الاقتصادية أو الاجتماعية أو غيرها، وتحمل المخاطر المترتبة على تقديم هذه الخدمة في مقابل الحق في تحقيق عائد مناسب، حيث أنه من الوارد أن تكون الحكومة قائمة بتقديم هذه الخدمة بالفعل، أو ربما تكون خدمة جديدة لا يتم تقديمها في الوقت الراهن وسيتم تحقيق استفادة للدولة والاقتصاد من ورائها .

---

١) سبب نشأة عقود الشراكة بمعناه الضيق والفني الدقيق في فرنسا هو عجز الأساليب التقليدية للشراكة كالامتياز والتدبير المفوض وشركات الاقتصاد المختلط عن تحقيق التنمية المستدامة. لذلك تم البحث عن أسلوب حديث وهو عقود الشراكة بمفهومها الضيق.

٢) المادة الأولى من القانون الفرنسي بموجب الأمر الجمهوري الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ المعدل بمقتضى القانون الصادر في ٢٨ يوليو ٢٠٠٨, وفي ٢٠٠٩/٢/١٧.

Le CP(Contrat de partenariat) 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 (CGCT, art. L 1414-1, mod. par L. no 2009-179, 17 févr. 2009, JO 18 févr.).Sur le cite : www.legifrance.org.

وفي مصر[1] تنص المادة الثانية من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة على تعريف يقترب من تعريف المشرع الفرنسي، فتعرف عقود الشراكة بأنها عقود تعهد بمقتضاها الحكومة إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء 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 صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام وباضطراد طوال فترة التعاقد[2].

كما أن توزيع المخاطر هو المحور الأساسي في وضع هيكل الشراكة بين القطاع العام والخاص، حيث تسمح الشراكة بتوزيع أفضل للمخاطر إذ يتم تنفيذ هذه الشراكات كخدمات وليس كأصول، وعلى النقيض من طرق التنفيذ التقليدية، فإن الشراكة بين القطاع العام والخاص تركز على المخرجات وفقا لمعايير الجودة والكفاءة المتطلبة من قبل الدولة وليس على المدخلات وهي الغاية المنشودة دائما من قبل الدولة تجاه شعوبها.

---

١) ومن مشاريع الشراكة في مصر التحالف المصري السعودي الانجليزي قدم أفضل الأسعار المالية للفوز بتنفيذ المشروع، حيث من المتوقع توقيع عقود المشروع خلال الشهر الحالي لبدء ضخ استثمارات المشروع من التحالف الفائز والمقدرة بنحو ٢.٥ مليار جنيه، وسوف تكون مدة العقد عشرون عاما منها ٣ سنوات لأعمال الإنشاء والبناء والتجهيز بحيث تبدأ المستشفيان وبنك الدم تقديم خدماتهم بحلول عام ٢٠١٥. وسوف تؤول ملكية المستشفيين وبنك الدم في نهاية مدة العقد إلي جامعة الإسكندرية، في حالة تشغيلية ممتازة حيث أن من أهم مهام ومسئوليات مقدم الخدمة هي الصيانة والإحلال والتجديد للمباني والأجهزة والمعدات والأثاث الطبي والإداري طوال فترة العقد وهذا يعد من أهم مزايا عقود P.P.P في ضمان وحفظ أصول الدولة. وأكد أن الخزانة العامة لن تتحمل أية أعباء مالية أثناء فترة إنشاء المشروع ، حيث تبدأ الدولة في الدفع مقابل إتاحة خدمات المشروع مع بدء تقديمها الخدمة للمواطنين بالفعل في ٢٠١٥، وهو ما يساعد علي الإسراع في تنفيذ العديد من المشروعات العامة والتي تخدم شريحة كبيرة من المجتمع. على الموقع الرسمي لوزارة المالية :http://www.mof.gov.eg/Arabic بتاريخ ٢٠١٢/٦/٢.

٢) المادة ٢ من القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ – نشر في الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ بعنوان قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

وما يؤكد ذلك نص المشرع الفرنسي على اعتبار اقتسام المخاطر شرطا جوهريا للحكم بصحة العقد[1]. بل وحرص المشرع المصري على الربط في قانون المشاركة الجديد بين حق شركة المشروع(القطاع الخاص) في تقاضي أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات سوء لجهة الإدارة أو للمستهلكين والمنتفعين، بمستوى جودة هذه المنتجات أو الخدمات والتي تثبت بمقتضى شهادة تصدرها الجهة الإدارية في هذا الشأن[2].

الفرع الثاني

أقسام الشراكة بين القطاع العام والخاص وأشكالها

أولا: أقسام الشراكة :

تقع شراكة القطاع العام والخاص في ثلاثة أقسام أساسية[3]:

١- الامتيازات التي تمول نفسها ذاتياً : تشمل هذه الامتيازات الطرق والكباري فوق الأنهار التي يتم تحصيل رسوم من السيارات المارة عليها، والتي تكون كثافة الحركة المرورية فيها ورسوم الاستخدام كافية لتمويل الاستثمارات

---

١) فأشارت إلى ذلك المادة b/١١ من الأمر المنظم لعقود الشراكة والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ والمادة L 1414-12 من قانون الإدارة المحلية Code général des collectivités territoriales.

Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

a) ..... ;

b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ; .....

٢) المادة ٤/٢ من القانون رقم ٦٧ لسنـــــة ٢٠١٠بشأن إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، تنص على أنه"ولا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقًا لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة".

٣) من إصدارات الإرشاد في مجال الشراكة صادرة عن الوحدة المركزية للمشاركة في مصر أنظر الموقع الالكتروني:

http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg/SiteCollectionDocuments/PPPCUSite/General/chapter1guid_ar.pdf. (Last visited in 15/10/2011)

والخدمات الجارية .كما ينطبق ذلك أيضاً على خدمات محلية معينة، وبشكل خاص معالجة وإمدادات المياه، والصرف الصحي، وجمع وإدارة المخلفات، وخدمات النقل. ومن الضروري في مثل هذه الامتيازات، والتي من الممكن أن تأخذ العديد من صفات الخصخصة، أن يتم تنظيم رسوم الاستخدام ولكن يجب تحديدها على مستويات اقتصادية حتى يمكن توفير الأموال اللازمة للاستثمارات المطلوبة والخدمات الجارية.

٢- المشروعات المختلطة لشراكة القطاع العام والخاص : يشمل ذلك مجالات الخدمات التي يتم فيها تحديد رسوم الاستخدام عند مستويات لا تكفى لتأمين مستوى المدفوعات المطلوبة لرأس المال ومصروفات التشغيل وذلك نتيجة لأسباب سياسية و /أو اجتماعية. ويجب استكمال رسوم الاستخدام في مثل هذه الحالات من خلال تقديم دعم من جانب السلطة العامة.

٣- شراكة القطاع العام والخاص في شكل مبادرات تمويل خاص PFI: شهدت هذه الفئة أكبر معدل من النمو في السنوات الأخيرة، خاصة في المملكة المتحدة، وهى قابلة للتطبيق في القطاعات التي لا يمكن فيها فرض رسوم استخدام أو يكون فرض مثل هذه الرسوم غير مقبول من الناحية السياسية. مثال ذلك: المشروعات في مجال الخدمات العامة هي المدارس العامة، والمستشفيات، والمراكز الصحية، وفي مجال الاستخدام الحكومي نفسه هي المحاكم، والسجون، ومباني المحليات، والشرطة، ومحطات إطفاء الحريق.

والجدير بالذكر، أنه من الممكن أن تتراوح طبيعة الشراكة بين القطاع العام والخاص من مجرد ترتيبات تعاقدية بسيطة لتقديم خدمة محددة (مثل جمع القمامة[١]) وصولاً إلى ترتيبات معقدة لتصميم خدمات البنية الأساسية (مثل مطار جديد) وإنشاءها وتشغيلها وصيانتها وتمويلها .

ثانيا: أشكال الشراكة بين القطاع العام والخاص

١) كما في بولندا :مشروع إدارة القمامة في مدينة تشيستوخوفا – في عام ١٩٩٨ استولت شركة سيتا (Sita) على تنظيف المدينة وفقا لاتفاقية المشاركة الخاصة – العامة. على الموقع الآتي:http://ar.poland.gov.pl,(PPP),8072.html

هناك العديد من أشكال للشراكة بين القطاع العام والخاص[1]. من ضمنها عقود الإدارة، والإيجار وامتيازات الاستثمار، والخدمة، والبناء والتشغيل ونقل الملكية(BOT)(Build,Operate,Transfer) والبناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية(BOOT)(Build,Own,Operate,Transfer)، والبناء والتملك والتشغيل(BOO(Build,Own,Operate وعقود البناء والاستئجار والتشغيل والتحويل(BLOT).

الفرع الثالث

التمييز بين عقود الشراكةPPP

و عقـــــود البـوت BOT

إذا كنا قد بينا أن عقود البوت هي إحدى أشكال الشراكة بالمعنى الواسع. فالسؤال الذي نطرحه إذن هو:

هل توجد مغايرة بين خصوصية التحكيم في عقود الشراكة بالمعنى الضيق والفني الدقيق والتحكيم في عقود البوت، خاصة وان احتمالية كلا العقدين يشتركان في نواح كثيرة وأحكام عديدة، وهو الأمر الذي يعني عدم وجود اختلاف في أحكام وسيلة فض المنازعات الناشئة عنهما وهي التحكيم؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل هو مضمون الدراسة كله وسوف يحمل في طياته خصوصية التحكيم في عقود الشراكة عن التحكيم في عقود أخرى قد تتشابه معها، ولكن يجب أن نوضح بداية أوجه الشبه والخلاف بين كلا النظامين لنبرز فيما بعد خصوصية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة [2].

بادئ ذي بدء، إن كلا النظامين PPPو BOT يخضعان لمبدأ العلانية والشفافية وحرية المنافسة في اختيار المتعاقد فضلا على أن كلاهما يعد من العقود الإجمالية المركبة التي تتشابك علائقها التعاقدية في العديد من المراحل، فهما يهدفان إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد مع ضمان المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق.

---

١) أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٣، ص.٣٥

٢) انظر ما يلي ص .٨٣

وتكمن أوجه الخلاف في أن عقود الشراكة تعد بالأساس عقود تمويل لإنشاء المرفق العام. حيث أن المتعاقد ومن خلال عقد إجمالي يلتزم بتمويل إنشاءات البنية الأساسية والتشغيل والصيانة في مقابل حصوله على مبالغ دورية من جهة الإدارة. فالهدف الأساسي من عقود الشراكة هو التمويل وقد يمكّن المستثمر من الإدارة كأثر لهذا التمويل.

أما في عقود البوت يتقاضى المتعاقد الجعل المالي من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق طيلة فترة التشغيل والإدارة، بينما يتقاضاه في عقود الشراكة من جهة الإدارة. فمصدر الدخل في الثاني قد يكون الدولة أو/و المنتفعين على عكس المصدر من الأول وهو من المنتفعين مباشرة[1].

المطلب الثاني
أهمية عقود الشراكة

تعد عقود الشراكة وسيلة مثلى لنقل التكنولوجيا الحديثة بتكلفة مقبولة نسبيا، بالنظر إلى التزام المتعاقد بالتمويل والإنشاء والتشغيل والصيانة في مقابل تقاضيه لمبالغ من جهة الإدارة، مما يعني أن المرفق العام يكون محدّثاً دائماً في ضوء الوسائل التكنولوجيا الحديثة.

كما أن عقود الشراكة تؤدي إلى جذب الاستثمار الأجنبي، مما يؤدي إلى الإنعاش للاقتصاد الوطني وخفض الدين العام. بالإضافة إلى أن عقود الشراكة تنطوي على اقتسام للمخاطر، دون أن تتحملها جهة الإدارة وحدها بل يشاركها القطاع الخاص. فكما يتم نقل المزيد من الملكية والإدارة إلى القطاع الخاص، ينتقل إليه بالمثل المزيد من المخاطر، وتخفف شراكة القطاع العام والخاص - التي يقوم من خلالها القطاع الخاص بتوفير مبالغ هامة لتمويل المشروعات - من الأعباء الواقعة على الميزانية العامة للدولة، ويمكن للحكومة أن تستثمر

---

١) رجب محمود، مرجع سابق، ص١٠٧. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠، ص١٨٢.

الأموال التي تم توفيرها في المشروعات الأقل قدرة على تحمل العبء المالي من خلال شراكة بين القطاع العام والخاص[1].

وتظهر أهمية عقود الشراكة في الحد من اقتراض الدولة وما تتبعه من مخاطر، وخلق سوق محلي جديد للتمويل طويل الأجل، وخلق سوق جديد للقطاع الخاص لإدارة أصول المشروعات وتنمية الاقتصاد وخلق فرص عمل وزيادة كفاءة الخدمات العامة المقدمة للمواطنين[2].

وما أدل على أهمية تلك العقود من أنها عقود طويلة الأجل و ذو قيمة مالية فائقة واقتصادية كبيرة جدا، حيث أن عقود الشراكة في بريطانيا مثلا غير مناسبة للمشاريع التي تقل قيمتها عن ٢٠ مليون يورو[3].

وفي فرنسا، فإن مدة العقد تتحدد من قبل الإدارة وفق متطلبات محل العقد، إلا أنه في حالة ما إذا انطوى عقد الشراكة على شغل الدومسنوات.م، فقد قيدها بألا تتجاوز مدة هذا العقد سبعون عاما[4].

وفي مصر، فإن عقود الشراكة لا يجوز أن تقل مدتها عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه[1].

---

1)http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg/NR/rdonlyres/286F98FE-68F8-43C6-B5E2-E9C30A014352/0/chapter1guid_ar.pdf

٢) الجديد عن البرنامج القومي للشراكة مع القطاع الخاص كتيب صادر عن وزارة المالية المصرية ٦ يونيه ٢٠٠٩ على الموقع:
http://www.pppcentralunit.mof.gov.eg/NR/rdonlyres/60B7C0F1-B638-4656-B67E-CFA3D32916BF/0/PPPArBookJune.pdf
محمد إبراهيم محمود الشافعي، المشاركة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية،٢٠١٢،ص٢٢.

3) Standardisation of PFI Contracts. Version. 4 March 2007.P.21. The site http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf.

١) المادة ٩/١١ من الأمر المنظم لعقود الشراكة،والمادة ٩/١٢ من L.1414 من التقنين العام للإدارات المحلية.

وتتجلى أهمية عقود الشراكة في المشاريع محل هذه العقود، حيث تستخدم عقود الشراكة في تنفيذ مشروعات البنية التحتية للدولة infrastructure سواء في بناء الطرق والسجون والمستشفيات ومحطات الطاقة الحرارية الأرضية، وفي مجال الطاقة (محطات توليد الكهرباء والطاقة الحرارية الأرضية والطاقة النووية)، والرياضة (الملاعب)، والنقل (الطرق السريعة)، والصحة (المستشفيات) والتعليم (المدارس) والعدالة (السجون).

ولا شك أن القطاع الخاص يمكن أن يوفر الخبرة والتمويل لتحقيق هذا الهدف في غضون عامين بينما سوف تحققه خطط القطاع العام في خمس سنوات[٢].

ونظرا لأهمية تلك العقود التي ترد على مشروعات البنية الأساسية أصدرت الاونسيترال في عام ٢٠٠٤ تشريعا نموذجيا بشأن أحكام مشاريع البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص[٣]. و يعد هذا التشريع النموذجي إكمالا للدليل التشريعي الذي أصدرته الاونسيترال في عام ٢٠٠١ بعنوان الدليل "التشريعي

---

٢) المادة ٢ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ – نشر في الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ بعنوان قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

ويرى البعض بأن الأفضل أن تحدد مدة العقد بأربعين سنة كحد أقصى، أو بمنح مجلس الوزراء الموافقة على تمديد مدة الثلاثين سنة بحد أقصى خمس أو عشر سنوات حتى تتجنب السياسات الاحتكارية أو الاستعمارية التي مللنا وعانينا منها طويلا. أنظر: منى رمضان، مرجع سابق، ص٣٣.

2) Raphaël Apelbaum; Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger; AJDA © Editions Dalloz 2004 p. 1759-1.

٢) أحكام الاونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ٢٠٠٤ في الدورة السادسة والثلاثين والتي عقدت في فيينا من ٦/٣٠ إلى ١١ يوليه ٢٠٠٣.

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/procurem/pfip/model/03-90619_Ebook.pdf.

UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects.

بشأن مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص"[1]. و قد جاء في حيثيات قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الذي اعتمد هذا القانون النموذجي أنها قد اعتمدته أخذا في الاعتبار بالدور الذي تلعبه علاقة الشراكة فيما بين القطاعين العام و الخاص في تحسين و تقديم الخدمات العامة و البنية الأساسية على النحو الذي يحقق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية المستدامة .و كذلك اعترافاً منها بالحاجة إلى توفير بيئة ملائمة لتشجيع في البنية الأساسية مع مراعاة المصلحة العامة للدولة المعنية الاستثمار الخاصinvestment private ، و كذلك تأكيدا من الجمعية العامة للأمم المتحدة على أهمية فاعلية و شفافية إجراءات ترسية عقود مشاريع البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص. وكذلك تأكيدا على الرغبة في تطبيق قواعد الشفافية و العدالة و الاستدامة طويلة الأجل و إزالة القيود على مشاركة القطاع الخاص في عملية تنمية البنية الأساسية.

كما أن إبرام عقود الشراكة وإصدار قوانين خاصة بها يجئ سعيا إلي دفع عجلة التنمية الاجتماعية والاقتصادية، و إلي الحفاظ علي معدلات نمو مرتفع من خلال الارتقاء بمستوي الخدمات والمرافق العامة و من خلال كفالة تنفيذ فاعل وناجز لمشروعات البنية الأساسية، وتحفيز للقطاع الخاص لزياد استثماراته المباشرة في مجال تنفيذ مشروعات المرافق العامة وإتاحة خدماتها بما يحقق إنجاز أسرع وخدمة ارقي وكلفة أقل وصيانة أفضل لتلك المشروعات والحفاظ على عمر الأصول العامة، وبما يحقق خلق لفرص عمل جديدة وبمستويات دخول أعلى، دون الإخلال بالتزامات الدولة تجاه مواطنيها ودون المساس بمضمون ومستوى و مقابل الخدمات والمرافق العامة.

وانطلاقا من دراسة للتجارب الدولية الناجحة، التي اعتمدت على مشاركة القطاع الخاص لتحقيق طفرة كبيرة ونهضة سريعة للخدمات والمرافق العامة في مجالات التعليم والصحة والنقل والمياه والصرف الصحي وغيرها من قطاعات ومشروعات البنية الأساسية، وجاء تسليما بأهمية توفير البنية التشريعية المناسبة التي تكفل تحقيق التوازن المنشود بين واجبات والتزامات الشركاء الذين تلاقت إرادتهم على هدف إنجاح مشروعاتهم بأجدى كلفة اقتصادية، وبحيث يتحمل كل

1) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects.

شريك تبعات الالتزام الذي يجد نفسه اقدر على تحمله، وإدراكاً للعقبات القانونية القائمة الموضوعية منها والإجرائية، وللصعوبات التي واجهتها جهود الحكومة لتطبيق الشراكة مع القطاع الخاص في مشروعات التعليم والصحة والمياه والصرف الصحي والنقل انطلاقا من القواعد القانونية التقليدية لتعاقد الدولة بأساليب الالتزام أو الامتياز أو من خلال قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أو حتى من خلال اللجوء إلى القوانين الخاصة ببعض القطاعات والمرافق العامة، كما جاء حرصا على كفالة تنظيم قانوني متكامل للشراكة مع القطاع الخاص، يضمن اختيار المستثمر وفق لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص، و يحدد نطاق مشروعات الشراكة بما يسمح بضمان توافر أسباب إنجاحها، و يحدد إطار دور الحكومة على المستوي الوزاري وعلى المستوي التنفيذي في اختيار واعتماد ومتابعة تنفيذ المشروعات التي يتم تنفيذها من خلال المشاركة مع القطاع الخاص، ويمهد لتنميط عقود الشراكة، و يسهل دور القطاع الخاص في تدبير التمويل اللازم لتلك المشروعات[1].

١) ديباجة مشروع قانون الشراكة المصري الذي صدر بعد ذلك بقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ – نشر في الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٨ بعنوان قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

المبحث الأول

مواءمة التحكيم لعقود الشراكة

سوف نتناول مدى مواءمة التحكيم – كأحد الوسائل البديلة لفض المنازعات– للطبيعة الخاصة لعقود الشراكة (المطلب الأول) من ناحية، ومدى مواءمته للطبيعة القانونية لهذه العقود (المطلب الثاني) من ناحية أخرى، وكذلك نبين موقف الدول من جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن تلك العقود (المطلب الثالث) من ناحية ثالثة، كالتالي:

المطلب الأول
مواءمة التحكيم للطبيعة الخاصة لعقود الشراكة

التساؤل: هل التحكيم هو أفضل طرق فض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة، ولماذا؟

على الرغم من أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فيما يتعلق بالسلطتين القضائية والتنفيذية، حيث أن في لجوء الإدارة(السلطة التنفيذية) إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية تحييدا للسلطة القضائية المختصة أصلا بالفصل في المنازعات كافة، ومنها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة [1]، وعقود الشراكة بصفة خاصة.

بيد أن التحكيم في اعتقادنا، وبحق، هو أفضل وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة وذلك للأسباب الآتية:

١- خشية المتعاقد الأجنبي في عقد الشراكة من القضاء الوطني للدولة المتعاقدة:

إن قضاء الدولة، وإن كان محايدا ومستقلا عن الدولة ذاتها، بالنسبة للمتعاقد الأجنبي قضاء غير محايد في الفصل في منازعات تلك الدولة معه. وبالتالي

---

١) مجدي عبد الحميد شعيب– التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة–بدون ناشر–١٩٩٨ –ص٣٢.

تضطر الدول إلى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات[1]. لذلك فالتحكيم أداة ائتمان[2] تضمن استمرارية العلاقة التجارية أو الاقتصادية بين أطراف النزاع ولو كانوا من جنسيات مختلفة.

٢- خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بحصانتها القضائية:

إن أراد المتعاقد الأجنبي أن يرفع نزاعاً معيناً ضد الدولة المتعاقدة ولكن أمام قضاء دولة أخرى، سواء كان أمام قضاء دولة المتعاقد الأجنبي أو لدولة أخرى، سوف يُواجه بحصانة الدولة القضائية التي تأتي على حساب إهدار حقوق الأجنبي الخاصة. وإزالةً لهذه العقبة، فإن المتعاقد الأجنبي يصر على إدراج شرط التحكيم في عقود المشاركة.

٣- التحكيم وسيلة إجرائية لتشجيع الاستثمار:

إن جذب الاستثمار في دولة ما يعتمد بصفة أساسية على مقومات ومقتضيات الدولة التشريعية –بالإضافة إلى المقومات الاقتصادية والإدارية والمالية– والتي نقصد منها القوانين الموضوعية والقوانين الإجرائية. وقانون التحكيم الداخلي، باعتباره قانون إجرائي يجب أن يتلاءم مع اقتصاديات السوق العالمي والاستثمارات الدولية، يشجع الأجنبي في الاستثمار في تلك الدولة حين ينص على جواز التحكيم في عقود الشراكة باعتبار أن التحكيم ضمانة قانونية إجرائية للحيلولة دون إهدار حقوقه والمطالبة بالتزامات الدولة المتعاقدة.

ولأهمية التحكيم في جذب الاستثمار، فجاء قانون التحكيم التجاري الدولي مواكبا للجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار متمشيا مع سياسة الإصلاح الاقتصادي التي قطعت الدولة فيها شوطاً كبيراً لجذب رؤوس الأموال المستثمرة بعد أن تبين لها أن القوانين التي وضعت في مجال الاستثمار لا تكفي وحدها لتحقيق زيادة الاستثمارات[3].

---

١) حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠١، ص ٧.

٢) سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، ص٢٠.

٣) مضبطة مجلس الشعب، جلسة ٥١، الفصل التشريعي السادس، دور الانعقاد العادي الرابع بتاريخ ١٩٩٤/٢/٢٠، ص٢٥،٢٦.

فالتحكيم في عقود الشراكة بالإضافة إلى انه ميزة اختيارية بل أنها بالنسبة للمستثمر الأجنبي ليس مجرد وسيلة إجرائية modalite procedurale لفض النزاع وإنما شرطcondition للتعاقد أصلا، ووسيلة لتحقيق التوازن بين الاستثمار الخاص والمصلحة العامة[1].

واستهداءً بسياسة تشجيع الاستثمار نجد أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة[2]، وكذلك المشرع المصري[3] قد نص في قانون مشاركة القطاع الخاص في البنية الأساسية في المادة ٣٩ منه على جواز التحكيم في عقود الشراكة.

٤ – خصائص ومميزات التحكيم تتوافق تماما مع متطلبات ومقتضيات الشراكة:

أ- السرعة في التحكيم:

إن المحكم لا يتقيد بإجراءات التقاضي العادية ومواعيدها، وبالتالي يتفادى البطء فيها. كما أن هيئة التحكيم هي هيئة مخصصة ومتفرغة للنزاع المطروح،

1) Pierre Heitzmann , A Welcome And Surprising Decision: French Administrative Supreme Court Acknowledges The Adequacy Of Arbitration To Adjudicate Disputes Arising Out Of A New Kind Of Public Private Partnership ;MEALEY'S International Arbitration Report Vol. 20, #10 October 2005.p.4.
http://www.jonesday.com/files/Publication/8e5b4abb-7f40-419e-90d8-7874428a44f2/Presentation/PublicationAttachment/ca935bea-0652-4a85-a15e-43fbff586fd8/MealeyOct2005.pdf.

٢) المادة ١١ من الأمر المنظم لعقود الشراكة رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ والقانون رقم ١٧٩ لسنة ٢٠٠٩.

٣) نص المشرع المصري في تشريعات الاستثمار المصرية المتعاقبة على ضمانة التحكيم وذلك ابتداء من القرار بقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧١، ومرورا بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والمعروف بقانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة والمعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧، وقانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وانتهاء بقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧.

على عكس المحاكم المتكدسة بالعديد من القضايا، مما يوفر وقت الفصل فيها، كما أن التحكيم غالبا ما يتم على درجة واحدة[1].

والمحكم المختار ليس بالضرورة أن يكون شخصا قانونيا، بل قد يكون شخصا فنيا حرفيا (كالمقاول) أو مهنيا (كالمهندس أو المحاسب) مما يعنى عدم الحاجة إلى خبير منتدب، وبالتالى توفير الوقت والمصاريف وهى من متطلبات عقد الشراكة. بل إن عقود الشراكة – فى فرنسا كما سنبين– من شروط إبرامها أن نكون إزاء حالة استعجال قصوىurgence impérieuse ، وهو الأمر الذي معه يصبح التحكيم بالفعل وسيلة فعالة لحل النزاعات الناشئة عنه.

ب– الكفاءة والخبرة في التحكيم:

إن القضايا التى يمكن أن تنشأ عن عقود PPP معقدة جدا وفنية complexes et techniques ، سواء المتعلقة بالمنشآت –مثل: النزاعات حول رفض جهة الإدارة التصرف فى المعدات بسبب إصابتها بعيوب، وتلك المسألة أهمية خاصة فى اتفاق الشراكة باعتبار أن جهة الإدارة أو الشخص العام لن تقود بالدفع إلا حال تقبل العمل المنجز – أو بالتمويل مثل: البنود المعروفة باسم "إعادة التمويل"refinancement" ، والتى تنص على أنه فى حالة إعادة تمويل وللشخص العام بعض السيطرة، فمن الممكن أن يرفض إعادة تمويل أو يقدم طلب للحصول على حصة من الربح الناتج. لذلك، فمن المفيد أن يكون المحكم خبيرا في هذه المسائل [2].

غير أن إدراج شروط التحكيم فى عقود الشراكة PPP الفرنسية لا يعتبر حتى الآن حالة ملحة، ويمكن تفسير ذلك من حقيقة أن الجهات العامة، مثل الأفراد الخاصة التى تعمل فى فرنسا، لديها الثقة النسبية فى النظام القضائى. فبصفة عامة ليس هناك الحماس للتحكيم فى إطار عقود شراكة على الأقل. وسبب ذلك، فكرة أن المحكمة الإدارية التي لها التاريخ والثقافة وتدرب

---

١) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١، بند ٢ ص٤ وما يليها. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، ص٢١.

2) Noël Chahid-Nouraï et Romaric Lazerges; La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, AJDA © Editions Dalloz 2009 p. 1925.

أعضائها، قادرة على التفاهم وجها لوجه مع مصالح الإدارة. وعلى الجانب الآخر، لا مانع من تعيين المحكمين من قبل الأطراف دون أن يكونوا قضاة إداريين سابقين (كما هو الحال فى المملكة المتحدة، حيث يجب أن يكون المحكم محاميا"solicitor"أو"barrister"أو حكّم لمدة لا تقل عن عشر سنوات)[1].

جـ- المرونة في التحكيم:

حرية الأطراف فى الاتفاق على إجراءات التحكيم، وتعيين هيئة التحكيم، ومكان وزمان التحكيم، والقانون الواجب التطبيق، و وسائل مراجعة حكم التحكيم، يتفق مع فلسفة عقود الشراكة وغرضها فى جذب الاستثمارات الأجنبية ورؤوس أموال عبر الحدود والتخفيف من على كاهل الدولة والنفقات والديون. فإذا كان التحكيم يتمتع بهذه المرونة فى كل عناصره فحتما سيقبل المستثمر الدخول في علاقة شراكة مع الإدارة عندما يرى إدراج شرط التحكيم المرن فيه.

د- السرية في التحكيم:

كما سبق، فإن أحد أطراف عقود الشراكة هو الإدارة كجزء من كيان الدولة. وتقوم العلاقة القانونية بينها وبين المستثمر على الثقة والسرية، وأحيانا قد تكون الإدارة المتعاقدة مع المستثمر هي وزارة الدفاع ومحلها مشروعات متعلقة بها أو جهاز الشرطة، فيكون عقد الشراكة وارداً على مشاريع يجب أن تتصف بالسرية لمصلحة الدولة.

والتحكيم بمرونته قد يتفق على اعتباره سريا. بل أن الأصل في التحكيم أن جلساته لا تنعقد علنا إذ العلة من علنية جلسات المحاكم وهى الحرص على ضمان الثقة فى عمل القضاة غير متوفرة فى التحكيم[2]، فنظام التحكيم لا يخضع لنظام علنية الجلسات الذي يسود المحاكم سواء أكانت جلسات إثبات أو مرافعة أو

1) Peter Sheridan ,PFI/PPP DISPUTES; PLS/PWS.PLS/558465.1 p.14 www.sheridangold.co.uk/articles/pfi_ppp_disputes.pdf.

Noël Chahid-Nouraï et Romaric Lazerges; La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, AJDA © Editions Dalloz 2009 p. 1925.

٢) فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧، ص ٣٣٣.

النطق بالحكم مما يحفظ لأطراف النزاع أسرار تعاملاتهم و ضمان استمرارية علاقاتهم[1]. وقد يكون التحكيم علنيا بحسب الاتفاق التحكيمي.

ونتساءل: هل هناك تناقض بين السرية فى التحكيم والشفافية المتطلبة في عقود الإدارة بصفة عامة وعقود الشراكة بصفة خاصة ؟

إن التوافق الصعب بين السرية فى التحكيم ومبدأ الشفافية الذي يلتزم به الشخص العام فى نزاعاته ينطوى على خطر الكشف العلنى عن عناصر النزاع إذا اعتبر البيان سرياً، وحضور الجمهور ممكن وبالتالي لا يمكن ضمان التعتيم الكلي في جميع الحالات.

فقد تؤثر السرية فى التحكيم فى عقود الشراكة على واجب الشفافية الذى يقع على عاتق الإدارة، فينعكس سلبا على سبيل المثال على واجب الشخص العام فى العقود الإدارية بالكشف عن الوثائق الإدارية بموجب القانون الصادر فى ١٧ يوليو ١٩٧٨ بشأن الكشف عن الوثائق الإدارية فى فرنسا. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تؤدى النزاعات التعاقدية فى نهاية المطاف إلى تعديل في الشروط التعاقدية، والتي يجب أن تعلن للغير لممارسة حقهم في الاستئناف.

وأجاب على هذا السؤال قانون الشراكة البرازيلي الفيدرالي رقم ١١.٠٧٩ الذي صدر في ديسمبر ٢٠٠٤، بأنه لا تعارض بين سرية التحكيم و علنية العمل الإداري، لأن السرية في التحكيم قاعدة مكملة أي يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويجوز الجمع بين السرية والعلنية في العملية التحكيمية بأن تقتصر السرية على المرافعة وعلى المستندات المقدمة في التحكيم، دون قرارات التحكيم المنهية وغير المنهية(الفرعية) للخصومة[2].

---

١) وجدي راغب فهمي– مفهوم التحكيم وطبيعته–مقالة منشورة في الدورة التدريبية في كلية الحقوق جامعة الكويت–١٩٩٢–١٩٩٣م، ص٥.

2) L'arbitrage et les contrats de Partenariat Public-Privé au Brésil: la fin du dilemme? Marco Deluiggi et Mariana Cattel Gomes Alves http://dpa.uparis2.fr/IMG/pdf/L_arbitrage_et_les_contrats_de_Partenariat_Public Prive_au_Bresi__la_fin_du_dilemme_.pdf (visited11/12/11).

وأخيرا فإن السرية فى التحكيم لها ميزة خاصة عندما تحكم المنازعات الناشئة عن علاقات قانونية طويلة الأجل long-term relationships مثل عقود الشراكة، حيث لابد من أن تكون العلاقة بين أطرافها تتمتع بالتواصل الاجتماعي.

هـ- المحافظة على العلاقة الاجتماعية بين الأطراف في التحكيم:

التحكيم كوسيلة إجرائية لفض المنازعات تحافظ على العلاقات الاجتماعية بين أطرافها، ولا ينتهوا من إجراءات التحكيم أعداءً أو خصوماً كما هو الحال عند فض المنازعات فى ساحات القضاء. وهذه الميزة تظهر فائدتها خصوصا فى المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة وهي من العقود طويلة الأجل التي تستلزم التعايش الاجتماعي السلمي بين أطرافه .

كما أن الطابع الفنى للتحكيم يؤدى إلى تفهم المحكم لموضوع النزاع، ويعينه على إيجاد الوقت الكافى لحله بالتوفيق بين المصالح المتعارضة من أجل استمرار العلاقة بين الخصوم بعد ذلك أكثر من اهتمامه بالتطبيق الصارم للقانون، وهذا يؤدى إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة- أكثر منها قانونية- هى التعايش السلمى بين أطراف النزاع في المستقبل[1].

و - بساطة إجراءات التحكيم:

إن نظام التحكيم يتسم بالبساطة فى الإجراءات والسهولة، لأنه لا يتقيد بشكليات معينة (كالبيانات أو مواعيد أو أماكن معينة)، فضلا عن أن مزايا السرعة والسرية وقلة التكاليف تحفظ لأطراف النزاع جو الصفاء والود المنشود، بعيدا عن فرص المحاكاة الشكلية التى تثيرها عادة إجراءات التقاضى العادية، فهم يرمون إلى نوع من العدالة تختلف عن عدالة المحاكم، لأنهم يتوقعون حلا سريعا للمشاكل الطارئة على معاملاتهم المستمرة. وإن أدى هذا الحل إلى إنهائها فإن هذا يتم فى سرية ودون إجراءات معقدة أو مطولة مما يسمح لهم باستئناف معاملاتهم فى المستقبل[2]. وقد تفضل جهة الإدارة و شركة المشروع خسارة دعواهم على كشف أسرار تعاملاتهم.

---

٢) وجدي راغب، مفهوم التحكيم، مرجع سابق،ص٢٢. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٠،ص٢٠.

١) سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم،مرجع سابق، ص٢٢.

ونوضح بتطبيق عملى[1] أفضلية التحكيم فى منازعات عقود الشراكة عن غيرها من وسائل فض النزاع القضائية وغير القضائية.

ففي قضية أدعي صاحب حق امتياز الاسترالي لطريق الرسمtoll road نزاعا ناشئا عن عقد امتياز أمام هيئة التحكيم. وهذا النزاع له تداعياته على الدولة والشريك المتعاقد في مشاريع البنية التحتية الاقتصادية عن طريق مبادرة التمويل الخاصprivate finance initiatives (PFI). والنهج الذي اُتبع في هذا النزاع ينطوي بالضرورة على تنافس في الاستدلال على تأثير شبكة الطرق المتغيرة في عدد القتلى على الطرق، وكان ذلك بالاعتماد على دليل الخبرة expert evidence. بالإضافة إلى وجود جولة من الادعاءات والأدلة المقابلة defensive contentions and evidence. كل ذلك يجعل التحكيم أقدر وأسهل وسيلة لاستيعاب هذا النوع من النهج.

فالتحكيم أكثر ملائمة لمثل هذا النزاع أيضا، لأن القضية تتعلق بمفاهيم هندسة المرور و نماذج مركبة traffic engineering concepts and modeling of considerable complexity. وشملت هيئة المحكمة خبير مهندس في المرورexpert traffic engineer ، وهو ما ساعد على التواصل مع هذه المفاهيم من قبل هيئة التحكيم والاحتجاج بها.

وما يعضد أيضا اعتبار التحكيم أفضل وسيلة لحل المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة هو خصوصية Privacy إجراءات التحكيم . حيث يمكن الاتفاق على اعتبار إجراءات التحكيم سرية confidential ، يعني أن الإجراءات ليست علنية للجمهور not open to the public ، وإنما معلنة فقط للأطراف، والممثلين القانونيين عنهم و محاميهم ممن لهم صفة في الحضور. وذلك كله، على عكس إجراءات التقاضي العادية التي تعد علنيةmade publicly بحسب الأصل. خاصةَ وأن عقود الشراكة تتطلب من الحكومة وصاحب الامتياز في

1) Michael Earwaker .Australia: Resolving PPP Disputes through Arbitration 05October2009.http://www.mondaq.com/australia/article.asp?articleid=8685. (Visited 15/10/2011).

الحفاظ على علاقة عمل جيدة لسنوات عديدة (تصل أحيانا إلى٣٠ سنة). فمن الأفضل حل النزاعات خارج نطاق الاعتبارات السياسية.

ولا يقدح في ذلك، التزام الحكومة بالكشف عن بعض الالتزامات، مما يعني أن إجراءات التحكيم من غير المرجح أن تكون سرية. ولكن يمكن للخصوصية التي يوفرها التحكيم المساعدة في تقليل خطر تعرض تفاصيل النزاع وعرضه على العامة، وكذلك تقليل خطر تسييس القضية التحكيمية the dispute will become politicized.

كما أن التحكيم في مثل هذه المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة تتطلب من هيئة التحكيم أن تصدر تدابير علاجية غير تقليدية (مثل الأمر بتغيير مدة الامتياز). هذا وبالإضافة إلى أمكانية التحكيم وفقا لقواعد الإنصاف والعدالة general justice and fairness، وليس التحكيم بالقانون according to law، وهو ما يسمى بـــــــــــــ " التحكيم بالصلح" "amiable composition" and "ex aequo et bono" .

وفي استراليا يجوز قانونا الاتفاق على التحكيم وفقا لاعتبارات العدالة والإنصاف أكثر من الاعتماد على القانون، فالمرونة flexibility غير المتوفرة في المحاكم المحلية تعزز تفضيل التحكيم لتسوية مثل تلك المنازعات[١].

مجمل القول إذن، أنه تبدو الفائدة من إتاحة المجال أمام طرفي عقد الشراكة في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات مراعاة لطبيعة مثل هذه العقود والمنازعات المتصلة بها ذات الطبيعة الفنية أو المالية وما يستلزم من الحاجة إلى الخبرة بالإضافة إلى الاقتصاد في أمد هذه المنازعات، بإعطاء الإمكانية للأطراف بإخضاعها للتحكيم لا لاختصاص القضاء الإداري[٢].

1) Michael Earwaker .Australia: Resolving PPP Disputes through Arbitration 05October2009.http://www.mondaq.com/australia/article.asp?articleid=8685.
(Visited 15/10/2011).

٢) محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، ص٨٧ وما بعدها.

المطلب الثاني
مواءمة التحكيم للطبيعة القانونية لعقود الشراكة

إن عقد الشراكة قد يتمتع بالطبيعة الإدارية فيكون عقدا إداريا بحتا، وقد يتمتع بالطبيعة المدنية فيكون عقدا مدنيا بحتا، وقد يتمتع بالطبيعة الإدارية المدنية فيكون عقد إدارة مدني، وقد يتمتع بالطبيعة الدولية فيكون عقدا من عقود التجارة الدولية.

وفي المقابل، التحكيم أيضا كوسيلة لفض المنازعات يتطبع بطبيعة العقود التي يفض ويحسم المنازعات الناشئة عنها، فهناك التحكيم الوطني والأجنبي، والتحكيم الإداري والعادي والتجاري الدولي. فهل لطبيعة عقود الشراكة أثر في التحكيم؟ (الفرع الأول).

وعلى العكس، قد يكون من شأن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقد أن يضفي هذا التحكيم على هذا العقد طبيعة ما، ويغير من سلطات والتزامات أطرافه. فهل للتحكيم أثر في طبيعة عقود الشراكة؟(الفرع الثاني).

