

الدكتور

أحمد قسنت الجداوى

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى الخاص

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

والخامى امام محكمة النقض

خصائص التحكيم فى عقود الانشاءات الدولية

دراسة خاصة

بمناسبة فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

بمجلس الدولة الصادرة فى جلسة ١٨ من ديسمبر ١٩٩٦ .

أبريل ١٩٩٧

مقدمة عامة

البحث فى مجالات وموضوعات التحكيم المختلفة يمحط به دائما أهمية خاصة نظراً لدقة نظام التحكيم وتطوره المستمر . وهذه الأهمية تبدو أكثر وضوحاً فى مجال عقود الانشاءات الدولية لما تمثله هذه العقود عادة من ضخامة من حيث الاستثمارات المخصصة لها ومن حيث دورها الواضح فى عمليات التنمية ونقل المعرفة عبر الدول .

وعقود الانشاءات أو التشييد الدولية هى من عقود التجارة الدولية التى يعتمد فيها كثيراً على أسلوب التحكيم لفض المنازعات التى قد تتورع بمناسبة تنفيذ تلك العقود . وطابع التجارية فى هذا التحكيم قد أبرزه القانون المصرى الجديد فى شأن التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث أشار الى الكثير من الأمثلة على هذه العقود وذلك بقوله أنه : ((يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون اذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة واقامة المفاعلات النووية)) (مادة ٢) . وفى كل هذه الأمثلة وغيرها يظهر مفهوم الانشاء الهندسى أو التشييد فى صورة من صورته المختلفة .

والخاصية الرئيسية للتحكيم فى مجال عقود الانشاءات الدولية ، شأنها شأن سائر العقود الأخرى التى قد تخضع لنظام التحكيم ، هى الرضائية ، أى قبول الأطراف فى العقد واتفاقهم بإرادتهم الحرة على اللجوء الى التحكيم حلاً للمنازعات فيما بينهم حول تفسير أو تنفيذ هذا العقد . وهذه الخاصية متفق عليها بصورة عامة فى الفقه والقضاء المقارن ، ويرزها قانون التحكيم المصرى بقوله أنه ((ينصرف لفظ التحكيم فى حكم هذا القانون الى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة)) (مادة ١/٤) ، وبقوله أن ((اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية)) (مادة ١/١٠) .

وهذه الرضائية فى مجال التحكيم بصفة عامة وفى اطار عقود الانشاءات الدولية بصفة خاصة ، قد عبرت عنها أيضاً محكمة النقض المصرية فى الكثير من أحكامها ومن ذلك قولها أن ((حكمة تشريع التحكيم تنحصر فى أن طرفى الخصومة يريدان بمحض ارادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء بأن يقضوا بينهما فرضاء طرفى الخصومة هو أساس التحكيم)) (حكم ١٢ أبريل ١٩٥٦ ، المجموعة ، السنة ٧ ، ص ٥٢٢ ، وكذلك الأحكام العديدة التى استعملت هذا التعبير والمشار إليها فى الكتاب الذى أصدرته وزارة العدل — إدارة التشريع عن قانون التحكيم

الدولة ، فلو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة ما كان المشرع الزمها أصلاً
بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ حكم المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة .

ب — وتجدر الإشارة إلى أن مسألة قابلية منازعات العقود للتحكيم قد حظيت باهتمام بالغ أمام اللجنة
التي أعدت المشروع النهائي لقانون التحكيم الجديد ، وبعد استعراض مطول للآراء المختلفة في هذا
الموضوع أقرت هذه اللجنة جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بغير قيد أو
شرط . وقد جاءت عبارة المادة الأولى من القانون المذكور واضحة في هذا الاتجاه : " تسرى أحكام
هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة
العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع " .

ج — وقد صدر قانون التحكيم الحالي بنص المادة الأولى المشار إليه معبراً فيها ، كما ذكرت الأعمال
التحضيرية ، عن الانحياز الكامل للرأى الذى أخذت به كل من الفتويين سالفتي الذكر ، وهو ما
سنعود إلى تأكيده فيما بعد .