الفرع الأول
أثر طبيعة عقد الشراكة في التحكيم

أولا: طبيعة عقد الشراكة

يمكننا الحديث عن طبيعة عقد الشراكة من خلال اتجاهات عديدة، حيث في أحوال يعتبر عقداً إداريا، وعقداً إداريا دولياً من ناحية، وفي أحوال أخرى قد يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص، وعقداً استثمارياً، وعقداً من عقود الدولة أو الحكومة من ناحية أخرى على النحو التالي:

١- عقد الشراكة هو عقد إداري :

بادئ ذي بدء، هناك من الأنظمة القانونية في العالم ما يميز بين العقد الإداري والعقد المدني وهو النظام اللاتينيCivil Law مثل: النظام الفرنسي والمصري، والبعض الآخر منها لا يعرف هذا التمييز وهو النظام الانجلوسكسوني Common Law مثل: النظام الانجليزي والأمريكي.

وفي النظام اللاتيني، العقد الإداري هو العقد الذي يكون أحد أطرافه الدولة أو الإدارة أو السلطة العامة أو الأشخاص المعنوية العامة، هدفه هو تحقيق المصلحة العامة وموضوعه تنظيم المرفق العام، أو تلجأ الإدارة فيه إلى الأساليب غير المألوفة في القانون الخاص تسمى بالشروط الاستثنائية أو السلطات الاستثنائية للإدارة[1] (الرقابة- التعديل- توقيع جزاءات- الفسخ لدواعي المصلحة العامة).

في فرنسا، عقد الشراكة هو أحد أنواع العقود الإدارية طبقاً للقانون الفرنسي[2]. ولذلك فإن العقود الإدارية في فرنسا في الوقت الحالي أصبحت ثلاث

---

١) إذن يتضح أن القانون الفرنسي الإداري لا يتطلب حتى يعتبر العقد إداريا توافر الشروط الثلاثة مجتمعة(الإدارة طرفه، والمرفق العام موضوعه، والشروط الاستثنائية مدرجة فيه)، وفي المقابل، إن النظام القانوني المصري يتطلب تلك الشروط مجتمعة وإلا كان عقدا مدنيا أو عقداً من عقود الإدارة المدنية اللذين يخضعان للقانون الخاص المدني دون القانون الإداري الذي ينشئه مجلس الدولة المصري.

١) تنص المادة الأولى من القانون الفرنسي الخاص بعقود الشراكة- بموجب الأمر الجمهوري الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ المعدل بمقتضى القانون الصادر في ٢٨ يوليو ٢٠٠٨ ,وفي ٢٠٠٩/٢/١٧- على أن عقد الشراكة عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة وفق طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية".

Le CP(Contrat de partenariat) 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 (CGCT, art. L 1414-1, mod. par L. no 2009-179, 17 févr. 2009, JO 18 févr.).

طوائف بعد إدخال عقود الشراكة وهي: الأشغال العامة Marché public وعقد تفويض المرفق العام contrats de delegation de service publics وعقود الشراكة[1].les contrats de partenarait public-prive[2].

وقد صدر التقنين الفرنسي للأشغال العامة في ٧ مارس ٢٠٠١ و منع إبرام العقود الإجمالية contrats globaux، في حين أن هذه العقود كانت تعد آنذاك

---

١) الأشكال التقليدية للشراكة في فرنسا تتضمن صور متنوعة من تفويض المرفق العام هي:
١- امتياز المرفق العام *concession de service public*، *وفيه يدير صاحب الامتياز ويتحمل المخاطر التي تلحق بالخدمة العامة و يمول الأجهزة المرتبطة كما في مشاريع الطرق السريعة ومواقف السيارات، عادة ما يدفع من قبل المنتفعين وغالبا يتلقى إعانة من الدولة.*
٢- *affermage*، *وهو يقترب من الامتياز ولكن يختلف عنه في أن المقاول ويسمى fermier يتعامل مع البنية التحتية خاصة في مشاريع إمدادات المياه و نقل الخدمات.*
٣- *régie intéressée* ، حيث الطرف الخاص أو régisseur تدير الخدمات نيابة عن الحكومة من دون تحمل المخاطر المالية المتعلقة بإدارة الخدمات؛ ويُدفع له مقابل الخدمة من الحكومة وجزء من المقابل يعتمد على عائدات المشروع.
٤- وعلاوة على ذلك، عقود إيجار إدارية طويلة الأجل (*bail emphyteotique administratif* or ''BEA'' ، تعد شكل من أشكال العقود الإدارية التي أنشأها القانون في ٥ يناير ١٩٨٨) التي استخدمت لتصميم وبناء ونقل البنية التحتية المعقدة أو المباني على أراضي الملكية العامة والتي تتاح للقطاع خاص.
PIERRE HEITZMANN,"The Contrat de Partenariat: A New Form of French Public Private Partnership Allowing the Use of Arbitration to Adjudicate Disputes," 23(1) Int'l Constr. L. Rev. 20 (2006).P22.

٢) رجب محمود طاجن ، عقود الشراكة ppp، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٧،ص٢٢ .
وأنظر بعض الفقه الذي يرى بأن عقود الشراكة من العقود الإدارية التي ابتدعت لملء الفراغ القانوني في العقود الإدارية الفرنسية الثلاثة (اتفاق تشغيل الدومين، وعقود الأشغال العامة وتفويض المرفق العام)
L'idée est enfin venue de combler le vide juridique existant dans la trilogie contractuelle publique française : convention d'occupation du domaine, marchés publics et délégations de service public. Raphaël Apelbaum; Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger; AJDA © Editions Dalloz 2004 p. 1759-1.

من عقود مقاولة أشغال عامة le Marché d'entreprise de travaux public(METP) بالنسبة لإنشاء التجهيزات والاستغلال وعقد الصيانة، وكأثر لموقف القاضي الإداري الفرنسي الذي أخرج تلك العقودMETP من تقنين الأشغال العامة[١]، وبسبب الأهمية القصوى لتلك العقود المركبةMETP لجهة الإدارة من الناحية المالية والاقتصادية فقد تبنى المشرع الفرنسي مضمون تلك العقود المركبة تحت مسمى آخر وهو عقود الشراكة PPP. فعقد الشراكة عقد إجمالي يتضمن الإنشاء والاستغلال والإدارة[٢].

إن عقود الشراكة تسعى إلى حل مسألة التناقض بين مصالح المستثمر القطاع الخاص الذي يسعى إلى تحقيق ربح مرتفع وتقليل نفقاته، وفي مساعي القطاع العام أو الأشخاص المعنوية العامة في تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية وتنمية البنية الأساسية. لذلك، ذهب المشرع الفرنسي صراحة إلى اعتبار عقود الشراكة من العقود الإدارية بما يتيح خضوعها للمبادئ العامة لهذه الطائفة، والتي تغلب المصلحة العامة على الخاصة، وتمنح جهة الإدارة العديد من الامتيازات لضمان تحقيق هذه الغاية من جانب، وفرض ذات المشرع العديد من الشروط القانونية الإجبارية على المتعاقدين والتي لا يقوم العقد بدونها ومنحهما بالمقابل حرية كبيرة لإقامة نوع من التوازن بين أهداف القطاع الخاص في الربحية وأهداف القطاع العام في تحقيق المصلحة العامة[٣].

---

١) تطبيقا لحكمين صادرين عن مجلس الدولة الفرنسي، فإن تلك العقود METP لا تتفق و تقنين المشتريات العامة،خاصة مع القواعد التي تمنع إبرام عقود منفصلة لبناء وتشغيل وصيانة الأشغال العامة، والحكم الذي يحظر المدفوعات المؤجلة من قبل القطاعات العامة (المادة ٣٥٠ من قانون المشتريات العامة القديم، والمادة ٩٤ من قانون المشتريات العامة الحالي).

حكم مجلس الدولة الفرنسي:

8 February 1999, *Préfet des Bouches du Rhône* v. *Commune de la Ciotat*, AJDA, 20 April 1999, p. 364;

وانظر أيضا حكم أخر:

30 June 1999, *D´département de l'Orne* v. *Soci´et´e Gespace France*, *Droit Administratif 1999*, Commentaire No 301.

2) CC,26 juin 2003,DC no 2003-473, sur le site: http://www.conseil-constitutionnel.fr.

٣) قرب ذلك: . رجب محمود طاجن ، عقود الشراكة ppp، مرجع سابق، ص١٤٩.

وهذه الشروط الإجبارية القانونية اللازمة لوجود وصحة عقد الشراكة والتي تدل على اعتبار عقد الشراكة عقدا إداريا حددها المشرع بعناية ووردت في المادة ١١و a من المادة L.1414-12 من الأمر الجمهوري الخاص بعقد الشراكة- مثل: مدة العقد و اقتسام المخاطر بين الطرفين، والتزامات المتعاقد المتصلة بتطور وإنتاجية المشروع، والحقوق المالية للمتعاقد، وشروط حماية الدومين العام، ورقابة الإدارة لتنفيذ العقد والجزاءات والغرامات عند الإخلال بالالتزامات، وسلطة الإدارة للتعديل أو الفسخ لدواعي المصلحة العامة، وسلطتها حال التنازل عن العقد، وآثار إنهاء التعاقد فيما يتعلق باستمرارية المرفق العام وملكية الأموال العامة، وأيضاً جواز التحكيم في عقود الشراكة مع تطبيق القانون الفرنسي- مع ترك الحرية للمتعاقدين في تحديد مضمونها بحسب المشروع المقترح موضوعا للتعاقد. فتؤكد إذن الصفة الإجبارية للشروط العقدية وبطلان العقد إثر غيابها أن العقد هو عقد إداري كما نص القانون على ذلك.

بل أكثر من ذلك، فقد اتجه القاضي الإداري الفرنسي إلى إدراج سلطتي التعديل والفسخ لدواعي المصلحة العامة بين المبادئ العامة للعقود الإدارية التي تطبق دون الحاجة إلى نص في العقد يجيزها، ولا يحول نص بحظرها في المقابل دون ممارستها، فهي سلطات لا تقبل التنازل عنها لأنها مقررة كامتياز للإدارة مراعاة لدواعي المصلحة العامة[1].

ويرى البعض أن إيراد العقد شروطا استثنائية قد لا يعد الدليل الوحيد على اتجاه الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، فقد لا يتضمن العقد أي شروط استثنائية ومع ذلك يستفاد إتباع هذا الأسلوب من درجة الصلة التي ينشئها العقد بين المتعاقد والمرفق[2].

1) La jurisprudence est fixée par l'arrêt du Conseil d'État 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*: RDP 1984 p. 212. Cet arrêt dispose expressément que "l'administration peut modifier unilatéralement les conditions d'exécution de ses contrats en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs", c'est-à-dire la théorie générale des contrats administratifs. C'est un pouvoir auquel l'administration ne saurait renoncer (Conseil d'État 6 mai 1985 *Association Eurolat*: AJDA 1985 p. 620).sur le site: http://fr.jurispedia.org

٢) محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، دون سنة نشر،ص.١٢٠

هديا مما تقدم، ولما كانت عقود الشراكة محلها مشروعات للبنية الأساسية والتحتية للدولة، وتخص المرافق العامة للدولة، فإن عقد الشراكة يعد عقداً إدارياً بحتاً.

أما الوضع في مصر، فإن قانون بشأن إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنـــــة ٢٠١٠، قد أستحدث نوعا جديدا من عقود المشاركة ووضع له أحكاما متميزة ومتغيرة للطوائف العقدية المشابهة له(كعقود الالتزام أو عقود البوت وأخواتها)[١].

حيث يختلف عقد المشاركة –وفقا لهذا القانون– عن عقد الالتزام في مصدر الدخل، فمصدر الدخل في الأول قد يكون الدولة أو/و المنتفعين على عكس المصدر من الثاني وهو من المنتفعين مباشرة.

إن المشرع المصري، في القانون سالف الذكر، لم ينص صراحة– على عكس المشرع الفرنسي– على اعتبار عقد الشراكة عقداً إدارياً . بل في اعتقادنا – ولأسباب سوف نتناولها لاحقا[٢] – أن المشرع المصري فعل ذلك عن قصد، رغم أن القوانين الفرنسية تعد قوانين مرجعية للقوانين المصرية لاسيما الإدارية منها، حتى يستبعد تلك الطبيعة الإدارية والتي تقف موقف العداء بالنسبة للمستثمر لاسيما الأجنبي[٣]، لما تمنحه هذه الطبيعة الإدارية للدولة المتعاقدة معه

١) وهو ما نادى به البعض قبل صدوره أن يصدر من المشرع المصري قانونا موحدا لتنظيم عملية مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، علاجا للمثالب التي أصابت قواعد عقود الالتزام التقليدية، حيث أنها لم تضع أسسا تلاءم اختيار الملتزم أو المرخص له على نحو يتفق مع الطبيعة الاقتصادية والتمويلية والفنية لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ولم تنشئ في معظمها أجهزة رقابية وتنظيمية مستقلة يوكل إليها أمر مراقبة تشغيل المرفق المعني وإنشائه وتقديم خدماته وإصدار تراخيص التشغيل اللازمة على نحو يضمن المنافسة الحرة بين كافة القطاعات المعنية. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص،سنة ٢٠٠١، ص٢٤٠–٢٤١.

٢) أنظر ما سيلي ص ٥١.

٣) وقد أوصى البعض قبل إصدار التشريع المصري الخاص بمشاركة القطاع الخاص للقطاع العام، بأن يحرر المشرع عقود الشراكة من الطبيعة الإدارية ليكون مثله مثل عقود البوت عقدا حرا يخضع لعلائق القانون الخاص ومن أهم الآثار المترتبة على ذلك إمكان تسوية

سلطات أكبر وأوسع من سلطات ذلك المستثمر ويجعله دائما في مكانة أقل وأضعف من الدولة المضيفة. مع الأخذ في الاعتبار أن هذا المستثمر هو ضالة الدولة المنشودة في سبيل تنفيذ مشروعات البنية الأساسية لها.

٢- عقد الشراكة هو عقد إداري دولي:

عقد الدولة هو العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها وشخص خاص أجنبي، بغرض إنشاء التزامات تعاقدية، قد تستخدم فيه الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها [١].

كان اللورد Mc Nair أول من استخدم مصطلح لعقود الدولة أسماه عقود التنمية الاقتصادية وعرفه بأنه عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية، يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية، ويتمتع الطرف الأجنبي بحقوق غير مألوفة في العقود الداخلية، ويخضع العقد في بعض جوانبه للقانون العام وجوانب أخرى للقانون الخاص، ويتضمن شرط تحكيم[٢].

والعقد الإداري الدولي هو ذلك العقد الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية، بانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، ويكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، ويتعلق بمرفق عام، وتظهر إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام[٣]. فكل عقـــــد إداري دولي هو عقد تجارة دولية،

منازعاته بطريق التحكيم الدولي. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠، ص.١٨٥

١) محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، يناير سنة ٢٠٠٠، ص ٥٦.

2) Mc Nair; the general principles of law recognized by civiled nation .B.Y.B.I.L 1954.,p.1.

مشار إليه في: محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، يناير سنة ٢٠٠٠، ص ٥٤.

٣) حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠١، ص ٤٠.

وليس كل عقد تجاري دولي هو بالضرورة عقد إداري[1].

وتنقسم عقود الدولة من الناحية الفنية وتبعا للأهداف التي تسعى هذه العقود إلى إدراكها، إلى عقود دولة تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة، مع صعوبة تكييفها بأنها من العقود الإدارية نظرا لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود. وطائفة أخرى تتوافر في شانها المعايير المتطلبة لإضفاء صفة العقود الإدارية، على نحو يمكن معه أن يطلق عليها عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية أو العقود الدولية الإدارية[2].

والجدير بالذكر أنه في حالة ما إذا كان عقد الشراكة عقداً دولياً خاصاً، فإن التفرقة بين العقود الخاصة والعامة في الأنظمة اللاتينية التي تعرف تلك التفرقة كالنظام الفرنسي والمصري يتم تطبيقها على المعاملات الداخلية أي التي تتم داخل الدولة الواحدة دون المعاملات الدولية الخاصة.و القضاء الفرنسي يعتبر التفرقة بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص تختفي في مجال العقود الدولية[3].

وطالما أن عقد الشراكة قد يتصل بمصالح التجارة الدولية، بانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، لما يستلزم في العقد من انتقال للخدمات والبضائع ورؤوس الأموال، ويكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما (الدولة أو أحد مؤسساتها)، ويتعلق بمرفق عام وبالبنية الأساسية، وتظهر إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام، فيعتبر عندئذ من العقود الإدارية الدولية.

---

١) لأن عقود التجارة الدولية لا يشترط في اتصافها بتلك الصفة أن يكون احد أطرافها الدولة أو شخصاً من أشخاص القانون العام وإلا كان عقدا إداريا دولياً.

٢) حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠١، ص ٤.

3) CA Paris 13 juin 1996 Ste Kuwait foreign trading contracting and investment c/SteIcori Estero SPA et autre , JDI,1997,p.151,note E.Loquin.

ويرجع في تبرير عدم الاعتراف بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة، وبفكرة العقود الإدارية الدولية عموما، إلى وجود عدد كبير من النظم القانونية (الأنجلوسكسونية) التي لا تعترف بفكرة العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني. بالإضافة إلى أن الآثار المترتبة على العولمة الثقافية القانونية واندماج الثقافات القانونية المحلية اللاتينية في النظام القانوني العالمي الجديد New Global Legal Order تسعى لإزالة الحواجز بين الثقافات القانونية وتوحيد مبادئ القانون، ولعل أظهر مثال للتوحيد وتدويل الفكر القانوني هو مجال العقود الدوليةInternational Business transactions لاسيما عقود الشراكة بجانب الدولة PPP[1].

٣- عقد الشراكة هو عقد من عقود القانون الخاص:

إذا كان أحد أطراف عقد الشراكة غالبا ما يكون من أشخاص القانون العام(سواء الدولة أو الهيئات أو الشركات التابعة لها)، إلا أن ليس كل عقد يبرمه أحد أشخاص القانون العام يعد عقدا إداريا، فقد يلجأ إلى وسائل القانون الخاص فيبرم عقودا تخضع للقانون الخاص، فشرط وجود الإدارة في العقود الإدارية شرط لازم ولكنه غير كافيا بذاته، وإنما لابد من إتباع الإدارة لأساليب القانون العام مثل حق الإدارة في التعديل والفسخ والإنهاء بالإرادة المنفردة[2].

وقضي بأن" العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يعد بطبيعته عقودا تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد في تعاقدهم فتبرم عقودا مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص"[3].

١) محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠، ص.١٧

٢) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط الخامسة، ١٩٩١، ص٦٢-٦٣.

٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم ٤٨٧٤ – لسنـــــة ٤٥ – تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٣/١٣ غير منشور

ومن الشروط غير المألوفة في العقود الإدارية عموما شرط الإشراف والرقابة والتوجيه، فللإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع المصلحة العامة. ولا احتجاج للطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، واستعمال تلك السلطة من قبل الإدارة مشروط بأن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام كمصلحة عامة تعلو على المصلحة الخاصة[1] .

وهو ما تطلبه المشرع الفرنسي في المادة f/١١ من الأمر المنظم لعقود الشراكة والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ والمادة L 1414-12 من قانون الإدارة المحليةCode général des collectivités territoriales[2] .

وهو ما نص عليه أيضاً المشرع المصري في قانون المشاركة في المادة ٣٤/و على أنه "يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي:

.....

(و) وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته.....

ويرى البعض الآخر[3] أن احتواء العقد على سلطات الدولة في الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة- في تنفيذ مشروع الشراكة- لا يعد من قبيل الشروط الاستثنائية بالمعني الفني لها، لأن الهدف من الشرط هو التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها، وهو حق طبيعي للإدارة كمتعاقد وليست كسلطة.

---

١) حكم المحكمة الإدارية العليا .الطعن رقم ١٥٦ - لسنـــــة ٣٥ – تاريخ الجلسة ١٢٨ ١٠٤ ١٩٩٢ - مكتب فني ٣٧ – جـــ٢ – صـــ ١٣٢٧ .

2) Article L1414-12) f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

٢) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٨ ، ص.٦٠٦

كذلك الأمر، إذا تضمن عقد الشراكة شرط الثبات التشريعي Stabilization Clause وهو ضمانة للمستثمر في عقد الشراكة بالتأكيد على عدم سريان أية تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني على عقد الشراكة المبرم بين الدولة والمستثمر، فيعتبرها البعض[1] من الشروط الاستثنائية، والبعض الآخر لا يعتبرها كذلك[2] .

وإذا تضمن عقد الشراكة أصلا على شروط استثنائية، فانه يتعارض مع فلسفة إبرام مثل تلك العقود في جذب الاستثمارات الأجنبية. فالطبيعة الإدارية تقف موقف العداء من جانب المستثمرين خاصة الأجانب إزاء السلطة العامة في الدول النامية، حيث أن الإدارة تتعامل معهم وتتعاقد على قدم المساواة.

ومن جانبنا نرى أن احتمالية تكييف اتفاق مشروع الشراكة بأنه من عقود الإدارة الخاضعة للقانون الخاص يجد له سندا في القانون المصري، وهو ما نُص في قانون المشاركة المصري في المادة الأولى على عدم التقييد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة 1958في 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 [3].

---

١) محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، يناير سنة ٢٠٠٠، ص ٢٢٧.

٢) سراج أبو زيد، مرجع سابق سنة ١٩٩٨ ، ص٦٠٧.

٣) رقم ٦٧ لسنـــــة ٢٠١٠ – نشر في الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) بتاريخ ١٨ \ ٢٠١٠٥ \ المادة ١ /إصدار تنص على أنه " تسري أحكام القانون المرافق على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها والتي تبرمها الجهات الإدارية، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها. ولا تسري على هذه العقود أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة 1958 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".

على عكس ما ذهب إليه البعض[1] من أن عقد المشاركة وفقا لنصوص قانون المشاركة المصري ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ يتضح منها توافر كافة الشروط الواجبة لاعتبار العقد عقدا إداريا، طبقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا، من أن يكون أحد أطراف العقد أحد أشخاص القانون العام، ويتعلق بمرفق عام، وأنه أي عقد الشراكة يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهو ما تضمنه القانون سالف الذكر في المادة ٥ من أن تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، متابعة شركة المشروع عند إنشائه وتجهيزه وإتاحة المنتجات والخدمات محل عقد المشاركة والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ، وذلك طبقًا للشروط والأحكام المنصوص عليها في العقد، وبمراعاة معايير وقواعد الرقابة المقررة قانوناً. وطبقا للمادة ٧ من ذات القانون على أن للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات.

غير أن إذا كنا نتفق مع الرأي السابق في توافر الشرطين الأولين (الشخص العام طرف في العقد، ويتعلق بمرفق عام)، ولكن نختلف معه في اعتبار شرط الرقابة من الجهة الإدارية على شركة المشروع في تنفيذ المشروع، وكذلك شرط تعديل قواعد التشغيل والاستغلال وأسعار المنتجات أو مقابل الخدمات شرطين استثنائيين غير مألوفين في القانون الخاص، وذلك لسببين:

١-كما سبق وان ذكرنا، فإن البعض يرى بأن احتواء العقد على سلطات الدولة في الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة- في تنفيذ مشروع الشراكة- لا تعد شروطا استثنائية بالمعني الفني لها، لأن الهدف من الشرط هو التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها[2].

---

١) منى رمضان، مرجع سابق، ص٣٤-٣٦.

٢) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص ٤٤٨.سراج أبو زيد، مرجع سابق سنة ١٩٩٨ ، ص.٦٠٦

٢-أما عن شرط التعديل في التشغيل والأسعار والمقابل، فإن المادة السابعة سالفة الذكر لم تذكر أن التعديل بالإرادة المنفردة – خروجا على القواعد العامة في القانون الخاص- بل نصت صراحة على أن ".....وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال، طبقًا للأسس والقواعد التي يبينها العقد.

وما يعضد رأينا السابق أن ذات المادة في عجزها نصت على أنه " وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر".

وما يسند رأينا في احتمالية عدم اعتبار عقد الشراكة عقداً إدارياً هو اشتراط المشرع الفرنسي والمصري لاقتسام المخاطر كشرط لصحة -بل لتميز-هذا النوع من العقود[١] . فإذا كانت العقود الإدارية في مجملها تقوم على أسلوب التحويل المسبق لكل المخاطر إلى المتعاقد مع جهة الإدارة، بمعنى أن جهة الإدارة هذه إنما تعمل قدر استطاعتها على التخلص من المخاطر المحيطة بتلك العقود، بحيث يتحملها في نهاية المطاف المتعاقد معها منفردا، فإن عقود الشراكة ليست كذلك باعتبارها عقودا ذات صبغة تمويلية، أساسها قيام القطاع الخاص بتمويل الإنشاءات والتجهيزات في مجال البنية الأساسية دون تحميل ميزانية الدولة[٢]، ومن هنا فإن شرط اقتسام المخاطر هو شرط لجذب المستثمرين إلى هذه الشراكة.

---

١) فأشارت إلى ذلك المادة b/١١ من الأمر المنظم لعقود الشراكة والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ والمادة L 1414-12 من قانون الإدارة المحلية Code général des collectivités territoriales.

Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

a) ..... ;

b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ; ..... .

٢) منى رمضان ، مرجع سابق، ص.١٢٨

لما تقدم، فنرى بأن شرط اقتسام المخاطر –بضمونه وغايته– يجعل المركز القانوني لكل من المتعاقد و كذا الجهة الإدارية على قدم المساواة، فاقتسام المخاطر دليل على أن الإدارة لا تتعاقد بصفتها سلطة عامة مطلقا، وإمارة على عدم تغليب المصلحة العامة على مصلحة المستثمر.

وذهب البعض[٣] إلى اعتبار عقد الشراكة عقداً من طبيعة خاصة، يخضع للقانون " ٦٧ لسنة ٢٠١٠" ولائحته التنفيذية وما يتفق عليه الأطراف بشرط عدم الخروج عن احكام القانون أو اللائحة، لأسباب هي: أنه لا يخضع لقانون المناقصات والمزايدات، كما أن القانون نص في مادته الثامنة على أن تعديل عقد الشراكة يكون بالاتفاق بين الطرفين في ظروف غير متوقعة، وهذا ما يخالف أهم المبادئ العامة في العقود الادارية وهو أن الادارة تملك التعديل بارادتها المنفردة.

واستند الرأي السابق في نفي الطبيعة الادارية لعقود الشراكة إلى أن القانون(قانون المشاركة المصري) استبعد اختصاص مجلس الدولة حال وجود منازعات ناشئة عن هذا العقد، فنص في المادة ٣٥ منه 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 طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

ولكننا لا نتفق مع هذا الرأي في سببه الأخير، حيث أن المشرع لم يستبعد اختصاص مجلس الدولة، وإنما ترك تحديد الجهة القضائية المختصة–الاداري أو العادي– إلى قواعد توزيع الولاية والاختصاص بين هاتين الجهتين القضائيتين، بحسب طبيعة عقد الشراكة. فإذا اعتبر عقد الشراكة عقدا اداريا خضع لولاية مجلس الدولة(م١٧٢ من الدستور المصري ١٩٧١،م١٠ من ق مجلس الدولة رقم

٣) أنس جعفرو أشرف أنس جعفر، العقود الادارية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، سنة٢٠١١، ص١٠٥.

٤٧ لسنة ١٩٧٢)[١]، أما لو لم يُعتبر عقداً إدارياً خضع لولاية القضاء العادي صاحب الولاية العامة. ولا ينال من ذلك إضافة المشرع وسيلة بديلة للقضاء، اختيارية، رضائية، لفض المنازعات الناشئة عنها. وهو الأمر الذي يعضد رأينا في عدم اعتبار عقد الشراكة عقدا إداريا بصفة دائمة، وإنما العبرة بكل عقد على حدة.

صفوة القول إذن، إن عقود الشراكة التي تبرمها الإدارة مع الأشخاص الخاصة قد ترتبط بالبنية الأساسية لدولة، وتلجأ الإدارة فيها إلى أساليب القانون الخاص دون أن تتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة، وعندئذ لا تعد عقودا إدارية بل عقود إدارة مدنية تخضع للقانون والقضاء الخاص.

٤- عقد الشراكة عقد استثمار :

يُعرف عقد الاستثمار بأنه توجيه جانب من أموال المشروع الأجنبي أو خبرته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية[٢]، ويستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام.

وقد نص قانون المشاركة المصري في المادة ٨٤ منه على أن شركة المشروع تتخذ شكل شركة مساهمة مصرية يتم تأسيسها وفقا لأحكام القانون المصري. وحسنا ما فعله المشرع المصري في اختيار هذا الشكل حيث تخضع بموجبه لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧.

وموضوع عقد الاستثمار على سبيل المثال في مصر يكون مزاولة نشاط في أحد المجالات التي نصت عليها المادة الأولى من القانون ١٩٩٧/٨ بإصدار

---

١) تطبيقا للمادة ١٧٢ من الدستور المصري ١٩٧١ والتي تنص على أن" مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الادارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".
كما أن القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ينص في المادة العاشرة منه على أنه " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:
(حادي عشر) ... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الاشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر...".

١) محسن شفيق، المشروعات ذات القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧٨ ص٢٣٨.

قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري وتحديدا البند العاشر من المادة المذكورة فقد نصت المادة الأولى من قانون الاستثمار:

"تسرى أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت، أياً كان النظام القانوني الخاضع له، التي تنشأ بعد تاريخ العمل به لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية :

البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق اتصالات .

..... ".

تنص المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أن " تكون مزاولة النشاط في المجالات المنصوص عليها في المادة ١ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المشار إليه بالشروط وفى الحدود الآتي بيانها:

البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق واتصالات :

(أ) إقامة أو تشغيل وإدارة محطات تحلية وتكرير مياه الشرب وشبكات توزيعها وخطوط نقلها.

(ب) إقامة أو تشغيل وإدارة محطات الصرف الصحي أو الصرف الصناعي والتنقية وتوصيلاتها.

(ج) إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء، وشبكات توزيعها.

(د) إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها.

(هـ) إقامة أو تشغيل وإدارة محطات الاتصالات السلكية واللاسلكية.

ولكن السؤال: في حالة ما إذا كان عقد الشراكة يرد على البنية الأساسية التحتية دون مجالات المياه والصرف والكهرباء والطرف والاتصالات، بأن يرد على المدارس والمستشفيات أو السجون أو المشاريع النووية فهل يعني ذلك استبعاد الطبيعة الاستثمارية منها ؟

الإجابة بالنفي، لأن عقود الشراكة غرضها الأساسي- كما أسلفنا- هو الموازنة بين المصلحة العامة للقطاع العام و الربحية والاستثمار للقطاع الخاص المتجسد في المستثمر الوطني أو الأجنبي.

والحق أن المشرع المصري قد وُفق في اختيار شكل شركة مساهمة، إضافة لما سبق، لخضوعه إلى قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، والذي يخول للشركة الحق في إصدار أوراق مالية سواء كانت أسهما أو سندات مما يمكنها من توفير التمويل اللازم من خلال جذب المستثمرين بالبورصة للدخول في تمويل المشروع، كما أنها تستطيع في أي وقت زيادة رأسمالها بسهولة عن طريق إصدار أسهم جديدة أو الاقتراض عن طريق إصدار السندات[١].

٥- عقد الشراكة هو عقد من عقود دولة contrats d'états

في المملكة المتحدةUK ظهرت عقود الشراكة بصورة أساسية عام ١٩٩٠وتسمى بعقود مشاريع التمويل الذاتي الخاص Private Finance Initiative(PFI)، وهي ذات مضمون عقود الشراكة هدفها أحداث إنشاءات بنية أساسية جديدة تؤدي إلى تحديث البنية الأساسية في المجالات الحيوية كالصحة والتعليم ومياه الشرب، وقصد تفعيل ذلك النظام تخفيض الدين العام باللجوء إلى القطاع الخاص لتمويل الإنشاءات الحيوية دون التحميل على ميزانية الدولة واندفاع الحكومة إلى الاقتراض، ويسمح للدولة أن تلجأ إلى التمويل الخاص في الإنشاء والاستغلال بطرق حديثة في إدارة المرفق دون أن تفقد أصل المرفق، حيث تمارس إشرافها الكامل على تدخل نشاط القطاع الخاص في مجال إدارة المرافق العامة [٢].

وفي دولة مثل المملكة المتحدة لا تعرف نظام القانون الإداري والقضاء الإداري تعد عقود PFI من عقود الدولة state contractوليس عقود قانون خاص contrats de droit prive. فعقود الدولة تتضمن العديد من قواعد القانون العام والقانون الخاص والقانون الدولي. فهي عقود ذات طبيعة مختلطة وليست من طبيعة قانونية واحدة، ولذلك يجب البحث في شروط كل عقد من عقود الشراكة على حده.

١) هاني سري الدين، مرجع سابق، ص ١٩٨. منى رمضان، مرجع سابق، ص.٩٦

١) طاجن، مرجع سابق، ص١٢.

فالقضاء الانجليزي يميز بين طائفتين من عقود الإدارة. الأولى: العقود التجارية، وهي تلك العقود التي تتعامل فيها الإدارة كفرد عادي وتلتزم بتعويض المتعاقد معها حال أن ارتكبت مخالفة لأحكام التعاقد. والثانية: عقود غير تجارية، وهي العقود التي يجوز فيها للتاجcrown التمسك بفكرة الضرورة كهدف عام. عن المصلحة العامة public good ويتعين أن يكون التمسك بهذه الفكرة مستهدفا توفير حرية الحركة حال الحرب، ومنها العقود التي يصوت عليها البرلمان على اعتماداتها المالية، والعقود المتعلقة بالقوات المسلحة في مجال التسليح أو مجال العمل فيها. فتخضع العقود التي تبرمها الهيئات العامة في انجلترا لنفس القواعد التي تحكم عقود الأشخاص العاديين، فليس هناك أي مجموعة قواعد متميزة ومنفصلة تحكم هذه العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها.

أما في أمريكا فيوجد ما يسمى بالعقد الحكومي government contract وهو عقد يبنى على الاحترام الكامل للالتزامات الملقاة على عاتق طرفيها، فالعقد شريعة المتعاقدين، إلا أن النظام الأمريكي يعرف التعديل بالإرادة لمنفردة حال أن اتفق على ذلك في العقد، فإنها تخضع لنظرية الإثراء بلا سبب theory of anjust enrichment فإذا عدلت الحكومة عن الأعمال المطلوبة(حجم– عدد– مواصفات–مدد–المقابل المالي) فتلتزم بتعويض المتعاقد معها حتى لا تثري بدون وجه حق على حسابه.

ويتجه النظام القضائي في أمريكا تدريجيا نحو اختصاص النظر في المنازعات الإدارية من المحاكم الإدارية، وإسناد ذلك إلى هيئات مخصصة تمارس اختصاصا قضائيا وتفصل في المنازعات الإدارية التي تعرض عليها في المرحلة الأولى من النزاع القضائي، أما المراحل الأخرى فتخضع لاختصاص القضاء العادي[1].

خلاصة القول إذن أن النظام الأمريكي أيضا لا يعرف نظام العقود الإدارية التي تعلو فيه إرادة الإدارة على إرادة المتعاقد معها.

رأينا في الموضوع :

سبق وأن ذكرنا أن هناك تعدداً في أشكال وصور لتنفيذ الشراكة بين القطاع العام والخاص، لذلك سوف تختلف الشروط التعاقدية والحقوق والالتزامات

١) فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ص.٤١

بحسب كل صورة أو شكل ومن عقد شراكة إلى آخر، كما أن عقود الشراكة لا تعد إدارية أو خاصة على إطلاقها بل يجب تحليل كل عقد للوصول إلى توافر أو عدم توافر معايير إدارية العقد.

لما تقدم، نرى بأنه يجب البعد عن تكييف موحد ومسبق ومبدئي لعقد الشراكة، وإنما يجب فحص كل عقد على حدة وتكييفه وفقا لشروطه ومضمونه، فليس العبرة بما يطلقه الأطراف من ألفاظ وعبارات وتكييف بل العبرة بالحقيقة والواقع.

وبناء عليه، فإن عقد الشراكة قد يعد عقدا إداريا لما يحتويه من شروط استثنائية بالمعنى الصحيح لها تبتغي المصلحة العامة المغلبة على المصلحة الخاصة للمستثمر أو المتعاقد مع الإدارة . وقد يعد عقدا خاصا إذا لم يحتوي على شروط استثنائية حتى ولو كان محله مشروع بنية أساسية ومرفق عام . وفي المقابل قد يعد عقد الشراكة ليس عقدا مدنيا أو إداريا بل عقداً من عقود الدولة وفق النظم القانونية للدول التي لا تعترف بالتمييز بين أحكام العقد الإداري والخاص.

وعلى جانب آخر، قد يتضمن عقد الشراكة انتقال لرؤوس أموال وخدمات وتكنولوجيا عبر الحدود وبالتالي يعد عندئذ من عقود التجارة الدولية و الاستثمار.

ولا يجب إغفال حق الدولة في التعاقد وفق القانون الخاص وهذا يعني أن على القاضي أو المحكم في حالة ما إذا عرض عليه نزاع في عقد من عقود الدولة أن يقوم بتكييف العقد أولا للوصول إلى النظام القانوني الذي يحكم العقد[1].

ثانيا: أثر طبيعة عقد الشراكة في التحكيم

بعد أن تطرقنا إلى طبيعة عقود الشراكة على النحو الذي سبق، فكان ذلك لتبيان مدى تأثير تلك الطبائع المختلفة لعقود الشراكة على نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عنها.

---

١) قرب ذلك: محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، مرجع سابق، ص ٢٦٦-٢٦٧.

إن التحكيم اتفاق الأشخاص (الطبيعية والاعتبارية الخاصة أو العامة) على عرض نزاع قائم بينهم–(في شكل مشارطة) أو محتمل(في شكل شرط) ناشئ عن عقد أو دون عقد– على فرد أو أفراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه، خلال فترة زمنية معينة يحددونها(أو يتركون تحديدها للقانون)، وفقا لقواعد القانون(تحكيم بالقضاء) أو وفقا لقواعد العدالة(تحكيم بالصلح) دون عرضه على قضاء الدولة وذلك بقرار ملزم لهم يرمي إلى استمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم[١].

ويمكن أن نعرف التحكيم في عقود الشراكة بأنه اتفاق إجرائي بين الدولة(القطاع العام) والمستثمر(القطاع الخاص) على عرض المنازعات على فرد أو أفراد(محكم)– لا يشترط أن يكونوا من رجال القضاء أو حتى القانون– ليفصلوا فيه بحكم ملزم لأطرافه في فترة زمنية يتفق عليها، ويدرج هذا الاتفاق في عقد الشراكة إما قبل النزاع (شرط التحكيم) أو بعد نشوء النزاع (مشارطة التحكيم). وقد يتم الاتفاق على التحكيم عن طريق الإحالة أي بالنص في عقد الشراكة على الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم. ويحدد من قبل أطراف التحكيم على مكان وميعاد التحكيم، واللغة المستخدمة، والقانون الواجب التطبيق على عقد الشراكة، والقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم. وإذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى. وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم[٢].

وبالتطبيق على عقود الشراكة، فإنه إذا اتفق أطرافه على إخضاع عقد الشراكة إلى العقد النموذجي الانجليزي[٣] الإصدار٤ Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury ، فيجب العمل بهذا العقد النموذجي بما يشمله من أحكام خاصة بالتحكيم وهو ما سوف نتناوله لاحقا[٤].

---

١) سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، ط٢/٢٠٠٥، دار النهضة العربية، ص.٤٠

٢) تطبيقاً المادة ٦ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

3) *www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf*

٣) أنظر ملحق(١) من الدراسة ص ١٦٩.

وينقسم التحكيم إلى أنواع عدة:

أ- التحكيم الداخلي وهو التحكيم الذي يفض المنازعات الوطنية البحتة أي علاقة تنتمي عناصرها بدولة واحدة، فالتحكيم الذي يكون موضوع نزاع ناشئ عن عقد ابرم في مصر بين مصريين يعد تحكيماً داخلياً يخضع للقانون المصري بدءا من الاتفاق على التحكيم حتى صدور الحكم وتنفيذه، بغض النظر عن جنسية المحكم ومكان التحكيم.

ب- التحكيم الدولي العام هو التحكيم الذي يفض النزاعات الدولية الناشئة بين دول ذات سيادة ويخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولي العام.

جـ- التحكيم التجاري: 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 تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.

د- والتحكيم الدولي الخاص(التحكيم التجاري الدولي أو التحكيم الأجنبي) هو التحكيم الذي يفصل في منازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطابع الدولي وفقا لمفهوم القانون الدولي الخاص. ويعد التحكيم دولياً في حكم قانون التحكيم المصري إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرف التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانيا: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثا: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

جـ) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

هـ- التحكيم الإداري هو التحكيم في المنازعات الإدارية ويتمتع بخصائص تميزه عن التحكيمات الأخرى، كما هو الحال بالنسبة للقانون الواجب التطبيق والرقابة القضائية، وشرط اللجوء إلى التحكيم.

فالتحكيم الإداري يستلزم الموافقة الأولية من الجهة المختصة (قد يكون الوزير المختص أو رئيس مجلس الوزراء)، فلا يكفي إرادة أطراف العقد الإداري للجوء إلى التحكيم على عكس التحكيم غير الإداري.

وتجدر الإشارة هنا، إلى التفرقة بين منازعات العقود الإدارية الوطنية والعقود الإدارية الدولية، فيستلزم المشرع في دول النظام اللاتيني مثلا موافقة الوزير أو من يحل محله في العقود الإدارية والوطنية، بينما يجب عليه أن يستلزم موافقة مجلس الوزراء في العقود الإدارية الدولية إذ أنها تتصل بعقود التنمية ونقل التكنولوجيا، واستغلال الثروات وكلها أمور في غاية الحساسية[1].

ويترتب على الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إما بنص القانون الذي يحكم العقد الإداري، أو باتفاق الأطراف، أما إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري فسوف يطبق المحكم القانون الأكثر اتصالا بالنزاع[2]، وهو قانون الدولة المتعاقدة المراد تنفيذ مشروع

---

١) عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، بند ٣٦٢،ص.٢١٩

٢) تنص المادة ٢/٣٩ من قانون التحكيم المصري على أن " (٢) وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع."

البنية الأساسية – موضوع عقد الشراكة –على أرضها. كل ذلك، على عكس التحكيم العادي الذي يحترم إرادة أطرافه في اختيار القانون الواجب التطبيق.

كما أن التحكيم عموما يخضع للرقابة والمساعدة القضائية، من حيث إجراءات التحكيم، وتعيين المحكمين إذا فشل الأطراف في تعيينهم، والفصل في طلبات الرد، وفي سلطة الأمر والإجبار لانتفاء تلك السلطة لدى المحكم، ومراجعة حكم التحكيم والنعي عليه، واتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية اللازمة وفي تنفيذ حكم التحكيم.

فإذا كان التحكيم إداريا كانت الرقابة أو المساعدة القضائية إدارية أي من قبل القضاء الإداري– وذلك في الدول التي تقوم على القضاء المزدوج(فرنسا ومصر)– أما إذا كان التحكيم عاديا(مدنيا أو تجاريا) خضع للرقابة القضائية العادية أي من قبل القضاء العادي.

ويطبق القانون الفرنسي في جميع الأحوال على التحكيم في عقود الشراكة وهو ما يعني وبسبب أننا بصدد عقد إداري بتحديد القانون تطبيق القواعد العامة المنطبقة بصدد التحكيم الإداري l'arbitrage administrative مما يتيح الإمكانية للجوء إلى القاضي الإداري طعنا في حكم التحكيم إذا لم يرتضيه أحد الطرفين. وسوف نرى لاحقا أن محكمة التنازع Tribunal de Conflit الفرنسية أخضعت التحكيم في عقود الشراكة، التي تنطوي على مصالح التجارة الدولية، للرقابة القضائية الثنائية(الإدارية والعادية بحسب معيار واضح حددته)[1].

وتتخذ الأنظمة القانونية التابعة لها تلك العقود الإدارية الدولية إما سياسة الإجازة الكاملة للتحكيم فيها(قانون التحكيم المصري قبل تعديله بقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٩٧) أو الإجازة المشروطة(قانون التحكيم المصري بعد التعديل والقوانين الفرنسية.. مثل قانون ١٩٨٦... أو الحظر (كما في القانون الفرنسي في ظل أحكام محكمة النقض الفرنسية).

إذن، فالتساؤل: هل عقد الشراكة يخضع للتحكيم الإداري أم العادي، الداخلي أم التجاري الدولي، مع اختلاف أحكامها وخصائصها؟

١) أنظر ما سيلي ص ١٤٥.

تعتمد إجابة هذا التساؤل على طبيعة عقد الشراكة. فإذا كان عقد الشراكة ابرم في دولة معينة بين طرفين يتمتعان بجنسية تلك الدولة ومقيمان فيها، ويتم تنفيذ العقد على إقليم هذه الدولة يعتبر دون شك عقداً داخلياً[1]، وخاضعاً للتحكيم الداخلي. أما إذا تم تكييفه على انه عقد إداري فيخضع لأحكام التحكيم الإداري سالفة الذكر، على العكس مما لو اعتبرناه عقداً مدنياً فيخضع للتحكيم العادي (غير الإداري).

أما إذا كان عقد الشراكة عقدا ذات طابع دولي، كان التحكيم فيه تحكيما تجاريا دوليا، ولكن ما هو المعيار في اعتبار عقد الشراكة من عقود التجارة الدولية من عدمه؟

اختلف الفقه بشان المعيار الواجب الإتباع لاعتبار العقد عقداً تجارياً دولياً. فمنهم من اعتمد المعيار القانوني، ومضمونه أن العقد يعتبر دوليا إذا أشتمل على عنصر أجنبي(كجنسية أطراف العقد، مكان إبرامه أو محل تنفيذه)، ومنهم من اعتمد على المعيار الاقتصادي- وهو الراجح- فالعقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية أي نقل الأموال أو البضائع والخدمات عبر الحدود يعد عقدا دوليا وفقا للمعيار الاقتصادي[2]. وهو ذات المعيار الذي اعتمده القانون المصري في المادة ٢ من قانون التحكيم والمادة ١٥٠٤ من قانون المرافعات الفرنسي[3].

وقد سبق وأن ذكرنا أن هناك تعدداً في أشكال وصور تنفيذ الشراكة بين القطاع العام والخاص[4]، لذلك سوف تختلف الشروط التعاقدية والحقوق

---

١) إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩١-١٩٩٢، ص٥٤٧.

2) P. Leboulanger, La notion d'intérêts du commerce international, Rev. arb. 2005. 487.

والحق، أن المعيار الاقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني فكلاهما معيارين متكاملين، حيث أن انتقال رؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود في عقد ما يتمخض عنه خضوعه لأكثر من نظام قانوني واحد.

٣) قانون التحكيم الفرنسي المعدل بقرار رقم ٢٠١١/٤٨ في ٢٠١١/٢/١٣- المادة ٢.
Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

٤) راجع ما سبق ص ١٧٠.

والالتزامات بحسب كل صورة أو شكل ومن عقد شراكة إلى آخر.كما أن عقود الشراكة لا تعد إدارية أو خاصة على إطلاقها، بل يجب تحليل كل عقد للوصول إلى توافر أو عدم توافر معايير إدارية العقد.

وبناء علي ما سبق، يتم تحديد نوع التحكيم الذي يفض النزاع الناشئ عن عقد الشراكة(سواء كان تحكيما إداريا أو مدنيا أو داخليا أو تجاريا دوليا). وهو ما يوضح مدى تأثير طبيعة عقد الشراكة على تحديد نوع التحكيم المتبع. ولكن هل للأخير تأثير على الأول؟.

الفرع الثاني
أثر التحكيم في طبيعة عقد الشراكة وأثر خضوع عقد الشراكة للتحكيم على ما يتضمنه من سلطات الإدارة

أولا: أثر التحكيم في طبيعة عقد الشراكة ذاته

إذا كان لطبيعة عقد الشراكة تأثير في تحديد نوع التحكيم في المنازعات الناشئة عنه كما أسلفنا، إلا أن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات قد يعني نفي الطبيعة أو الصفة الإدارية عن العقود التي أدرج فيها اتفاق التحكيم أو أحالت إليه.

وقد تنص الإدارة في العقد في شرط من شروطه أو في مشارطة لاحقة على فض النزاعات الناشئة عن ذلك العقد عن طريق التحكيم وفقا للقانون الذي يختاره الأطراف. واشتراط التحكيم وإدراجه في عقد الشراكة قد يعد دليلا قويا على انتفاء الصفة الإدارية لهذا العقد. فالتحكيم قد يؤثر في طبيعة العقد. حيث ذهب المحكم "ديبوي" في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية في عقد من عقود البترول إلى أن اللجوء إلى التحكيم الدولي يؤكد أن الأطراف قد اتفقوا على التعامل على قدم المساواة[1]، مما يعني تنازل الجهة الإدارية عن موقفها كسلطة لها قواعدها غير المألوفة.

---

١) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٨ ، ص٦٠٧.

ونضيف بأن المشرع المصري في المادة ٣٥ من قانون الشراكة[١] عندما نص على جواز التحكيم في عقود الشراكة، فإنه – في اعتقادنا– قد لمـــّح وأشار –و لو من بعيد– على عدم اعتبار مثل هذه العقود عقوداً إدارية بحتة، بل أنها عقود تنسحب عنها الصفة الإدارية .

ولم يحيل المشرع المصري في قواعد اللجوء إلى التحكيم إلى القواعد العامة للتحكيم في العقود الإدارية المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري، غير أنه افرد للتحكيم في عقود الشراكة أحكاماً خاصة بها (من حيث شروط اتفاق التحكيم– أهلية الشخص المعنوي المشروطة لإبرام اتفاق التحكيم– مكان التحكيم– القانون الواجب التطبيق). فاستلزم موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة وليس موافقة الوزير المختص. كما اشترط تطبيق أحكام القانون المصري، بل أبعد من ذلك نص على أن يكون مقر التحكيم في مصر.

وأساس تأثير اللجوء إلى التحكيم في نفي الطبيعة الإدارية للعقد الشراكة يرجع إلى أن اتفاق أطراف الشراكة (القطاع العام والخاص) إلى التحكيم يعني أنهما يتعاملان في مراكز قانونية متساوية، ويحكمهما مبدأ المساواة. فالإدارة تتعامل كفرد عادي وليست ككيان له سلطة. بالإضافة إلى أن الاتفاق على التحكيم، بمرونته وبساطته، قد يعني جواز اتفاق الأطراف على تطبيق قانون آخر غير القانون الإداري.

ولا يخالجني الشك في أدناه، أن نص المشرع في قانون الشراكة المصري على وجوب تطبيق القانون المصري لا يعني وجوب تطبيق القانون الإداري، بل أنه اشترط تطبيق القانون المصري الإداري أو غير الإداري بحسب طبيعة المنازعة وطبيعة عقود الشراكة الناشئة عنها. فجاء لفظ القانون المصري مطلقا دون قيد وعاما دون تخصيص، والقاعدة أن المطلق يرد على إطلاقه ما لم يقيد بنص والعام يظل على عموميته ما لم يخصصه نص.

---

٢) المادة ٣٥ من قانون الشراكة المصري تنص 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 طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

بيد أن المشرع الفرنسي اشترط تطبيق القانون الإداري فقط الفرنسي- كما سنرى لاحقا[1]- وهو أمر بديهي لأنه أضفى بداية وصراحة الصفة الإدارية على عقود الشراكة.

كما يرى البعض[2] أن اختيار التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الدولية- إدارية كانت أو عادية- لا تأثير له على القواعد القانونية الواجبة إعمالها طالما اختارت الأشخاص المعنية صراحة هذا القانون الذي يتعين تطبيقه. وإذا تم اختيار القانون الفرنسي، و في نظرنا المصري أيضا، فتلزم القواعد الآمرة في هذا القانون المحكم بأن يخضع العقد الذي تتوافر فيه معايير العقد الإداري وفقا لهذا القانون إلى النظام القانوني الإداري الخاص بهذا العقد .

ثانيا: أثر خضوع عقود المشاركة للتحكيم على ما تتضمنه من سلطات للإدارة

لما كان التحكيم في العقود الإدارية لا يضمن خضوع العقود الإدارية لنظام مغاير لذلك الذي تخضع له العقود المدنية، فالتحكيم - على عكس القضاء الإداري- لا يعرف التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية. والعقود الإدارية قد ارتبطت في نشأتها وتطورها بنشأة وتطور القانون الإداري وتخصيص قضاء للمنازعات الإدارية على النسق الذي تم في فرنسا وفي البلاد التي أخذت عنها ومنها مصر. وفي القانون الانجليزي أو الأمريكي يخضع العقد أيا كان طبيعته لنظام قانوني وقضائي واحد[3].

وقد ذهب البعض إلى أن خلو العقد الإداري من الشروط الاستثنائية يجعل العقد عقدا مدنيا، هناك بعض العقود التي اعتبرها المشرع عقودا إداريا ولو وخلت من الشروط الاستثنائية كما هو الحال في عقود التزام المرافق العامة والتوريد والأشغال العامة[4].

لذلك، إن خضوع العقود الإدارية عموما للتحكيم يصعب معه التسليم بحقوق الإدارة وسلطاتها الاستثنائية، إلا إذا خضع العقد لنظام قضائي وقانوني يميز

---

١) انظر ما سيلي ١٣٢.

٢) د حفيظة السيد الحداد-الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق-مرجع سابق-ص٧٨.

٣) جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية،طبعة أولى،١٩٩٧،ص٣٦.

٤) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، ط٢٠٠٦/١. ص ٦٢.

العقد الإداري عن العقد المدني. و تنص قوانين عقود الشراكة في مصر وفرنسا مع جواز اللجوء إلى التحكيم بشرط أن يخضع موضوع التحكيم إلى القانون الوطني[1].

أما عند خضوع العقد الإداري للتحكيم الدولي، وخضوعه لنظام قانوني وقضائي لا يعرف التمييز بين العقدين، فان ذلك يستتبع أن تتجرد الإدارة من سلطاتها التي تكون لها بمقتضى العقد الإداري، ويفقد شرطاً مهماً من الشروط التي تميز العقد الإداري، ومن ثم تتحول طبيعته إلى عقد مدني، ما لم تشترط الإدارة صراحة في العقد إلى لجوئها إلى الشروط الاستثنائية أيا كان القانون الذي يخضع له العقد. وهو أمر غير متاح لحرص المتعاقد الأجنبي على أن يبعد عن النظامين القانوني والقضائي الداخليين[2].

والجدير بالذكر، أن العقود الإدارية الدولية تنفرد بإمكانية تضمينها شرطا غير مألوفا لصالح المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة نفسها صاحبة السلطة العامة، كحقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه في حالة عدم قيام الإدارة بسداد مستحقاته لديها، دون أن تخرج تلك العقود من دائرة القانون العام ما دامت الامتيازات التي يقررها العقد لجهة الإدارة تفوق تلك المقررة للمتعاقد الأجنبي معها[3].

المطلب الثالث
تطبيقات لموقف بعض الدول من جواز اللجوء

---

١) ففي التحكيم الداخلي يكون غالبا الغرض منه استبعاد الاختصاص القضائي توخيا للسرعة دون أن يستتبع ذلك استبعادا للقواعد الموضوعية التي تطبق على العقد. وهو التحكيم الذي أجازته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتواها بجلسة ١٩٩٣/٢/٧ ملف رقم ٣٠٧/١/٥٤، أي قبل صدور قانون التحكيم الجديد.

٢) جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية،طبعة أولى،١٩٩٧،ص١١٩.

٣) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، ط٢٠٠٦/١. ص ٦٥.

وقد تجد الإدارة نفسها مضطرة إلى قبول مثل تلك الشروط تحت إلحاح الحاجة إلى المتعاقد الأجنبي، إما لأن العقد من عقود التنمية الاقتصادية التي تحتاج لإنفاق باهظ لا تحتمله خزانة الدولة، أو حين يكون تنفيذ التعاقد يحتاج إلى تكنولوجيا متقدمة غير متوافرة محليا. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص١٤٨.

إلى التحكيم في عقود الشراكة

سوف نتعرض إلى موقف بعض الدول، تشريعيا وقضائيا، في مختلف القارات من التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة أيا كانت طبيعتها، مع المقارنة فيما بينها، ليتسنى للقارئ الوقوف على مزايا وعيوب تعامل تلك الدولة مع التحكيم في عقود الشراكة والمغايرة فيما بينها(فرع أول). وكذلك سوف نورد تطبيقات عملية لمشاريع تجسدت بالفعل على أرض الواقع في بعض الدول(فرع ثان) على النحو التالي:

الفرع الأول
موقف تشريعات وقضاء بعض الدول
من التحكيم عقود الشراكة

أولا: موقف تشريعات بعض الدول من جواز التحكيم في عقود الشراكة

إن اللجوء إلى التحكيم ليس التزاما تشريعيا على أطرافه. بل مجرد اختيار لهم حيث يستطيع أطراف الشراكة اللجوء إلى طرق بديلة وعديدة لفض المنازعات ADR كالتحكيم و الوساطة والصلح وتشكيل اللجان المتتابعة أو اللجوء إلى القاضي الإداري. ويكون اللجوء إلى التحكيم إما قبل النزاع بإدراج شرطClause-compromissoire التحكيم أو بعد النزاع الناشئ عن الشراكة بالمشارطة[1] compromis.

وما يؤكد اللجوء إلى تلك الوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود مشاريع البنية التحتية هو الحكم النموذجي ٤٩- من أحكام الاونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠٠٤- الذي من مؤداه أن "تسوى أي منازعات بين السلطة المتعاقدة وصاحب الامتياز من خلال آليات لتسوية النزاعات يتفق عليها الطرفان في عقد الامتياز".

---

١) يرى البعض أن مشارطة التحكيم أكثر ملائمة من شرط التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية، ذلك أن إبرام مشارطة التحكيم يكون بعد وقوع النزاع، فيكون عقد التحكيم أكثر انضباطا نظرا لمواجهته نزاعا قائما بالفعل. بخلاف شرط التحكيم الذي يواجه نزاعا محتملا لم تتحدد معالمه بعد. جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية،طبعة أولى،١٩٩٧، ص٩٨.

و"للدولة المشرعة أن تنص في تشريعاتها على آليات لتسوية المنازعات تكون الأنسب لاحتياجات مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص .

حيث ينص الحكم النموذجي ٥١ على أن :

١- يكون للشركة صاحبة الامتياز وللمساهمين فيها حرية اختيار الآليات المناسبة لتسوية المنازعات فيما بينهم.

٢- يكون لصاحب الامتياز حرية الاتفاق على الآليات المناسبة لتسوية المنازعات بينه وبين مقرضيه ومقاوليه ومن يتعامل معهم من الموردين وسائر الشركاء التجاريين"[١] .

وفي فرنسا، الأصل أن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم[٢]، ولكن هذا الأصل هو أصل غير دستوري[٣]، فمن الممكن اللجوء إلى التحكيم إذا نص القانون على ذلك[٤].

وأُصدرت قوانين ومراسيم عديدة أجازت للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم مثل شركة القطار القومي SNFC ١٩٨٢[٥]، والبريد والاتصالات Poste and France Telecom ١٩٩٠[٦]، والكهرباء والغاز في فرنسا Electricité

١) قواعد الاونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقّحة في عام ٢٠١٠ على الموقع الآتي:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf

2) (CE ass. 13 déc. 1957, Société nationale de vente au surplus, n° 19654, Lebon 677),

3) (Cons. const. 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC)
Decision of the Constitutional Council N°2004-506 DC of December 2, 2004,available at http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004506/2004506dc.htm.,

4) (ex. pour la SNCF, L. n° 82-1153 du 30 déc. 1982, art. 25 ; La Poste, L. n° 90-568 du 2 juill. 1990, art. 28 ; RFF, L. n° 97-135 du 13 févr. 1997, art. 3).

5) Law of December 30, 1982, Rev. Arb. 1983, p. 365.

6) Law of July 2, 1990, Rev. Arb. 1990, p. 945.

de France and Gaz de France [1] ٢٠٠٢. أو في بعض المشاريع عبر الحدود[2]. وهو ما حدث بالنسبة لقواعد عقود الشراكة في الأمر الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ [3] .

وفي مصر[4]، فإن قانون التحكيم المصري قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الإدارية فنصت المادة الأولى منه على أن " 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". وفي قانون الشراكة المصري نصت المادة ٣٥على 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 طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

و على الرغم مما قد يتصوره البعض من تشدد قانون التحكيم المصري في هذا الصدد حيث اشترط ضرورة موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه، فنرى مع ذلك أن القانون المصري أكثر مرونة من غيره من القوانين ولا سيما القانون الفرنسي الذي اشترط بموجب القانون الصادر في ١٩٨٦/٨/١٩ ضرورة صدور

1) Yves Gaudemet in Arbitrage et Droit Public, Droit et Patrimoine, June 2002, No. 105, p. 83.
2) Treaty between France and Italy concerning the construction and operation of the Mont Blanc Tunnel, dated 14 March 1953; Treaty between France and the United Kingdom concerning a Channel fixed link, dated 12 February 1986; Treaty between France and Spain concerning the construction and operation of the international section of a high speed railway, dated 10 October 1995.
3) Noël Chahid-Nouraï et Romaric Lazerges; La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, AJDA © Editions Dalloz 2009 p. 1925 .

١) أنظر في التطور التاريخي لمدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في مصر بالتفصيل: محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠، ص٨٧-١١٦.

مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسي موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم في العقود الدولية ذات النفع القومي[1].

وفي لبنان، لا بد من الإشارة إلى أن مشروع القانون اللبناني حول الشراكة وتماشيا مع القانون الرقم 440تاريخ 29/ 7/ 2002 الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية نص على أن عقد الشراكة يحدد الأصول المتبعة لحل النزاعات مع الشريك الخاص عن طريق الوساطة أو التحكيم المحلي أي الداخلي أو الدولي وفقا للأصول القانونية أي وفقا للقانون 440/ 2002الذي أجاز للدولة ولأشخاص القانون العام أيا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم. علما أن البند (الشرط) التحكيمي أو اتفاق التحكيم لا يكون نافذا في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام[2].

وفي ليبيا، الأصل أن التحكيم كان محظوراً على الأشخاص المعنوية العامة الليبية بالنسبة للاتفاق على التحكيم لفض المنازعات التي تثور بصدد العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة. ولكن يجوز استثناء بقرار مكتوب من اللجنة الشعبية العامة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وأن يكون ملحقا من ملاحق العقد وأن يشار إليه كتابة[3].

وفي الكويت اللجوء إلى التحكيم جائز، حيث نص قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة١٩٩٥م في المادة ٣/٢ على أنه " الفصل في طلبات التحكيم التي

---

١) انظر حول هذه القضية د حفيظة السيد الحداد–الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق–مرجع سابق–ص٤٦.

٢) تنص المادة التاسعة من مشروع القانون اللبناني على أنه: يجب أن يحدد عقد الشراكة الأمور التالية:

١ ــ الأعمال التي يتوجب على كل من الشخص العام وشركة المشروع القيام أو الامتناع عن القيام بها وموجبات وحقوق كل فريق.

١٣ ــ الأصول المتبعة لحل النزاعات، بما فيها الوساطة والتحكيم.

http://www.gammanews.info/ReadMore.aspx?type=ln&Id=02408767-52ed-4a65-b096-f3b0228debdc.

٣) قانون ٣٠ نوفمبر ١٩٨٦. م.٩٩

يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء". وينطبق على عقود الشراكة– حاليا – بعض الأحكام من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة (٧ / ٢٠٠٨)[١].

وفي السعودية، لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم[٢].

وفي العراق، يتوفر نص قانوني يسمح بالمشاركة بين القطاعين العام والخاص ورد في الفقرة ثالثاً من المادة (١٥) من قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ " للشركة حق المشاركة مع الشركات والمؤسسات العربية والأجنبية لتنفيذ إعمال ذات علاقة بأهداف الشركة داخل العراق"، ويلاحظ من النص بأن المجال مفتوح للدخول في شراكات مع الشركات غير العراقية ولم يسمح القانون بالشراكة مع القطاع الخاص العراقي وهو قصور واضح في فهم أهداف الشراكة كما لم يتم تحديد طبيعة الشراكة وآليات تطبيقها، وعلى العموم لم تجر أية شراكات وفق هذا النص، قد يكون عدم وضوح النص احد الأسباب.

وفي الأردن، وفقا لمشروع قانون الشراكة الأردني، حيث تنص المادة ١٨

---

١) تنص المادة ١٥ منه على أن "تخضع المشروعات وعقودها لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ولأحكام القوانين السارية في دولة الكويت فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، وينظم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه، ويجوز الاتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم".

والمادة ١٣ تنص على أن " لا يجوز التنازل عن العقد كله أو جزء منه للغير أو تغيير الشكل القانوني للمستثمر، إلا بعد موافقة اللجنة العليا وانتهاء فترة التصميم والتنفيذ ومرور فترة ملائمة تحددها اللجنة العليا على التشغيل لا تقل عن ثلاث سنوات، ويحل الغير محل المستثمر في جميع الشروط والحقوق والالتزامات الواردة في العقد".

٢) المادة ٣ من المرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢ هـ بالموافقة على هذا النظام بناء على قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٤ وتاريخ ١٤٠٣/٦/٢١هـ، نشر بجريدة أم القرى في عددها رقم ٢٩٦٩ وتاريخ ١٤٠٣/٨/٢٢هـ

أ – يجوز أن تتم تسوية النزاعات المتعلقة بعقود الشراكة أو الخصخصة عن طريق الوسائل البديلة لتسوية النزاعات وفقا لاتفاق الأطراف في عقد الشراكة أو الخصخصة على أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق والمكان واللغة المعتمدة لتسوية النزاعات.

ب – لا يجوز الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي أو الاتفاق على مكان خارج المملكة لتسوية النزاعات وفقا لأحكام الفقرة (أ) من هذه المادة إلا بموافقة مجلس الوزراء[1].

وفي تونس، القضاء انتهى كذلك إلى حظر التحكيم في العقود الإدارية [2]. وكذلك الحال *في المغرب* حيث نص الفصل ٣٠٦ من قانون المسطرة الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٩/١٨م على:" غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه.....في المسائل التي تمس النظام العام، وخاصة النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام".

أما *في بلجيكا*،فقد منع القانون البلجيكي لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية،فالمادة ١٦٧٦من القانون القضائي البلجيكي الصادر ١٩٧٢م نصت على:"منع الدولة وسائر الأشخاص المعنوية العموميين اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن يوجد نص قانوني خاص يسمح بذلك أو معاهدة دولية تجيز ذلك".

وقد أخذ برأي عدم صحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعض دول أمريكا اللاتينية و أوروبا الشرقية كالأرجنتين ويوغوسلافيا وبلغاريا[3].

بيد أنه في بعض الدول قد يكون التحكيم إجباريا في عقود الشراكة، كما في قانون الشراكة اليوناني، فلم يكتف الأخير بالنص على التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة، بل نص على اعتبار التحكيم إجباريا وليس اختياريا

---

١) راجع الموقع الالكتروني الآتي (آخر زيارة ٢٠١١/١٠/١٥):
http://www.irbidworld.com/t87514-topic

٢) السيد الحبيب ملوش–آخر التطورات في حقل التحكيم الدولي بتونس–ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر القاهرة والإسكندرية عن التحكيم الدولي المنعقد في القاهرة من ١١الى ١٥– ١٩٩٢م.

٣) بشار جميل عبد الهادي– التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة –دار وائل للنشر–عمان –الطبعة الأولى–٢٠٠٥م– ص٢٦و٢٧ .

كما في معظم قوانين الشراكة. حيث تنص المادة ٣١ من قانون الشراكة اليوناني رقم ٣٣٨٩ على أن التحكيم في منازعات عقود الشراكة –الخاصة بتطبيقها أو تفسيرها أو صحتها– يجب أن تحل عن طريق التحكيم. ويحدد في عقد الشراكة قواعد اختيار المحكمين والقواعد واجبة التطبيق، ومكان التحكيم والمصاريف (إذا لم تحددها القواعد واجبة التطبيق)، واللغة، واعتبار الحكم نهائياً. وفي المنازعات الناشئة عن تفسير و تطبيق وصحة عقد الشراكة يكون القانون اليوناني هو الواجب التطبيق. وهذا يعني أنه بمفهوم المخالفة إذا كان النزاع يتعلق مثلا بفسخ العقد، فيجوز تطبيق قانون آخر غير القانون اليوناني[1].

خلاصة القول إذن، أن هناك دول أجازت التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة(كعقود إدارية) وطنية أو دولية(كفرنسا)، بينما غالبية الدول أجازت التحكيم استثناء في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ويرجع ذلك لما يمثله التحكيم من مقتضيات الاستثمار الأجنبي. ومن تلك الدول(مثل: مصر وبعض الدول العربية) من اتبع سياسة التقييد– أصلا أو استثناء– من اللجوء إلى التحكيم إلا بعد موافقة جهات معينة في الدولة. ومن تلك الدول أيضاً كاليونان من قررت التحكيم الإجباري في عقود الشراكة.

1) Greece LAW no 3389 Partnerships between the public and private sectors Article 31 Resolution of disputes – Applicable Law .

1. Arbitration

Any dispute arising in relation to the application, interpretation or validity of the Partnership Contracts or Ancillary Agreements *shall* be resolved by arbitration.

2. Rules of Arbitration :

In deviation from the provisions in force for public sector arbitration, the Partnership Contract or Ancillary Agreements set out rules for the appointment of arbitrators, the rules of arbitration to be applied, the place of the Arbitration court (or other body), the fees to be paid to the arbitrators (where fees are not specified in the applicable arbitration rules) and the language in which the arbitration shall be conducted. The arbitrators' decision shall be final and irrevocable, and not subject to any further judicial or extra-judicial appeal; it shall be carried out without any requirement of ratification by the regular courts, and the parties involved shall be committed to comply immediately with its terms and conditions.

3. Applicable Law

For the resolution of disputes involving the interpretation, application or validity of the Partnership Contract, Greek substantial Law shall be applicable.

** جدول مقارنة بين دول البحر المتوسط من حيث النظم القانونية والقضائية المتعلقة بعقود الشراكة[1]:

الدولة	النظام القانوني لعقود الشراكة	نظام التقاضي في منازعات الشراكة
الجزائر	نظام التقنين civil law لا يوجد قانون للشراكة، وإنما يحكمه قانون المشتريات العامة والتقنين المدني وقوانين خاصة ببعض المشاريع	ثنائية القضاء(الإداري والمدني). فيخضع للقضاء الإداري التحكيم جائز الوطني أو التجاري الدولي.
مصر[2]	يوجد قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ – نشر في الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) بتاريخ ١٨ \ ٠٥ 2010 \ بعنوان قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.	ثنائية القضاء الإداري والعادي، وتخضع للقضاء الإداري يجوز اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة مع تطبيق القانون المصري.
إسرائيل	نظام السوابق القضائية common law مع الأخذ ببعض نظام التقنينcivil law. يخضع للقانون الإداري الإسرائيلي	تنظر أمام محاكم district courts التحكيم جائز الوطني مع تطبيق القانون الوطني أو التحكيم التجاري الدولي والمستثمرين يفضلون تطبيق القانون الانجليزي وهو المصدر التاريخي لعقود الشراكة.
الأردن	أحكام قانون الخصخصة ٢٠٠٨ وقد عرف الشراكة في المادة ٤	نظام قضائي ثنائي يميز بين القضاء الإداري لنظر المنازعات الإدارية،

١) هذا الجدول تم استنباطه بناء على الدراسة التي قام بها بنك الاستثمار الأوروبي للإطار القانوني والمالي للشراكة في دول البحر الأبيض المتوسط.

European Investment Bank,FEMIP, Study on PPP Legal & Financial Frameworks in the Mediterranean Partner Countries Volume 2 – Country Analysis May 2011.

http://www.eib.org/attachments/med/ppp-study-volume-2.pdf.

٢) مشروع الشراكة لبناء مستشفيات جامعة الإسكندرية 29مارس, ٢٠٠٩ ، مشروع تطوير الطريق الدولي الساحلي بورسعيد – مطروح 09فبراير, ٢٠١١.موقع الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص.

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

	منه على انه اتفاق مكتوب طويل الأجل بين القطاع العام والخاص بهدف تقديم خدمات عامة وتنفيذ مشروع ممول مع اقتسام المخاطر بينهما. وهناك مسودة لمشروع قانون الشراكة الأردني صدر في فبراير ٢٠١١ يشمل مشاريع الدفاع والعدالة والشرطة والصحة ..الخ.والحد الأقصى لمدته ٣٥ سنة باستثناء مشاريع معينة كتلك الخاصة بالطاقة النووية.	والقضاء المدني لنظر منازعات الإدارة المدنية(طرفها الحكومة دون سلطة) والمدنية البحتة. يجوز الاتفاق على التحكيم الوطني أو التجاري الدولي وفقا للقواعد ICCأو ICSID ويحوز الاتفاق على تطبيق قانون مغير (كالقانون الانجليزي) على عكس ما ورد في مسودة مشروع الشراكة الذي تتطلب تطبيق القانون الأردني.
لبنان	يخضع للقانون الإداري أو التجاري بحسب ما إذا كان أحد أطرافه جهة إدارية ذات سلطة أم لا. مسودة مشروع الشراكة قدم من رئيس الوزراء في ٢٠٠٧.	ثنائية القضاء المدني والإداري، تخضع للقضاء الإداري. ويجوز اللجوء إلى التحكيم بعد موافقة رئيس الوزراء وفقا لما ورد في مسودة المشروع.
المغرب	قانون الامتيازات وبعض القوانين الخاصة ببعض المشاريع كالمياه والكهرباء والموانئ.	تأثرا بالنظام في فرنسا، فإن القضاء الإداري ينظر المنازعات الناشئة بين الجهة و شركة المشروع، والمحاكم التجاري تنظر المنازعات بين شركة المشروع وفروعها ما لم تكن مرتبطة بمنازعات اتفاق الرئيسي بين الجهة وشركة المشروع. كل ذلك، ما لم يوجد اتفاق تحكيم صحيح وفقا لقانون الالتزامات المغربي. أو بإتباع قواعد ICCأو ICSID.
سوريا	نظام التقنينcivil law النظام التشريعي في سوريا غير مناسب لنظام عقود الشراكة. هناك مشروع لقانون الشراكة السوري والمتوقع أنه سوف يكون فعال ليناسب عقود الشراكة، ويجيز التحكيم الدولي فيها.	القضاء السوري حاليا غير متخصص في عقود الشراكة المعقدة والمركبة. ولكن يجوز اللجوء إلى التحكيم في سوريا في منازعات عقود الشراكة.

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي من جواز التحكيم في عقود الشراكة

لم يتعرض قضاء إلى مسألة جواز التحكيم خاصة في عقود الشراكة حتى الآن سوى القضاء الفرنسي. لذلك، نستعرض موقف القضاء الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية عموما، لنستوضح موقف مجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في عقود الشراكة. كالتالي:

١-موقف القضاء الفرنسي عموما من جواز التحكيم في العقود الإدارية :

بالنسبة للقضاء الفرنسي، فإن العقد الإداري عموماً إذا أُعتبر عقداً من عقود التجارة الدولية لما يتضمنه من انتقال لرؤوس الأموال والبضائع والخدمات عبر الحدود فيجوز اللجوء إلى التحكيم حتى ولو نصت القوانين الوطنية على عكس ذلك. فقضت محكمة استئناف باريس[١] في قضية Myrtoon Steamship[٢] في ١٠ ابريل ١٩٥٧، وقضت محكمة النقض في قضية[٣] San Carlo بعدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسية على الدولة والوحدات المحلية في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية حيث أخضعت مسألة صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد وليس للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة. ولقد انتهجت محكمة النقض الفرنسية ذات النهج في شأن قضية Galakis [٤]، إذ ذهبت إلى عدم سريان الحظر المتقدم على العقود المبرمة لحاجة التجارة ووفقا لمتطلباتها.

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في العديد من أحكامها إلى مد نطاق إعمال الحل الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي من أن الحظر الوارد على الدولة

---

١) ويكفي للحكم بصحة شرط التحكيم الوارد في عقد الأشغال العامة، أن يكون هذا الشرط واردا في عقد دولي مبرم للوفاء باحتياجات التجارة الدولية وفقا للشروط المتفقة مع أعراف هذه التجارة.

C.Appel de paris(Ler.ch.c),24 fev.1994,Rev.arb.1995,p.275 et note Yves Gaudemet

انظر حول هذه القضية د حفيظة السيد الحداد-الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق-مرجع سابق-ص١٩، ٢٠.

2) Paris, 10 avril 1957, JCP , 1957,11,10078 note Motulsky

3) C.Cass 14 avril 1964 Clunet 1965, P.646 note Goldman.

4) C.Cass ,2mai 1966 Clunet 1966,P.648 note Level ; Rev Crit,1967,P.533 note Goldman.

ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم، يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية، على النصوص الأجنبية التي تتبنى ذات الحظر، حيث قضت في حكمها الصادر في ١٩٩٤/٢/٢٤ في المنازعة القائمة بين الوزارة التونسية للإنشاء والتجهيز والشركة الفرنسية Freres Bec بأن "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية ومثل هذا الحظر لا يعد متصلا بالنظام العام الدولي".

ومحكمة استئناف باريس قد ذهبت أيضا في حكم حديث نسبيا لها صادر في ١٣ يونيه ١٩٩٦ إلى القضاء بأن:

"الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا من كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي، والذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقا"[١].

والأساس القانوني لتلك القاعدة يكمن-في نظرنا- في عدم جواز الاحتجاج بالحظر هي قاعدة موضوعية (مادية) من قواعد التحكيم التجاري الدولي une regle materielle du droit international de l'arbitrage، ومستمدة من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون وضعي[٢].

1) C.Appel de paris, 13 juin 1996, Clunet 1997,P.151 et s note E.Loquin, rev.arab.1997,p.251 note E. Gaillard.
انظر حول هذه القضية د حفيظة السيد الحداد-الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق-مرجع سابق-ص٢٣ومابعدها.

2) Cass.civ.1re, 20 dec. 1993:JCP 94, ed, G, IV, 515; Rev.arb.1994,116, note GAUDEMET-TALLON; Clunet 1994, 432,note GAILLARD et 690, note LOQUIN.; Justice n.1,1995, p.287, obs. RIVIER. Loïc Cadiet, Droit judiciaire prive, 2 ed,1998, Litec.no 2079.p.872.
انظر حول هذه القضية:حفيظة السيد الحداد-الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق-مرجع سابق-ص٢٨.

والجدير بالذكر بأن نطاق عدم جواز الاحتجاج بالحظر أو التقييد في القوانين الوطنية يمتد إلى القطاع الخاص المتعاقد مع القطاع العام. حيث ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٧ ديسمبر ١٩٩١ في القضية المرفوعة من شركة Gatoil ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الأخيرة إلى أنه : فإن الطرف المتعاقد مع المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع[1].

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي بشأن النص على جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة

كان من بين الأسباب الهامة للمطالبة بإلغاء الأمر المنظم لعقود الشراكة ما تضمنته المادة ١١ من إمكانية تسوية المنازعات الناشئة عنها باللجوء إلى التحكيم عند الاقتضاء. وهو ما يستبعد القضاء الوطني ويخالف بذلك مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لتسوية المنازعات. إلا أن مجلس الدولة لم يقبل هذا السبب استنادا إلى أن طبيعة هذه العقود الإجمالية المركبة وما تضعه على عاتق الإدارة من التزامات كبيرة طوال مدة العقد وطريقة التمويل، تجعل من الضروري النص في العقد على آليات فض المنازعات، منتهيا إلى أن الأمر لم يخالف بصدد هذا الجانب أي مبدأ ذا قيمة دستورية ولم يخرق حدود التفويض الوارد في قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣، 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 تفويضا كاملا لإعداد تنظيم متكامل لعقود الشراكة ذات السمة المركبة، وهو ما قد يعد عائقا أمام جعل الاختصاص للقضاء في حل المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذها[2].

---

1) C.Appel de paris (1 er ch. Suppl.), 17 Dèce.1991,Rev.arab.1993,p.281 note Herve synvet.

انظر حول هذه القضية :حفيظة السيد الحداد–الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق–مرجع سابق–ص٣٠،٣١.

2) CE,29 octobre 2004, N°269814-271119-271357-271362, M. SUEUR et autres.

على الموقع الآتي:http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=1105

Considérant qu'aux termes de l'article 11 de l'ordonnance attaquée : "Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) 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" ; que des dispositions similaires figurent au l) de l'arccticle L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée ; qu'en habilitant le Gouvernement à "créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public" dans les limites qu'il définit, l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 doit être regardé comme ayant entendu permettre aux auteurs de l'ordonnance attaquée de définir dans son ensemble le régime juridique de ces nouveaux contrats, y compris les conditions de prévention et de règlement des litiges susceptibles de naître à l'occasion de leur exécution ; que, compte tenu de la complexité des contrats en cause, liée notamment au caractère global de la mission confiée au cocontractant de l'administration, à la durée des engagements souscrits et aux mécanismes de financement à mettre en oeuvre, rendant nécessaire la mise en place de modalités adaptées de règlement des litiges, les auteurs de l'ordonnance attaquée ont pu, sans méconnaître la portée de cette habilitation et sans qu'y fasse obstacle aucune règle ou aucun principe de valeur constitutionnelle, déroger, par les dispositions précitées, au principe général du droit en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne.

وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، ص.٢٢٥

الفرع الثاني

مشاريع شراكة في بعض الدول

تاريخيا، كما يرى البعض[1] أنه استخدمت الشراكة بين القطاعين العام والخاص في العام 1860 في الدولة العثمانية عندما استخدم موضوع الشراكة لجر مياه نهر الكلب إلى بيروت.