د — هذا وقد حرص الفقه المصرى بعد صدور القانون الجديد — إلا فيما ندر — على التأكيد على أن
مسألة امكانية التحكيم فى مجال العقود الادارية قد صارت أمراً محسوماً فى ظل هذا القانون .
(ومن ذلك دكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، تعليق على قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧
لسنة ١٩٩٤ مقارناً بالاتجاهات الحديثة فى التحكيم الدولى الخاص ، دار النهضة العربية ،
١٩٩٥ ، ص ٥٧ . دكتور أشرف عبد العليم الرفاعى ، النظام العام والتحكيم فى العلاقات الدولية
الخاصة ((دراسة فى قضاء التحكيم)) ، رسالة للدكتوراه فى الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة
عين شمس ، ١٩٩٦ ، ص ١٨١ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٨٥))

هـ — غير أنه لم تمض إلا فترة وجيزة على ذلك إلا ونفاحاً بفتوى جديدة صادرة عن الجمعية العمومية
لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١٨ من ديسمبر ١٩٩٦ انتهت إلى عدم صحة شرط
التحكيم فى منازعات العقود الادارية .

وهذه الفتوى الجديدة تحتاج إلى وقفة جادة ، فمقتضاها أن عقود الانشاءات الدولية ، حين تكون
الدولة أو أحد اشخاص القانون العام طرفاً فيها ، وهو وضع شائع الحدوث ، وحين تتسم بطابع
العقود الادارية ، وهو الوضع الغالب ، تخرج من اطار نظام التحكيم فيحظر على هذه الأشخاص
القانونية العامة أن تقبل اللجوء للتحكيم فى مجال تلك العقود ، وإذا ما ارتضت بالتحكيم على ما
ينال هذا الحظر كان رضاؤها باطلاً ومعدوم الأثر .

وقد رأيت فى مناسبة دراسة خصائص التحكيم فى عقود الانشاءات الدولية أن أركز على هذه
الوقفة ، حيث بدا لزاماً على ، وقد كنت عضواً باللجنة الفنية التى أعدت المشروع النهائى لقانون
التحكيم الجديد ، حيث حضرت كل جلساتها ومداولاتها كما حضرت كل جلسات مناقشة هذا
المشروع سواء فى اللجنة التشريعية لمجلس الشعب أو أمام هذا المجلس ذاته وحتى التصويت عليه بصورة

نهائية ، أن أنظر في بصفة رئيسية في هذا الشأن تلك الفتوى الواردة لسان قدر الخروج فيها عن المفاهيم القانونية الصحيحة إلى جانب قدر عدم الدقة في التفسيرات والتفسيرات التي ذهبت إليها في هذا الصدد . وقد كان حرصى هنا أيضا من منوالى اعترازى الكبير بمجلس الدولة كصرح قانونى كبير انتميت إليه لسنوات عديدة فى بلد حمايتى الوطنية ، وكل ذلك مما يقتضى الوقفة الحادة للمحث عن حل لهذه الميزة التى أحدثتها تلك الفتوى الجديدة .

وعلى ذلك فسوف نعرض فيما يلى من ناحية للانتقادات الرئيسية الجائز توجيهها الى الرأى الذى أخذت به الفتوى المشار إليها ومن ناحية أخرى للحل الممكن اقتراحه فى هذا الشأن علاجا للبلبة التى قد تثيرها تلك الفتوى فى صدد هذا الموضوع الهام .

القسم الأول

الانتقادات الرئيسية للرأى القائل بحظر التحكيم فى مجال العقود الادارية

يمكن تلخيص هذه الانتقادات على الوجه التالى :-

أولاً: الخلط غير المعتبر بين التحكيم والصلح

لقد وردت تعبيرات الفتوى المذكورة كاشفة عن هذا الخلط الخاطى على الوجه الآتى :-

((اتفاق التحكيم من حيث أركانه وشروط صحته هو تصرف مما يندو بين النفع والضرر ، وهو وان لم يكن صلحا يسوى ويحسم نزاعا قائما أو محتملا بين طرفين ، فهو بمثابة صلح ويصدق فى شروط صحته ما يصدق فى شروط صحة الصلح من حيث كونه يلزم لصحته ما يلزم لصحة التنازل بمقابل . ومن جهة أخرى فإذا كان الصلح يقوم طرفاه بحسم النزاع بينهما بتنازلات منفصلة ، فهما فى التحكيم يعهدان إلى هيئة يتفقان عليها أن تحسم هذا النزاع بينهما ، والتنازلات المتقابلة هى التسليم المتقابل المسبق من الطرفين بقضاء الهيئة على أى منهما للآخر فهو تنازل متبادل ومتقابل عن احتمال كسب

وهذا التحليل يخالف فى حقيقة الأمر كل الأسس المتعارف عليها فى مجال التفرقة بين التحكيم والصلح ، وفيما يلى بيان ذلك :-

(١) التحكيم باجماع الفقه والقضاء ليس صلحا ، وهذا ما يستتج من النصوص التشريعية القائمة . فوفقا للمادتين ٥٤٩ ، ٥٥٠ مابنى الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، ويشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون اهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح .

فالمصاح ((يقتضى تقديم تضحية متبادلة من الطرفين لتزول كل منهما عن بعض ادعائه أو حقوقه على عكس الحال فى نظام التحكيم حيث لا نجد هذا العنصر وانما يعرض النزاع أمام المحكمين الذين ينظرونه — كما لو كانوا قضاة — حتى يتبين لهم صاحب الحق فى النزاع فيحكمون له بحقه كاملا

دون أن يكون ثمة تنازل أو توضيحية من أى من الطرفين المتنازعين)) (دكتور محمود السيد عمر
التحوى ، اتفاق التحكيم وقواعده ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق — كلية الحقوق جامعة
المنوفية ، ١٩٩٣ ، ص ٧٢ والمراجع التى أشار إليها ، الدكتور محمود محمد هاشم ، النظرية العامة
للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربى ، ١٩٩٠ ، ص ٢٧ وما بعدها) .

أى أن اتفاق التحكيم ، وحسبما نص عليه صراحة قانون التحكيم المصرى (مادة ١٠/١) فهو
بمجرد اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة بينهما بمناسبة
علاقة قانونية معينة ، وبحيث يلزم لمن يبرم هذا الاتفاق أن يملك التصرف فى حقوقه . وهذا بالضرورة
مما يتوافر للأشخاص الاعتبارية العامة ، حيث نخبها القانون (مادة ٥٣ مدنى) التمتع بجميع الحقوق
إلا ما كان ملازماً لصفة الانسان الطبيعية ، وبحيث يكون لها ذمة مالية مستقلة وأهلية قانونية كما أن
لها حق التقاضى .

(٢) وترتبط على ذلك فمن المسلم به ((أن التحكيم بالقضاء هو الأصل ، وأن التحكيم بالصلح يرد
استثناء على هذا الأصل ، ويترتب على ذلك لزوماً أنه يجب أن يكون منصوصاً عليه فى الاتفاق
صرحة ، وأن تدل عليه الإرادة الصريحة الواضحة للأطراف ، ويجب التزام التفسير الضيق
لهذا الاتفاق)) .

(الدكتور عبد الحميد الشواربى ، التحكيم والتصلح فى ضوء الفقه والقضاء والتشريع ، دار
المطبوعات — الجامعة ، ١٩٩٦ ، ص ٢٥) .

وعلى هذا الأساس فقد نص قانون التحكيم المصرى صراحة فى المادة ٣٩/١، ٢، ٣ على أن هيئة
التحكيم تفصل فى موضوع النزاع على أساس حكم القانون ، بينما يجوز استثناء أن يتم هذا الفصل
على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون (مادة ٣٩/٤) . ومن هذا يتضح
أيضاً الفارق المؤكد بين التحكيم والصلح مما حرص القانون على إبرازه بينما أغفلته الفتوى الجديدة
المشار إليها .

وبطبيعة الحال تبعاً لذلك فإن جهة الادارة حين تقبل التحكيم فى مجال العقد الادارى فلا يمكن أن
يعد ذلك قبولاً منها للصلح ، وإنما يتعين فى هذا الصدد أن يصدر عنها هى وعن الطرف المتعاقد معها
قبول متميز ومستقل بتفويض هيئة التحكيم بالصلح .

(٣) ويضاف إلى ما تقدم أن قبول التحكيم لا يعد من جانب أى طرف من أطراف التحكيم قبولاً
أو انصياعاً نهائياً أو تنازلاً مسبقاً عن الحق فى الاعتراض على حكم التحكيم أو على تنفيذه ، ولا أدل
على ذلك من أن قانون التحكيم ذاته قد فتح الباب أمام طرف التحكيم صاحب المصلحة ، وسواء
أكان من أشخاص القانون العام أو الخاص ، فى أن يرفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام محاكم
الدولة ولأسباب متعددة (المواد ٥٢/٢ ، ٥٣ ، ٥٤ من هذا القانون) ، كما أن له أن يعترض على

تنفيذ حكم التحكيم أمام هذه المحاكم وذلك بطلب وقف تنفيذه أو التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ. (مادة ٥٧ ، ٥٨ من القانون المذكور) .