ومن ضمن مشاريع الشراكة في الوقت الحالي في دولة الكويت، مشروع التطوير السياحي لجزيرة الفيلكا Failaka Island tourism development $3bn، والمترو Kuwait metro $7bn و خمس مطارات هي محال لعقود الشراكة.

وفي السعودية(الرياض)، وعلى الرغم من عدم صدور تشريع للشراكة، إلا أنه أعلنت شركة المياه الوطنية السعودية عن عزمها إبرام عقد شراكة مع شركة فوليا الفرنسية في نهاية الشهر الجاري لإدارة وتشغيل قطاع المياه والصرف الصحي بمدينة الرياض، وذلك بنظام عقود الشراكة "PPP" بقيمة تتجاوز ٢٤٠ مليون ريال (٦٤ مليون دولار) ويتم تنفيذ الاتفاقية خلال ٦ سنوات، من توقيع العقد[2].

فضلاً عن المحاكم السعودية النظامية هنالك العديد من السلطات التي يلزم إشراكها في عملية الفصل في النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وتشمل تلك السلطات بصفة أساسية كلاً من ديوان المظالم ووزارة المالية وديوان المراقبة العامة ومجلس الوزراء إذ يتمثل الدور الرئيس لكل منها في الآتي :

---

١) محيي الدين القيسي، الطبيعة القانونية لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP)ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها -18 20تشرين الأول ٢٠١٠ - عمان – المملكة الأردنية الهاشمية ،ص٣. على موقع: غرفة التجارة والصناعة والزراعة ببيروت.

http://www.ccib.org.lb/activities/Activity.aspx?Category=Seminars

٢) موقع جريدة الشرق الأوسط:

http://www.aawsat.com/details.asp?section=6&article=466702&issue no=1072

- يجب اللجوء إلى ديوان المظالم وليس إلى التحكيم للبت في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة التي تكون الحكومة طرفاً فيها أو يكون أحد أطرافها شركة مملوكة للدولة.
- يحق لكل من وزارة المالية وديوان المراقبة العامة المشاركة في المرافعات وإجراءات التقاضي أمام ديوان المظالم في أي قضية تكون إحدى الجهات الحكومية طرفاً فيها (وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ المؤرخ في ١٦/١١/ ١٤٠٩هـ).
- يجب الحصول على موافقة المقام السامي لكي تنظر أي محكمة سعودية في أي نزاع يتعلق بشركة مملوكة بالكامل للدولة.

وفي أفريقيا أيضا أصدرت الكاميرون تشريع للشراكة رقم ٢٠٠٦/٠١٢ في ديسمبر ٢٠٠٦، وهو قانون يكاد يكون توأم للقانون الفرنسي للشراكة تقريبا في معظم أحكامه [١].

---

1) *Cameroon* LOI N° 2006/012 du 29 Décembre 2006

Fixant le Régime Général des Contrats de Partenariat

CHAPITRE I

DISPOSITIONS GENERALES

Article 1er.- La présente loi fixe le régime général des contrats de partenariat.

Art. 2. (1) Le contrat de partenariat régit, dans le cadre des projets d'une très grande envergure technique et financière, les relations de partenariat entre :

- les personnes publiques et une ou plusieurs autres personnes publiques ;

- les personnes publiques et une ou plusieurs personnes privées.

(2) Le contrat de partenariat est un contrat par lequel l'Etat ou l'un de ses démembrements confie à un tiers, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, la responsabilité de tout ou partie des phases suivantes d'un projet d'investissement.

أما في البحرين، فتم الاتفاق على مشاريع للشراكة، على الرغم من عدم إصدار قانون خاص بالشراكة، ومن المشاريع الإسكانية التي تولي وزارة الإسكان أهمية لها في الوقت الحالي هي مشاريع إقامة المدينة الشمالية، والوحدات الإسكانية في منطقتي البحير واللوزي، بما مجموعه نحو ٤٥٠٠ وحدة سكنية في هذه المناطق.

وفي سوريا، أهم العقود التي تم إنشائها عن طريق المشاركة، رغم عدم وجود قانون خاص بالشراكة، عقد إدارة حاويات مرفأ اللاذقية: تم التعاقد بأسلوب الإدارة مع المشاركة بالأرباح لمحطة حاويات مرفأ اللاذقية من أجل رفع الكفاءة الإدارية وزيادة الإنتاجية ورفع أداء هذا المرفق نظراً للطلب المتزايد والمتصاعد على نقل الحاويات واستجابة لحركة التطور الاقتصادي والتبادلات التجارية الحالية. وهذا المشروع يعد خطوة رائدة لدعم مسيرة التنمية الاقتصادية التي بدأتها الحكومة حيث أنه ينشأ خط ملاحي بحري يربط ميناء اللاذقية بكل موانئ العالم وهذا يعزز الموقع الاستراتيجي لسوريا كجسر لنقل الحاويات وجعل سورية نقطة عبور الترانزيت الأكثر أهمية في المنطقة ومركز مهم للتصدير في الشرق الأوسط[٢].

1)http://www.minee.cm/uploads/pdf/Charte/electricite/LOI%2029%20Decembre%202006%20Contrats.pdf

١) وعقد إدارة حاويات مرفأ طرطوس: تم توقيع العقد مع شركة أجنبية من أجل استثمار الحاويات في مرفأ طرطوس ومن خلال هذا الاستثمار سوف يرتفع عدد الحاويات إلى ٥٠٠ ألف حاوية في العام .

معمل الورق بدير الزور: تم توقيع العقد مع شركة أجنبية من أجل استثمار معمل ورق دير الزور وتعمل الآن الشركة بالتعاون مع خبراء من عدة دول على وضع برنامج تنفيذي من أجل تطوير معمل الورق وزيادة طاقته الإنتاجية .

معمل الاسمنت بطرطوس: تم التوقيع على عقد استثمار معمل اسمنت طرطوس بين إدارة الشركة وبين شركة عربية من أجل استثمار المعمل لمدة أربع سنوات . وهناك الكثير من المشاريع التي سيتم إنشاءها عن طريق الشراكة بين العام والخاص والتي بعضها قيد الدراسة وبعضها الآخر قيد التفاوض مثل: مشروع الخط الأخضر(مترو دمشق) ومشروع اوتستراد يصل الحدود الشمالية لسوريا بالحدود الجنوبية, ومشروع اوتستراد يصل الحدود الغربية بالحدود الشرقية, كذلك مشروع إنشاء مركز دمشق التجاري العالمي ومشاريع عديدة أخرى من شأنها دعم النشاط الاقتصادي وخلق عدد كبير من فرص العمل لكثير من المواطنين السوريين.

وفي الإمارات المتحدة، رغم عدم وجود تشريع خاص، ولكن أبرمت عقود شراكة خاص ب ١٧٦ مدرسة في أبو ظبي والعين والغربية عن طريق مجلس أبو ظبي للتعليم.

عرف *المغرب*[١] تطورات متلاحقة في تدبير الشأن الاقتصادي أفضت إلى إعطاء القطاع الخاص مكانة متميزة في إنجاز البنيات التحتية كميناء طنجة المتوسط الذي أقيم على بعد ٤٠ كلم من مدينة طنجة حيث سيكون منافسا هاما للوساطة بين أوروبا وشمال إفريقيا، لمنطقة البحر المتوسط وللوساطة بين الدول الخليجية باتجاه شمال أمريكا.

افتتحت أول محطة الحاويات يوم ٢٧ يوليو ٢٠٠٧ بعد فترة خمس سنوات من التشييد والبناء بتكلفة تبلغ ٢ مليار يورو، ويمثل ميناء طنجة المتوسط مشروعا لبنية تحتية متكاملة، بحسب تقرير صادر عن الوكالة الخاصة به تخطيط وإدارة الميناء قد أوكل للوكالة الخاصة طنجة المتوسط(Tams). والشركات التي أوكلت بالبناء هي Horizon Terminals و Bouygues، Eurogate، Moller-Maersk.

المبحث الثاني

خصوصية التحكيم في عقود الشراكة

أول ما يثار في ذهن القارئ المتخصص في التحكيم هو تساؤل مضمونه، هل هناك خصوصيات the idiosyncrasies للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة تميزه عن التحكيم في أية عقود أخرى عموما أو تميزه عن التحكيم في العقود الإدارية، بحسب ما يُعتبر عقد الشراكة نوع منها، خصوصاً؟.

بحثنا في خصوصيات للتحكيم في عقود الشراكة، فوجدنا أن الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة وخصائصها المميزة لها تأثير في نوع التحكيم المتبع، فنظن أن التحكيم لابد أن يصطبغ بصبغة العقد ليتلاءم مع المنازعات الناشئة عنه .

ويظهر ذلك من خلال الطبيعة المستعجلة لعقود الشراكة –والمقرر وفقا للقانون الفرنسي فقط– جعلت التحكيم بإجراءاته ومواعيده العادية غير منسجم مع

---

١) الدكتور أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص : سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، الرباط، ١ أكتوبر ٢٠٠٩.

فض النزاعات الناشئة عن تلك العقود المفترض إبرامها في ظروف استعجال قصوى، ونرى بأن التحكيم "المستعجل"–وليس التحكيم العادي– هو خير إسعاف ووسيلة لمواجهة المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة. بالإضافة إلى تأثير الطبيعة المستعجلة لتلك العقود على مدة التحكيم وسلطة المحكم.

كذلك الأمر بالنسبة للطبيعة المركبة والمعقدة لعقود الشراكة موضوعيا أو شخصيا، بأن تتضمن عدة عقود تخدم مشروع الشراكة وتضم أطرافا متعددة يشاركون في تنفيذ هذا المشروع، له أثره في التحكيم ليصبح التحكيم متعدد الأطراف أو العقود Multiparty or Multicontract Arbitration بديلا عن التحكيم البسيط أفضل وسيلة لحسم المنازعات المنبثقة عن تلك العقود(المطلب الأول).

كما أن التحكيم في عقود الشراكة تظهر خصوصياته في شكل التحكيم، من حيث موافقة جهة معينة على اتفاق التحكيم، ومكان التحكيم بل أبعد ذلك حيث تظهر الخصوصية أيضا في لغة التحكيم. هذا بالإضافة إلى خصوصية التحكيم في عقود الشراكة في القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

علاوة على ذلك، فإن خصوصية التحكيم في مثل ذلك النوع من العقود تتجلى في الرقابة القضائية الثنائية على عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عنها، بمعنى أن القضاء العادي والإداري يشتركان معا في الرقابة على التحكيم في تلك العقود(المطلب الثالث).

المطلب الأول

التحكيم المستعجل و التحكيم متعدد الأطراف في عقود الشراكة

إن عقود الشراكة في فرنسا يشترط لإبرامها أن تتوافر حالة الاستعجال القصوى، أي خطر التأخير أو خشية فوات الوقت وإلا وقع ضرر جسيم لا يمكن تداركه من قبل الإدارة، وذلك عملا بقانون الشراكة الفرنسي، مما يعني وجود خصوصية للتحكيم في مثل هذه الحالة بأن يكون تحكيما مستعجلا(فرع أول)، كما أن عقد الشراكة –كما سبق أن بينا– من العقود المركبة أو المعقدة أي قد يتضمن عدة أطراف و عدة عقود متفرعة عن العقد الأساسي بين الإدارة والمتعاقد الرئيسي، مما يثير خصوصيات the idiosyncrasies التحكيم في عقد الشراكة المركب بأن يكون تحكيما متعدد الأطراف(فرع ثان).

الفرع الأول
التحكيم المستعجل في عقود الشراكة

أولا: خاصية الاستعجال في عقود الشراكة

يشترط لإبرام عقود الشراكة في فرنسا أن يبرم في أحوال معينة وهي حالة الاستعجال، أو في حالة التعقيد[1]. فقيل بأنه يُوجد نموذجان من عقود الشراكة، وهما عقد الشراكة الذي يرد على مشروع مركب projet complexe وعقد شراكة يرد على مشروع مستعجل projet urgent[2].

---

١) وأضيفت حالة ثالثة وهي الفعالية الاقتصادية وهي حالة ذات معيار اقتصادي ومالي، على عكس الحالتين الاولتين(الاستعجال والتعقيد) فهما معياران قانونيان.

La loi du 28 juillet 2008 a ajouté un troisième cas de recours aux contrats de partenariat. Ce troisième critère est celui de l'efficience économique. LES CONTRATS DE PARTENARIAT:

GUIDE METHODOLOGIQUE Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. VERSION DU 25 mars 2011. P.13 no 1.3.3.sur le site http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/ppp/GuideContratPar ten riat.pdf

2) Article 2

Amended by Law No 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 2

II. – partnership contracts may only be signed in those situations where the preliminary needs assessment conclusively shows that:

1° Given the degree of complexity of the project, the public body is not objectively in a position to define unaided and in advance the technical means to meet its needs or to make the financial or legal arrangements for the project;

2° Or that the project is a matter of urgency, involving making up for a delay, detrimental to the general interest, affecting the completion of public facilities or the performance of a public service mission, irrespective of the causes of the delay, or responding to an unforeseeable situation;

3° Or that, given the project characteristics, the requirements of the public service for which the public body is responsible, or the inadequacies and difficulties observed in carrying out comparable projects, resorting to such a contract presents a more favourable balance of advantages versus disadvantages compared to other kinds of public procurement contracts. The criterion of deferred payment shall not alone constitute an advantage.

http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/ordonnance2004-559_ang.pdf.

على الرغم من أن فكرة الاستعجال –وفقا للقانون الفرنسي– في عقود الأشغال العامة لا تعد شرطا لإبرام العقد، ولكنها تؤثر في إجراءات إبرام العقد سواء بالتأثير في المدد اللازمة فتؤدي إلى إنقاصها أو باللجوء إلى الاتفاق المباشر[1]. إلا أنه وردت فكرة الاستعجال في الأمر المنظم لعقود الشراكة كشرط لإبرام تلك العقود، ولم يتضمن الأمر المذكور أي تعريف أو معنى لفكرة الاستعجال كشرط لإبرام تلك العقود، وهو حسنا ما فعله المشرع الفرنسي حتى يجعلها فكرة مرنة تتفق مع الظروف الملابسة لإبرام عقود الشراكة، دون أن تكون محددة في نطاق واقع ما.

ونضيف أيضا بأن مهمة التعريفات ليست مهمة المشرع ولكن الفقه والقضاء، لذلك تعرض لفكرة الاستعجال –لإبرام عقود الشراكة– المجلس الدستوري ومجلس الدولة.

وقد تعرض المجلس الدستوري لفكرة الاستعجال في قرارين:

القرار الأول: الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٣ وقضت بأن أسبابا تتصل بالمصلحة العامة تبرر عقود الشراكة، كتلك المتعلقة بالاستعجال المتصل بظروف خاصة أو محلية والذي يهدف إلى معالجة أثر التأخير الضار retard prejudiciable أو يتصل بضرورة الأخذ في الاعتبار السمات الفنية أو الوظيفية أو الاقتصادية لتجهيزات أو خدمات محددة[2] .

وشروط استخدام اتفاق الشراكة، بما في ذلك الطوارئ، يجب أن تفسر في أضيق الحدود. لأن عقد الشراكة يعد قيدا على الأحكام الإدارية للطلبات العمومية

1) l'urgence constitue une condition de fond du recours au contrat de partenariat et non une condition dans le choix d'une procédure de passation abrégée. Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenarait (maPPP), urgence et complexite, p.1. sur le site; http://www.cfmel34.fr/cfmelv2/images/stories/fiche_urgence_complexite070604.pdf.

١) أنظر أيضا:

CC, 22 aout 2002,DC n 2002-460. CC,26 juin 2003, DC no 2003-473.

على الموقع الآتي:

www.conseil constitutionnel:fr

droit commun de la commande publique[1]،منعا من تعميم القيود الواردة في قانون المرافق العامة وهي حرمان الضمانات القانونية كالمساواة – وهو مبدأ دستوري– وحماية الممتلكات العامة والاستعمال الجيد لها[2].

القرار الثاني: صدر في ٢٠٠٤/١٢/٢ وجاء به، بصدد شرط الاستعجال كشرط ضروري ولازم لبدء إجراءات إبرام عقد مشاركة من قبل الجهة المختصة، أن الاستعجال المبرر أو المرتبط بتنفيذ المشروع المحدد يعد أحد أسباب أو عناصر المصلحة العامة التي تبرر إبرام عقد مشاركة والناتج بصفة موضوعية بالنسبة قطاع أو منطقة جغرافية محددة وبهدف معالجة التأخير الضار المؤثر بشدة في تحقيق التجهيزات أو الإنشاءات العامة[3].

أما عن موقف مجلس الدولة بالنسبة لشرط الاستعجال، فقد رفض الطعن المبنى على تجاوز السلطة في حكمه الصادر في ٢٩ أكتوبر ضد أحكام أمر ١٧ يونيو ٢٠٠٤ المنظم لعقود الشراكة واستخدام ذات العبارات المشار إليها في

---

١) كلمة la commande publique "الطلب العام" هو مصطلح عام تتعلق بجميع العقود التي تبرمها الهيئات العامة لتلبية احتياجاتها.

2) "les conditions de recours au contrat de partenariat (dont l'urgence) devaient faire l'objet d'une interprétation restrictive afin d'éviter la généralisation de dérogations au droit de la commande publique, de nature à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes au principe d'égalité, à la protection des propriétés publiques et au bon usage ".

Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenarait (maPPP), urgence et complexite, p.1. sur le site;

http://www.cfmel34.fr/cfmelv2/images/stories/fiche_urgence_complexite070604.pdf.

Hervé Letellier, avocat associé, SELARL Symchowicz Weissberg, Dossier Le PPP vecteur de relance ?, Contrats Publics – n° 89 - juin 2009, p 80 et 81.على على الموقع الآتي:

http://www.nsdwavocats.com/publications/Controle_juridictionnel_de_l__urgence_et_recours_aux_contrats_de_partenariat_-_ACCP89.pdf

3) CC, 2 décembre 2004.DC 2004-506.

قراري المجلس الدستوري فيما يتعلق بشرط الاستعجال كشرط ضروري لإبرام عقد المشاركة [1].

وهديا بما تقدم، فإن شرط الاستعجال هو شرط موضوعي وليس ذاتيا. فالاستعجال المعتبر لإبرام عقد الشراكة ليس الناتج عن فعل الإدارة، كتأخير متعمد من قبلها في إبرام أحد العقود لتلافي هذا التأخير، وإنما هو الحادث بسبب خارجي عن الإدارة المعنية، كما هو الحال مثلاً عند إقامة مركز صناعي كبير ويستلزم من ثم اللجوء إلى إنشاء بنية أساسية ضرورية تتعلق بالمدارس والسكن لخدمة العامة في هذا المركز، وكما هو الحال أيضا بالنسبة لأعمال التجديدات اللازمة كأثر لحدوث إحدى الكوارث الطبيعية[2].

على أن بعض الفقه يرى بأن شرط الاستعجال قد يكون متوافرا في الأحوال التي ينتج فيها الاستعجال عن تقصير الجهة المختصة، بالاستناد إلى قرار المجلس الدستوري DC 460-2002 بتاريخ ٢٢ أغسطس ٢٠٠٢المتعلق بقانون توجيه وتنظيم الأمن الداخلي، والذي أسس القاضي الدستوري فيه النظام الاستثنائي لعقود الشراكة على أسباب المصلحة العامة المرتبطة بضرورة تسهيل و إسراع وإنشاء بنايات لصالح أفراد البوليس القومي. على الرغم من أن الضرورات المبررة لبدء العمليات الإنشائية كان راجعا إلى تقصير السياسة الإسكانية أو العقارية للوزير المعني[3].

1) CE, 29 octobre 2004, M. Sueur et a ., précis.

2) Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenarait (maPPP), urgence et complexite, p.2.
http://www.cfmel34.fr/cfmelv2/images/stories/fiche_urgence_complexite070604.pdf.

3) (l'urgence ne doit pas résulter du fait de la personne publique). Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenarait (maPPP), urgence et complexite, p.1.
http://www.cfmel34.fr/cfmelv2/images/stories/fiche_urgence_complexite070604.pdf.

ويؤيده رأي آخر إلى أن الاستعجال كأثر لفعل الإدارة السلبي أو الايجابي يحول دون اللجوء إلى عقد المشاركة، ويبقى أمامها السبيل متاحا فقط لإبرام أحد عقود الأشغال العامة (عقد المقاولة أو أشغال عامة)، نظرا لما في إجازة عقد شراكة في حالة تقصير الإدارة من مكافأة لها على تقصيرها الضار بالمصلحة العامة، والذي قد تكون قد إرادته للهروب من القواعد المتعلقة بإبرام عقد الأشغال العامة التي لا تجيز اللجوء إلى العقود

كما أن فهم شرط الاستعجال من منظور موضوعي لا يعني في ذات الوقت ضرورة إثبات الاستعجال نتيجة الآثار الجسيمة للتأخير الضار بالمصلحة العامة، حيث يكفي فقط الاستعجال البسيط أو العادي للجوء إلى عقد الشراكة. لأن فهم الاستعجال بالنظر إلى جسامة أو خطورة آثاره سيؤدي إلى عدم تمكن الإدارة من إبرام عقد شراكة إلا حيث يكون أحد العقارات أو الأبنية على سبيل المثال في حالة سيئة فنيا أو على وشك الانهيار بصورة تفقده كفاءته بما قد يؤدي إلى المساس بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد[1].

فالاستعجال لا يجب أن يفهم بصورة شكلية أو حرفية، لأن ذلك قد يؤدي إلى عدم إبرام عقد مشاركة بصدد مشروعات بنية أساسية بالرغم من توافر شروط إبرامه[2]. كما أن محكمة العدالة للمجموعة الأوروبية فسرت النصوص المتعلقة بفكرة الاستعجال، وربطت توافرها بشروط ثلاثة مجتمعة وهي[3]:

الإجمالية إلا على سبيل الاستثناء وبمراعاة شروط كثيرة. رجب محمود طاجن ، عقود الشراكة ppp، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٧ ص١٣٥.

وهو ما قرره صاحب هذا الرأي أن المشرع وكذلك القضاء الدستوري والإداري قد قصدوا الاستعجال الذي لا يرتبط بفعل الإدارة الايجابي أو السلبي، بل قصدوا الاستعجال بمفهومه الموضوعي المرتبط بمشروع محدد في ضوء مقتضيات المصلحة العامة. رجب محمود طاجن ، ذات الإشارة السابقة.

1) BRACONNIER (S.), *L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique*, "JCP G.",p. 2134-2142, 24 novembre 2004.

2) Luc Baumstark ,Albane Hugé,Catherine Marcadier et Catherine Maubert Chef de projet du groupe Racines. Avec la participation de Laurent Deruy; PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ ET ACTIONS LOCALES
n° 9 – Juillet 2005,p.40.

على الموقع الآتي:
http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000493/0000.pdf.

3) La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a eu l'occasion de donner une interprétation de ces dispositions et de la notion d'urgence. Elle l'a ainsi assortie de trois conditions cumulatives : l'existence d'un événement imprévisible, une

١- ضرورة وجود ظروف أو حدث غير متوقع.
٢- نشوء حالة الاستعجال القهري لا يتناسب مع المدد الزمنية المتطلبة في حالة تطبيق مبدأ المنافسة.
٣- وجود علاقة سببية بين الحدث غير المتوقع والاستعجال القهري.

ثانيا: أثر شرط الاستعجال في عقود الشراكة على التحكيم:

إن لشرط الاستعجال -كأحد الشروط اللازمة لإبرام عقد الشراكة- تأثير واضح على التحكيم في المنازعات الناشئة عن تلك العقود، ومن مظاهر هذا التأثير :

١- قصر مدة التحكيم:

بالنسبة لمدة التحكيم أو بمعنى أضق مدة الفصل في القضية التحكيمية بحكم منهٍ. فنجد في عقود الشراكة الانجليزية PFI/PPP، على المحكم أن يصدر قراره في النزاع المحال إليه خلال ٢٨ يوم من تاريخ حجز القضية للحكم وانتهاء الجلسة الختامية، وفي جميع الأحوال يصدر خلال ٣ شهور من تاريخ تعيين المحكم، ما لم يتفق على غير ذلك.ولابد أن يكون حكم التحكيم صدر كتابة ومسببا، وأن يكون ملزما لأطرافه، ونفقات التحكيم تدرج في حكم التحكيم المنهي للخصومة[1]، وبالتالي يصدر الحكم على وجه السرعة.

٢- سلطة المحكم في إصدار الأوامر والتدابير الوقتية والتحفظية.

تنص معظم تشريعات التحكيم – الوطنية والدولية- على سلطة المحكم في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية[2].

---

urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés en cas de mise en concurrence et un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte. Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenarait (maPPP), Urgence et complexite, p.1. sur le site;
http://www.cfmel34.fr/cfmelv2/images/stories/fiche_urgence_complexite070604.pdf.

1) No 28(O) Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf .p.233-239.

٢) القانون النموذجي la loi type للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي وفقا لآخر التعديلات ٢٠١٠ عن شرط الاستعجال في المادة التدابير المؤقتة، المادة :٢٦

١-يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدرَ تدابيرَ مؤقَّتةً بناءً على طلب أحد الأطراف.
٢- التدبير المؤقَّت هو أيُّ تدبير وقتي تأمر بمقتضاه هيئةُ التحكيم أحدَ الأطراف، في أيِّ وقت يسبق إصدارَ قرار التحكيم الذي يفصل
في المنازعة نهائيا، أن يقوم، على سبيل المثال لا الحصر، بأيٍّ مما يلي:
(أ) أن يُبقيَ الحال على ما هو عليه، أو أن يعيدَهُ إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في المنازعة؛
(ب) أن يتّخذَ إجراءً يمنع حدوثَ ' ١' ضرر حاليٍّ أو وشيكٍ أو المساس بعمليةِ التحكيم نفسها، أو أن يمتنعَ عن اتخاذ إجراء يُحتمَل أن يسبِّبَ ذلك الضررَ أو المساس؛ (ج) أن يُوفِّرَ وسيلةً لصون الموجودات التي يمكن أن تستخدَمَ لتنفيذ قرار لاحق؛ (د) أن يُحافِظَ على الأدلة التي قد تكون مُهمَّةً وجوهريَّةً في حسم المنازعة.
٣- يُقدِّمُ الطرف الذي يطلب التدبيرَ المؤقَّت بمقتضى الفقرة ٢)أو إلى)ج(ما يُقنعُ هيئةَ التحكيم بما يلي:
(أ) أنَّ عدمَ اتخاذ التدبير يُرجَّح أن يُحدث ضرراً لا يمكن جبرُه على نحو واف بمنح تعويضاتٍ، وأنَّ ذلك الضررَ يفوق بكثير الضررَ الذي يُحتمل أن يَلحَقَ بالطرف المستهدف بذلك التدبير إذا ما اتّخذ؛ (ب) أنَّ هناك احتمالاً معقولاً أن يُفصَلَ في موضوع المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءً على وجاهة دعواه. على أنَّ البتَّ في هذا الاحتمال لا يمسُّ بما تتمتع به هيئةُ التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أيِّ قرار لاحق.

تنص المادة ٢٨ /١ كم من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ICC المعدلة في ٢٠١٢ على أنه " ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يجوز لهيئة التحكيم بمجرَد تسّلمها الملف أن تأمر، بناء على طلب أحد الأطراف، باتخاذ أي تدبير تحفظي أو وقتي تراه مناسبا .و يجوز لها أن تشترط لاتخاذ مثل هذا التدبير أن يقدم لها الطرف الطالب له ضمانات مناسبة .وتصدر هذه التدابير في شكل أمر معلل، أو في شكل حكم حسبما تراه هيئة التحكيم ملائما". و تنص المادة ٢٦ /١،٢ من قواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه " 1.1لهيئة التحكيم أن تأمر، بناءً على طلب أحد الأطراف، باتخاذ تدابير مؤقتة.
2. 2 التدبير المؤقت هو أيُّ تدبير وقتي تأمر بموجبه هيئة التحكيم أحدَ الأطراف، في أيِّ وقت يسبق إصدارَ حكم التحكيم المنهي للخصومة، بما يلي على سبيل المثال لا الحصر:
أ- إبقاء أو إعادة الوضع إلى ما هو عليه، إلى حين الفصل في النزاع.
ب-اتخاذ إجراء يمنع حدوث ضرر حال أو وشيك أو مساس بعمليةِ التحكيم ذاتها، أو الامتناع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبِّبَ هذا الضررَ أو المساس.
ج-توفير وسيلة لحفظ الأصول التي يمكن التنفيذ عليها بموجب حكم تحكيم لاحق.
د- المحافظة على الأدلة التي قد تكون وثيقة الصلة وجوهرية في الفصل في النزاع".
كذلك الأمر بالنسبة للمادة ١/٢٤ من قانون التحكيم المصري والمادة ١٤.

ويعرف البعض[1] التدبير التحفظي أنه كل إجراء يكون لازما في الوقت المناسب لدرء خطر عاجل عن أحد الخصوم، ويؤدي إلى سرعة الفصل في خصومة التحكيم على أكمل وجه بعيدا عن بطء إجراءات التقاضي العادية.

وتتميز التدابير التحفظية بأنها تدابير تبعية accessoires، حيث أنها ترتبط دائما بإجراءات أساسية قائمة بالفعل أو ستعقد، سواء تمثلت هذه الإجراءات بموضوع التحكيم أو بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم[2].

ويذهب البعض[3] إلى أن التدابير الوقتية تنقسم إلى تدابير معجلة مضمونها تحقيق الحق الذي يتمسك به الطالب بصفة مؤقتة وتؤدي إلى إشباع فوري لمصلحة الطالب، أما التدابير التحفظية مضمونها المحافظة على الوسائل اللازمة لتحقيق الحق مستقبلا ولا تؤدي إلى إشباع فوري لمصلحة الطالب وإنما تعد لإشباعها مستقبلا.

ومن القرارات والتدابير الوقتية والتحفظية التي يتصور إصدارها من المحكم في التحكيم في عقود الشراكة: إثبات حالة بناء أخذ في التصدع أو في حالة عدم قيام المقاول بالبناء في الوقت المتفق عليه في العقد فإن هذا الوضع العاجل يحتاج إلى إثبات ما تم من هذا البناء وتقدير قيمته لمصلحة المالك، ذلك أن ترك هذا البناء على حالة دون إثبات قد يحول بين المالك وحصوله على التعويض المناسب عند عرض الموضوع أمام القضاء[4]. ومثل الأمر بفرض حراسة على المنشآت والمباني اللازمة لسير المرفق العام.

وننوه هنا أن هناك من التدابير التي لا يستطيع المحكم في عقود الشراكة اتخاذها لأنها إما تتعلق بالغير أو لأنها تنطوي على الإجبار والمحكم لا يملك سلطة الإجبار Imperium. فنص في قانون الشراكة المصري في المادة ١١ منه على أنه " لا يجوز الحجز أو اتخاذ أية إجراءات تنفيذ على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لتنفيذ عقد المشاركة وتشغيل المشروع

---

١) سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام المستعجلة والأوامر، دار النهضة العربية، ط٢٠٠٤، ص٥٠. أحمد صدقي محمود، التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ص٩.

2) Francisco RAMOS Mendez,"Arbitrage international et mesures conservatoires" Rev.arb.1985.no 1.p. 53.

٣) وجدي راغب، القضاء الوقتي، ص ١٩٧-١٩٨.

٤) أحمد صدقي محمود، التدابير التحفظية، ص١٩ وما بعدها.

أو استغلاله". وبالتالي لا يجوز توقيع حجوزاً تحفظية على كل ما هو لازم لتنفيذ عقد الشراكة.

وجهة الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية قد يكون –وجوبا أو جوازا في بعض نظم التحكيم– القضاء رغم عرض موضوع النزاع على التحكيم، لان القضاء المستعجل لا يفصل في الموضوع . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "إذا طلب توقيع الحجز التحفظي رغم وجود اتفاق تحكيم، فان تقدير الظاهر لا يتضمن بحث موضوع النزاع وإنما هو تقدير لظاهر الدين، أي يقوم القاضي بتقدير الدين تقديرا مؤقتا ولا يتعمق في فحصه لموضوع النزاع والذي يظل محجوزا لهيئة التحكيم"[1].

ونعتقد انه يستحسن استصدار التدابير الوقتية والتحفظية بشأن منازعات عقود الشراكة من هيئة التحكيم وليس من القضاء، لأسباب عديدة وهي:سرعة التحكيم وبطء القضاء، والمحكمون هم الأقدر لأنهم فنيون وهم من سيفصلون في النزاع. وهيئة التحكيم هي الأقدر من غيرها على تقدير ملائمة اتخاذ مثل تلك التدابير على اعتبار أنها مختصة بالموضوع فضلا عن توفير الوقت والنفقات وبساطة الإجراءات وسرعتها، وهو ما يتفق مع فلسفة أفضلية التحكيم، لأن الأجنبي يهرب دائما من القضاء الوطني.

فإذا كان البعض[2] قد ذهب إلى جواز اختصاص القضاء لإصدار التدابير الوقتية، إلا إذا اتفق الخصوم صراحة أو ضمنا[3] على عقد تلك المسألة لهيئة التحكيم، إلا أننا نرى أنه نظرا لطبيعة الاستعجال في عقود الشراكة يجوز رغم وجود مثل ذلك الاتفاق اللجوء إلى القضاء إذا كان من غير الميسور لهيئة التحكيم أن تفصل على الفور فيها لسبب يتصل بتشكيلها مثلا أو لأي سبب جدي آخر[4].

---

1) Cass.civ.20 Mars 1989.Rev.arb.1989, p.653 note Ph.Fouchard.

٢) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، طبعة الرابعة، منشأة المعارف، بند ٤٨ ص١٣٠. وحكم محكمة استئناف القاهرة جلسة ١٩٩٥/٥/٢٤ دائرة ٦٣ تجاري مشار إليه في مختار البربري، مرجع سابق، ص ٨٣ هامش ٢١٦.

٣) بالإحالة إلى قواعد لائحة تحكيم تتضمن التنازل عن اختصاص القضاء المستعجل واللجوء إلى هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة.

٤) قرب ذلك: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ١٣١.

ونعتقد أن الاختصاص بإصدار مثل تلك التدابير ليس قاصرا على التحكيم ولا القضاء، بل اختصاص مشترك بينهما. لأن هناك أحوال لا تستطيع هيئة التحكيم إصدار تلك التدابير إذا كانت تتعلق بالغير نظرا لنسبية اتفاق التحكيم أو التي تقتضي سلطة الإجبار مثل تعيين حارس قضائي أو صعوبة تشكيل هيئة التحكيم[1].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قضية holiday - Inns تعتبر مثالاً للقضايا التي تتعلق بعقود تشبه عقود الشراكة بما تتضمنه من إنشاء وتمويل واستغلال أربع فنادق في المملكة المغربية من قبل مجموعة هوليداي انز، حيث توقفت تلك الأخيرة عن بناء فندقين وهددت بأن توقف استغلال الفندقين الآخرين– فعرضت المجموعة النزاع على التحكيم أمام المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار(CIRDI) وحصلت الحكومة المغربية على ترخيص من محاكمها القضائية باتخاذ كافة التدابير الضرورية من أجل استكمال بناء الفندقين على حساب المجموعة وكذلك تعيين مدير مؤقت للفندقين الآخرين، وفي المقابل طالبت المجموعة باتخاذ تدابير وقتية لوقف تلك الأوامر الصادرة من المحاكم المغربية[2]، وأوصت محكمة التحكيم بذلك فعلا وعدم اختصاص المحاكم المغربية بإصدار تلك الأوامر، حيث أن اختصاص هيئة التحكيم CIRDIهو اختصاص قاصر عليها فقطexclusivite de l'arbitrage(المادة ٢٦ من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى).

٣- التحكيم المستعجل

١) لذلك اقترح البعض ندب محكمة مستعجلة إلى مقر مركز التحكيم إذا كان دوليا أو تشكيل محكمة نوعية متخصصة لإصدار التدابير الوقتية أو التحفظية إذا كان التحكيم داخليا .أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص٩٥ وما بعدها وتؤيده في ذلك دون تفرقة بين التحكيم الداخلي أو الدولي. هبة بدر أحمد، الحماية الوقتية في التحكيم، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس،سنة ٢٠٠٩، ص ١١٨.

٢) هبة بدر أحمد، مرجع سابق ٢٠٠٩، ص١٢٩.

رغم تمتع نظام التحكيم بميزة السرعة مقارنة بالنظام القضائي العادي للدولة، إلا أن الطبيعة المستعجلة لعقود الشراكة تحتم إتباع نظام التحكيم المستعجل أو السريع[1].

نظرا لاحتمالية إطراء ظروفاً تستدعي اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية بعد اتفاق التحكيم وقبل تشكيل محكمة التحكيم، ونظرا لأن هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بشكل دائم ومستمر الأمر الذي يهدد أطراف عقد الشراكة مثلا بخطر التأخير، فإن غرفة التجارة الدولية بباريس قامت بتشكيل لجنة لدراسة نظام التحكيم المستعجل la refere arbitral وهو نظام أشبه بنظام القضاء المستعجل، ومؤدى هذا النظام تعيين محكم للفصل في المسائل المستعجلة وتكون من سلطاته سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية المرتبطة بمنازعات معروضة على التحكيم.

ووفقا للمادة ١/٢ من القواعد المنظمة لنظام التحكيم المستعجل فإن المحكم يختص بالفصل في الأمور المستعجلة قبل تشكيل محكمة التحكيم ويختص بإصدار التدابير التحفظية والعاجلة لمنع ضرر مباشر أو خسارة غير قابلة للتعويض وذلك كله في سبيل المحافظة على حقوق وأموال الأطراف، وذلك خلال ٣٠ يوم ويحدد مصروفات التدبير الوقتي الذي يتخذه والخصم الذي يتحملها.

إلا أن هذا النظام- بحق- يعيبه افتقاده لعنصر الإلزام أو الإجبار التي تتسم بها أحكام القضاء[2]، لذلك لا يستغنى عن اللجوء إلى القضاء الدولة من اجل استصدار تدابير مستعجلة ملزمة ومشمولة بالنفاذ المعجل.

أما في لائحة تحكيم الجمعية الفرنسية للتحكيم فمن المواد ١/١٣ يتضح أن الجمعية جعلت الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم من سلطة المحكم سواء قبل التشكيل أو بعده، بل إنه في حالة عدم تشكيل محكمة التحكيم وكانت الإجراءات المستعجلة المراد اتخاذها لا تمس بطبيعتها موضوع النزاع، فإن لجنة التحكيم تشكل محكمة التحكيم ودون مراعاة للمواعيد المنصوص عليها في هذه اللائحة، وقد تبنت نظام التحكيم المستعجل refere

١) فكما يوجد مقابل القضاء الموضوعي القضاء المستعجل للنظر في المنازعات المستعجلة، يوجد أيضا مقابل التحكيم العادي نظام التحكيم المستعجل أو السريع لمواجهة المنازعات الطارئة والمستعجلة، بما يتضمنه من أحكام تتفق مع فلسفته.

٢) هبة بدر أحمد، مرجع سابق ٢٠٠٩، ص١٤٢.

pre-arbitral والذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس، وذلك بتعيين محكم فردي لمواجهة ظروف الاستعجال باتخاذ تدابير تتخذ بطرق سريعة وملائمة وتنفذ فورا[1].

ويجوز للمحاكم الوطنية في بعض الدول إصدار أوامر و تدابير مستعجلة لتحكيم يقع في خارج الوطن. مثل ما هو منصوص عليه في المادة ٢/٣/ب من قانون التحكيم الانجليزي1996 arbitration act[2] .

والسؤال الذي ثار في ذهننا هو :إذا كان للقاضي الإداري أن يباشر الرقابة على عناصر الشرط المفترض المتمثلة في كون المشروع المقترح مركباً أو في توافر شرط الاستعجال. فهل يجوز للمحكم رقابة شرط الاستعجال؟

في اعتقادنا، طالما أن شرط الاستعجال – كما سبق –طالما أنه شرط لوجود العقد، بمعنى أن عقد الشراكة يكون منعدما أو باطلا حال انتفاء ركن الاستعجال. ولما كان نطاق سلطة المحكم يتقيد بموضوع التحكيم شرطا أو مشارطة. فنحن أمام فرضين :

الأول: إذا كان شرط التحكيم شمل الفصل في المنازعات التي تتعلق بوجود وصحة عقد المشاركة أو كان موضوع اتفاق التحكيم عاما بأن نص على "الفصل في المنازعات الناشئة عن العقد"، فيجوز عندئذ للمحكم أن يراقب شرط الاستعجال ليتسنى الوقوف على مدى وجود العقد أو صحته.

الثاني: إذا لم يشمل اتفاق التحكيم النظر في المنازعات صحة أو وجود العقد، فلا سلطان للمحكم في رقابة شرط الاستعجال. كما لو اقتصرت سلطة المحكم على تفسير العقد أو فسخه دون أن يمتد إلى إبطاله أو انعدامه.

الفرع الثاني

التحكيم متعدد الأطراف والعقود في عقود الشراكة

أولا :الطبيعة المركبة لعقود الشراكة

إن عقد الشراكة بطبيعته عقد مركب[3]، فهو عقد مجمل global contract يشمل التمويل والتصميم والمقاولة والتشغيل والصيانة للبنية الأساسية providing

---

١) هبة بدر أحمد، مرجع سابق، ص١٤٩.