(٤) والواقع أن الفتوى المذكورة في مجالها يور التحكيم والصلح قد أغفلت التعرف على الوضع الحقيقي لنطاق التحكيم في قانون التحكيم المصري ، فالمادة ١١ من هذا القانون قد حرصت على تقرير أنه ((لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح)) . وهذا النص تأكيد لما استقر في التشريع المصري من قبل وترديدا. حرفي لنص المادة ٤/٥٠١ من قانون المرافعات المصري والتي كانت واردة في باب التحكيم وألغيت مع غيرها من المواد الخاصة بالتحكيم في هذا الباب (مادة ٣ من مواد الاصدار في قانون التحكيم الجديد ٢٧ لسنة ١٩٩٤) . كما أن هذا النص (المادة ١١) يمثل الأساس الفقهي والقانوني لما يعرف في التشريعات المقارنة بفكرة قابلية المنازعات للتحكيم ، والتي بمقتضاها يتحدد الاطار الذي يمكن في داخله اللجوء الى نظام التحكيم ، ويبحث تكون المنازعات الخارجة عن هذا الاطار غير قابلة للتحكيم .

فالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح ومن ثم لا يجوز فيها التحكيم قد حددتها المادة ٥٥١ مدني بأنها تلك المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام . فإذا استبعدنا المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لأنها خارج المقام ، فلا يبقى مظلورا على التحكيم سوى المسائل المتعلقة بالنظام العام . وعلى هذا علمنا فليس هناك من قائل بأن العقود الادارية تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، بل أن الفتوى المشار إليها لم تقل بذلك التة .

والذي يبدو لنا واضحا أن نصوص قانون التحكيم الجديد قد أكدت على أن التحكيم جائز بحسب الأصل في سائر المنازعات أو المسائل وأن الاستثناء هو عدم القابلية للتحكيم ، والرجوع إلى المواد ١ ، ١٠ ، ١١ من هذا القانون يكشف عن ذلك بكل وضوح .

واعتمادا بأن جواز التحكيم هو الأصل وأن عدم القابلية للتحكيم هو الاستثناء ، فقواعد التفسير المتعارف عليها تتطلب عدم التوسع في تفسير الاستثناءات التي لا يجوز فيها التحكيم ، وهي محصورة بنص القانون الصريح في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحدها ، وإلا أدى مثل هذا التوسع إلى تهديد نظام التحكيم ذاته وبالأقل شل فاعلية اتفاقات التحكيم .

(٥) وأخيرا ورغم التأكيد على أن التحكيم يختلف جذريا عن الصلح ، حيث لا يوجد في التحكيم تنازل لاعن الحق الموضوعي ولا عن الحق في الاعتراض على حكم التحكيم ، فإنه يحق التساؤل عن مدى جواز الصلح في مجال العقود الادارية .

إن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة تنص على أنه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الادارة المختصة .

وبالاستناد إلى المنطق الواضح الذي سبق للجمعية العمومية لقسمة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن أبرزته في تفسير هذه المادة في الفتويين الصادرتين في ١٧/٥/١٩٨٩ ، ٧/٢/١٩٩٣ ، يمكن القول بأنه لو أن الاتفاق على الصلح هو أمر محظور على جهة الإدارة ، ما كان المشرع قد ألزمها أصلاً بعرض هذا الاتفاق على مجلس الدولة للمراجعة . ومؤدى ذلك التسليم بجواز الاتفاق على الصلح في عقود أشخاص القانون العام مدنية كانت أو إدارية . غير أن البعض قد شكك في هذه النتيجة قائلاً بأن ((ممثل الشخص الاعتباري العام لا يملك التصرف في حقوق هذا الشخص إلا وفقاً للقواعد القانونية المقررة . كما أن الصلح الذي يجريه أحد أشخاص القانون العام يثور في شأن جوازه بعض الغيوم ، لا يوجد رأي قاطع في شأنه)) (الدكتور إبراهيم على حسن ، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة ، بحث مقدم في مؤتمر هيئة قضايا الدولة في التحكيم ، سبتمبر ١٩٩٦ ، ص ٢٤)

وسواء انقضت هذه الغيوم أم لم تنقش فإنه يظل ثابتاً أن التحكيم ليس بصلح ، وأن التحكيم ليس فيه تنازل عن الحق الموضوعي أو رضوخ مسبق ونهائي لحكم التحكيم على ما سبقت الإشارة . وكل ذلك مما يؤكد مدى الخلط الذي وقعت فيه الفتوى المذكورة .

ثانياً : وصم أشخاص القانون العام بنقص الأهلية :

لقد أفاضت الفتوى المذكورة في الكلام عن الولاية والنيابة والوكالة والتفويض وذلك في صفحات عديدة اتسمت أغلبها بعدم الدقة وعدم الوضوح مما لا يتسع المقام لعرض تفصيلاته . ولعله يكفي في هذا المقام الإشارة إلى بعض العبارات التي جاءت بها هذه الفتوى وما تشيعه من احساس بنقص أهلية أشخاص القانون العام في مجال العقود الإدارية :-

((ليس من سلطة عامة إلا وهي مقيدة ومحدودة بمسند شرعيتها والسلطة المكفولة للإدارة العامة في العقد الإداري تقابلها القيود التي ترد على إرادتها في التعاقد وممارسة الشؤون العامة والعقد الإداري يرد في نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة المتعاقدة فلا يجاوز هذا الاختصاص ، وليس لجهة مسئولة عن مرفق معين أن تنزل عنه لغيرها على خلاف ما أجازته التشريع الذي أقامها على هذا المرفق ، وليس لها أن تعدل من أسلوب الإدارة والتسيير بما يجاوز ما رخص التشريع لها به ، ولا أن تفوض غيرها في شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة وفي مجال بيان الاختصاص الوظيفي الذي هو تفويض في شأن ولاية عامة ، لا يرد تفويض على تفويض ولا يجوز لمفوض في إجراء ما أن يفوض غيره في ذلك أو ينزل عن اختصاصه إلى غيره ، إلا أن يكون مآذونا له بذلك بإجازة تستند إلى التشريع أو بعمل تشريعي ولا يجوز النزول عن الاختصاص الوظيفي إلى غير موظف عام ولا يجوز لجهة عامة أن تنزل عن اختصاصها إلى جهة خاصة . وإن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال

الطبيعى لمق التقاضى ، أما المروءة فى ذلك الى التحكيم فهو يفتد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة فى شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذى تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام وهو تحكيم لجهة خاصة فى شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وادارتها ، وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتحويل صريح يرد من عمل تشريعى فلا يصح اجازة التحكيم من جهة عامة بشأن عقد ادارى غير أن يكون موافقاً على ذلك بعمل تشريعى)) .

(١) إن قراءة هذه العبارات وغيرها مما ورد فى الفتوى المذكورة يبرز اعتمادها على تفريح غريب ، وهو أن جهة الادارة أو أشخاص القانون العام لا تتمتع بحسب الأصل بأهلية قانونية كاملة وإنما يوصون بنقص الأهلية ، واكتمال الأهلية فى هذا المقام لا يتأتى إلا بعمل تشريعى . فهل هذا التفريح صحيح ؟ بالطبع لا .

(٢) فأشخاص القانون العام وفقاً للمادتين ٥٢ ، ٥٣ من القانون المدنى تتمتع من حيث المبدأ بجميع الحقوق ولها ذمة مالية مستقلة وأهلية فى المبادى التى يعنىها سند انشائها أو التى يقررها القانون ، كما أن لها حق التقاضى ولها نائب يعبر عن إرادتها .

فأشخاص القانون العام من حيث المبدأ يتمتعون بأهلية يرجع فى حدودها إما إلى سندا نشأتها أو لما يقرره القانون أى أنها ليست من ناقضى الأهلية . فحدود الأهلية هنا إنما تتحدد بالنسبة لكل شخص عام على حدة ، ولا يوجد قانون عمومى ينتقص من أهلية هذه الأشخاص العامة جميعها حين يتعلق الأمر بإبرام العقود الإدارية .

(٣) كذلك ليس فى الدستور المصرى أى نص يقيد من أهلية الجهات الادارية فى مجال العقود الادارية ، ولم يتعرض الدستور لدور القانون بالنسبة لهذه العقود إلا فيما يتعلق بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، حيث نص على أن يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بهذا المنح (مادة ١٢٣) . أما فى غير ذلك فالسلطة التنفيذية التى تتفرع عنها الوحدات الادارية وأشخاص القانون العام لا يوجد بالنسبة إليها أى نص على تقييد أهليتها فى مجال العقود الادارية أو جعل صلاحياتها فى ابرام هذه العقود ووضع شروطها مرهونة بعمل تشريعى يميزها .

(٤) والغريب فى شأن العبارات السابق ذكرها مما ورد فى تلك الفتوى أنها تشعر بأن قبول جهة الادارة للتحكيم فى مجال العقد الادارى هو بمثابة تنازل منها عن المرفق العام لهيئة التحكيم أو تفويض لها فى إدارة هذا المرفق وتسييره . وهذا ما عبرت عنه الفتوى المذكورة بصورة أخرى بقولها أن التحكيم فى هذا المجال هو تحكيم لهيئة ذات ولاية خاصة فى شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذى تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام ، وهو تحكيم لجهة خاصة فى شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها .

وهذا التخرج يثير الدهشة والاستغراب . فهل هيئة التحكيم حين تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري تحل محل جهة الإدارة في تفسير المرفق العام أو تتدخل في تنظيمه وإدارته ؟ بالطبع لا ، فكل دورها إنما ينحصر في فض النزاع الذي ثار بين جهة الإدارة والمتعاقد معها حول أمر من أمور العقد الإداري .