٢) على الموقع الآتي: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996

١٣ الطبيعة المركبة لعقد الشراكة هو ما يفسر لنا أمرين هامين. الأول: بخصوص مشروعات البنية الأساسية في مجال النقل أو مياه الشرب والصرف الصحي وهو ما يستلزم أن تكون

for the financing, design, construction, operation and maintenance of public infrastructure.، وهجين من عدة مشاركين[1] described as a kind of hybrid contract by most practitioners.

والتعقيد أو التركيب قد يكون في شكل عقد واحد مركب، وقد يكون في عقود مركبة لتعدد المهام بسلسلة من العقودles chaines de contrats وحدة الموضوع وقد يكون بمجموعة العقودles groups de contrats يختص كل عقد بمهمة مختلفة وموضوع مختلف.

فإن عقد الشراكة يتضمن عقدا أساسيا the master agreement بين القطاع الحكوميmunicipal government و الكونسرتيوم الخاص private consortium مثلا لتصميم وبناء وتشغيل مشروع ما. الكونسرتيوم سوف ينشئ

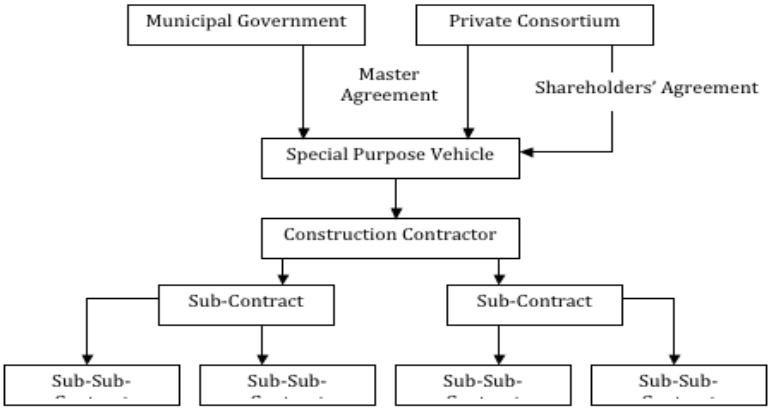
تلك العقود طويلة الأجل للانتهاء من هذه الأعمال وحتى يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يحصل على هامش ربح و ما يغطي ما قام بذله من جهد ونفقات لإقامة المشروع. الثاني: أن الهدف من اللجوء إلى تلك العقود خاصة في الدول النامية التي تعاني من المشاكل الاقتصادية ومالية يكمن في الاستفادة من القطاع الخاص في مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية ذات التكاليف العالية كمشروعات مياه الشرب والصرف والنقل وبخاصة السكك الحديدية.

١) انظر في دراسات تفصيلية لعقد الشراكة :

Philippe Delelis, ''Partenariats public-prive´'', *Jurisclasseur Administratif*, Fasc 671 (2005); F Brenet & F Melleray, *Les contrats de partenariats de l'ordonnance du 17 juin 2004* (Litec, 2005). B Martor and S Thouvenot, ''Le contrat de partenariat: la nouvelle alternative aux modes traditionnels d'achats publics'', *JCP Administration et collectivit´es territoriales*, 5 July 2004, No 28, p. 931; O Debouzy and P Guillot, *Le contrat de partenariat public-priv´e et la r´eforme de l'achat public* (DS, 2005), p. 319; J M Peyrical & D Blondel, ''Contrats de PPPs et montages en boucle: de 'nouveaux' outils pour la pratique'', *JCP Ed Notariale et Immobilière*, 1 April 2005, Nos 13–14, p. 668; B Martor and S Thouvenot, ''Partnership Contracts or the revival of Public-Private Partnerships ''a la française' '', RDAI/IBLJ, No 2, 2004, p. 1111; P Lignières and A Méménémis, ''Débat sur les contrats de partenariat'', Droit Adm, Nov 2004; General study dedicated to the Partnership Contract, *Revue de Droit Bancaire & Financier*, March-April 2005, 58–85; ''Les contrats de partenariats—Principes et méthodes'', available at www.ppp.minefi.gouv.fr.

كيانا جديدا يسمى بـــ" شركة المشروع" أو " شركة ذات الغرض الخاص" Special Purpose Vehicle(SPV) يحكمها عقد منفصل يحدد حقوق والتزامات المساهمين أو الشركاء shareholders' agreement . وتدخل هذه الشركة في تعاقد مثلا مع المقاول الأصلي contractor والأخير يتعاقد مع مقاول من الباطنsub-contractor والأخير يتعاقد مع مقاول آخر من الباطنsub-sub-contractor....وهكذا .

كالرسم الموضح[1]:



إن عقد الشراكة هو عقد غير قابل للتجزئة. وللتدليل على ذلك هو أن كل عقد في المجموعة ضروري ولكنه في نفس الوقت غير كاف بمفرده لتحقيق النتيجة النهائية. كما أن التعقيد قد يكون مسألة واقعية وقد تكون مسألة قانونية، فهو مسألة واقعية لوجود مهام متنوعة تعجز شركة المشروع عن القيام بها بمفردها[2]، وفي ذات الوقت تعجز (الدولة)الإدارة عن الدخول في علاقات قانونية مركبة ومعقدة من أجل تنفيذ المشروع.

1) Resolving disputes in private public partnership agreements, by RitaZhao on December 30, 2010 in Diaz Reus News ,by Carlos F. Gonzalez and Gerardo Rodriguez

http://www.chinalat.com/2010/12/30/resolving-disputes-in-private-public-partnership-agreements/

٢) أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، ص٩١.

وتعد مسألة قانونية من زاوية أخرى وهي أن مشروع الشراكة يتم عبر سلسلة من التعاقدات التي تبرم في إطار العقد الرئيسي بين جهة الإدارة وشركة المشروع، بالإضافة إلى الاستشاري الذي يجري دراسات الجدوى والمقاول الذي يتولى تصميم وإنشاء الأعمال والمهندس الذي يقوم بالإشراف على إنشاء الأعمال ومورد المعدات ومورد الوقود والكهرباء والغاز وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعة البنوك المحلية والإقليمية والدولية التي تقوم بتوفير التمويل اللازم وعقود التأمين بين شركة المشروع وشركات التأمين وعقود الصيانة وغير ذلك. وفي هذا النطاق قد تتعارض المصالح بين هذه الأطراف إلا انه يبقى ضرورة أن تعمل هذه التعاقدات الجانبية والفرعية نحو تحقيق هدف العقد الأصلي وهو مشروع الشراكة الخاص بالبنية الأساسية التحتية. فقد يجري المتعاقد الأصلي في عقد الشراكة عقودا مع متعاقدين من الباطن بخصوص تنفيذ بعض مراحل العقد الذي وقعه مع الإدارة.

لذلك فإن المشرع الفرنسي[1] يلزم الطرفين بإدراج شرط في العقد الأصلي يلزم المتعاقد بإنشاء تأمين يضمن الوفاء للمتعاقد من الباطن بشكل متدرج يرتبط بتنفيذ محل التزامه وفي خلال مدة لا تتجاوز ٤٥ يوما محسوبة من تاريخ تسليم الأعمال.

ولإمكان اللجوء إلى عقد الشراكة في فرنسا فإن التعقيد أو التركيب complexite مفترض في المشروع محل عقد الشراكة، لكي تلجأ الإدارة إلى عقود الشراكة لابد أن تثبت الطابع المركب والإجمالي للمشروع المقترح توقيع العقد بشأنه، وبأن هذا الطابع يحول بين جهة الإدارة وبين أن تحدد مسبقا

1) *L. 1414-12 du CGCT.* Il convient de noter que l'article L. 1414-12 contient des dispositions assez proches dans leur esprit, mais elles ne font référence ni à l'article 1799-1 du Code civil, ni à la loi du 31 décembre 1975. Il est ainsi précisé qu'« en ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ».

الوسائل الفنية التي تساعده على تحديد احتياجاته أو يحول دون تحديد الإطار المالي والقانوني للمشروع[1].

ومثل هذا الوضع يمكن مواجهته في مشروعات البنية الأساسية في مجالات النقل أو شركات المعلوماتية أو المشروعات التي تفترض تمويلا مركبا ومؤسسيا، حيث يصعب تكوين تصور مالي وقانوني للمشروع بصورة مبدئية.

لذلك، ننصح بتحري الدقة في صياغة شروط عقد الشراكة ومنها شرط التحكيم، من حيث استخدام ألفاظ ومصطلحات وصيغ واضحة الدلالة حتى لا ينشب حول دلالتها خلافات أو نزاعات مستقبلية. خاصة أن الأفراد المسئولين عن تطبيق وتنفيذ مشروعات البنية الأساسية لعقود الشراكة طويلة الأجل ليسوا بالضرورة صائغي شروط التعاقد[2].

والجدير بالذكر، أن الطبيعة المركبة لعقود الشراكة هي المبرر للجوء إلى التحكيم في فض المنازعات الناشئة عنها. لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن "طبيعة هذه العقود الإجمالية المركبة وما تضعه على عاتق الإدارة من التزامات كبيرة طوال مدة العقد وطريقة التمويل، تجعل من الضروري النص في العقد على آليات فض المنازعات، منتهيا إلى أن الأمر لم يخالف بصدد هذا الجانب أي مبدأ ذا قيمة دستورية ولم يخرق حدود التفويض الوارد في قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ ويخالف سوى مبدأ عام للقانون يحول بين أشخاص القانون العام وبين اللجوء إلى التحكيم، وهو ما لا يمكن التعويل عليه نظرا لتفويض المشرع للحكومة تفويضا كاملا لإعداد تنظيم متكامل لعقود الشراكة ذات السمة المركبة، وهو ما قد يعد عائقا أمام جعل الاختصاص للقضاء في حل المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذها[3].

---

١) ويرجع أساس اشتراط التركيب في عقد الشراكة إلى المصدر الثاني هو التوجه الأوروبي رقم ce/١٨/٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٣١ مارس ٢٠٠٤ المتعلق بإجراءات إبرام عقود الأشغال العامة والذي استلزام الطبيعة المركبة لإبرامها. وترجم المشرع الفرنسي ذلك واشترط اللجوء إلى عقود الشراكة في حالتين (المشروع مركب أو الاستعجال).

Look at : www.europa.eu.int

٢) منى رمضان، مرجع سابق، ص١٠١.

3) CE,29 octobre 2004, N°269814-271119-271357-271362, M. SUEUR et autres.

ثانيا: التحكيم متعدد الأطراف والعقود فى عقود الشراكة

بادئ ذي بدء يجب أن ننوه إلى أن اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإجمالية أو المعقدة كعقود الشراكة أفضل من اللجوء إلى القضاء الإداري[1]، لأن عقود الشراكة الإجمالية أو المركبة التي تشمل عمليات إنشائية على الدومين العام وما يرتبط بهذه العقود من ملكية للإنشاءات وكذلك من عقود وعلاقات متشابكة، باعتبار أن عقود الشراكة عقود استثمار وتنشأ في رحابها علاقات كثيرة خصوصا مع المؤسسات المالية الوطنية والأجنبية أحيانا، ومما يقتضي ضرورة البحث في التحكيم المركب وليس البسيط و امتداد شرط التحكيم.

كما أن التحكيم في عقود الشراكة له خصوصيته في أن اتفاق الشراكة يخلق، من خلال الفرص المتاحة والطبيعة، العديد من الصراعات خاصة وأنه عقد طويل الأجل الذي يعزز إمكانية التقاضي، وبالإضافة إلى أن الأطراف الذين أبرموا العقد ليسوا بالضرورة هم المنفذين للعقد.

و لما كان عقد الشراكة عقداً معقداً أو مركباً complexe ، وذلك بسبب تعدد المهام الموكلة للشريك الخاص، ودقة توزيع واقتسام المخاطر بين القطاع الخاص والعام، والأثر الكبير لبعض الشروط المالية وعدد من الجهات الفاعلة المعنية.

وكان من الناحية النظرية أن المتعاقد المقابل للشخص العام هو طرف واحد، فمن الناحية العملية هناك غيرهما من الأطراف الرئيسيين في مشروع الشراكة: مساهمو شركة المشروع، ومقرضوه وممولو شركة المشروع[2]. فمن الملائم لها التحكيم لما يتمتع به من مرونة، خاصة التحكيم متعدد الأطراف arbitrage multipartite.

١-التحكيم متعدد الأطراف في عقود الشراكة بالاتفاق ابتداء:

والتحكيم متعدد الأطراف في المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة قد يتم الاتفاق عليه في صورتين :

على الموقع الآتي:

http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=1105.

D Foussard in Rev Arb 2005, p. 134.Gaz Pal of 6 Nov 2004, pp. 12–14 and DA of January 2005 at p. 23.

1) D. Foussard in Rev. Arb. 2005, p. 134.

2) Noël Chahid-Nouraï et Romaric Lazerges; La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, AJDA © Editions Dalloz 2009 p. 1925 .

الصورة الأولى: اتفاق التحكيم متعدد الأطراف الأحادي Single Multiparty Arbitration Agreement ويتم اللجوء إليه حالة العقود متعددة الأطراف مثل المشروع المشترك أو الكونسرتيوم join ventures and consortium agreements ، حيث تلجأ شركة المشروع في عقد الشراكة إلى الدخول في اتفاقات الكونسرتيومConsortium لتوزيع المخاطر بين اتحاد هذه الشركات، ويضم هذا الكونسرتيوم(الاتحاد) مقاولي تشييد وموردي المواد الخام والآلات ومتعهدي تشغيل وصيانة المشروع، وقد يضم مستثمر محلي أو محلي و أجنبي ومؤسسات مالية وطنية أو دولية. ويتم اللجوء إلى اتفاق التحكيم متعدد الأطراف كما عند نشوء نزاع بين طرفين من أعضاء اتحاد الكونسرتيوم، ويطلب باقي الأعضاء التدخل في إجراءات التحكيم بين أطراف عقد الشراكة الأصليين. وقد ينشأ هذا النوع من التحكيم متعدد الأطراف من اتفاق التحكيم المدرج في اتفاق شركة أو مؤسسة، ليلتزم الشركاء جميعهم باتفاق التحكيم.

الصورة الثانية: اتفاقات التحكيم الثنائية المتعددة الموحدة: Several Identical Bilateral Arbitration Agreements، وينشأ بالموافقة على التحكيم في عقود متعددة تتضمن شروط تحكيم موحدة من حيث الخصائص ويحيل كل شرط منهم إلى الآخر ويسمى back-to-back" arbitration agreements، على سبيل المثال أن نكون إزاء اتفاقين تحكيم، الأول الاتفاق على التحكيم في عقد الشراكة الأساسي بين الإدارة والمتعاقد، والثاني اتفاق الأخير مع المتعاقد من الباطن(كالمقاول من الباطن) على التحكيم، مع اتحاد الاتفاقين في مركز التحكيم، ومكانه، والقانون الواجب التطبيق[1]، حيث ينص في اتفاق التحكيم بين المتعاقد والإدارة أنه حالة نشوء أي نزاع يجوز للمتعاقد من الباطن أن ينضم التحكيم، وفي اتفاق التحكيم بين المتعاقد الرئيسي والمتعاقد من

1) For example, a client and a main contractor should agree on an arbitration agreement that would provide for the same arbitration institution, seat of the arbitration, and applicable law as those provided in the arbitration agreement included in the subcontract between the same main contractor and a subcontractor. Stavros Brekoulakis, Multiparty and Multicontract Arbitration.
*www.qfinance.com/.../multiparty-and-multicontract-arbitration.pdf.p.*2.

الباطن ينص على أنه حالة نشوء نزاع بينهما يجوز للإدارة أن تنضم لإجراءات التحكيم[1].

وعلى الرغم من أن نظم التحكيم الوطنية والمؤسسية في معظمها لا تتضمن أحكام التحكيم متعدد الأطراف إلا بشرط موافقة جميع أطراف التحكيم، مثل غرفة التجارة الدولية، والمركز الدولي لفض المنازعات التابع للجمعية الأمريكية للتحكيم، القانون النموذجي الاونسيترال[2].

غير أنه هناك بعض الاستثناءات، أي يجوز اللجوء إلى التحكيم متعدد الأطراف دون وجوب موافقة كل أطراف التحكيم المتعدد، مثل ما تنص عليه أحكام محكمة لندن للتحكيم الدولي، وأحكام مؤسسة التحكيم والوساطة البلجيكية أو كما في سويسرا، ولكنها تتطلب فقط للضم والاشتراك في التحكيم موافقة هيئة التحكيم أو كيان إداري معين[3]. وهذا النهج قد يتبع في المنازعات الناشئة عن عقود المقاولة المركبة[4]، ويمكن القياس عليها بالنسبة لعقود الشراكة.

1) "In case a dispute arises out of the contract between the authority and the contractor, the subcontractor may be joined in the arbitration proceedings."

Moreover, a similar provision should be included in the subcontract between the contractor and subcontractor, providing that: "In case a dispute arises out of the contract between the contractor and the subcontractor, the authority may be jointed in the arbitration proceedings."

2) Rules of the International Chamber of Commerce (ICC) (1998), the International Centre for Dispute Resolution (ICDR) of the American Arbitration Association (AAA) (2008), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (1976), the Stockholm Chamber of Commerce (2007), or the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) (2005).

3) Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA), the Belgian arbitration and mediation organization CEPANI, or the Swiss Rules.

4) AAA Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures (including Procedures for large, complex construction disputes) R-7 (consolidation). Stavros Brekoulakis, Multiparty and Multicontract Arbitration.

على الموقع الآتي:

www.qfinance.com/.../multiparty-and-multicontract-arbitration.pdf

وبالنسبة لقواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ICC ٢٠١٢ تنص المادة ٧ منها على جواز طلب إدخال طرف إضافي إلى التحكيم، ليكتسب مركز الخصم في التحكيم لأنه يشترط تقديم طلب ضده، وذلك للأمانة العامة. ويعد تاريخ استلام الأمانة لطب الإدخال أو " الضم " هو تاريخ بدء التحكيم ضد الطرف الإضافي.

ويجوز طلب ضم الطرف الإضافي حتى تعيين المحكم دون أخذ موافقة جميع أطراف التحكيم على العكس مما لو طلب ضمه بعد تعيين المحكم فيجوز ولكن بعد أخذ موافقة جميع الأطراف بما في ذلك الطرف الإضافي[١].

وأجازت المادة ٨ لأي طرف أن يبدي أي طلبات ضد الطرف الآخر حتى توقيع وثيقة المهمة واعتماد المحكمة لها، ولكن يجوز إبداء طلبات بعد ذلك ولكن بعد أخذ إذن الهيئة أي هيئة التحكيم[٢] .

---

١) تنص المادة ٧ ضم أطراف إضافية من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ٢٠١٢ على أنه:

١ – يتقدم الطرف الذي يرغب في ضم طرف إضافي إلى التحكيم بطلب تحكيم ضد ذلك الطرف الإضافي طلب الضم)« إلى الأمانة العامة .ويكون تاريخ استلام الأمانة العامة لطلب الضم هو تاريخ بدء التحكيم ضد الطرف الإضافي لجميع الأغراض . ويخضع هذا الضم إلى المواد)7 (6 –)3 (6 و .9 ولا يجوز ضم أي طرف إضافي بعد تثبيت أي محكم أو تعيينه، ما لم يتفق جميع الأطراف، بما في ذلك الطرف الإضافي، على غير ذلك. ويجوز للأمانة العامة تحديد أجل لتقديم طلب الضم.

٢ – يجب أن يتضمن طلب الضم المعلومات التالية: أ)الرقم المرجعي لدعوى التحكيم القائمة. ب)اسم كل طرف من الأطراف كاملا ووصفه وعنوانه وبيانات الاتصال به، بما في ذلك الطرف الإضافي، ج)المعلومات المحددة في المادة)3 (4 في الفقرات الفرعية(ج)و(د)و(ه)و(و.) يجوز للطرف المتقدم بطلب الضم أن يقدم مع طلبه أي مستندات أو معلومات أخرى حسبما يراه ملائما أو حسبما تسهم تلك المستندات أو المعلومات في تسوية النزاع بصورة فعالة.

٣ – تنطبق أحكام المواد)4 (4 و)5 (4 ، بحسب الأحوال، على طلب الضم.

٤– يقدم الطرف المنضم الرَد وفقاً لأحكام المواد)4 (5 –)1 (5 ، بحسب الأحوال، ويجوز للطرف الإضافي التقدم بطلبات ضد أي طرف آخر وفقاً لأحكام.

٢) تنص المادة ٩ من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية على أنه " 1– في التحكيم متعدد الأطراف، يجوز لأي طرف التقدم بطلبات ضد أي طرف آخر، مع مراعاة أحكام

وبناء عليه، يجوز للمتعاقد مع الدولة في عقد الشراكة أن يطلب ضم المقاول من الباطن أو الاستشاري أو المورد أو أي من سائر المتعاقدين المنفذين للمشروع إلى التحكيم في عقود الشراكة خروجا على نسبية اتفاق التحكيم التي قد تعد عائقا أمام المتعاقد الأصلي مع الدولة في مساءلة المتعاقد من الباطن.

و تنص المادة٩ من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ٢٠١٢ بالنسبة للتحكيم متعدد العقود على أنه " يجوز إبداء طلبات ناشئة عن أكثر من عقد أو مرتبطة بأكثر من عقد في دعوى تحكيمية واحدة، بغض النظر عما إذا كانت الطلبات مستندة لاتفاق تحكيم أو أكثر وفقاً للقواعد"[١].

نتيجة لذلك، فيجوز في التحكيم في عقود الشراكة إبداء طلبات ناشئة عن العقود المنفذة لمشروع الشراكة (عقد مقاولة، توريد، استشارات، تأمين، صيانة، بناء، تشييد..الخ) في دعوى تحكيمية واحدة، بغض النظر عما إذا كانت الطلبات مستندة لاتفاق تحكيم أو أكثر، منعا لتناقض الأحكام واقتصاداً في الوقت والنفقات والجهد اللازمين لتنفيذ مشروع الشراكة بكفاءة وجودة.

والغرض النهائي من التحكيم متعدد الأطراف واضح يتمثل في منع تعارض أحكام التحكيم واقتصادا في الوقت والنفقات prevent the risk of having conflicting arbitral awards and it would reduce time and cost.، تمشيا مع متطلبات عقود الشراكة وجوهرها.

٢- التحكيم متعدد الأطراف في عقود الشراكة نتيجة امتداد شرط التحكيم:

المواد)7 (6 –)3 (6 و9 ، على أنه لا يجوز تقديم أي طلبات جديدة بعد توقيع وثيقة المهمة واعتماد المحكمة لها دون إذن من هيئة التحكيم وفقاً للمادة.)4 (23

٢ يجب على أي طرف يتقدم بطلبات وفقاً للمادة)1 (8 أن يقدم البيانات المحددة في المادة3 (4 في الفقرات الفرعية(ج)و(د)و(ه)و(و.)

٣ قبل إرسال الأمانة العامة لملف القضية إلى هيئة التحكيم طبقاً للمادة 16 ، تنطبق الأحكام التالية، بحسب الأحوال، على أي طلب يتم التقدم به :المادة)4 (4 الفقرة الفرعية (أ)؛ والمادة)5 (4 ؛ و المادة)1 (5 باستثناء الفقرات الفرعية(أ)و(ب)و(ه)و(و)؛ والمادة)2 (5 ؛ والمادة)3 (5 ؛ والمادة .)4 (5 و فيما بعد، تحدد هيئة التحكيم إجراءات التقدم بالطلبات.

١) مع مراعاة أحكام المواد)7 (6 –)3 (6 و)4 (23 .

يجوز امتداد شرط التحكيم من عقد يتضمنه إلى عقد آخر لا يتضمنه وذلك إذا كان العقدان متصلين. وقد ينتج الارتباط بين عقدين في حالة ما إذا كان العقد الثاني قد ابرم نتيجة الإخلال بالعقد الأول، فيكون بالتالي مكملا له[1].

تضمن كل من قانون التحكيم المصري ١٩٩٤ (م٦) وقانون التحكيم الانجليزي الجديد ١٩٩٦(م٦/٢) نصا متطابقا مع نص المادة ٧ /١ من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدوليunicitral ١٩٨٥ يقضي بأن " يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد". وعلى هذا فإن القانون النموذجي ١٩٨٥، قد قرر عدم مد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود إلى عقد آخر إلا وفق إحالة واضحة من العقد الأخير للعقد الأول يستشف منه اعتبار شرط التحكيم الوارد في العقد الأول جزءا من العقد الثاني.

كما أن القضاء الوطني –المصري والانجليزي والأمريكي– والتحكيمي استقر على عدم مد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود إلى غيره من عقود المجموعة إلا إذا أحال هذا العقد الخالي من شرط التحكيم إلى العقد المشتمل على شرط التحكيم إحالة تدمج هذا وذاك، ولكن تلك دول القضاء مختلفين فيما بينهم في اشتراط الإحالة العامة أو الإحالة الخاصة بشرط التحكيم[2].

وذهب بعض الفقه إلى الاعتماد على فكرة الوحدة الاقتصادية، فهذه العقود تدور حول مصلحة اقتصادية واحدة الأمر الذي من شانه أن يجعل كل طرف من أي من هذه العقود طرفا في العقود الأخرى. لأن من يدخل في هذا التجمع العقدي قد ارتضى ضمنا كل النتائج المترتبة على كل ما أبرم من عقود. فهي عقود أبرمت بهدف تحقيق هدف واحد وهو تنفيذ عملية عقدية واحدة[3].

وقد يستشف ذلك مثلا مما ينص عليه المشرع الفرنسي– وليس المصري– في المادة 12-1414 من التقنين العام للإدارة المحلية من ضرورة أن يتضمن

---

١) حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٩ يوليو ٢٠٠٨ في القضية التحكيمية رقم ٤٥٩ لسنة ٢٠٠٥، مجلة التحكيم العربي العدد ١٣–ديسمبر ٢٠٠٩، ص.٢٤١

٢) عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، ص٦٨–٧٦.

3) B.Teyssie, Les groups des contrats, LGDJ, 1975,No 15.p.8.
J.NERET, Le sous -contrat, LGDJ ,1979,no267.p.199.

عقد الشراكة شرطا يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بمقتضاه عمل تأمين لدى مؤسسة مالية يضمن للمتعاقد من الباطن اقتضاء حقوقه المالية مقابل تنفيذ التزاماته، وذلك خلال مدة تحددها اللائحة[1].

يحدث الامتداد في اتفاق التحكيم الذي ينتج عنه هذا التعدد من وجوه ثلاثة عوامل رئيسية هي: وجود مجموعة شركات أو مجموعة من العقود أو مسئولية الدولة عن تعهدات الوحدات الاقتصادية التابعة لها.

وحكم في قضية تحكيمية بين In Sunny Corner Enterprises Inc v. Dustex Corporationfبأن شرط التحكيم المدرج في العقد الرئيسي لا يمتد إلى العقد من الباطن إلا إذا نص صراحة على ذلك، ولا يكفي أن ينص في العقد من الباطن على أن العقد الرئيسي يعد جزءا لا يتجزأ integral partمن العقد من الباطن[2].

وامتداد شرط التحكيم يختلف عن نقل شرط التحكيم، فالأول قد يترتب عليه توسعة في نطاق اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص بأن يضم أو ينضم الغير إلى أطراف اتفاق التحكيم الأصليين، أما نقل الشرط فلا يترتب عليه توسعة في النطاق الشخص بل حلول طرف محل طرف آخر في اتفاق التحكيم، كما هو الحال عند انتقال شرط التحكيم في عقد الشراكة نتيجة التنازل عن الحقوق الواردة في العقد[3].

1) Article L1414-12 (F): Le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ;

2) an arbitration clause in the main contract will only be incorporated in the subcontract if it is specifically incorporated. It was not sufficient to merely say in the subcontract that the main contract was an “integral”part of the subcontract. Thomas G. Heintzman :arbitration - Construction Agreement - Subcontract: Sunny Corner Enterprises Inc v. Dustex Corporation 2011 NSSC 172.
http://www.constructionlawcanada.com .May 15, 2011

٣) يجوز التنازل عن العقدla cession du contrat بتحويله إلى شخص آخر غير شخص المتعاقد الأصلي، بحيث يحل المتنازل إليه محله في كل حقوقه والتزاماته. وهذا الإجراء يختلف جوهريا عن إجراء التعاقد من الباطن الذي لا يكون إلا جزئيا بصدد بعض الأعمال التي يلتزم بها المتعاقد من الباطن وتنشأ له بمناسبتها حقوق مالية سواء تجاه

وتجد الإشارة في هذا الصدد أن قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ نص في المادة ٢/٣٧ على أنه" *ولا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق التي يرتبها أو الالتزامات الواردة فيه إلا لغرض التمويل وبعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك*".

٣-التحكيم متعدد الأطراف في عقود الشراكة نتيجة الضمConsolidation:

قد يطلب المتعاقد الرئيسي contractorمع جهة الإدارة authority والمتعاقدون من الباطن Sub-Contractors أن يضموا النزاعات الناشئة بينهما إلى المنازعات الناشئة عن العقد الرئيسي (بين المتعاقد و جهة الإدارة) إذا كانت نزاعاتهم تلك تثير ذات المسألةthe same issues are involved. ولكن قد لا يلق ذلك قبولا من جهة الإدارة لما ينطوي ذلك على تعطيل التحكيم في النزاع الأصلي (في العقد الرئيسي) وزيادة في النفقات التي قد تتكبدها الجهة. مع العلم بان جهة الإدارة ليست طرفا في جميع الأحوال في النزاع بين المتعاقد و المتعاقد من الباطن[1].كما أن حكم التحكيم الصادر في النزاع بين جهة الإدارة والمتعاقد لا يلزم المتعاقد من الباطن إلا إذا وافق الأخير على ذلك صراحة[2].

ولنأخذ المثال الأتي من اجل توضيح المقصود بالسؤال : يوجد اتفاق تحكيم بين المقاول من الباطن و المقاول الرئيسي في عقد الشراكة و في نفس الوقت يوجد تحكيم أخر بين المقاول الرئيسي و العميل خاص بنفس المعاملة، فهل

الإدارة كما في عقود الأشغال بشرط إجازة الإدارة له أو تجاه المتعاقد كما هو الحكم في عقود الشراكة وبشرط إخطار المتعاقد الإدارة بهؤلاء مقدما عند إبرام العقد ويكرس ذلك بشرط اتفاقي يدرج عند توقيع ذلك العقد مع الالتزام بتكوين تأمين يضمن للمتعاقدين من الباطن حقوقهم المالية.

ولكن التنازل يستلزم تصريح من الإدارة ولكن سلطتها في إعطاء التصريح مقيدة بأن تتيقن أن المتنازل إليه يملك الكفاءة الفنية والمالية لضمان تنفيذ جيد للعقد والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراد وتحقيق المساواة بين المنتفعين طاجن، مرجع سابق، ص ١٦٧.

1) 28.1.3 Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury
www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf

2) Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury28.3.2

يجوز هنا لأحد الأطراف في المثال السابق أن يطلب ضم تلك دعاوى التحكيم المرتبطة حتى تنظرها هيئة تحكيم واحدة؟

إن الفرض السابق يعرض أحد احتمالات وجود تحكيم متعدد الأطراف عند ضم الدعاوى المرتبطة بين عدة أطراف، ولكن في الحقيقة يصطدم هذا الفرض بالطابع الاتفاقي الذي يغلب ويسيطر على التحكيم بل يكاد يكون السمة المميزة للتحكيم عن القضاء، وفلا يجوز ضم الدعاوى المرتبطة و التي تنظر أمام هيئات تحكيم مختلفة إلا باتفاق جميع الأطراف على الضم واللجوء لهيئة تحكيم واحدة وهنا فقط قد يتحقق التحكيم متعدد الأطراف، فهيئه التحكيم أيضا لا تملك أيضا الضم للدعاوى المرتبطة من تلقاء نفسها .

و بهذا نصل بشأن مدى تحقق التحكيم متعدد الأطراف عن طريق الضم للدعاوى المرتبطة إلى الحقائق الآتية:

أولا : في خصوص الضم للطلبات و المسائل المرتبطة بين نفس الأطراف الذين ابرموا اتفاق التحكيم ،لا يكون ذلك إلا بناء على اتفاق الأطراف أو تفويضهم الصريح لهيئة التحكيم للقيام بذلك .و هنا لا يتحقق بالطبع التحكيم متعدد الأطراف لأنه لا يتم إدخال إي خصم جديد في دعوى التحكيم ،حيث تظل الخصومة بعد الضم للمسائل المرتبطة بين نفس الخصوم.

ثانيا : في خصوص الضم للدعاوى المرتبطة والمنظورة أمام هيئات تحكيم مختلفة بين عدة أطراف، لا يتصور الضم إلا باتفاق جميع الأطراف على ذلك، و هنا يجب إبرام اتفاق تحكيم مكتوب من جديد وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً.

أما بالنسبة لقواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ٢٠١٢ تنص المادة ١٠ من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ٢٠١٢ على أنه " يجوز للمحكمة، بناءً على طلب أيٍ من الأطراف، ضم دعويين تحكيم أو أكثر من الدعاوى الجارية وفقا للقواعد في دعوى تحكيمية واحدة، وذلك:

أ) إذا اتفق الأطراف على الضم، أو

ب) إذا كانت كل الطلبات الملتمسة في دعاوى التحكيم مستندة إلى ذات اتفاق التحكيم، أو

ج) في الحالة التي تستند فيها الطلبات الملتمسة في دعاوى التحكيم إلى أكثر من اتفاق تحكيم، وكانت دعاوى التحكيم مقامة بين ذات الأطراف، وكانت النزاعات المثارة في الدعاوى قد نشأت بخصوص ذات العلاقة القانونية، ووجدت المحكمة أن اتفاقات التحكيم متلائمة فيما بينها.

وعند النظر في ضم الدعاوى، يجوز للمحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار أي ظروف تراها ذات صلة، بما في ذلك ما إذا كان قد تم تثبيت أو تعيين محكم واحد أو أكثر في أكثر من دعوى من الدعاوى التحكيمية؛ وفي هذه الحالة تنظر المحكمة ما إذا كان قد تم تثبيت أو تعيين نفس الأشخاص أو أشخاص مختلفين كمحكمين. وفي حالة تقرير الضم، يتم ضم الدعاوى إلى الدعوى التي تم تقديمها أولاً، ما لم يتفق كافة الأطراف على غير ذلك.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، فإن قانون الإجراءات المدنية في ولاية كاليفورنيا يهدف لتركيز الخصومة و لتوحيد الإجراءات بشكل واضح unification of procedures و ملحوظ، نص صراحة على كيفية الضم للدعاوى المرتبطة وإجراءاته أيضا في خصوص التحكيم، وذلك طبقا للمادة ١٢٩٧ الفقرة (٢٧٢)و التي تعالج كيفيه تدخل المحكمة عند الضم لدعاوى التحكيم المرتبطة في حالة وجود اتفاق بين الأطراف على الضم و لكن يختلفوا وهم بصدد تنفيذ هذا الاتفاق فنجد أن المادة سالفة الذكر تعرض لفرضين:-

الفرض الأول :- قد يتفق الأطراف في أكثر من اتفاق تحكيم على ضم إجراءات التحكيم المنفصلة أمام هيئة تحكيم واحدة لتنظر النزاع، و لا تظهر أي خلافات بشان إتمام إجراءات الضم، وهذا الفرض لا يثير أي مشاكل و بالتالي قد تحقق فكرة التحكيم متعدد الأطراف عن طريق اتفاق الأطراف، و لقد ذكرنا فيما سبق بجواز حدوث ذلك طبقا لقانون التحكيم المصري .

الفرض الثاني:- وهو عندما يتفق الأطراف على الضم و لكن على الرغم من ذلك يختلفوا و هم بصدد تنفيذ الاتفاق على الضم ,قد يقوم أحد الأطراف في هذه الاتفاقيات للتحكيم و التي قد تكون اثنين أو أكثر ،بتقديم طلب إلي المحكمة العليا superior court وبموافقة و قبول كل الأطراف في هذه الاتفاقيات حتى تقوم المحكمة بإتمام إجراءات الضم بسب اختلاف الأطراف بشأنها with consent to all the parties in those arbitration agreement و بناء على هذا الطلب قد تقوم المحكمة بأمر أو أكثر من الأمور الآتية:

١- أن تأمر المحكمة بضم إجراءات التحكيم أمام جهة واحدة، إذا رأت أن هذا الإجراء بالضم للدعاوى التحكيمية ضروري ولازم لحل تلك النزاعات المختلفة من حيث الأطراف و لكن مرتبطة من حيث موضوعها.

٢- إذا لم يوافق كل الأطراف على كيفيه اختيار هيئه تحكيم واحدة لنظر التحكيم بعد الموافقة على الضم للدعاوى، تقوم المحكمة العليا باختيار هيئة التحكيم وفقاً للقواعد الواردة في المادة ١٢٩٧ الفقرة ١١٨[١].

٣- أن تأمر المحكمة بما تراه ضروري من أجل إتمام إجراءات الضم إذا اختلفت الأطراف بشأن تلك الإجراءات.

ولقد أعقب المشرع الأمريكي النص السالف بفقرة تاليه هي الفقرة (٢٧٣) من نفس المادة (١٢٩٧) و التي تؤكد على حرية الأطراف في اتفاقين أو أكثر من اتفاقات التحكيم أن يتفقوا على كيفيه ضم الدعاوى التحكيمية المختلفة دون أدنى قيد أو شرط في هذا الصدد على إرادة الأطراف، وذلك يؤكد على مدى رغبه المشرع في توحيد إجراءات التحكيم حتى ينظر النزاع أمام هيئه تحكيم واحدة .

إذا كان المشرع قد نظم في المادة السابقة كيفيه تدخل المحكمة المختصة لتنظيم إجراءات الضم عندما يوافق الأطراف على الضم للدعاوى المرتبطة أمام التحكيم، و لكن يختلفوا و هم بصدد تنفيذ الاتفاق، فانه لم يكتف بذلك حيث نص المشرع أيضا في المادة (١٢٨١) الفقرة (٣) على الأحوال التي يجوز فيه للمحكمة أن تأمر بالضم على الرغم من عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف :

فطبقاً للمادة سالفة الذكر يجوز لأي طرف في اتفاق التحكيم أن يقدم طلب كتابي إلى المحكمة من أجل الضم consolidation لإجراءات التحكيم المنفصلة separate arbitration proceedings وللمحكمة السلطة في هذه الحالة أن تأمر بالضم في الأحوال الآتية:-

١- إذا كانت هناك إجراءات أو اتفاقيات التحكيم المنفصلة توجد بين نفس الخصوم exist between the same parties

٢- إذا كانت هناك إجراءات واتفاقيات التحكيم المنفصلة توجد بين أحد الأطراف في اتفاق التحكيم وطرف ثالث Third party ولكن:

---

(١) و تلك المادة تقابل المادة (١٧) من قانون التحكيم المصري ، والتي تبين كيفية تشكيل هيئه التحكيم بواسطة المحكمة المختصة .

(أ)– تكون المنازعات series of related transactions ناشئة عن نفس العلاقات أو سلسله من المعاملات المرتبطة .

(ب)…….

أما في فرنسا فيجوز قضاء الضم ولكن بإرادة الأطراف جميعهم، وبالتالي لا يوجد ما يسمي بالضم الإجباري[1]، وفي قانون المرافعات الهولندي تنص المادة ١٠٤٦ على أن الضم الإجباري يكون بأمر من رئيس محكمة District في أمستردام .

---

١) القانون المصري هو الواجب التطبيق على عقود الشراكة وفقا لقانون المشاركة ٢٠١٠:
بموجب عقد تم توقيعه في ١٩٨٨/٦/١٦ بين كل من شركة كرومالوي Chromalloy وهي شركة أمريكية، وهيئة تسليح القوات الجوية المرفوعة التابعة لوزارة الدفاع المصرية، تعهدت الشركة الأمريكية بتقديم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات هليكوبتر. ونظرا لعدم وفاء الشركة الأمريكية لالتزاماتها، أنهى الطرف المصري العقد وقام بصرف خطابات الضمان المقدمة من الشركة الأمريكية.، لذا لجأت الشركة الأمريكية إلى التحكيم. حكمت محكمة التحكيم لصالح الطرف الأمريكي بأن يدفع الطرف المصري له تعويضا يتجاوز ١٧ مليون دولار. طعن الطرف المصري على هذا الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة بناء على عدة أسباب ما يهم منها استبعاد حكم التحكيم للقانون الواجب التطبيق وبجلسة ١٩٩٥/١٢/٥ أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكما ببطلان حكم التحكيم ومن أسباب حكمها انه:

"إذا كان الثابت أن العقد عقد إداري مبرم مع مرفق عام لتوريد مهام وخدمات متعلقة بتسييره وتنظيمه وتضمن العقد أن الإدارة أظهرت نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر بما تضمنه العقد من حق جهة الإدارة في توقيع جزاءات مالية في بعض الحالات وسلطتها في إنهاء التعاقد في حالات معينة بإرادتها المنفردة بمجرد إخطار بخطاب مسجل وهي شروط استثنائية غير مألوفة بمنأى عن القانون الخاص، فإذا تضمن ذلك العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق– بمعرفة هيئة التحكيم– هو القانون المصري فإن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الإداري المصري فإذا أعمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق في العقد على إعمال أحكامه بما تتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة ٥٣ في فقرتها الأولى بند(د) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنفة البيان". *أليس هذا خطأ في تطبيق القانون؟؟*

وتطبيق أحكام القانون المدني المصري على العقد الإداري المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الأمريكية لا يعد مجرد خطأ في القانون بل هو عدم تطبيق للقانون المختار من أصله، وهو ما يتحقق به مخالفة نص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري. علاوة على أنه إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ليحكم هذا العقد، فإن المحكم يتقيد بما يتضمنه هذا القانون من معايير لإعمال الأنظمة القانونية المختلفة التي يتضمنها هذا القانون. وبهذه المثابة تكون هيئة التحكيم لم تخطئ في تطبيق القانون فقط بل وتجاوزت أيضا حدود المهمة المنوط بها القيام بها، وسبب مستقل تعرفه الكثير من الأنظمة القانونية المنظمة للتحكيم ومن بينها القانون الفرنسي. محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، ص.١٥٨.