(٥) وأخيراً فإنه في مجال استعراض أحوال نقص الأهلية في القوانين الخاصة التي تمنع اللجوء إلى التحكيم إلا بإذن ، وهو ذات المفهوم الذي تنادى به تلك الفتوى من عدم جواز قبول أشخاص القانون العام للتحكيم في العقود الإدارية إلا بناء على إذن تشريعي ، أشارت الفتوى المذكورة إلى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال وما قررته المادة ٣٩ منه من عدم جواز قبول الوصي للتحكيم إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية باعتبار أن التحكيم كما تقرر محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٤/٤/١٩٧٠ هو من أعمال التصرف حيث ينطوي على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين ومن ثم يتعين فيه إذن المحكمة المختصة . غير أن الفتوى المذكورة قد أغفلت أن حكم النقض المشار إليه ذاته قد قرر صراحة أن استصدار هذا الإذن ليس بشرط للتعاقد أو التصرف (المجموعة ، السنة ٢١ ، ص ٥٩٨) ، وتطبيق ذلك على حالة أشخاص القانون العام يعنى أن موافقة النائب عنها على التحكيم في العقد الإداري دون إذن تشريعي لا يمنع من امضاء هذا التعاقد أو التصرف بحسب المبدأ . وبطبيعة الحال فكل هذه التشبهات المبسرة والتي أشارت إليها تلك الفتوى وتشعر بنقص أهلية اشخاص القانون العام لم يكن لها أصلاً من محل في مجال التصرفات الإدارية .

ثالثاً: اضمحاء قدسية غير مبررة على العقد الإداري

لقد حاولت الفتوى المذكورة إحاطة العقد الإداري بقدسية غير مبررة للقول بتعارض طبيعته مع نظام التحكيم ، فنجدها تقرر الآتي على وجه الخصوص : ((العقد الإداري ثاني وسيلتين للجهات القوامة على العمل العام في التصرف وتسيير المصالح العامة وإدارة الشؤون العامة ، وأولى الويلتين هو القرار الإداري ، وهما يتفقان في ضوابط أعمالهما باعتبارهما صادرين عن ولاية تستند لاختصاص مفوض باجراء التصرف في شأن يتعدى مصدر القرار إلى مال ومصالح وشؤون هو أمين عليها بمقتضى حكم شرعي وفي نطاق ما جرى شرعاً تخويله به وتفويضه فيه)) ، ((وأن العقد الإداري يتضمن بطبيعته شروطاً استثنائية تقيم لجهة الإدارة المتعاقدة وجه سطوة ونفوذ في العلاقة العقدية مع الطرف الآخر وبما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتسيير المرافق العامة وأنه مما يتعارض مع هذه الطبيعة أن يرد شرط التحكيم في المنازعات التي تقوم بين أطراف هذه العقود وما تفترضه من مشاركة طرفي العقد في تشكيل هيئة التحكيم تشكيلاً اتفاقياً (ومن ثم) يعتبر شرط التحكيم متنافياً مع إدارية العقد)) .

وهذه التخريجات من شأنها أن تضيف على العقد الإداري قدسية غير مبررة بالمقارنة بغيره من العقود أو التصرفات ، وهنا يمكن إبراز الملاحظات الآتية على وجه الخصوص :-

(١) أن فكرة العقد الإداري من أساسها هي بناء فقهي وقضائي أخذت به أصلاً الأنظمة القانونية اللاتينية وعلى رأسها النظام الفرنسي . أما النظام الانجلو أمريكي فهي لا تأخذ بمفهوم العقد الإداري أو بطبيعة التمييز ، فكل عقود جهة الإدارة لديها هي من صنف واحد ونوع واحد .

وبالنسبة لمصر ففكرة العقد الإداري تعتبر مفهوماً حديثاً على القانون المصري ، فالمحاكم المدنية قبل انشاء مجلس الدولة لم تأخذ بهذه الفكرة على إطلاقها أو بالفرقة في القواعد الواجبة التطبيق بين عقود الإدارة الإدارية وعقودها المدنية . وإنما دخلت فكرة العقد الإداري إلى النظام القانوني المصري منذ انشاء مجلس الدولة المصري الذي اقتبسها عن مجلس الدولة الفرنسي ، وظلت هذه الفكرة إلى الآن غير محكومة بتنظيم تشريعي متكامل .