المطلب الثاني
خصوصية التحكيم في عقود الشراكة من حيث الشكل والقانون الواجب التطبيق

لم يكن للتحكيم في عقود الشراكة خصوصياته من حيث التحكيم المستعجل، بمواعيده وسلطات المحكم فيه، ومن حيث التحكيم متعدد الأطراف أو العقود فحسب، بل للتحكيم خصوصياته أيضا من حيث الشكل(فرع أول)، ومن حيث القانون الواجب التطبيق(فرع ثان)، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول
خصوصية التحكيم في عقود الشراكة من حيث الشكل

أثناء تتبعنا لقوانين الشراكة في معظم الدول[1]، وجدنا أن للتحكيم في عقود الشراكة خصوصية من حيث الشكل في موافقة جهات معينة على اللجوء إلى التحكيم و الاستمرار في تشغيل مشروع الشراكة رغم نشوء النزاع التحكيمي و مكان التحكيم ولغة التحكيم.

أولا: موافقة جهات معينة على اللجوء إلى التحكيم في عقود المشاركة وفق القانون المصري:

١- اشتراط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة في التحكيم في عقود الشراكة:

المقرر وفقا للمادة ٣٥ من قانون المشاركة المصري 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 طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

والملاحظ من النص أن نطاق التطبيق الحتمي للقانون المصري هو عقد الشراكة وما ينشأ عنه من منازعات. أي لا يجوز الاتفاق على تطبيق غير القانون المصري على عقود الشراكة. ولما كان شرط التحكيم يستقل عن العقد الأصلي تطبيقا لمبدأ استقلال شرط التحكيم، فإن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يختلف عن القانون المنطبق على إجراءات التحكيم.

---

١) انظر ما سبق ٦٤.

لذلك، يجوز في التحكيم التجاري الدولي للأطراف اختيار القانون المطبق على التحكيم، وليس على موضوع النزاع، غير قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. ولكن في جميع الأحوال يجب التقيد بأحكام التحكيم الخاصة الواردة في قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

وفي اعتقادنا، إن الجهة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم هي اللجنة العليا لشئون المشاركة أيا من كان تكييف عقد الشراكة عقداً إداريا كان أم غير إداري[١]، وتبيان ذلك في الاحتمالين الآتيين:

الاحتمال الأول: تكييف عقد الشراكة أنه عقد غير إداري(عقد إدارة مدني أو استثمار أو عقد تجاري دولي)

فالمقرر وفقا للمادة ٣٥ من قانون المشاركة المصري 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 طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

وتُشكل لجنة عليا لشئون المشاركة–طبقا للمادة ١٤ من قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠– 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. ولرئيس مجلس الوزراء ضم من يراه من الوزراء المعنيين إلى عضوية هذه اللجنة. وينضم لعضوية اللجنة الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند النظر في المشروع واعتماده. ويصدر بتشكيل اللجنة وبنظام العمل فيها قرار من رئيس مجلس الوزراء، بناء على اقتراح الوزير المختص بالشئون المالية".

١) ذهبنا إلى أنه يجب تكييف كل عقد من عقود الشراكة على حده للوقوف على طبيعته الإدارية أو غير الإدارية. راجع ما سبق ص ٥٣ .

وبناء على ما تقدم، فيشترط للجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة، وأظن أن الحكمة من ذلك لا ترجع إلى الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة، وإنما ترجع إلى أهمية وخطورة موضوع عقد الشراكة وغايته، حيث انه يرد على البنية الأساسية التحتية والمرافق العامة، وغايته تشغيل واستغلال وإدارة وصيانة المرفق بأعلى مستويات الجودة والكفاءة.

الاحتمال الثاني: تكييف عقد الشراكة على أنه عقد إداري

فالمقرر قانونا وفق المادة الأولى من قانون التحكيم المصري "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 القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر, أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

والتساؤل الذي نطرحه هنا هل يشترط للجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة، أم يكتفى بموافقة الوزير المختص تطبيقا للمادة الأولى من قانون التحكيم حال اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟

بادئ ذي بدء فإن أحكام قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تعد أحكاما عاما بالنسبة إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، أما أحكام التحكيم الواردة في قانون المشاركة فهي أحكام خاصة بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة. والخاص يقيد العام، فالأحكام الخاصة في قانون المشاركة تقيد الأحكام العامة في قانون التحكيم المصري.

نتيجة لما تقدم، فإنه يشترط للاتفاق على التحكيم في عقود الشراكة موافقة اللجنة المشار إليها في المادة ١٤ من قانون المشاركة[١]، ولا يكتفى موافقة الوزير

١) "تُشكل لجنة عليا لشئون المشاركة، برئاسة رئيس مجلس الوزراء، وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية، والاستثمار، والتنمية الاقتصادية، والشئون القانونية، والإسكان

المختص وحده. خصوصا وأن المادة ١٤ /٣ من قانون المشاركة تنص على أنه "تُشكل لجنة عليا لشئون المشاركة،...وينضم لعضوية اللجنة *الوزير المختص* بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند النظر في المشروع واعتماده....".

٢-مدى جواز التحكيم في المفاوضات التي تسبق إبرام عقد الشراكة نهائيا واشتراط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة؟

من المقرر وفق قانون المشاركة المصري أنه تجرى مفاوضات قبل إبرام عقد الشراكة بين الجهة الإدارية والمستثمرين، حيث تنص المادة ٢١ من قانون المشاركة المصري على أنه " للجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة، أن تدعو إلى عقد لقاءات واجتماعات تمهيدية خاصة مع المستثمرين المؤهلين لمناقشة الأمور المتعلقة بمواصفات المشروع وشروطه التمهيدية، على أن تتاح كافة الاستفسارات والإجابات عليها لجميع المستثمرين المؤهلين ... ". كما تنص المادة ٣١ من قانون المشاركة تنص على أنه " يجوز أن تجرى مفاوضات مع صاحب العطاء الفائز في شأن بعض الإيضاحات والتفصيلات الخاصة بالاشتراطات الفنية والمالية،... ".

ولما كانت المادة ١٠ من قانون التحكيم المصري تنص على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".

ومفاد النص أنه يجوز لأطراف العقد المراد إبرامه في المستقبل والذي لم يستوف عناصره الاتفاق على تسوية ما عسى أن ينشب بينهما من منازعات في الفترة السابقة على اكتمال التعاقد بطريق التحكيم، وذلك سواء اصطبغت المرحلة التحضيرية أو التمهيدية للعقد النهائي بالصبغة العقدية أو لم تصطبغ.

والمرافق، والنقل، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة. ويتولى الوزير المختص بالشئون المالية رئاسة اللجنة في حالة غياب رئيس مجلس الوزراء. ولرئيس مجلس الوزراء ضم من يراه من الوزراء المعنيين إلى عضوية هذه اللجنة. وينضم لعضوية اللجنة الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند النظر في المشروع واعتماده. ويصدر بتشكيل اللجنة وبنظام العمل فيها قرار من رئيس مجلس الوزراء، بناء على اقتراح الوزير المختص بالشئون المالية".

لذلك، فإن عدم اكتمال عقد الشراكة بصفة نهائية لا يمنع من حصول اتفاقات ومفاوضات ممهدة لإبرامه يمكن أن تتضمن اتفاقا على التحكيم في المنازعات الناشئة عن تلك المفاوضات. ومن المتصور والصحيح أن يندرج شرط التحكيم في الاتفاقات الممهدة لإبرام العقد النهائي[1].

وطالما أن المادة ٣٥ من قانون المشاركة المصري تنص 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 طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة". مما مفاده أن نطاق اشتراط موافقة اللجنة العليا هو التحكيم في عقد شراكة نهائي. وعليه، فلا محل للقول بوجود عقد شراكة نهائي احتوى على شرط تحكيم، وبالتالي فلا يشترط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة عملا بالمادة ٣٥ سالفة الذكر[2].

---

١) أحمد شرف الدين ، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره، ص٨٤.

٢) وقضت المحكمة الإدارية العليا، في أحد أحكامها بما يقارب ذلك المعنى، بأن "من حيث إن العقد موضوع المنازعة الماثلة وهو من العقود الإدارية باعتباره من عقود التزام المرافق العامة أو التزام الأشغال العامة والذي شرعت الجهة الإدارية باتخاذ إجراءاته وفقا لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات أراضي النزول، والذي حددت المادة الأولى منه القواعد والإجراءات التي يتعين إتباعها لاختيار الملتزم، ثم نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص، فكل ما يسبق صدور هذا القرار يعد من الأعمال أو الإجراءات التحضيرية لعقد الالتزام الذي لا تكتمل عناصره إلا بقرار مجلس الوزراء المشار إليه. ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن عملية التعاقد على إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر لم يصدر بها قرار من مجلس الوزراء، ولم يصل الأمر إلى حد أن يعرض الوزير المختص ذلك على مجلس الوزراء، فمن ثم فلا نكون بصدد عقد التزام مكتمل الأركان، بل بصدد أعمال تحضيرية لهذا التعاقد (حتى ولو احتوت على شرط التحكيم (ألفتها جهة الإدارية وعليه فلا محل للقول بوجود عقد إداري احتوى على شرط التحكيم بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧. ولا ينال من ذلك ما قيل عن موافقة السيد وزير الطيران المدني على سلوك طريق التحكيم بكتاب سيادته رقم ٣١٧٦ في ٢٠٠٤/٥/٣٠ الموجه إلى المركز الإقليمي

و في اعتقادنا لا محاجة بأن اشتراط موافقة اللجنة عملا بالمادة ٣٥ من قانون المشاركة- أو على الأقل موافقة الوزير المختص عملا بالمادة ١ من قانون التحكيم[1]- على اتفاق التحكيم في مرحلة ما قبل إبرام عقد الشراكة نهائيا يتفق مع فلسفة المشرع وحكمته من ضمان عدم إساءة آلية التحكيم في عقود الشراكة لخطورتها وحصر مسئوليتها في اللجنة، لأن في اشتراط موافقة جهة معينة(لجنة أو وزير) لصحة اتفاق التحكيم خروجاً واستثناءً على سلطان الإرادة في التحكيم لا يُتوسع في تفسيره أو نطاقه ولا يُقاس عليه.

٣- مدى جواز التفويض في الموافقة على التحكيم في عقود الشراكة:

إن قانون المشاركة -على عكس قانون التحكيم المصري- لم ينص على عدم جواز التفويض في موافقة اللجنة على التحكيم في عقود الشراكة. إلا أنه- في اعتقادنا -لا يجوز التفويض في قرار اللجنة العليا لشئون المشاركة قياسا على النص الوارد في قانون التحكيم المصري لاتحاد العلة وهي ضمان عدم إساءة آلية التحكيم في العقود الإدارية عامة وفي عقود الشراكة خاصة وحصر مسئوليتها في اللجنة.

لما سبق، فإنه لا يجوز لا للوزير المختص -كعضو في اللجنة- أو للجنة كاملةً تفويض اختصاصها في الموافقة على التحكيم في عقود الشراكة، وإلا كان هذا التفويض باطلا[2].

للتحكيم التجاري الدولي لأن الثابت أنه لم يوضع تحت نظر السيد وزير الطيران المدني الحقائق القانونية للعملية التعاقدية التي لم تصل إلى حد التعاقد ليكون على بينة من أمره عند اتخاذ القرار بالموافقة على سلوك طريق التحكيم، وبالتالي فتكون موافقته هذه باطلة لورودها على غير محل لعدم وجود أي تعاقد، بل إجراءات تحضيرية" .

(الطعن رقم ١٧٢٥٤ - لسنـــــة ٥٢ – تاريخ الجلسة ١٩\٠٣\٢٠٠٧ - مكتب فني ٥٢ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٥٥٣).

١) باعتبار أن المفاوضات – إن كانت ذات طبيعة العقدية- عقود إدارية، فتدخل في نطاق تطبيق المادة ٢ من قانون التحكيم وبالتالي فلابد من موافقة الوزير المختص في مفاوضات عقود الشراكة. بالإضافة إلى أن النطاق الموضوعي للمادة ١ من قانون التحكيم المصري تبدأ من مرحلة إبرام العقد الإداري(وليست المرحلة السابقة عليه) ، وتنفيذه والآثار المترتبة عليه. جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية،طبعة أولى،١٩٩٧، ص.٩٣.

٢) منى رمضان، مرجع سابق، ص.٢٥٥.

٤ – الجزاء المترتب على عدم الموافقة من اللجنة العليا على التحكيم في عقود الشراكة:

يرى البعض أنه إذا لم تكن هناك موافقة من اللجنة العليا لشئون المشاركة على اتفاق التحكيم في عقد المشاركة كان هذا الاتفاق باطلا قياسا على اشتراط موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية[١].

ولكن ذهبت بعض الأحكام الصادرة من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي إلى أن النص في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من ضرورة موافقة الوزير على شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية هو إجراء يقع استيفائه على عاتق الجهة الإدارية وحدها، بحيث يتعذر ترتيب البطلان كجزاء على عدم حصولها على هذه الموافقة[٢].

---

١) حسام الدين الاهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة القضاة السنة الحادية والثلاثون، العددان الأول والثاني، يناير ١٩٩٩، ص٩١.
كما قضت محكمة القضاء الإداري بان الخطاب التشريعي في النص الذي يستوجب موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم موجه إلى طرفي التعاقد وبالتالي يقع عليهما معا التأكد من تحقق الموافقة، ورتبت المحكمة على تخلف موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم بطلانه بطلان مطلقا بحيث لا يكون له أثر على الاختصاص الأصيل للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار في الدعوى رقم ١١٤٩٢ لسنة ٦٥ قضائية حيث صدر الحكم بتاريخ ٢٠١١/٥/٧ ببطلان عقد بيع ٩٠% من أسهم شركة عمر أفندي وببطلان شرط التحكيم الوارد بهذا العقد). بينما اعتبر البعض أن شرط موافقة الوزير على شرط التحكيم هو شرط لنفاذ اتفاق التحكيم، تخلفه لا يمنع من صحته وإمكان ترتيب آثاره إذا أجازه الوزير في تاريخ لاحق. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره، الطبعة الثانية، ٢٠١١، ص٦٦-٦٧.
كل ذلك، مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري من أنه" يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه, إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

٢) حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٥ نوفمبر ٢٠٠٩ في القضية التحكيمية رقم ٥٥٣ لسنة ٢٠٠٧. وحكم التحكيم الصادر بتاريخ ١٢ سبتمبر ٢٠٠٩ في القضية التحكيمية رقم ٥٦٧ لسنة ٢٠٠٨. مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث عشر – ديسمبر ٢٠٠٩ص٢٣٧. عكس ذلك حيث قضي ببطلان اتفاق التحكيم حالة عدم توافر الصفة القانونية فيمن يوقع على هذا

ويضيف البعض [1]بأن ضابط موافقة جهة معينة مع عدم جواز التفويض شرط جائر يفقد الإباحة التشريعية بجواز التحكيم في العقود الإدارية من مضمونها بحسبان أن اللجوء إلى التحكيم بات مكنة ترتهن بمشيئة الإدارة المتعاقدة وهو ما يضع المتعاقدان على قدم المساواة، كما أن تسئ الجهة استعمال هذه السلطة وتنحرف بالسلطة التقديرية الممنوحة لها.

والجدير بالذكر هنا، أنه في حالة ما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً بأن انطوى عقد الشراكة على مصالح التجارة الدولية، فإن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا من كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به في إطار العقود الوطنية، ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة *بالنظام العام الدولي*، والذي يحظر، على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقا[2].

ويمكن أن يدفع المستثمر الأجنبي مع الدولة المتعاقدة بـــالـــ "Estoppel"[3]، وهو مبدأ يقابل ما تنص عليه المادة ١٠٠ من الأحكام العدلية من أنه "كل من سعى إلى نقض ما تم على يديه، فسعيه مردود عليه". ويعني ذلك أنه لا يجوز للدولة أن تنقض ما تم على يديها (اتفاق التحكيم) والتنصل منه بناء على الحظر أو القيود الواردة في القوانين الوطنية.

الاتفاق. القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٩ مايو ٢٠٠٣، منشور ملخصه في العدد الخاص باليوبيل الفضي للمركز(نشرة أنباء) يناير ٢٠٠٤ ص.٧

١) محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠، ص١١٣-١١٤.

2) C.Appel de paris, 13 juin 1996, Clunet 1997,P.151 et s note E.Loquin, rev.arab.1997,p.251 note E. Gaillard.

سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية،١٩٨٤، بند١٨١،ص٣٢٨.

انظر : حفيظة السيد الحداد-الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق-مرجع سابق-ص٢٣ومابعدها.

٣) أنظر في التعريف بمبدأ الـــ "Estoppel" : حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، سنة ٢٠٠٨،ص.٧٩٦

ثانيا: الاستمرار في تشغيل مشروع الشراكة رغم نشوء النزاع التحكيمي:

إن أطراف عقد الشراكة – أيا كان (إداريا أو غير إداريا)– يلتزمون بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة من هذا العقد رغم اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة بينهم.

فلا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية و لا المتعاقدين من الباطن أن يوقفوا Down tools أعمالهم لنشوء نزاع تحكيمي، بل عليهم الاستمرار في تشغيل المرفق العام وفقا لما اتفق عليه في عقد الشراكة. وإن كانت أعمال البناء التي يجب أن يستمر فيها المتعاقد تستلزم إعادة بنائها إذا تم حسم النزاع التحكيمي لصالح الأخير[1].

وبالنسبة للأساس القانوني لهذا الالتزام، يرى البعض[2] أن أساس هذا الالتزام يكمن في تطبيق نص المادة ٤٢ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

وفي اعتقادنا أن هذا الأساس يخالف صريح المادة الأولى إصدار من قانون المشاركة الذي أوضح نطاق تطبيقه وأستبعد صراحة تطبيق أحكام قانون المناقصات والمزايدات، وهو الأمر الذي جعلنا نميل إلى اعتبار عقد الشراكة ليس عقداً إدارياً، حيث تنص المادة الأولى من مواد الإصدار على انه " تسري أحكام القانون المرافق على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها والتي تبرمها الجهات الإدارية، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها. ولا تسري على هذه العقود 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".

---

١) أنظر ما سيلي ١٦٩،أحكام النموذج الانجليزي لشرط التحكيم في عقد الشراكة PFI/PPP ملحق(١) .

٢) منى رمضان ، مرجع سابق، ص.٢٥٥

وأساس هذا الالتزام هو محل عقد الشراكة، فهو عقد يرد على البنية الأساسية والخدمات العامة والمرافق العامة، الذي ينطبق عليه مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد. وفي رأينا أن هذا المبدأ الأخير لا يرتبط تطبيقه بكون عقد الشراكة عقداً إدارياً بقدر ما يرتبط بوجود مرفق عام يراد تشغيله وإدارته واستغلاله وصيانته أيا كان طبيعة العقد الذي يحتضنه.

والأساس المتقدم محل رأينا السابق يصلح أيضا لتأسيس قاعدة عدم جواز التنفيذ على الأموال اللازمة لتنفيذ عقود الشراكة. حيث تنص المادة ١١ من قانون المشاركة المصري على أنه " لا يجوز الحجز أو اتخاذ أية إجراءات تنفيذ على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لتنفيذ عقد المشاركة وتشغيل المشروع أو استغلاله".

ثالثا: مكان التحكيم في عقود الشراكة:

امتداداً لمرونة التحكيم عموما، فالقواعد العامة في التحكيم تقضي بأنه يجوز للأطراف الاتفاق على مكان معين يجرى فيه التحكيم، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة سواء على مستوى النظم الوطنية أو الدولية. ولكن إذا لم يتفق الخصوم على مكان معين يجرى في التحكيم، فبعض النظم[1] خولت للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة تحديد المكان مع مراعاة ظروف الدعوى التحكيمية، والبعض الآخر من النظم والاتفاقات الدولية حددت مكان معين يجرى فيه. مثال: نظام مركز تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار المقرر باتفاقية واشنطن ١٩٦٦ حيث تنص المادة ٦٢ منه على أن التحكيم بحسب الأصل يجري في مقر المركز.

ولا يعني لجوء الأطراف إلى مؤسسات التحكيم الدولية بالضرورة سلب حريتهم في الاتفاق على مكان التحكيم. كما هو الشأن في المادة ١٢ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس.

وغني عن البيان، أن اختيار مكان التحكيم الدولي قد يعني –في آن واحد–

١) قانون التحكيم المصري المادة ٢٨ والمادة ١/١٧٩ من القانون الكويتي والمادة ٢٠ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة ١٩٨٥.والمادة ١٨ في قواعد الاونسيترال معدلة في ٢٠١٠.

اختيار اللغة التي يجري بها هذا التحكيم[1].

وقانون المشاركة المصري اخضع تحديد مكان التحكيم في عقود الشراكة لسلطان الإرادة واتفاق الأطراف، وهذا هو الأصل في التحكيم، حيث تنص المادة ٣٥ من قانون المشاركة 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 طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

غير انه نظرا لأهمية عقود الشراكة وطابعها الخاص وعناصرها الشخصية(الدولة طرف فيها) والموضوعية(المرفق العام والبنية الأساسية)، فإن بعض قوانين الشراكة عندما أجازت التحكيم اشترطت أن يكون مكان أو مقر التحكيم في الدولة المتعاقدة، فربطت بين مكان التحكيم ومكان تنفيذ مشروع عقد الشراكة.

كما هو الحال في عقود الشركة الانجليزية PFI/PPP حيث يجب أن يجرى التحكيم في لندن[2]. في قانون الشراكة البرازيلي الفيدرالي في ديسمبر ٢٠٠٤ رقم ١١.٠٧٩، حيث استلزم أن يجري التحكيم في البرازيل وإلا كان باطلا.

ونرى بأن العلة من اشتراط تلك القوانين الداخلية أن يكون التحكيم في عقود الشراكة في الدولة المتعاقدة (كانجلترا أو البرازيل) هي أهمية مكان التحكيم حيث على أساسه يتم تحديد مكان صدور حكم التحكيم، ويتحدد ما إذا كان وطنيا أم أجنبيا، وهي مسألة هامة بالنسبة لصحة الحكم إذ أن التحكيم الذي يجري في الخارج مخالفة للقانون يعرض الحكم للبطلان. كما أن تحديد مكان التحكيم له أهميته بالنسبة لتحديد المحاكم ذات الولاية بالنسبة لبعض مسائل التحكيم، وبالنسبة للمحكمة المختصة بمراجعة حكم التحكيم، وبالنسبة لتنفيذه[3].

---

١) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، الكويت، سنة ١٩٩٦،ص٢٩٣.

2) 28(M) Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf. p233-239.

٣) فتحي والي، مرجع سابق، ص ٣١٣.

إذا كانت بعض القوانين الوطنية تنص على أن التحكيم في عقود الشراكة في الدولة المتعاقدة، فهل المقصود من أن يجري التحكيم في دولة ما هو مكان انعقاد siege[1] التحكيم أم المقصود به أن مراحل التحكيم المتتابعة تجرى في هذه الدولة؟ ولكن ماذا لو استلزم الاستعانة بخبراء أجانب أو سماع شهود أجانب من خارج البلاد؟ وهي تساؤلات أثارها الفقه البرازيلي ولم توجد إجابة عنها حتى الآن[2].

وفي اعتقادنا، أن اختيار مكان معين للتحكيم، لا يعني وجوب اتخاذ جميع إجراءات التحكيم في هذا المكان، فيمكن أن تتم في أكثر من دولة أو مدينة. ولهذا يجوز للهيئة رغم هذا الاختيار الاجتماع في أي مكان آخر، فعقد بعض جلسات التحكيم في خارج المكان الذي تحدده لإجراء التحكيم فيه لا يعني تغييرا لمكان التحكيم، ولو عقدت في دولة مختلفة، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك. لأنه تجب التفرقة بين المكان المادي للتحكيم Place of arbitration،

---

١) المقصود بمكان انعقاد التحكيم هو الصلة القانونية بين التحكيم والاختصاص التشريعي والقضائي للدولة المراد انعقاد التحكيم فيها.

le siège de l'arbitrage est le «lien juridique entre l'arbitrage et la juridiction - législative et judiciaire - de l'Etat choisi», in POUDRET (J), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international,* Bruylant-L.G.D.J. Schulthess, 2002, p. 103.

2 **Il s'agit de savoir, par exemple, si le fait que l'arbitrage doit être réalisé au Brésil se réfère uniquement au siège**[8] de l'arbitrage, ou s'il implique que **toutes les étapes de la procédure arbitrale doivent être réalisées dans le pays? Une partie considérable de la doctrine soutient que l'esprit de la norme est de permettre un accès facile et peu onéreux au partenaire public. Quoi qu'il en soit, il nous semble évident que, face à la nécessité de** prendre des mesures **à l'étranger** - comme la production d'expertises ou **l'audience de témoins** il sera possible de le faire sans que le **commandement légal soit vidé**. L'arbitrage et les contrats de Partenariat Public-Privé au Brésil: la fin du dilemme? *Marco Deluiggi et Mariana Cattel Gomes Alves*. http://dpa.uparis2.fr/IMG/pdf/L_arbitrage_et_les_contrats_de_Partenariat_Public Prive_au_Bresil___la_fin_du_dilemme_.pdf(visited11/12/11).

الذي تعقد فيه جلسات للتحكيم، وبين المكان القانوني التحكيم Seat of arbitration، كفكرة قانونية[1]، الذي تترتب عليه الآثار القانونية سالفة الذكر.

وهذا ما نُص عليه في المادة ١٨/١،٢،٣ من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ICC ١- تحدد المحكمة مقر التحكيم ما لم يتفق الأطراف عليه . ٢ -يجوز لهيئة التحكيم عقد الجلسات والاجتماعات في أي مكان تراه مناسباً، بعد استشارة الأطراف، ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على غير ذلك. ٣-يجوز لهيئة التحكيم المداولة في أي مكان تراه مناسباً. وما تنص عليه المادة ١٨ /١ من قواعد الاونسيترال ٢٠١٠ على أنه "إذا لم يكن الأطرافُ قد اتَّفقوا مُسبَقاً على مكان التحكيم، تولَّت هيئةُ التحكيم تعيينَ مكان التحكيم آخذةً ظروفَ القضية في الاعتبار .ويُعتبر قرارُ التحكيم صادراً في مكان التحكيم".

ولذات الأسباب سالفة الذكر، فبخصوص استلزام الاستعانة بخبراء أجانب أو سماع شهود أجانب من خارج البلاد أو خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم، نرى جواز أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان آخر لعقد جلسات سماع شهود أو خبراء . وهو ما تنص عليه المادة ١٨/٢ من قواعد الاونسيترال من أنه" يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمعَ للمداولة في أيِّ مكان تراه مناسباً. ويجوز لهيئة التحكيم أيضا أن تجتمعَ في أيِّ مكان تراه مناسباً لأيِّ غرض آخر، بما في ذلك عقد جلسات استماع، ما لم يتَّفق الأطراف على خلاف ذلك".

رابعا: لغة التحكيم في عقود الشراكة

نظرا لأهمية عقود الشراكة – كما سلف-من حيث أطرافها و موضوعها وسببها، فتشترط بعض الدول أن يكون القانون الواجب التطبيق في التحكيم هو قانون الدولة، ومكان التحكيم هو الدولة المتعاقدة. ولكن هل هناك حكم خاص باللغة المستخدمة في التحكيم في عقود الشراكة؟

الأصل، أن الخصومة أمام التحكيم -بخلافها أمام القضاء[1]- تتمتع بالمرونة في شأن تحديد استخدام اللغة[2] سواء في الإجراءات أو المستندات، حيث تمتد

١) محي الدين إسماعيل علم الدين، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني بند ١٠ ص ٢٣٤. و فتحي والي، مرجع سابق، ص.٣١٤

المرونة إلى جواز تعدد اللغات المستخدمة. كأن تكون لغة الإجراءات مختلفة عن لغة المستندات وهو ما اخذ به قانون التحكيم المصري[٣] نقلا عن القانون النموذجي[٤]. وهو المبدأ الذي أخذ به قانون التحكيم المصري دون تفرقة بين التحكيم الدولي أو الوطني على عكس القانون النموذجي المقرر للتحكيم الدولي[٥].

إن لغة التحكيم الذي يجري في الدول العربية مثلا هي العربية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، مع تمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية عند عدم الاتفاق[٦]. ولكنها مقيدة بإتباع معيار موضوعي وفي إطار احترام حق الدفاع[٧].

وفي القضية التحكيمية رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٨ بين شركة مصرية لخدمات تكنولوجيا المعلومات ضد شركة أمريكية مقر مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي[٨]، تنفيذا لالتزام هيئة التحكيم بالمبادرة إلى تحديد اللغة المستخدمة في الإجراءات؛ فقد أدارت الهيئة الجلسة التمهيدية باللغة الانجليزية، وأثبتت في محضرها بأنها تلفت نظر الطرفين لحقيقة أنه على الرغم من غياب النص العقدي الصريح حول لغة التحكيم، فان اللغة الانجليزية للعقد، وطبيعة محل العقد (بحال كونها خدمات تقنية المعلومات) واللغة الانجليزية في المراسلات بالبريد الالكتروني، كلها

---

١) المادة ٥٩ من قانون السلطة القضائية المصري.

٢) ناصر الزيد، لغات التحكيم وأثارها، مجلة التحكيم ، العدد الثاني، ابريل ٢٠٠٩، ص٣٩-٤١.

٣) المادة ٢٩ من قانون التحكيم المصري.

٤) المادة ١٩ من القانون النموذجي لجنة الأمم المتحدة الاونسيترال ٢٠١٠.

٥) نادر محمد إبراهيم، التعليق على قرارات تحكيم مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي عام ٢٠٠٩،مجلة التحكيم العربي العدد ١٣ -ديسمبر ٢٠٠٩،ص١٣٨.

٦) فتحي والي، مرجع سابق، ص٣١٥.

٧) تنص المادة ١٩ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لعام ٢٠١١ على أنه"

١- في حالة عدم اتفاق الأطراف، تتولى هيئة التحكيم إثر تشكيلها تحديد اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات.

٢-لهيئة التحكيم أن تأمر بأن ترفق بالمستندات المقدمة بلغتها الأصلية مع بيان الدعوى أو بيان الدفاع، وأي وثائق أو مستندات تكميلية مقدمة بلغتها الأصلية في أثناء الإجراءات، ترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف أوحددتها هيئة التحكيم".

٨) نادر محمد إبراهيم، التعليق على قرارات تحكيم مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي عام ٢٠٠٩،مجلة التحكيم العربي العدد ١٣ -ديسمبر ٢٠٠٩،ص١٣١.

تصلح لأن تشكل قرينة بسيطة نحو اتفاق ضمني prima facie indication to an implied agreement على استخدام اللغة الانجليزية، وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك (الأمر الإجرائي رقم ١ بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣).لأن استخدام تلك اللغة في المراسلات يؤكد على أنهم قادرون على الدفاع عن أنفسهم مع استخدامها.

والملاحظ هنا أن هيئة التحكيم قد أشركت الأطراف في قرارها، فأفسحت لهم الاتفاق على خلافه، وعلى الرغم من المادة ١/١٧ سالفة الذكر واجبة التطبيق لم تنص على ذلك.

ويتوافق الحل الذي أخذت به هيئة التحكيم مع مشروع تعديل قواعد تحكيم الاونسيترال لعام ١٩٧٦ والذي يتجه نحو الربط الأولي للغة التحكيم بلغة اتفاقه[١،٢].

---

١) مشروع تعديل المادة ١/١٧ على أنه:

The initial language of the arbitration shall be the language in which the agreement to arbitrate has been expressed. Upon the formation of the Arbitral Tribunal and unless the parties have reached agreement in that respect, the Arbitral Tribunal shall decide upon the language of the arbitration.

It was noted in the *travaux préparatoires* that in cases where the arbitra-tors selected the language or languages to be used in the arbitral proceed-ings, the arbitrators could consult with the parties before reaching their decision.175 However, a suggestion to add this requirement to the text of article 17(1) was rejected because it was thought that any competent arbi-trator would invariably consult with the parties before determining the language to be used. Given the occasional sensitivity of this issue, article 17(1) should expressly require consultation with the parties.

Jan Paulsson & Georgios Petrochilos Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris*p.92-93

http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf(visited 15\10\2011)

٢) المادة من قواعد الاونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقّحة في عام ٢٠١٠ .

المادة ١٩ (اللغة):

١- مع مراعاة ما قد يتّفقُ عليه الأطرافُ، تُسارِعُ هيئةُ التحكيم عقبَ تشكيلها إلى تحديد اللغة أو اللغات التي ستستخدم في الإجراءات. ويسري هذا التحديدُ على بيانِ الدعوى وبيان الدفاع وأيِّ بيانات كتابية أخرى، وكذلك على اللغة أو اللغات التي ستُستخدَمُ في جلسات الاستماع الشفوية، إذا عُقدت جلسات من هذا القبيل.

واستثناء من القواعد سالفة الذكر، ففي قانون الشراكة البرازيلي- الفيدرالي رقم ١١.٧٠٩ الصادر في ديسمبر ٢٠٠٤- إذا اختار الأطراف اللجوء إلى التحكيم فلابد أن يكون مكان التحكيم في البرازيل وباللغة البرتغالية اللغة الرسمية للبلاد، مع أن القانون البرازيلي للشراكة ترك للأطراف حرية اختيار جنسية المحكمين أو القانون الواجب التطبيق.

ويعتقد البعض بأنه لا مانع من استخدام لغة أخرى بجانب اللغة الرسمية، فالنص لا يمنع من ذلك، ولكن إذا كانت اللغة البرتغالية هي الوحيدة المستعملة في التحكيم فهذا يتطلب أن يكون المحكم متحدثا للغة البرتغالية بطلاقة[1]. والجدير بالذكر، أنه إذا تقرر أن تكون لغة التحكيم بلغة معينة اتفاقا أو قانونا أو بقرار الهيئة، فإن هذه اللغة المعينة تسري على كل إجراء من إجراءات التحكيم بما في

٢- يجوز لهيئة التحكيم أن تأمرَ بأنِ تكون أيٌّ وثائقَ مرفقةٍ ببيان الدعوى أو بيان الدفاع، وأيٌّ وثائقَ أو مستنداتٍ تكميليةٍ تعرَض في سياق الإجراءات، مُقدَّمَةً بلغتها الأصلية، مشفوعةً بترجمة إلى اللغة واللغات التي اتَّفقَ عليها الأطرافُ أو حدّدتها هيئةُ .
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf

1) L'arbitrage et les contrats de Partenariat Public-Privé au Brésil: la fin du dilemme? *Marco Deluiggi et Mariana Cattel Gomes Alves*
http://dpa.uparis2.fr/IMG/pdf/L_arbitrage_et_les_contrats_de_Partenariat_PublicPrive_au_Bresil___la_fin_du_dilemme_.pdf(visited11/12/11).

En décembre 2004, la Loi Fédérale n° 11.079. Une autre **question consiste à savoir si, étant donné que l'arbitrage doit** forcément être réalisé en langue portugaise, l'utilisation d'autres **langues serait prohibée. À notre avis, la règle n'empêche pas** l'emploi d'autres langues, avec le portugais. Au contraire, il s'agit **d'une procédure habituelle dans les arbitrages internationaux,** notamment dans les cas ICSID. Toutefois, il reste encore des **questions à trancher, comme, par exemple, celle de savoir si, la langue portugaise étant obligatoire, les arbitres sont censés la** parler couramment.

ذلك حكم المحكمين، ما لم يستثني اتفاقا أو قانونا أو بقرار الهيئة لإجراء معين[١] . وبالتالي لا مانع من الاتفاق على اعتبار لغة حكم التحكيم تختلف عن لغة إجراءات التحكيم.

الفرع الثاني

خصوصية التحكيم في عقود الشراكة من حيث القانون الواجب التطبيق

أولا: القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة

القاعدة أن القانون واجب التطبيق في عقود الشراكة هو قانون الدولة المضيفة the state hosting the project، فهو المنطبق في عقود الاستثمار أو عقود المشاريع ممولة project-financed contracts [٢].

ولم يجعل المشرع الفرنسي، وكذلك نظيره المصري (نص المادة ٣٥ من قانون الشراكة المصري) وقانون الشراكة الكاميروني[٣]، حق الإدارة في اللجوء إلى التحكيم مطلقا بل قيده بضرورة تطبيق القانون الوطني أو قانون الدولة المتعاقدة.

ويرجع البعض[٤] في اشتراط تطبيق القانون الفرنسي إلى أن لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود الإدارية يكون –في فرنسا– على سبيل الاستثناء، كما أن الطرف المستثمر في عقد الشراكة قد يكون منتميا إلى جنسية دولة أخرى أو يكون مكان تنفيذ جانب من الالتزامات الناشئة عن الشراكة في دولة أخرى، أو ينطوي على مصالح التجارة الدولية بما تتضمنه من انتقال رؤوس أموال أو

---

١) فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧، ص٣١٦.

2) Pierre Heitzmann , A Welcome And Surprising Decision: French Administrative Supreme Court Acknowledges The Adequacy Of Arbitration To Adjudicate. Disputes Arising Out Of A New Kind Of Public Private Partnership ;MEALEY'S International Arbitration Report Vol. 20, #10 October 2005.
http://www.jonesday.com/files/Publication/8e5b4abb-7f40-419e-90d8-7874428a44f2 /Presentation/PublicationAttachment/ca935bea-0652-4a85-a15e-43fbff586fd8/MealeyOct2005.pdf.

3) CameroonLOI N° 2006/012 du 29 Décembre 2006 Fixant le Régime Général des Contrats de Partenariat CHAPITRE IISection 1Art. 5.- 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 camerounaise ;

٣) منى رمضان، مرجع سابق، ص٢٤٨.

بضائع أو خدمات عبر الحدود، مما يؤدي إلى إضفاء الصفة الدولية عليه، ويفتح المجال أمام المحكم والأطراف لاختيار قانون آخر غير القانون الفرنسي.

ويرى البعض[1] أن موقف المشرع الفرنسي– من اشتراط تطبيق القانون الفرنسي – يبدو غريبا، حيث أن المشرع الفرنسي يفرض القانون الإداري الفرنسي على عقود الشراكة الدولية، على الرغم من موقف القضاء الفرنسي الذي رفض باستمرار اعتراض القطاعات العامة الأجنبية على قرارات التحكيم الأجنبية محتجين بأن هيئة التحكيم يجب عليها تطبيق القانون الإداري بدلا من القانون المدني[2].

ونتيجة لما سبق، فإن ارتضى أطراف النزاع الناشئ عن عقود الشراكة على التحكيم، فيمتنع عليهم الاتفاق على التحكيم بالصلح ex aequo et bono [3]، وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، ويشوب حكم التحكيم عندئذ البطلان.

---

1) PIERRE HEITZMANN,"The Contrat de Partenariat: A New Form of French Public Private Partnership Allowing the Use of Arbitration to Adjudicate Disputes," 23(1) Int'l Constr. L. Rev. 20 (2006).P30.

٢) وقد اعترفت محكمة استئناف باريس ونفذت حكم أجنبي صادر ضد جمهورية مصر العربية والذي أبطلته المحاكم المصرية في دعوى بطلان بحجة أن هيئة التحكيم طبقت خطأً القانون المدني المصري بدلا من القانون الإداري المصري. أنظر أيضا:

Chromalloy Aero Services v. *Republic of Egypt*, Paris Court of Appeals, 14 January 1997, Rev Arb, 1997.395, commented on by Ph Fouchard et *Ministère tunisien de l'Equipement* v. *société Bec Frères*, Paris Court of Appeals, 24 Feb 1994, Rev Arb, 1995.275, commented by Y Gaudemet.

٣) إن المقصود من التحكيم بالصلح، والفارق بينه وبين التحكيم بالقانون أو بالقضاء، هو تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها ليجري المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضيه ضميره. محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة،سنة ٢٠١٠، بند٩٢ ص ١٤٠.

ونتساءل ما هو الحل إذا اتفق على التحكيم بالصلح وطبّق المحكم في حكمه القانون الوطني باعتباره أكثر عدالة[1] ؟ أي أن الأطراف لم يتفقوا على تطبيق القانون الوطني(المصري مثلا أو الإداري الفرنسي)، ولكن المحكم طبقه باعتباره أكثر عدالة.