(٢) ومفهوم الفتوى الجديدة أن عقود الإدارة الإدارية تنأى عن التحكيم ، أما عقودها المدنية فليس ما يمنع — على ما يبدو — من الأخذ بنظام التحكيم فيها . أو ليس من عقود الإدارة المدنية — سواء لكونها لا تتعلق بتسيير مرفق عام أو لكونها كذلك ولكنها لا تتضمن شروطاً استثنائية أو غير مألوفة في عقود القانون الخاص — ما قد يكون أخطر من العقد الإداري في قيمته أو آثاره ؟ أو ليست عقود المشتريات أو التوريدات المدنية أكثر خطراً وأهمية من عقد أو عقود تأجير مقصف في هذه المصلحة أو تلك من المصالح الحكومية ؟ أو في العقود الأولى ذات الطابع المدني — وفي منطق الفتوى المذكورة — يجوز التحكيم بينما يمتنع بالنسبة للعقود الثانية باعتبارها من العقود الإدارية ؟

(٣) إن جهة الإدارة حسيماً هو مستقر عليه تستطيع أن تلجأ للتحكيم في مسائل أخطر من إطار العقد الإداري ، ومن ذلك قبول التحكيم في مجال القانون الدولي العام بما قد يتعلق مثلاً بأمور السيادة أو رسم الحدود الجغرافية لا إقليم الدولة الخ (ومن ذلك مثلاً التحكيم في النزاع حول منطقة طابا) . أو ليس في هذا التحكيم من الأهمية والأثر ما قد يفوق وضع العقد الإداري ؟ وهل من قائل بأن التحكيم في تلك المسائل محظور على الدولة باعتبارها من أشخاص القانون العام ، وأنه يتعين عليها لفض النزاع في هذا الشأن أن تلجأ للقضاء الدولي وليس إلى التحكيم ؟

(٤) وغنى عن البيان أن القاعدة المستقرة في القانون الدولي العام أن الحق في اللجوء إلى التحكيم هو حق مقرر للدول وغيرها من أشخاص القانون الدولي العام . فإذا كانت الدولة وهي على رأس الأشخاص الاعتبارية العامة ، وفقاً لنص المادة ٥٢ من القانون المدني ، تستطيع اللجوء إلى التحكيم الدولي في المنازعات المتعلقة بالقانون الدولي العام وأن أهليتها في هذا الشأن كاملة غير منقوصة (راجع في ذلك دكتور صالح محمد محمود بدر الدين ، التحكيم في قضية طابا بين مصر وإسرائيل ، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس لنيل درجة الدكتوراه ، ١٩٩١ ، ص ١٩٦ وما بعدها) ، فإنه يبدو من الغريب أن يقال بأن الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام حين تبرم عقداً إدارياً

فى مجال القانون الداخلى فإنها لا تستطيع أن ترضى فيه بالتحكم لأن أهليتها فى هذا الشأن منقوصة أو قاصرة .

ومن ناحية أخرى ، فمن المقرر فى فقه القانون الدولى العام أن اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم بين الدول وإن كان يعتبر من قبيل المعاهدات الدولية ، إلا أنه لا يحتاج للعرض على المجلس التشريعى ، ((وذلك لأن تصديق المجالس النيابية غير مناسب لأنه قد يترتب عليه من التأخير ما ينتج عنه أضراراً بالغة)) (الدكتور صالح بدر الدين ، المرجع السابق ، ومشار فيه إلى مؤلف الدكتور محمد سامى عبد الحميد ، أصول القانون الدولى العام ، جزء ٢ لسنة ١٩٨٤ ، ص ٢٣٨) . فإذا كان الأمر كذلك فى التحكيم الدولى أى التحكيم بين الدول ، فكيف يستلزم ، كما فعلت الفتوى المذكورة ، أن تعلق صحة اتفاق التحكيم فى العقد الإدارى فى القانون الداخلى على موافقة أو إذن السلطة التشريعية ؟ .

(٥) إن قدسية العقد الإدارى ، كما تحاول أن تشعبه الفتوى المذكورة ، ليست بالأمر الثابت بيقين . فقد سبق أن ذكرنا أن التطور الفقهي والتشريعى فى مصر يكشف بوضوح عن أن فكرة العقد الإدارى لم تدخل فى القانون المصرى إلا منذ نشأة مجلس الدولة المصرى منذ نصف قرن من الزمان ونقلها عن مجلس الدولة الفرنسى ، أما قبل ذلك فلم يكن لفكرة العقد الإدارى كياناً قائماً بذاته فى مصر سواء أمام المحاكم المدنية أو فى الكتابات الفقهية .