قد يقال بأن الحكم يعد باطلا، لأن اتفاق التحكيم، وهو مصدر سلطات المحكم وأساس حكم التحكيم، باطل بطلان مطلق. وفي اعتقادنا، أن حكم التحكيم لا يعد باطلا، على الرغم من بطلان اتفاق التحكيم، تطبيقا لفكرة التصحيح ومعيار الغاية، لأنه تم تصحيح هذا البطلان في حكم التحكيم وتحققت الغاية النهائية والمرجوة ألا وهي تطبيق القانون الوطني على عقود الشراكة باعتباره محققا للعدالة والإنصاف. هذا وبالإضافة إلى أن ارتضاء أطراف النزاع على التحكيم بالصلح يستغرق ويشمل التحكيم بالقانون العادل والمنصف طبقا للسلطة التقديرية للمحكم.

ولا يُحاج اعتقادنا هذا بأن المحكم بالصلح غير مقيد بتطبيق نصوص قانونية ومنها ذات الطبيعة الآمرة التي تغلب على قواعد القانون الإداري، لأن المحكم بالصلح–حتى وإن لا يتقيد بتطبيق القانون– لا يمكنه التحرر من القواعد الآمرة التي تمس النظام العام الداخلي التي تهدف المصلحة العامة، خاصة في التحكيم الداخلي[2] .

وعندما ينص المشرع– المصري أو الفرنسي أو الكاميروني كما سبق– على تطبيق القانون الوطني في منازعات عقود الشراكة، فالقانون الوطني هو القانون الموضوعي و كذلك الإجرائي(قانون التحكيم الوطني أو قانون المرافعات الوطني).

---

١) إن تفويض المحكمين للفصل دون التقيد بنصوص القانون، والاستهداء فقط بما يرونه محققا للعدالة، لا يعني منعهم من إعمال وتطبيق قانون معين، باعتباره محققا لهذه العدالة كما يقدرونها. محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة،سنة ٢٠١٠، بند٩٢ ص ١٤٤.

٢) ولكن يمكن للمحكم التحرر من القواعد التي تمس النظام العام الداخلي في التحكيم الدولي أو التحكيم التجاري الدولي، ولا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي. لأن المحكم ليس له قانون مقر. محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة،سنة ٢٠١٠، بند٩٢ ص ١٤٢–١٤٣.

ولكن هل يقصد بالقانون الموضوعي الوطني هو القانون الإداري أم القانون الخاص؟

ففي فرنسا، المقصود من القانون الواجب التطبيق هو تطبيق القانون الإداري الفرنسي، لأن المشرع الفرنسي نفسه قد أضفى على هذه العقود صراحة الصفة الإدارية[١]، ولا يجوز تطبيق القانون الخاص الذي لا يتجاوب والطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وخصائصها .

وغير خاف، أن تطبيق القانون الإداري الفرنسي قد لا يتوافق مع مصالح المستثمر، الضالة المنشودة للدولة المضيفة، حيث أن هذا القانون يعتمد تاريخيا على نظام السوابق القضائية بمزاياه وعيوبه ومخاطره، ومنتقد بأنه يتجاهل مبدأ قدسية العقود the principle of sanctity of contracts، كما أن هذا القانون يخول للقطاع العام تعديل العقد أو إنهائه أو توقيع جزاءات مؤسسة على النظام العام أو الصحة العامة أو الأمن العام، حتى ولو يتم تعويض المتعاقد مع القطاع العام في بعض الحالات[٢]. لذلك، يُحبذ بأن يقدم القانون الإداري الفرنسي مزيدا من الضمانات لصالح المستثمر[٣].

ولا يخالجني الشك في أدناه، أن اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود، أي عقود الشراكة، مع تطبيق القانون الإداري الوطني سوف يقيم توازنا بين مصلحة المستثمر ومصلحة الدولة، على عكس تطبيقه من قبل القضاء الذي ينحاز – غالباً– إلى المصلحة العامة للدولة باعتباره جزء من سيادتها.

كما أنه عند تطبيق القانون الإداري الفرنسي في التحكيم في عقود الشراكة، فينطبق– بالإضافة إلى قواعده الموضوعية– بقواعده الشكلية، والتي قد تتمثل في

---

١) المادة الأولى من القانون الفرنسي سنة ٢٠٠٤ الخاص بالشراكة.

2) PIERRE HEITZMANN,"The Contrat de Partenariat: A New Form of French Public Private Partnership Allowing the Use of Arbitration to Adjudicate Disputes," 23(1) Int'l Constr. L. Rev. 20 (2006).P31.

٣) في تقرير صادر في عقود الشراكة والمشاريع المحلية عن فرقة عمل حكومية الفرنسية تسمى بـــ"Racines Group" في ١٩ يوليو ٢٠٠٥ .

19 July 2005 ''Report on PPPs and Local Projects'' published by the French administration, available at www.plan.gouv.fr, *Les Cahiers du Plan*, No 9 at p. 21.

موافقة جهة معينة على شرط التحكيم مثل إصدار مرسوم من مجلس الوزراء يوقع عليه الوزير المختص ووزير الاقتصاد والمالية كما تنص المادة ٦٩ من قانون ١٧ ابريل ١٩٠٦ بشأن الميزانية العامة للنفقات والإيرادات والتي مازالت سارية حتى الآن.

ولكن هل المشرع الفرنسي قصد تطبيق القانون الفرنسي حتى في عقود الشراكة الدوليةinternational Partnership Contracts ؟!. خاصةً، أن المحاكم الفرنسية لها موقف من إلغاء أحكام التحكيم الأجنبية المبنية على القوانين الإدارية الوطنية[1].

أما في مصر، نظن بأن ذهن المشرع المصري عند صياغة المادة ٣٥ من قانون الشراكة (الذي يشترط تطبيق القانون المصري) كان منصرفا إلى التحكيم التجاري الدولي. فالواقع، أن الأمر في التحكيم الداخلي حيث المنازعة ذات طابع محلي وبين أطراف مصريين أو حتى مع وجود طرف أجنبي دون أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، لا يثير ترددا في إعمال القانون المصري. وتظل الحرية المطلقة للأطراف ثوبا فضفاضا ما كان ينبغي أصلا إسداله على حالات التحكيم الداخلي. على عكس المشرع الفرنسي الذي لا يعالج في التحكيم الداخلي سوى تقيد المحكم بالقانون أو الحكم بوصفه مفوضا بالصلح، ولم يرد نص يطلق حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على الموضوع وهو ما فعله عندما عالج التحكيم الدولي[2].

وإذ كان من المقرر في النظم القانونية المختلفة، وقد يخضع بعض البلدان عقود الشراكة إلى القانون الإداري وفي البعض الآخر إلى القانون الخاص، أن

1) In one landmark case, the Paris Court of Appeals recognized and enforced a foreign award against the Republic of Egypt which had been annulled by the Egyptian courts on the basis that the Tribunal had (supposedly) wrongly applied principles of international private law instead of Egyptian administrative law.

Chromalloy Aero Services vs Republic of Egypt, Paris Court of Appeals, January 14, 1997, *Rev. arb.*, 1997.395, commented by Ph. Fouchard. Ministère tunisien de l'Equipement v. société Bec Frères, Paris Court of Appeals, February 24, 1994, *Rev arb.*, 1995.275, commented by Y. Gaudemet, rejecting the challenge of an award based on the alleged administrative nature of the contract prohibiting arbitration clauses for such contracts.

٢) مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥،ص.١٤١

الأصل للأطراف حرية في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينهما وما صار بشأنها من منازعات عملا بمبدأ سلطان الإرادة[1]، فان هذه الحرية تحدها ضرورة مراعاة القواعد والقوانين الآمرة، التي يحتم المشرع الوطني تطبيقها مراعاة لاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو لحماية النظام العام والآداب العامة. ويحسن في هذا المقام التفرقة بين قابلية الموضوع للتحكيم، وقابليته للخضوع لأحكام قانونية مغايرة لأحكام القانون المصري[2].

ونرتب نتيجة هامة في هذا الصدد وهي عدم جواز اتفاق أطراف التحكيم في عقود الشراكة المصري على تطبيق القانون الإداري الفرنسي إذا كُيف على انه عقد إداري، حتى وإن كان المصدر التاريخي للقانون الإداري المصري، لأنه عموماً لا يتطابق القانون الإداري المصري تماما مع القانون الإداري الفرنسي كما في معايير اعتبار العقد إداريا. وخصوصاً لا يتفق أيضا قانون المشاركة المصري مع قانون الشراكة الفرنسي كما هو الحال في طبيعة عقد الشراكة كما سبق.

ثانياً: عدم اتفاق أطراف التحكيم الدولي على القانون الواجب التطبيق في عقود الشراكة

تنص قواعد الاونسيترال النموذجية في ٢٠١٠ في المادة٣٥/١ منها على أنه "تُطبِّقُ هيئةُ التحكيم قواعدَ القانون التي يُعيِّنها الأطرافُ باعتبارها مُنطبقةً على موضوع المنازعة .فإذا لم يُعيِّن الأطرافُ تلك القواعدَ، طَبَّقَت هيئةُ التحكيم القانونَ الذي تراه مناسبا". وهو ما تنص عليه المادة ٣٩ /٢ من قانون التحكيم المصري إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع

---

١) م ٣٩ تحكيم مصري و م ٢٨ القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

٢) مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥،ص١٣٥. وإيضاحا لذلك أشار إلى المنازعات العقارية، فهي منازعات تقبل التسوية بطريق التحكيم، ولكن لا يجوز للمحكمين الفصل فيها وفقا للقانون الأجنبي إذ تعتبر العقارات جزءا من إقليم الدولة، فلا يصح أن تخضع التصرفات الواردة عليها إلا للقانون المصري. وهو الأمر الذي قد ينطبق على عقود الشراكة حيث أنها ترد على البنية الأساسية للدولة وهي جزء منها. ويصلح ذلك مبرراً لتطبيق القانون الوطني.

النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

ونعتقد أن القانون المناسب أو الأكثر صلة أو ارتباطا بالنزاع سوف يكون قانون دولة الشخص المعنوي العام المتعاقد، لأن عقود الشراكة ترد على البنية الأساسية للدولة المتعاقدة، وهو الأمر الذي تقرره الاتفاقيات الدولية والسوابق التحكيمية.

وهو ما تنص عليه الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار المادة ٤٢ من الاتفاقية، والتي تنص على تطبيق قانون الإرادة وإلا طبقت المحكمة قانون الدولة الطرف في النزاع . وقد نصت اتفاقيات أخرى على هذا المبدأ بأن يكون القانون الواجب التطبيق في حالة عدم النص على القانون الذي يطبق على النزاع أو لم يستطع المحكم استخلاص واستيضاح القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة طرف النزاع. فنصت اتفاقية واشنطن ١٩٦٥م في المادة الثانية والأربعين على أن القانون المطبق هو القانون الذي يختاره المتعاقدان،وفي حالة تخلف هذا الاختيار يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمارات .

بالإضافة، أن الواقع العملي يكشف عن ميل قضاء التحكيم على الصعيد الدولي إلى إعمال قانون معين استنادا إلى الإرادة الضمنية للأطراف التي قد تكشف عنها ملابسات وظروف التعاقد أو استنادا إلى مؤشرات ذات طابع خاص، كالاستدلال على ترجيح قانون الدولة إذا كانت طرفا في العقد.

وقد أخذ التحكيم بهذا المبدأ في عدة قضايا[١] منها التحكيم في قضية المملكة العربية السعودية مع أرامكو فقد انتهى المحكم إلى أن القانون الوطني من حيث المبدأ هو القانون الواجب التطبيق على النزاع إلا أنه لم يجد فيه على حد زعمه القواعد التي تصلح للتطبيق على خصوصيات النزاع.

وكذلك في قضية تحكيم بين شيخ أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة في ٢٨ أغسطس ١٩٥١م فقد كان الاتفاق بين الطرفين يشير إلى أن القانون الوطني، واحتياطا المبادئ العامة للقانون، وقد استبعد المحكم الانجليزي اللورد إسكويث أوف بيشويستون قانون أبو ظبي بحجة أنه لا يحتوى على قواعد مفصلة

١) ولاء رفعت،التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية-من إصدارات الغرفة التجارية والصناعية بمحافظة جدة-١٤١٩هـ.-ص١٦١و١٧٣.

يمكن أن تطبق على موضوع النزاع،وطبق بدلا من ذلك المبادئ العامة للدول المتحضرة والتي اسماها القانون الطبيعي الحديث معتبرا إن القانون الانجليزي- من وجهة نظره والتي لا أوافقه عليها جملة وتفصيلاً،هو الترجمة العصرية للقانون الطبيعي،ويمثل المبادئ العامة للقانون في الدول المتحضرة.

وكذلك ذهب المحكم في القضية رقم ١٥٢٦ التي تم الفصل فيها وَفْقًا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٦٨م إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز بين الدولة وشركة بلجيكية في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة لقانون يحكم العقد هو قانون الدولة المتعاقدة[١].

إذا كان ذلك من الأهمية، فإنه يجب على الجهات المتعاقدة أن تنص عند لجوئها إلى التحكيم في عقود الشراكة إذا اعتبرناها عقودا إدارية إلى أن القانون المطبق على المنازعة هو قواعد العقد الإداري.

وتجدر الإشارة إلى أن إعمال قواعد القانون الإداري على عقود الشراكة قد يكون محققا لمصلحة الطرف المتعاقد مع الدولة أو الأجهزة العامة على نحو لا يحققه إعمال قواعد القانون الخاص. ففي منازعة نشأت بين شركة Eurotunnel والسكك الحديدية الفرنسية والإنجليزية طالب الأشخاص العامة القائمة على شئون خطط السكك الحديدية في كل من إنجلترا وفرنسا إعمال قواعد القانون الخاص دون غيرها وأنكروا أن يكون عقد الاستغلال متعلقًا بمرفق عام(شبيه بمضمون عقد الشراكة) وهو التمسك الذي يسمح لهم باستبعاد إعمال القانون الإداري الخاصة بنظرية تغير الظروف.

وعلى النقيض من ذلك فإن الشركة المتعاقدة، وهي الطرف الخاص في العقد وصاحبة حق الامتياز في بناء واستغلال النفق تحت المانش،تمسكت بإعمال قواعد القانون الإداري الأكثر حماية لها،والتي تمكنها من إعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد[٢].

وذهبت شركة Eurotunnel إلى التمسك بأن اختيار القانون الفرنسي كقانون حاكم من شأنه أن يؤدي إلى تكييف العقد على أنه إداري بإعمال معايير مجلس

١) حفيظة السيد الحداد-المرجع السابق-ص٤٨٦.

٢) انظر حول هذه القضية د حفيظة السيد الحداد-الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق-مرجع سابق-٨٤.

الدولة الفرنسي. إلا أن هيئة التحكيم رفضت إعمال القانون الإداري الفرنسي استنادا إلى الطابع الدولي للعقد–على عكس ما هو مقرر في القانون الفرنسي– والذي يؤكده مشاركة مشروع عام انجليزي وتدخل المملكة المتحدة في هذا العقد، وأن إرادة الأطراف لم تتجه إلى تطبيق النظام القانوني الإداري وهي شرط أساسي لذلك، كما أن هناك تعارضاً بين مبدأ سلطان الإرادة وحق الأطراف في العقد واعتباره عقدا إداريا، لذا فلا محل لإعمال نظرية تغير الظروف[1].

وغير خافٍ أنه لا يملك الأطراف ولا المحكم عن طريق اتفاق التحكيم الخلاص من تطبيق القوانين الآمرة التي رأى المشرع المصري ضرورة تطبيقها على عقود الشراكة. فالمحكمون حتى ولو تعلق الأمر بتحكيم دولي لم يتفق فيه الأطراف على تحديد القانون المطبق على الموضوع، يتعين على المحكمين عند اختيارهم للقانون مراعاة تطبيق القانون المصري في المسائل التي أجاز فيها المشرع التحكيم وحظر إعمال تشريعات أجنبية، حتى ولو كان التحكيم سيتم في الخارج فان هذا لا يعني إمكانية التحرر من القوانين الآمرة المصرية وإلا سيكون الحكم غير قابل للتنفيذ في مصر[2]. ونضيف بأن المحكم لا يستطيع الخروج على القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام لأنه لا يملك ما لا يملكه الأطراف ففاقد الشئ لا يعطيه[3].

ونتساءل، ما هو الجزاء المترتب حال أن اختار الأطرف قانونا منبت الصلة بكل نواحي النزاع؟ وما هو الجزاء حال أن كان الاختيار من قبل المحكم، ففي ظل أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للقانون المصري هل يوجد سبب يمكن الاستناد عليه لإبطال حكمه بالنسبة للقانون المصري؟

---

١) انظر حول هذه القضية د حفيظة السيد الحداد–مرجع سابق–ص٧٥.

٢) مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥،ص١٤١.

٣) ويرى البعض أن المحكم له الخروج عن القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام إذا كان مفوضا بالصلح في تحكيم تجاري دولي، وأساس ذلك أن المحكم ليس له قانون مقر، فالأنظمة العامة الوطنية كلها سواء وأجنبية بالنسبة له فلا يقيده سوى النظام الدولي، فالنظام العام الداخلي لا يعدو أن يكون قاعدة مقررة بالنسبة له.

Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international prive, 6ed .1993 .p.310.

- بالنسبة لأطراف التحكيم، وعلى فرض أن اتفقوا على قانون منبت الصلة بموضوع النزاع(عقود الشراكة)، فلا يجوز النعي على مسلكهم إلا إذا ثبت وجود غش نحو القانون ورغبة في الالتفاف حول القواعد الآمرة من قواعد الشراكة المقصود بها حماية المصلحة العامة في الدول التي كان ينبغي تطبيق قانونها، وفقا للمجرى العادي الذي تقتضيه ظروف وملابسات النزاع[1].

- أما بالنسبة لحكم المحكم، فأجاب البعض[2] أن القانون المصري لا يسمح بالطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن، كما أن أسباب البطلان واردة على سبيل الحصر، وليس من بينها ما يسمح بطلب البطلان تأسيسا على انحراف أو تعسف الهيئة في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع.

ونرى أن قانون التحكيم المصري يسمح بذلك الاعتراض بدعوى البطلان تحت عدة أسباب، وليس لسبب واحد، وهي:

السبب الأول: المادة ٥٣/١/(ج) من قانون التحكيم المصري تنص على أنه إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

حيث أن هيئة التحكيم في حال اختياره القانون الواجب التطبيق الأكثر اتصالا بموضوع النزاع فيجب عليها أن تعرض هذا القانون على الخصوم لإبداء ما يرونه من دفوع أو وسائل دفاع وفقا لمقتضيات مبدأ المواجهة، كمبدأ أساسي ومن ضمانات العدالة(م٢٦ ق.تحكيم مصري)، وإذا صدر الحكم من هيئة التحكيم دون مراعاة مبدأ المواجهة والدفاع لسبب خارج عن إرادة أطراف التحكيم جاز النعي عليه بالبطلان عملا بما تنص عليه المادة ٥٣/١/(ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه .....لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

السبب الثاني: المادة ٥٣/٢ من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه "وتقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية". والمقصود من النظام العام هو النظام العام بنوعيه الموضوعي أو الإجرائي. ومن ضمن المبادئ المتعلقة بالنظام العام الإجرائي مبدأ المواجهة. ومن مقتضيات الأخير أن

١) مختار احمد بريري، مرجع سابق ،ص ١٣٩
٢) مختار احمد بريري، ذات الاشارة السابقة.

يعرض المحكم القانون الذي اختاره على أطراف التحكيم قبل تطبيقه لإبداء ما يريدونه من أوجه دفاع .

السبب الثالث: من أسباب دعوى البطلان ما تنص عليه المادة ٥٣/١/(ز) من انه "إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم". حيث إن الحكم القضائي–وحكم التحكيم– لابد أن يتوافر فيه أركان ثلاثة (الأشخاص والمحل والسبب)، ومن أشخاص حكم التحكيم هيئة التحكيم – ولذلك يجب أن يوقع على حكم التحكيم– التي تتقيد بحدود سلطاتها وولايتها واختصاصها، وإلا عد إهدارا لركن الشخص في حكم التحكيم.

إن إبطال حكم التحكيم جائز –وفقا للقانون الفرنسي– بسبب عدم التزام المحكم بحدود مهمته أو عدم احترام مبدأ المواجهة. وهذا المبدأ الأخير يتصل باحترام حقوق الدفاع، والذي أوردته المادة ٥٣/(ج) و (ز) من القانون المصري والذي كرسته المادة ١٦ من قانون المرافعات الفرنسي والتي تلزم القاضي بألا يعتد في قضائه بأي دفاع أو إيضاحات أو مستندات قدمت في الدعوى من الأطراف إلا إذا أتيحت الفرصة لهؤلاء الأطراف لتتناضل بشأنها وجها لوجه. فالمقصود أن يحاط تقديم أوجه الدفاع أو المستندات بقدر من العلانية تسمح بإمكانية المناقشة الفعالة من قبل الأطراف ويُوجز كل ذلك في فكرة "القضية العادلة".

وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية واشنطن بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارICSID يمكن بطلب كتابي بطلان الحكم استنادا إلى أحد الأسباب الآتية:أ–...ب– تجاوز المحكمة الواضح لسلطاتها[1]..... د– عدم مراعاة قاعدة أساسية من القواعد الإجرائية. مثل مبدأ المواجهة.

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

وفى مصر من المقرر وفقا للمادة ٣٥ من قانون المشاركة المصري 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

1) A) that the tribunal was not properly constited;
b) that the Tribunal has manifestly exceeded its power.d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure.

المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

وفى فرنسا المادة ١١/ب من الأمر المنظم لعقود الشراكة والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ ٢٠٠٨ والمادة L 1414-12 من قانون الإدارة المحلية[1] Code général descollectivités territoriales تنصان على جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة، ولكن مع تطبيق القانون الفرنسي.

ونلاحظ، في ظل هذين النصين سالفي الذكر، أن النطاق الموضوعي لتطبيق القانون الفرنسي هو التحكيم كما جاء على إطلاقه، أي القانون الذي يحكم موضوع التحكيم بالإضافة إلى القانون الذي يحكم خصومة التحكيم. لأن كلمة القانون الفرنسي la loi française جاءت مطلقة والمطلق يترك على إطلاقه ما لم يُقيد فتشمل القانون الموضوعي(القانون الإداري الفرنسي) والإجرائي(قانون التحكيم)، خروجا على مبدأ الرضائية في التحكيم و حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، مع الوضع في الاعتبار أن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد يختلف عن القانون الذي يحكم خصومة التحكيم تطبيقا لقاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

نتيجة لما سبق، فلا يجوز للمحكم أن يطبق على موضوع النزاع أو عملية التحكيم إلا القانون الفرنسي وليس أي قانون أجنبي آخر سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا.

أما في قانون المشاركة المصري، فإن النطاق الموضوعي لتطبيق القانون المصري وفقا لصريح المادة ٣٥ سالفة الذكر هو " عقد الشراكة"، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك. مما يعني أن المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة تخضع للقانون المصري. أما عملية التحكيم ذاتها فتخضع للرضائية أي يجوز لأطراف التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم وليس على موضوع

1) “Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (…) 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” .

النزاع. وبالتالي يجوز الاتفاق على تطبيق قانون آخر غير المصري على التحكيم دون موضوع النزاع الذي يحسمه.

ولما تقدم كله، فإن تطبيق قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ليس أمرا حتميا، بل إن الأطراف قد يتفقوا على تطبيق قانون تحكيم آخر غير المصري.

المطلب الثالث
الرقابة القضائية الثنائية على حكم التحكيم
في عقود الشراكة الدولية

إن مبدأ الرضائية يسود نظام التحكيم، حيث يعتبر اتفاق التحكيم هو دستوره، فالاتفاق يحدد كل جوانب التحكيم وعناصره وسلطات أطرافه وحدوده. ولكن ليس ذلك بمنأى عن القضاء تماما، بل إن للقضاء دور كمساعد أو مراقب على القضية التحكيمية.

ومن مظاهر الرقابة القضائية في التحكيم، مراقبة القضاء لحكم التحكيم الصادر من هيئة أختارها المحتكمون، عن طريق مراجعته إما بطريق الطعن أو بدعوى تسمى بـــ" دعوى بطلان حكم التحكيم" في حالات معينة.

إن القضاء الذي يراقب حكم التحكيم- في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج(فرنسا ومصر)- قد يكون القضاء العادي أو القضاء الإداري. والمعيار في تحديد ولاية كل منهما يعتمد ببساطة على أيهما صاحب الولاية لولا وجود شرط التحكيم. فإذا كان النزاع يدخل في ولاية القضاء العادي أصلا كان هو المراقب على حكم التحكيم في ذلك النزاع حال الاتفاق عليه، أما لو كان النزاع يدخل في ولاية القضاء الإداري اعتبر الأخير هو المراقب على حكم التحكيم في النزاع الإداري[١].

وغير خاف أن معيار تحديد القضاء المراقب على حكم التحكيم وفقا لما تقدم سهل وبسيط، إلا أنه لا يعد كذلك في جميع الأحوال. كما هو الحال في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تنطوي على مصالح التجارة الدولية، كأن نكون إزاء عقد شراكة دولي ينطوي على مصالح التجارة الدولية.

---

١) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة أولى ٢٠٠٧ ، ص٦١٣-٦١٤.

ففي مصر، إن كان التحكيم قد نشأ حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي وكان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية في إحدى الحالات التي أوردتها المادة ٣ من قانون التحكيم المصري فيكون تحكيما تجاريا دوليا بصرف النظر عن جنسية أطرافه أو جنسية المحكمين أو الدولة التي نشأت فيها العلاقة القانونية محل التحكيم أو الدولة التي جرى فيها التحكيم أو القانون الذي يحكم الموضوع. وإذا كان التحكيم تجاريا دوليا، اختصت بدعوى بطلان حكم التحكيم – وفقا للقانون المصري– محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق الأطراف على اختصاصها بهذه الدعوى. ويكون الاختصاص متعلقا بالنظام العام، ولو كان النزاع الموضوعي يدخل أصلا في اختصاص القضاء الإداري[1].

أما إذا لم يكن التحكيم تجاريا دوليا، بالمعنى السالف بيانه، فإن دعوى البطلان تكون من اختصاص محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (مادة ٥٤ قانون التحكيم المصري).و وتطبق هنا قواعد الولاية والاختصاص التي ينص عليها القانون المصري. لذلك، إذا كان موضوع النزاع يدخل أصلا في اختصاص القضاء الإداري، فإن محاكم مجلس الدولة تكون المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم[2].

فالتساؤل إذن: هل نعتبر عقد الشراكة عقدا إداريا بحتا، وبالتالي يكون القضاء الإداري هو صاحب الولاية في مراقبة حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عنه؟ أم نعتبره بصفة محضة عقدا من عقود القانون الخاص، وبالتالي يكون القضاء العادي هو صاحب الولاية في ذات الشأن؟ أم عوان بين ذلك؟.

للإجابة على هذا التساؤل فنذكر تطبيقين قضائيين، أحدهما محلي وهو قضية رأس سدر (فرع أول)، والآخر دولي وهو قضية INSERM (فرع ثاني) على النحو التالي:

---

١) استئناف القاهرة دائرة ٨ تجاري– جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٠ في القضية رقم ٤ لسنة ١٩٩٥ ق. أنظر تعليق الدكتور فتحي والي على حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٠ في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٢٦ ق ، مجلة التحكيم ٢٠١٠– العدد السابع، ص.٤٤٩

٢) أنظر تعليق الدكتور فتحي والي على حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٠ في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٢٦ ق، مجلة التحكيم ٢٠١٠– العدد السابع، ص.٤٤٩

الفرع الأول

قضية مطار رأس سدر

أثيرت مسألة اختصاص الرقابة القضائية على حكم التحكيم في مصر بصدد عقد بوتBOT – وهو عقد إداري يتقارب مع عقود الشراكة – بمناسبة رفع الطعن ببطلان حكم التحكيم في نزاع مطار رأس سدر[1] أمام المحكمة الإدارية العليا(القضاء الإداري) من الطرف الحكومي. وأقام الأخير أمام محكمة استئناف القاهرة(القضاء العادي) دعوى ببطلان حكم التحكيم المذكور، وهو الأمر الذي اعتبرته الشركة المحتكمة مثيرا لتنازع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين(القضاء الإداري والقضاء العادي) فأقامت دعواها أمام المحكمة الدستورية العليا طالبة تعيين جهة القضاء المختصة[2]، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم قبولها لعدم توافر شرط من شروط التنازع الايجابي وهو أن تتمسك كل جهة باختصاصها.

وفي اعتقادنا أن فض التنازع في الولاية بين تلك الجهتين يعتمد على طبيعة التحكيم، فإن كان تحكيما تجاريا دوليا فحسبما تنص عليه المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم المصري[3] يكون الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم منعقدا لمحكمة استئناف القاهرة. على عكس مما لو اعتبرنا التحكيم داخلياً و إدارياً،

---

١) فقد وقع الاتفاق بين أطراف عقد امتياز(الهيئة العامة للطيران المدني وشركة أجنبية تسمى " ماليكورب") إنشاء مطار رأس سدر(بنظام BOT) على تسوية منازعاته بطريق التحكيم وفقا لقانون التحكيم المصري.

٢) في الدعوى رقم ٢٤ لسنة ٥٨ قضائية تنازع بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٠. مشار إليه في: أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ٧٦.

٣) تنص المادة ٥٤فقرة (٢) تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون. وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدعوى الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

وتنص المادة ٩ على أنه "١) 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 ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر".

فيكون الاختصاص منعقدا لمحكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلا بالنزاع.

ولما كانت المادة ٢ من قانون التحكيم المصري تنص على أنه "يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي, عقدية كانت أو غير عقدية" والطابع الاقتصادي يستغرق الطابع التجاري و الإداري ويشملهما. ودليل ذلك أن ذات المادة أوردت بعض الأمثلة على علاقات ذات الطابع الاقتصادي التي يصدق عليها الطبيعة الإدارية مثل: عقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.

ولما كانت المادة ٣ من قانون التحكيم المصري تضمنت معيارا لتحديد الصفة التجارية الدولية للتحكيم، حيث تنص على أنه "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرف التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانيا: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثا: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(جـــ) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع."

وبتطبيق ما سبق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد امتياز مطار رأس سدر–وإن كان عقدا إداريا[1]– فلما يتضمنه من انتقال للأموال والسلع والأشخاص و الخدمات عبر الحدود وانطوائه على مصالح التجارة الدولية، فيكون التحكيم عندئذ تجاريا دوليا تختص بدعوى بطلان الحكم الصادر فيه محكمة استئناف القاهرة وليست المحكمة الإدارية العليا.

وقد تعرض مسلك المشرع المصري بمنح الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة للنقد وذلك للأسباب الآتية[2]:

١– عقد الاختصاص للقاضي العادي بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم صادر في عقد إداري دولي يعد اعتداءً صارخاً على اختصاص القاضي الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقد الإداري ومخالفا لنص المادة ١٧٢ من الدستور الذي جعل مجلس الدولة هيئة مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية.

٢– عقد الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة يعني سلب القاضي الإداري سلطة الفصل في بعض المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، كمسائل مشروعية العمل الإداري.

ويمكننا الرد على ذلك بأن المشرع في قانون التحكيم المصري غلب صفة التجارة الدولية على الصفة الإدارية أو المدنية للعقد التجاري الدولي خصوصا وأن القانون التجاري الدولي و التحكيم التجاري الدولي تنصهر فيه التفرقة بين النظام المدني والإداري التي تتبعها دول النظام اللاتيني، ميلا إلى عالمية التحكيم. وغير خاف أيضا، أن الولاية العامة القضائية – وفقا للدستور– للقضاء العادي.

ونضيف أن أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم هي أسباب إجرائية بحتة وليست موضوعية، أي أن دعوى بطلان حكم التحكيم لا تعني استئناف أو

---

١) أنظر ما سبق في الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ص ٣٤.

٢) انظر في عرض تلك الأسباب بالتفصيل : رجب محمد السيد أحمد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة أسيوط، عام ٢٠١٠، ص ٤٥٨. والذي يرى بان تسند الرقابة القضائية للقاضي الإداري دون تفرقة بين العقود الإدارية الداخلية أو الدولية.ص٤٦٠.

مراجعة حكم الحكيم من حيث الموضوع[1]، وبالتالي فلا يتصور أن يثار أمام محكمة استئناف القاهرة مسألة مشروعية العمل الإداري أصلا.

الفرع الثاني
قضية INSERM الفرنسية

أجابت محكمة التنازع الفرنسية Tribunal de conflit على هذا التساؤل، الخاص بالتنازع بين القضائين العادي والإداري في الرقابة على التحكيم في عقود الشراكة، بصدد بحكم[2] غريب الأطوار من وجهة نظرنا. وذلك في قضية تتلخص وقائعها في الآتي:

في ٤ أغسطس عام ١٩٩٨ أبرم المعهد الوطني للصحة والبحوث الطبية l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM))(الشخص المعنوي العام الفرنسي) اتفاقية مع مؤسسة نرويجية la fondation Letten F. Saugstad (الشخص الخاص) بموجبها تشارك في تمويل بناء مركز للبحوث العلمية في الأعصاب جامعة -Aix d'Université à l'Marseille.بفرنسا.

---

١) فتحي والي، مرجع سابق، ص٥٦٧. حكم استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري) جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٨ في الدعوى رقم ٨٥ لسنة ١١٩ق. وفي فرنسا حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية هضبة الأهرام :

Cass.1 re Civ .6 Janvier 1987 Rev . Arb. 1987 p. 469 Note Ph.Leboulanger,JDI 1987,p.638 Note B.Goldman.

2) Jean-Christophe Honlet and Gauthier Vannieuwenhuyse, International arbitration and French public entities: the INSERM decision of the Tribunal des Conflitsarbitrati on NEWSLETTER MARCH 2011, International Bar 78 Association Legal Practice Division, p.77-79.Site:

http://www.salans.com/~/media/Assets/Salans/Publications/International%20arbitration%20and%20French%20public%20entities%20the%20INSERM%20decision%20of%20the%20Tribunal%20des%20Conflit%202.ashx.

Malik Laazouzi; L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois; A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *Inserm c/ Fondation Saugstad*; Revue critique de droit international privé 2010 p. 653.

وحيث التزمت المؤسسة بموجب البروتوكول تسديد ثلاث دفعات حسب مراحل البناء تعادل ٢٥ مليون فرنك فرنسي، وقد نص العقد على انه في حال نشوب أي نزاع بتعلق بتنفيذ البروتوكول، وفي حال الفشل في التسوية الودية أو الوساطة بينهم فيتم اللجوء إلى التحكيم.

وعلى اثر نشوب نزاع بين الأطراف قامت المؤسسة Letten، والتي سددت جزءا من الدفعات يبلغ مليوني فرنك فرنسي وبعد الدفعة الأولى(حيث إجمالي المبلغ المطلوب دفعه ٢٥ مليون فرنك فرنسي)، بإخطار INSERMبإنهاء التعاقد في أغسطس ٢٠٠٠ لظروف طرأت أثناء تلك الفترة، وحيث أن INSERM تقدمت بطلب إلزام مؤسسة Letten تسديد مبلغ ٣.٥٠٦.٣٢٧ مليون يورو أمام محكمة باريس الابتدائية. وقضت الأخيرة باختصاصها وأصدرت حكمها الذي أُلغي من محكمة الاستئناف التي قضت بعدم اختصاص محكمة باريس وأحالت الأطراف إلى التحكيم لوجود شرط تحكيم في البروتوكول.

وفي ٤ مايو ٢٠٠٧ صدر حكم التحكيم برفض طلب INSERM مثار النزاع، وبإعادة مبلغ ٣٠٤.٨٧٨ مليون يورو لمؤسسة Letten مع الفوائد .

لذلك قام INSERM بالادعاء ببطلان حكم التحكيم هذا أمام محكمة الاستئناف الإداري بMarseille (القضاء الإداري) بناء على بطلان شرط التحكيم وادعت باختصاص القضاء الإداري لنظر الطعن في حكم التحكيم بناء على اتفاق تحكيم الخاضع للقانون الإداري الفرنسي، وفي نفس الوقت أدعت ببطلان حكم التحكيم أمام محكمة استئناف باريس(القضاء العادي). وادعت ببطلان شرط التحكيم بناء على حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم طبقا للمادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي وطالبت بوقف الإجراءات لحين صدور حكم من مجلس الدولة.

وفي ١٢ نوفمبر ٢٠٠٨ قضت محكمة استئناف باريس باختصاصها بناء على المادة ١٥٠٥ من قانون المرافعات الفرنسي" والتي تنص على أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يكون أمام محكمة الاستئناف التي صدر في دائرتها حكم التحكيم[1]، وقضت بأن حظر اللجوء إلى التحكيم من قبل الأشخاص العامة لا

1) ARTICLE 1505 (Nouveau) CODE DE PROCEDURE CIVILE:

نطبق في المجال الدولي حيث أنها ليست من النظام العام الدولي[1]. وحيث أن الطعن المقدم إلى محكمة الاستئناف الإدارية، وبعد بضعة أشهر، قضت مجلس الدولة في ٣١ يوليو ٢٠٠٩ –بعد إثارة هذه القضية لمسألة تنازع في الاختصاص– بإحالة القضية إلى محكمة التنازع[2].

وقضت محكمة التنازع فى ١٧ مايو ٢٠١٠ بأنه " إذا كان النزاع ينطوي على مصالح التجارة الدولية، والطعن كان فى الحكم الصادر فى فرنسا، فمن حيث المبدأ، يدخل فى اختصاص المحاكم العادية. ومع ذلك، فإنه يدخل فى اختصاص المحكمة الإدارية كلما كان الطعن ينطوي على الرقابة على امتثال حكم التحكيم للقواعد الإلزامية أو الآمرة فى القانون العام الفرنسى المتصلة بالعقود الإدارية الأربعة الآتية :إدارة الدومين العام أو المرفق العام أو المنطبقة على عقود الأشغال العامة، وعقود الشراكة، وعقود تفويض المرفق العام".

» implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public« .

وحيث أن البروتوكول المبرم بين INSERM وهى مؤسسة علمية وطنية مع مؤسسة Letten وهى مؤسسة نرويجية يتعلق بمصالح التجارة الدولية، وبالتالى فإن النعى على حكم التحكيم الصادر بخصوص هذا النزاع حول تنفيذ أو فسخ هذا العقد، لا يدخل من ضمن العقود الإدارية المذكورة سلفا أي الخاضعة لقواعد القانون الإداري المتعلقة بالنظام العام، يكون من اختصاص القضاء العادي .

"Le recours en annulation prévu à l'article 1504 est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence déclarée exécutoire".

1) Paris, 13 nov. 2008, D. 2009. 2384, obs. S. Bollée.

2) CE 31 juill. 2009, n° 309277, D. 2009. 2384, spéc. 2390, obs. S. Bollée, et 2959, obs. T. Clay.

ويُلاحظ إذن، أنه على الرغم من أن المتخصصين في التحكيم يدافعون عن وحدة وتركيز الخصومة التحكيمية أمام القاضي العادي[1]، فقد فضلت محكمة التنازع الازدواجية في الاختصاص بين القضاء العادي والإداري.

فمنذ عام ١٩٦٦ فإن محكمة النقض في قضيةGalakis قضت بأن حظر لجوء الدولة إلى التحكيم لا ينطبق في العقود الدولية والعقود التي تنطوي على مصالح التجارة الدولية[2]. وهو الحل الذي رفض الأخذ به قضاء مجلس الدولة في قضية Eurodisneyland في عام ١٩٨٦. حيث أن التحكيم في العقود الإدارية محظور وإلا كان اتفاق التحكيم وبالتالي حكمه باطلا[3].

والصحيح أنه طالما أن العقد يعد دوليا بأن ارتبط بمصالح التجارة الدولية سواء كان إداريا أو غير إداري فإن التحكيم فيه يخضع لرقابة القضاء العادي. وحتى الآن في فرنسا هناك تضارب بين أحكام القضاء العادي والإداري بصدد مسألة الاختصاص في منازعات عقود الإدارية الدولية، فيعتمد القضاء العادي على الصفة الدولية لتلك العقود، ويعتمد القضاء الإداري على الصفة الإدارية لها، وبالتالي ونتيجة لمخالفة مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية يبطل اتفاق التحكيم والحكم أيضا[4].

فقضت محكمة التنازع بأن الاختصاص في الرقابة على حكم التحكيم مزدوج. والمعيار هو ما إذا كان الطعن يتضمن إعمالاً للقواعد الآمرة في القانون الإداري الفرنسي« règles impératives du droit public français[5] » من عدمه. وهذه القواعد الآمرة في القانون الإداري كالقواعد المتعلقة بالإعلان والشفافية والمنافسة[6] les règles de publicité, de mise en

1) Not. J.-L. Delvolvé, Une véritable révolution… inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative), Rev. arb. 2007. 373.

2) Civ. 1re, 2 mai 1966, D. 1966. 575, note J. Robert. Loïc Cadiet, Droit judiciaire prive, 2 ed,1998, Litec.no 2081.p.873

3) CE Ass., 6 mars 1986, avis no 339710 : EDCE 1987, no 38, p. 178.

4) Sophie Lemaire ; Arbitrage international et droit public : le Tribunal des conflits déçoit ;Recueil Dalloz 2010 p. 2633 .

5) les régimes légaux de passation des contrats qui mettent en oeuvre les principes généraux de la commande publique et les règles de fond interrogeables relatives notamment à l'occupation du domaine public, ainsi que le « droit communautaire » (concl. préc., p. 14 ; *Rev. arb.* 2010. 288-289). V. également : M. Guyomar, note sous T. confl. 17 mai 2010, *Gaz. Pal.*, 27 mai 2010, n° 147, p. 28.

١) تنص المادة السابعة من مشروع قانون الشراكة اللبناني على أن: تراعى في عملية اختيار الشريك الخاص مبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة بين المتنافسين. وفي مطلق الأحوال،

concurrence et de transparence، أو تلك المبادئ التي قررها المجلس الدستوري المتعلقة بالمساواة أمام الطلب العام وحماية الممتلكات العامة وحسن استخدامها[1].

فإذا كانت الرقابة على حكم التحكيم يستهدف مدى تطبيق تلك القواعد كان ذلك من اختصاص القاضي الإداري، باعتباره هو الحارس على للنظام العام في المجالات الاقتصادية العامة المتعلقة بكافة العقود الإدارية[2].

وهديا بما تقدم، لم يعد المعيار في اختصاص محاكم القضاء العادي أو الإداري في الرقابة على التحكيم في العقود الدولية هو طبيعة العقد إداري أم خاص، بل المعيار هو مراقبة تطبيق القواعد الآمرة في القانون الإداري. وهو ذات الأساس في حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث كان مؤسسا على فكرة النظام العامl'ordre public، وعلى اعتبار تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[3].

ومجمل القول إذن، أن شروط اختصاص القضاء الإداري في الرقابة على التحكيم في عقود الشراكة تتعلق بالآتي:

لا يجوز اختيار شريك خاص أعلن إفلاسه ولا التعاقد مع شركة مشروع صدر بحق رئيس أو أحد أعضاء مجلس إدارتها حكم مبرم يدينه بارتكاب جناية أو جنحة شائنة.
http://www.gammanews.info/ReadMore.aspx?type=ln&Id=02408767-52ed-4a65-b096-f3b0228debdc

1) « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ». Cons. const., n° 2003-473-DC, 26 juin 2003, Rec. Cons. const. P. 382, consid. 18 ; AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid*. 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid*. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; Cons. const., n° 2008-567-DC 24 juill. 2008, Rec. Cons. const. p. 341, consid. 9 ; AJDA 2008. 1516 ; *ibid*. 1664, note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. Montecler ; Mélanges Jégouzo 2009. 227, étude G. Marcou ; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

2) Le juge administratif serait alors érigé en gardien de l'ordre public économique général afférant à tous les contrats publics d'affaires .
Stéphane Braconnier; Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux; Revue de droit immobilier 2010 p. 551

١) عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، ٩٢-٩٣، ص١١٤. منى رمضان، مرجع سابق، ص٢١٢.

١- الشروط الخاصة بالنزاع: فلا بد أن يكون خاصاً بتنفيذ أو فسخ عقد الشراكة l'exécution et à la rupture du contrat أو الإخلال بالتزاماته وبالتالي تُستبعد منازعات إبرام وتشكيل العقد.

٢- الشروط الخاصة بالعقد :أن ينطوي عقد الشراكة على مصالح التجارة الدولية أي نقل الأموال أو البضائع أو الخدمات عبر الحدود أي وفقا للمعيار الاقتصادي[١]، وأن يبرم بين شخص عام فرنسي وأجنبي.

٣- الشروط الخاصة بالقواعد المنطبقة: تطبيق حكم التحكيم للقواعد الآمرة في القانون العام الفرنسي مثل المساواة في المرفق العام وحماية الممتلكات العامة وحسن استخدام المال العام[٢].

٤- أن يكون الطعن في حكم التحكيم، في المنازعات الناشئة عن عقد الشراك، صدر في فرنسا

"formé contre une sentence arbitrale rendue en France".

والحق، أنه أنتقد هذا الحكم، لما قرره من اختصاص قضائي مزدوج وثنائية في التحكيم dualité de l'arbitrage[٣] (تحكيم عادي وآخر إداري)، حيث أن المحاكم المدنية أيضا تستطيع تطبيق القواعد الإلزامية للقانون الإداري، كما أن المحاكم العادية قد اختصت بقضايا، من ذي قبل، خاصة بالفصل في الطعن على أحكام التحكيم في منازعات عقود إدارية أحد أطرافها الأشخاص العامة الأجنبية[٤]. وطبقت محكمة النقض الفرنسية القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام فقضت ببطلان البيع الايجاري والإيجارات التجارية الواردة على الدومين العام[٥].

1) P. Leboulanger, La notion d'intérêts du commerce international, Rev. arb. 2005. 487.

2) Cons. const., Décis. n° 2003-473-DC, 26 juin 2003, AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme, 1391, note J.-E. Schoettl, et 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

3) Eric Loquin ;De la dualité de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage administratif; RTD Com. 2010 p. 525.

4) Paris Court of Appeal, Judgment dated 17 December 1991, Gatoil; Paris Court of Appeal, Judgment dated 13 June 1996, Sté KFTC; Paris Court of Appeal, Judgment dated 24 February 1994: Sté Bec Frères.

5) Civ. 1re, 2 avr. 1963, *Montagne c. Réunion des musées de France*, Bull. civ. I. n° 203 ; AJDA 1963. 486, note J. Dufau. Par ex. Civ. 3e, 10 mars 1998, Bull. civ. III, n° 64 ; D. 1998. 105 ; RDI 1998. 428, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé ; 20 déc. 2000, Bull. civ. III, n° 194 ; D. 2001. 480, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 3520, obs. L. Rozès. Civ. 3e, 10 mars 2010, Bull. civ. III, n° 58 ; D. 2010. 825, obs. Y. Rouquet. Pierre Delvolvé; Le contentieux des sentences arbitrales en matière

وقد انتقد أيضا الحكم لسبب آخر، حيث جعل اختصاص القاضي الإداري بيد القاضي الإداري نفسه أو الطاعن، لأنه هو الذي سوف يحدد تلك القواعد الآمرة في القانون الإداري، وبالتالي سيجلب اختصاصه بنفسه دون معيار موضوعي.

ونعتقد أن النقد الرئيسي الذي يمكن توجيهه إلى هذا الحكم هو أن مسألة اختصاص المحاكم العادية أو الإدارية في نظر الطعن على حكم التحكيم مسألة أولية إجرائية يحسمها القاضي أولا ثم يبحث في موضوعها.

وبالتطبيق على المبدأ الذي أقره حكم محكمة التنازع سالف الذكر، نجد أن القاضي عند النظر في موضوع النعي ببطلان حكم التحكيم يحدد اختصاصه على حسب ما إذا كان هناك مقتضى للرقابة على القواعد الآمرة، وهو الأمر الذي يخالف أولية تحديد الاختصاص . لذلك، فإن اختصاص القاضي العادي أو الإداري يجب أن يحدد أولا بناء على تطبيق قواعد آمرة من عدمه، وليس عند النظر في موضوع بطلان حكم التحكيم.

وأخيرا، إن أساس ثنائية التحكيم في عقد الشراكة قد يرجع–في نظرنا– إلى اعتباره عقد من عقود التنمية الاقتصادية. والأخير عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية، يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية، ويتمتع الطرف الأجنبي بحقوق غير مألوفة في العقود الداخلية، ويخضع العقد في بعض جوانبه للقانون العام، وجوانب أخرى للقانون الخاص، ويتضمن شرط تحكيم[1].

administrative; RFDA 2010 p. 971.

1) Mc Nair; the general principles of law recognized by civiled nation .B.Y.B.I.L 1954.,p.1.

مشار إليه في محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، يناير سنة ٢٠٠٠، ص ٥٤.

خاتمة

في ختام هذا الدراسة نستعرض النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

أولا: النتائج

١- إن تطور دور الدولة من مجرد أنها دولة حارسة إلى دولة لها دور اقتصادي، وافتقادها إلى الخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة ورأس المال لإقامة و تحسين وتمويل مشروعات البينة التحتية، أدى إلى سلوك أسلوب تعاقدي جديد وحديث مع القطاع الخاص يسمى بـــ"عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص".

٢- إن من وسائل جذب المستثمر الخاص، لا سيما الأجنبي، بالإضافة إلى توفير مناخ ملائم له تعاقدي و تشريعي ومالي، توفير وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة تتلاءم مع متطلبات واحتياجات هذا المستثمر.

٣- إن التحكيم في عقود الشراكة استلزم التطرق إلى تحديد معنى الشراكة. فالشراكة بالمعنى الواسع هي تعهد بموجبها الدولة أو المؤسسة العامة إلى شخص خاص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المرتقب إنجازها. وتتميز الشراكة- عن ما يشبهها من عقود- بأن لها مهمة شاملة وكلية تتضمن التمويل والبناء والاستغلال وفي بعض الأحيان إدارة المرفق العام. وهذه الشراكة تتم بواسطة عقد أو اتفاق(يسمى باتفاق المشروع). وتتميز عقود الشراكة بشمولية المهام الملقاة على عاتق المتعاقد، المتمثلة في التمويل والبناء والاستغلال إضافة إلى التصور أو التحضير الأولي للمشروع. كما أن التمويل المسبق على عاتق المتعاقد الخاص مع الإشارة إلى شرط أساسي يتمثل في اقتسام المخاطر بين الطرفين القطاع العام والخاص.

٤- إن عقد الشراكة له مميزات عديدة، جعلت التحكيم في فض منازعاتها محلا للبحث، وهي تتلخص في الموازنة بين مصلحة المستثمر في الربحية و مصلحة الدولة في إنعاش الاقتصاد وخفض الدين العام وخلق سوق للتمويل وفرص عمل وزيادة كفاءة خدمة المواطنين.

٥- التحكيم هو أفضل وسيلة من وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة. لخشية المتعاقد الأجنبي في عقد الشراكة من القضاء الوطني لأنه غير محايد، وخشيته أيضا من تمسك الدولة بحصانتها القضائية، مما أدى إلى اعتبار اتفاق التحكيم شرطا للتعاقد على الشراكة وليس مجرد وسيلة اختيارية لفض المنازعات.

٦-خصائص التحكيم ومميزاته، من حيث السرعة في الفصل في النزاع والكفاءة والخبرة المتوفرة في هيئة التحكيم والمرونة والسرية والمحافظة على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين أطرافها وبساطة الإجراءات، تتوافق تماما مع متطلبات ومقتضيات الشراكة من حيث التعقيد والتركيب و الفنية في عقودها و طول مدة تنفيذها التي قد تصل إلى حوالي المائة عام.

٧-التحكيم ليس فقط أفضل وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة، ولكن هناك علاقة تبادلية بين التحكيم وعقود الشراكة. فالتحكيم يؤثر في طبيعة عقود الشراكة، كما أن عقود الشراكة تؤثر في نوع التحكيم المتبع.

أ- تؤثر طبيعة عقد الشراكة على نوع التحكيم، فإذا كان عقد الشراكة ابرم في دولة معينة بين طرفين يتمتعان بجنسية تلك الدولة ومقيمين فيها، ويتم تنفيذ العقد على إقليم هذه الدولة يعتبر دون شك عقداً داخلياً، وخاضعاً للتحكيم الداخلي. أما إذا تم تكييفه على انه عقد إداري فيخضع لأحكام التحكيم الإداري سالفة الذكر، على العكس مما لو اعتبرناه عقداً مدنياً فيخضع للتحكيم العادي (غير الإداري). أما إذا كان عقد الشراكة عقدا ذات طابع دولي، كان التحكيم فيه تحكيما تجاريا دوليا. وذلك كله، مع اختلاف قواعد وإجراءات التحكيم الداخلي عن التجاري الدولي، والعادي عن الإداري، كما هو الحال في استلزام موافقة جهة معينة على التحكيم، والقانون الواجب التطبيق، والجهة القضائية المختصة بالرقابة والمساعدة في عملية التحكيم(القضاء العادي أم الإداري).

ب-يؤثر التحكيم في طبيعة عقود الشراكة. لأن الاتفاق على التحكيم يعني أن كلا الدولة أو إدارتها والمستثمر يتعاملان في مراكز قانونية متساوية، ويحكمهما مبدأ المساواة. فالإدارة تتعامل كفرد عادي وليست ككيان له

سلطة. بالإضافة إلى أن الاتفاق على التحكيم، بمرونته وبساطته، قد يعني جواز اتفاق الأطراف على تطبيق قانون آخر غير القانون الإداري. مما يعني نفي الطبيعة أو الصفة الإدارية عن العقود التي أدرج فيها اتفاق التحكيم أو أحالت إليه.

كما أن للتحكيم تأثير في سلطات الإدارة الاستثنائية، كمعيار مستقل أو أحد المعايير لاعتبار العقد إدارياً، لأن خضوع العقود الإدارية عموما للتحكيم يصعب معه التسليم بحقوق الإدارة وسلطاتها الاستثنائية، إلا إذا خضع العقد لنظام قضائي وقانوني يميز العقد الإداري عن العقد المدني. وهو الأمر الذي لا يضمنه التحكيم.

٨- إن دولا اتخذت سياسة الإجازة -استثناءً- للتحكيم في عقود الشراكة (كفرنسا)، وهناك دول (مثل: مصر وبعض الدول العربية) من اتبع سياسة التقييد- أصلا أو استثناء- من اللجوء إلى التحكيم بعد موافقة جهات معينة في الدولة (موافقة وزير أو رئيس وزراء أو لجنة معينة)، واشتراط تطبيق القانون الداخلي. ومن تلك الدول أيضاً كاليونان من قررت التحكيم الإجباري في عقود الشراكة، ويرجع ذلك لما يمثله التحكيم من مقتضيات الاستثمار الأجنبي.

٩-إن مجلس الدولة الفرنسي قرر دستورية التحكيم في عقود الشراكة، فلم يقبل الدفع بعدم الدستورية استنادا إلى أن طبيعة هذه العقود الإجمالية المركبة وما تضعه على عاتق الإدارة من التزامات كبيرة طوال مدة العقد وطريقة التمويل، تجعل من الضروري النص في العقد على آليات فض المنازعات، منتهيا إلى أن الأمر لم يخالف بصدد هذا الجانب أي مبدأ ذا قيمة دستورية.

١٠- إن للتحكيم في عقود الشراكة خصوصياته التي تميزه عن التحكيم في العقود عامة، وفي العقود الإدارية- التي قد تتشابه مع عقود الشراكة- خاصة.

١١- انطلاقا من أن التحكيم لابد أن يصطبغ بصبغة العقد ليتلاءم مع المنازعات الناشئة عنه . فإن الطبيعة المستعجلة لعقود الشراكة -والمقرر وفقا للقانون الفرنسي فقط- جعلت التحكيم، بإجراءاته ومواعيده العادية، غير مناسب لفض النزاعات الناشئة عن تلك العقود المفترض إبرامها في

ظروف استعجال قصوى، لذلك، فإن إتباع نظام التحكيم "المستعجل"- وليس التحكيم العادي- هو خير إسعاف ووسيلة لمواجهة المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة التي يشترط لإبرامها توافر حالة الاستعجال القصوى. بالإضافة إلى تأثير الطبيعة المستعجلة لتلك العقود على تقصير مدة الفصل في القضية التحكيمية وتخويل المحكم سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية.

١٢- إن الطبيعة المركبة والمعقدة لعقود الشراكة، موضوعياً أو شخصياً، بأن يتضمن عقد الشراكة عدة عقود تخدم مشروع الشراكة وتضم أطرافا متعددة يشاركون في تنفيذ هذا المشروع، له أثره في التحكيم ليصبح التحكيم متعدد الأطراف أو العقود Multiparty or Multicontract Arbitration، بصوره المتعددة إما في اتفاق التحكيم أو بامتداد شرط التحكيم أو ضم الدعاوى التحكيمية، بديلا عن التحكيم البسيط كأفضل وسيلة لحسم المنازعات المنبثقة عن تلك العقود غير قابلة للتجزئة.

١٣-إن التحكيم في عقود الشراكة تظهر خصوصياته في شكل التحكيم. كاشتراط موافقة جهة معينة على اتفاق التحكيم، كما في القانون المصري الذي اشترط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة في التحكيم في عقود الشراكة.

١٤-تظهر خصوصية التحكيم في عقود الشراكة في مكان التحكيم، فنظراً لأهمية عقود الشراكة وطابعها الخاص وعناصرها الشخصية(الدولة طرف فيها) والموضوعية(المرفق العام والبنية الأساسية)، فإن بعض قوانين الشراكة عندما أجازت التحكيم اشترطت أن يكون مكان أو مقر التحكيم في الدولة المتعاقدة، فربطت بين مكان التحكيم ومكان تنفيذ مشروع عقد الشراكة. كما هو الحال في قانون الشراكة الانجليزي والبرازيلي.

١٥-بالنسبة للغة التحكيم، خروجا على الرضائية في اختيار لغة التحكيم، نص قانون الشراكة البرازيلي الفيدرالي على أنه إذا اختار الأطراف اللجوء إلى التحكيم فلابد أن يكون مكان التحكيم في البرازيل وباللغة البرتغالية اللغة الرسمية للبلاد.

١٦- إن خصوصية التحكيم في عقود الشراكة تتجلى أيضا في القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة، حيث اشترطت بعض القوانين الوطنية(

كالقانون الفرنسي و المصري) تطبيق القانون الداخلي أيا كان التحكيم دولياً كان أو وطنياً، مع الاختلاف فيما بين هذه الدول في تطبيق القانون الإداري أو المدني، وهو ما تنص عليه الاتفاقات الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أو الدولة التي ينفذ فيها مشروع الشراكة .

١٧-إن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في عقود الشراكة، أرجعت بعض الدول هذا الاختيار لإرادة الأطراف، بينما اشترطت بعض الدول تطبيق القانون الوطني أيضا.

١٨-إن خصوصية التحكيم في مثل ذلك النوع من العقود تتجلى في الرقابة القضائية، فهي قد تكون رقابة قضائية أحادية من قبل جهة القضاء العادي باعتبار أن عقود الشراكة عقود إدارية، أو من قبل القضاء العادي فقط باعتبار أن عقود الشراكة ليست عقودا إدارية، بينما تبنت بعض الدول(كفرنسا) الرقابة الثنائية على عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة لاسيما الدولية، بمعنى أن القضاء العادي والإداري يشتركان معا في الرقابة على التحكيم في تلك العقود. فالأصل أن الرقابة تكون من قبل القضاء العادي إلا إذا كانت تنطوي على امتثال حكم التحكيم للقواعد الإلزامية أو الآمرة في قانون الشراكة.

ثانياً: التوصيات

١- أن تتبنى وتتولى مؤسسات الشراكة اعتماد العقود النموذجية للمشاركة في القطاعات المختلفة، وما يتضمنها من شرط التحكيم، كما في انجلترا UK Central PPP Unit Partnership UKRole و South Africa Central PPP UnitRole[1] وكما هو الحال *La Mission d'appui aux PPP (MAPPP* وهي لجنة تابعة لوزارة الاقتصاد والمالية

1) Vickram Cuttaree .International Experience in Establishing and Operating PPP Units. Sustainable Development Department. Europe & Central Asia Region. The World Bank. Friday December 7, 2007. على الموقع الآتي:
http://siteresources.worldbank.org/PPPILP/Resources/1-Vikram.pdf(Last visit 15/11/2011).

الفرنسية[1]، والوحدة المركزية للمشاركة التابعة لوزارة المالية المصرية، ولكن مع مراعاة تحديث تلك النماذج بما يتلاءم مع متطلبات العصر ومستجدات العولمة ومقتضيات الاستثمار الدولي.

٢- أن تتم صياغة اتفاق التحكيم في مرحلة الاستعدادات التمهيدية لإبرام عقد المشاركة، والتي تتطلب عمل دراسة جدوى أو تقييم أولي Evaluation prealable من النواحي القانونية بجانب تلك الفنية والبيئية والاجتماعية والاقتصادية والمالية.

٣- التروي عند صياغة شرط التحكيم في عقود الشراكة الدولية، بما يوازي بين مصلحة المستثمر و مصالح الدولة المتعاقدة.

٤- عند إسناد مشروع الشراكة إلى شخص أجنبي (طبيعي أو اعتباري)، فعلى الأخير أن يقوم الأخير بالتعاقد من الباطن بنسبة وإن كانت قليلة مع أشخاص مصريين يحملون الجنسية المصرية تحفيزا على الاستثمار و اكتساب الخبرة والكفاءة الفنيتين في هذا المجال.

٥- إن تدخل الشعب في تحديد السياسات الخاصة بدولها، نتيجة لما يُسمى بـــ"الربيع العربي"، يحتم إشراك رجال القانون المتخصصين والمفاوضين المتخصصين قبل إبرام تلك العقود بما تتضمنه من شرط تحكيم، وهو ما يجنب الدولة مشقة الالتزام بالتعويضات عند الإخلال ببنود عقد الشراكة وخسارة القضايا المتعلقة بها أمام هيئات التحكيم الدولية .

٦- العمل على إصلاح النظام القضائي المصري ليتواكب مع خصائص وخصوصيات المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة، لتعمل الرقابة القضائية الصحيحة على التحكيم فيها، بعمل دورات متخصصة في التحكيم في عقود الشراكة للقضاة لتخصيصهم للنظر في تلك المنازعات وإعمال الرقابة على التحكيم فيها.

٧- الاهتمام بشدة بالسوابق التحكيمية ودورها في التأثير على أحكام التحكيم في عقود الشراكة، من حيث قراءتها ومتابعتها لا سيما أنها متجددة ومتطورة .

1) http://www.economie.gouv.fr/ppp/accueil.

٨- إعداد نخبة من القانونيين المتخصصين في عقود الشراكة وخصوصية التحكيم في منازعاتها تضمن عدم خسارة الدولة في قضايا التحكيم وفي ذات الوقت بما يضمن استمرار العلاقة بين المستثمر والدولة.

٩- حسم مسألة اختصاص الرقابة القضائية على حكم التحكيم في مصر بصدد عقد الشراكة، وحسم فض التنازع بين جهتي القضاء العادي والإداري، مع الأخذ في الاعتبار عدم التحديد مسبق لطبيعة عقد الشراكة بأنه عقد إداري أو مدني وإنما العبرة بتكييف كل عقد على حدة .

١٠- عدم التسرع في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكم في اتفاق التحكيم، قبل قيام المنازعة، وذلك حتى يتسنى اختيار المحكم المناسب الذي تتلاءم خبرته وكفاءته وتخصصه مع طبيعة المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة. مع الحرص كل الحرص أن يكون من بين هيئة التحكيم رجل قانون متخصص فيها.

١١- أن يتفق أطراف عقد الشراكة على المكان الذي يجب أن يتم فيه التحكيم في عقود الشراكة، حتى لا يترك المجال لإرادة المحكم، على أن يتم الاختيار بعناية شديدة نظرا لأهمية النتائج التي تترتب على هذا الاختيار.

١٢- عمل دورات متخصصة ومتعمقة في التحكيم في عقود الشراكة في مراكز التحكيم الوطنية والإقليمية والدولية، لما لهذه العقود – وبالتالي التحكيم في منازعاتها–من أهمية على المستوى الاستثماري والاقتصادي الداخلي والدولي.

١٣- أن يتفق الأطراف –لاسيما في التحكيم الدولي– صراحة على تطبيق القانون الوطني الذي يحكم موضوع النزاع بعبارات واضحة ودقيقة لا تحتمل التأويل أو التفسير، بدلا من ترك تلك المسألة لمحض إدارة وتقدير المحكم.

١٤- أن تحترم الدولة والأجهزة التابعة لها بنود عقود الشراكة، خاصة شرط التحكيم فيها، وألا تتبع أساليب التهرب أو التنصل من مسئولياتها بالاحتجاج بقواعدها الداخلية، كعدم أهليتها في الاتفاق على التحكيم أو التمسك بحصانتها القضائية، خصوصا أن ذلك يتعارض مع مقتضيات النظام العام الدولي ومبدأ " الاستوبل" العالمي.

الملحق(١)

بعض أحكام النموذج الانـــجليزي لشرط التحكيم

في عقد الشراكة PFI/PPP

لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية و لا المتعاقدين من الباطن أن يوقفوا Down tools أعمالهم لنشوء نزاع تحكيمي، بل عليهم الاستمرار في تشغيل المرفق العام وفقا لما اتفق عليه في عقد الشراكة. وإن كانت أعمال البناء التي يجب أن يستمر فيها المتعاقد تستلزم إعادة بنائها إذا تم حسم النزاع التحكيمي لصالح الأخير.

وإذا تم حسم النزاع لصالح المتعاقد فإن جهة الإدارة تلتزم إضافة إلى التعويضات بنفقات إعادة البناء (مثل نفقات المواد و نفقات العمال) ونفقات تأخير تقديم الخدمة للمنتفعين من الجمهور[١].

للمحكم في عقود الشراكة سلطات تقديرية في اتخذا تدابير وإجراءات ضرورية مثل أن يأمر الأطراف بتقديم مستندات مكتوبة في الوقت الذي يراه مناسبا، أو أن يجري جلسات استماع[٢].

على أطراف التحكيم أن ينفذوا جميع التزاماتهم في عقد الشراكة رغم وجود نزاع تحكيمي، وعليهم تنفيذ حكم التحكيم فورا وبسرعة[٣].

---

1) Article No 28.5.1 , 28.5.2 Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury . www.hm treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf (last visited 11/11/2011) .p 233-239.
2) Article No: 28 (N)
3) Article No 28(P) : The parties shall continue to comply with, observe and perform all their obligations here under regardless of the nature of the dispute and notwithstanding the referral of the dispute for resolution under this Clause and shall give effect forthwith to every decision of the Adjudicator and the Arbitrator delivered under this Clause.

Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury. *www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf*

بالنسبة لمدة التحكيم في عقود الشراكة الانجليزية PFI/PPP: فعلى المحكم أن يصدر قراره في النزاع المحال إليه خلال ٢٨ يوم من تاريخ حجز القضية للحكم وانتهاء الجلسة الختامية، وفي جميع الأحوال يصدر خلال ٣ شهور من تاريخ تعيين المحكم، ما لم يتفق على غير ذلك.ولابد أن يكون حكم التحكيم صدر كتابة ومسببا، وأن يكون ملزما لأطرافه، ونفقات التحكيم تدرج في حكم التحكيم المنهي للخصومة[١].

المحكم ليس له اختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالمتعاقد من الباطن، ولكن يكون قرار التحكيم في النزاع الأصلي(بين الجهة والمتعاقد) ملزما للمتعاقد والمتعاقد من الباطن في حدود المسائل المثارة في نزاعاتهم والمتصلة بالنزاع الأصلي بين جهة الإدارة والمتعاقد الرئيسي في عقد الشراكة[٢].

أي طلبات مقدمة من المتعاقد من الباطن للمحكم يجب أن تتقيد بالمواعيد المقيدة لتقديم طلبات المتعاقد الرئيسي، وأن تكون في حدود المسائل المتصلة بالنزاع بين جهة الإدارة و المتعاقد الرئيسي[٣].

إذا قدم المتعاقد من الباطن طلبات لهيئة التحكيم، فإن نفقات التحكيم بخصوص هذا الطلب يدرج في حكم التحكيم[٤].

1) Article No 28(O) Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury . www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf .p.233-239.
2) No 28(R) Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury .*www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf*
3) No 28(s):Any submissions made by the Construction Sub-Contractor or the Operating Sub-Contractor shall:
   (i) be made within the time limits applicable to the delivery of submissions by the Contractor; and
   (ii) concern only those matters which relate to the dispute between the Authority and the Contractor under this Contract.
   Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury .
   www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf
4) 28(T) : Where the Construction Sub-Contractor or the Operating Sub-Contractor makes submissions in any reference before: the Arbitrator, the costs of the arbitration shall be in the discretion of the Arbitrator.

لا يجوز للمتعاقد الرئيسي أن يسمح للمتعاقد من الباطن أن يستدل بالمستندات المتعلقة بالنزاع بين جهة الإدارة والمتعاقد الرئيسي إلا في الأحوال الآتية:

١- إذا كانت هذه المستندات متعلقة أيضا بالمسائل المثارة في النزاع بين المتعاقد والمتعاقد من الباطن.

٢- إذا سلم المتعاقد الرئيسي إلى جهة الإدارة تعهدا خطيا – موجها إلى جهة الإدارة– من المتعاقد من الباطن يتضمن التعهد الأتي:

أ- عدم استخدام هذه المستندات إلا لغرض حسم النزاع الذي هو طرف فيه.

ب-عدم الكشف عن المستندات أو المعلومات التي تتضمنها للغير، وبالطبع فيما عدا المحكم[1].

الملحق (٢)

نموذج شرط التحكيم في عقود الشراكة صادر عن البنك الدولي

(باللغة الانـــجليزية)

((Arbitration[2]))

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];

1) 28(V) Standardisation of PFI Contracts Version 4 - HM Treasury *www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf*

2) THIS DOCUMENT HAS BEEN PREPARED FOR THE PURPOSES OF THE PPP IN INFRASTRUCTURE RESOURCE CENTER FOR CONTRACTS, LAWS AND REGULATIONS. IT IS A CHECKLIST FOR GENERAL GUIDANCE PURPOSES ONLY AND SHOULD NOT BE USED AS A SUBSTITUTE FOR SPECIFIC LEGAL ADVICE FOR A PROJECT. DISPUTE RESOLUTION – CHECKLIST AND SAMPLE WORDING Page 6 of 7 PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations (PPPIRC) Victoria Rigby Delmon, LEGPS http://www.worldbank.org/pppiresource April 2008.

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 [ ].

Joinder [relevant when agreement forms part of a suite of agreements]

If any dispute to be referred to arbitration under this agreement (other than a matter to be resolved pursuant to Clause [ ]) raises issues which are, in the opinion of the Owner, substantially the same as or connected with issues raised in a dispute (a "related dispute") between any of the following entities (and their successors in title and assigns):

- The Contractor;
- Any Subcontractor;
- Any of the counterparties to the Project Contracts;

Which has already been referred to arbitration in accordance with arbitration provisions substantially the same (mutatis mutandis) to this clause then:

(a) The dispute under this contract shall be referred to the arbitrators appointed to determine the related dispute; and

(b) the arbitrators shall have power to make such discretions and awards in the same way as if the rules of [RELEVANT COURTS] as to joining one or more defendants or third parties or consolidating actions were applicable to the Parties and to the arbitrators or, if the dispute under this Agreement has already been referred to arbitration under this clause, then any related dispute may be joined or consolidated with the dispute under this Agreement.

Referral to the Expert (may be appropriate for technical/ financial matters)

The following provisions shall apply between the Parties with respect to any matter, difference or dispute which this Agreement provides is to be referred to an Expert:

(a) Where any matter is referred to an Expert in accordance with this Clause [ ], the Expert shall be appointed by the Parties, or in default of agreement upon such appointment within seven (7) days of a Party notifying the other Party of its decision to refer the matter to an Expert, an Expert appointed by

(i) [ ] in relation to disputes of a primarily technical nature;or

(ii) [The President of the Institute of Chartered Accountants in [COUNTRY]] in respect of all other matters.

Failing agreement between the parties as to the nature of the dispute, the Expert shall be appointed by the [President for the time being of the Institute of Chartered Accountants in [COUNTRY]].

(b) The Expert will resolve or settle such matter or dispute in such matter as he shall in his absolute discretion see fit. The Expert shall be requested to reach his decision within thirty (30) days of the matter being referred to him. Any decision of the Expert shall be final and binding on the Parties.

(c) The cost of the Expert in settling or determining such matter or dispute shall be borne equally by the Parties unless the Expert otherwise determines.

Performance to Continue During Dispute

Performance of this Agreement shall continue during arbitration proceedings or any other dispute resolution mechanism pursuant to Clause [ ]. No payment due or payable by the Owner or the Operator shall be withheld on account of a pending reference to arbitration or other dispute resolution mechanism except to the extent that such payment is the subject of such dispute.

المراجـــــــع

أولا: المراجع العربية

١) إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩١-١٩٩٢.

٢) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

٣) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.

٤) أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص : سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، الرباط، ١ أكتوبر ٢٠٠٩.

٥) أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧.

٦) أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٣.

٧) أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره، الطبعة الثانية، ٢٠١١.

٨) أحمد صدقي محمود، التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٥.

٩) أنس جعفر و أشرف أنس جعفر، العقود الادارية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، سنة٢٠١١.

١٠) بشار جميل عبد الهادي- التحكيم في منازعات العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة -دار وائل للنشر-عمان -الطبعة الأولى- ٢٠٠٥م .

١١) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية،طبعة أولى،١٩٩٧.

١٢) حسام الدين الاهواني، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، مجلة القضاة السنة الحادية والثلاثون، العددان الأول والثاني، يناير ١٩٩٩.

١٣) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، الكويت، سنة ١٩٩٦.

١٤) حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠١.
١٥) حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، سنة ٢٠٠٧.
١٦) رجب محمد السيد أحمد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة أسيوط، عام ٢٠١٠.
١٧) رجب محمود طاجن ، عقود الشراكة ppp، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٧.
١٨) رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٠.
١٩) سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية،١٩٨٤.
٢٠) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٨ .
٢١) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط الخامسة، ١٩٩١.
٢٢) سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط٢/٢٠٠٥.
٢٣) السيد الحبيب ملوش–آخر التطورات في حقل التحكيم الدولي بتونس آخر التطورات في حقل التحكيم الدولي بتونس–ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر القاهرة والإسكندرية عن التحكيم الدولي المنعقد في القاهرة من ١١الى ١٥– ١٩٩٢م.
٢٤) شكري رجب العشماوي، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر ضرورة اقتصادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١.
٢٥) عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧.
٢٦) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، ط١/٢٠٠٦.

٢٧) عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، ٩٢-٩٣.
٢٨) عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
٢٩) فتحي والي تعليق على حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٠ في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٢٦ ق ، مجلة التحكيم ٢٠١٠- العدد السابع.
٣٠) فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة.
٣١) مجدي عبد الحميد شعيب- التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة-بدون ناشر-١٩٩٨.
٣٢) محسن شفيق، المشروعات ذات القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧٨ .
٣٣) محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧.
٣٤) محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، يناير سنة ٢٠٠٠.
٣٥) محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، بدون دار نشر أو سنة نشر.
٣٦) محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى، ٢٠١٠.
٣٧) محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، دون سنة نشر.
٣٨) محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة،سنة ٢٠١٠.
٣٩) محي الدين إسماعيل علم الدين، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني .
٤٠) محيي الدين القيسي، الطبيعة القانونية لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها 18-20تشرين الأول ٢٠١٠ - عمان – المملكة الأردنية الهاشمية.

٤١) مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥.

٤٢) منى رمضان محمد، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركةPPP والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١١.

٤٣) نادر محمد إبراهيم، التعليق على قرارات تحكيم مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي عام ٢٠٠٩،مجلة التحكيم العربي العدد ١٣ – ديسمبر ٢٠٠٩.

٤٤) ناصر الزيد، لغات التحكيم وأثارها، مجلة التحكيم ، العدد الثاني، ابريل ٢٠٠٩.

٤٥) هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

٤٦) هبة بدر أحمد، الحماية الوقتية في التحكيم، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٩.

٤٧) وجدي راغب فهمي– مفهوم التحكيم وطبيعته–مقالة منشورة في الدورة التدريبية في كلية الحقوق جامعة الكويت–١٩٩٢–١٩٩٣م.

٤٨) ولاء رفعت،التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية–من إصدارات الغرفة التجارية والصناعية بمحافظة جدة–١٤١٩هـ.

ثانياً: المراجع الأجنبية

1) B Martor and S Thouvenot, ‘‘Le contrat de partenariat: la nouvelle alternative aux modes traditionnels d’achats publics’’, *JCP Administration et collectivit´es territoriales*, 5 July 2004.

2) B Martor and S Thouvenot, ‘‘Partnership Contracts or the revival of Public-Private Partnerships ‘`a la française’ ’’, RDAI/IBLJ, No 2, 2004.

3) B.Teyssie, Les groups des contrats, LGDJ, 1975.
4) BRACONNIER (S.), *L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique*, "JCP G.",p. 2134-2142, 24 novembre 2004.
5) Debouzy and P Guillot, Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public (DS, 2005).
6) Eric Loquin ;De la dualité de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage administratif; RTD Com. 2010.
7) F Brenet & F Melleray, *Les contrats de partenariats de l'ordonnance du 17 juin 2004* (Litec, 2005).
8) Francisco RAMOS Mendez,"Arbitrage international et mesures conservatoires" Rev.arb.1985.
9) Heilman, J. and G. Johnston, 1992. *The Politics of Economics of Privatisation*, University of Alabama Press.
10) Hervé Letellier, avocat associé, SELARL Symchowicz Weissberg, Dossier Le PPP vecteur de relance ?, Contrats Publics – n° 89 - juin 2009.
11) J M Peyrical & D Blondel, ''Contrats de PPPs et montages en boucle: de 'nouveaux' outils pour la pratique'', JCP Ed Notariale et Immobilière, 1 April 2005.
12) J.NERET, Le sous -contrat, LGDJ ,1979.
13) Jean Robert, l'arbitrage, droit intern, droit international prive, 6ed .1993.
14) Jean-Christophe Honlet and Gauthier Vannieuwenhuyse, International arbitration and French public entities: the INSERM decision of the Tribunal des Conflitsarbitrati on NEWSLETTER MARCH 2011, International Bar 78 Association Legal Practice Division.
15) Luc Baumstark ,Albane Hugé,Catherine Marcadier et Catherine Maubert Chef de projet du groupe Racines.Avec la participation de Laurent Deruy; PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ ET ACTIONS LOCALES :n° 9 – Juillet 2005.
16) Malik Laazouzi; L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois; A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *Inserm c/*

Fondation Saugstad, Revue critique de droit international privé 2010.

17) Marco Deluiggi et Mariana Cattel Gomes Alves.L'arbitrage et les contrats de Partenariat Public-Privé au Brésil: la fin du dilemme?.
18) Martor and S Thouvenot, ''Le contrat de partenariat: la nouvelle alternative aux modes traditionnels d'achats publics'', JCP Administration et collectivit´es territoriales, 5 July 2004.
19) Mc Nair; the general principles of law recognized by civiled nation .B.Y.B.I.L 1954.
20) Michael Earwaker .Australia: Resolving PPP Disputes through Arbitration 05 October2009.
21) Nadja Marie Alexander :Global Trends in Mediation . Kluwer Law International 2006 .
22) Noël Chahid-Nouraï et Romaric Lazerges; La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, AJDA © Editions Dalloz 2009.
23) P Lignières and A Ménéménis, ''Débat sur les contrats de partenariat'', Droit Adm, Nov 2004; General study dedicated to the Partnership Contract, Revue de Droit Bancaire & Financier, March-April 2005, 58–85; ''Les contrats de partenariats—Principes et méthodes''.
24) P. Leboulanger, La notion d'intérêts du commerce international, Rev. arb. 2005. 487.
25) Peter Sheridan ,PFI/PPP DISPUTES; PLS/PWS.PLS/558465.1.
26) Philippe Delelis, ''Partenariats public-prive´'', Jurisclasseur Administratif, Fasc 671 (2005).
27) Pierre Heitzmann , A Welcome And Surprising Decision: French Administrative Supreme Court Acknowledges The Adequacy Of Arbitration To Adjudicate Disputes Arising Out Of A New Kind Of Public Private Partnership ;MEALEY'S International Arbitration Report Vol. 20, #10 October 2005.
28) PIERRE HEITZMANN,"The Contrat de Partenariat: A New Form of French Public Private Partnership Allowing the Use of

Arbitration to Adjudicate Disputes," 23(1) Int'l Constr. L. Rev. 20 (2006).

29) POUDRET (J), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international,* Bruylant-L.G.D.J. Schulthess, 2002.

30) Raphaël Apelbaum; Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger; AJDA © Editions Dalloz 2004.

31) Resolving disputes in private public partnership agreements, by RitaZhao on December 30, 2010 in Diaz Reus News ,by Carlos F. Gonzalez and Gerardo Rodriguez.

32) Sophie Lemaire ; Arbitrage international et droit public : le Tribunal des conflits déçoit ;Recueil Dalloz 2010 .

33) Stavros Brekoulakis, Multiparty and Multicontract Arbitration.*www.qfinance.com/.../multiparty-and-multicontract-arbitration.pdf*.

34) Stéphane Braconnier; Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux; Revue de droit immobilier 2010 .

35) Thomas G. Heintzman :arbitration - Construction Agreement - Subcontract: Sunny Corner Enterprises Inc v. Dustex Corporation 2011 NSSC 172.

36) Vickram Cuttaree .International Experience in Establishing and Operating PPP Units. Sustainable Development Department. Europe & Central Asia Region. The World Bank. Friday December 7, 2007.

37) Yves Gaudemet in Arbitrage et Droit Public, Droit et Patrimoine, June 2002.