وحتى فى الأزمنة الراهنة وفى ظل مجلس الدولة الفرنسى ، فهناك من الفقه الكثير الذى يوجه النقد البالغ إلى مبدأ التمييز بين العقود الإدارية وعقود الإدارة الخاصة ، لما بشبهه هذا التمييز من صعوبات كثيرة لم ينجح القضاء حتى الآن فى علاجها ، هذا بالإضافة إلى أن فكرة الإدارة الخاصة لم تقدم أى فائدة عملية فى مواجهة مثلتها أى فكرة الإدارة العامة . بل أن تقسيم عقود الإدارة ، من وجهة نظر هذا الفقه ، إلى عقود قانون خاص وعقود قانون عام لا يستند إلى اختلاف فى طبيعة كل من النوعين ، وإنما هو تقسيم مصطنع يجد أساسه فى فكرة الاختصاص القضائى ، ولقد كان الهدف الحقيقى من هذا التقسيم فيما مضى هو التخفيف من العبء الثقيل الذى كان يلقى على عاتق مجلس الدولة الفرنسى بوصفه قاضى القانون العام ، وما تطبيق قواعد القانون الخاص إلا حيلة لكى يسند الاختصاص ببعض المسائل إلى المحاكم المدنية . ولذلك فلم يتردد هذا الفقه فى القول بضرورة التفكير فى الحل الجذرى الذى يقوم على إلغاء التفرقة بين هذين النوعين من العقود .

(يراجع فى هذا الشأن الدكتور محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة للالتزامات وحقوق التعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد الإدارى — دراسة مقارنة ، ١٩٨٤ ، ص ١٦ وما بعدها والمراجع التى أشار إليها) .

فأين إذا هذه القدسية للعقد الإدارى فى ظل هذا التفكير ؟ .

(٦) ومع كل هذا ومع التسليم بفكرة العقد الإداري وتميزه عن عقود الإدارة الخاصة أو عقود الأفراد ، فإنه يبقى صحيحاً لدى الفقه المعتمد في مصر أن ((العقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة)) (ولذا رأينا أن مجلس الدولة الفرنسي ، الذي صاغ الأحكام الأساسية لنظرية العقد الإداري ، قد طبق الأحكام المدنية — بخلاف ما تقريرا — فيما يتعلق بأركان الرابطة التعاقدية ، وفيما يختص بعبء الرضا ، مما يؤكد أن العقد الإداري هو في جوهره عقد بالمعنى المعروف ، وكل ما يؤخذ على الرابطة العقدية في المجال الإداري اعتبارات تتعلق بالنواحي الآتية :—

أولاً:— القيود التي تفرضها التشريعات على الإدارة فيما يتعلق بالتعاقد معها .

ثانياً:— كون دفا تر الشروط أكثر مقاماً ، ولا يملك التعاقد مناقشتها .

ثالثاً:— سلطات الإدارة الخطيرة في مواجهة التعاقد معها ، والتي لا نظير لها في عقود القانون الخاص . ولا شيء من هذه الاعتبارات يمكن أن يؤدي إلى إهدار الرابطة التعاقدية في مجال عقود الإدارة)) . (الدكتور سليمان محمد الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية — دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ١٩٧٥ ، ص ٤٠٣) .

وإذا كان الأمر كذلك ، فعلى أى سند صحيح يقال بأن جهة الإدارة يتمتع عليها رغم شخصيتها القانونية الكاملة والمستقلة أن ترضى اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينها وبين التعاقد معها والتي قد تثار بمناسبة العقد الإداري ؟ بينما أن هذا الاتفاق على التحكيم لا يعنى نزولاً عن أى حق موضوعى لجهة الإدارة فى هذا العقد على ما سبقت الإشارة ، وأن طريق التحكيم يخضع فى سائر مراحلها ، وفقاً لقانون التحكيم ذاته ، إلى رقابة قضائية فعالة من محاكم الدولة على ما سيأتى ذكره .

رابعاً : الفهم غير الصحيح أو الأغفال غير المغتفر للكثير من النصوص المتعلقة

بالتحكيم فى القانون المصرى :

وهذا الانتقاد الممكن توجيهه إلى الفتوى المذكورة يبرز فى الأمور الآتية على وجه الخصوص :

(١) فهم نص المادة ١١ من قانون التحكيم الذى لا يميز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح على أنه يسوى بين التحكيم والصلح ، وهذا خلل غير مغتفر سبق أن عرضنا له بالانتقاد ، علماً بأن هذا النص ، كما سبقت الإشارة ، إنما يتعلق بتحديد المسائل غير القابلة للتحكيم ، وهذه فيما يتعلق بمجال البحث هنا ووفقاً للمادة ٥٥١ مدنى ، تقتصر على المسائل المتعلقة بالنظام العام . وليس من قائل على حد علمنا ، وحتى الفتوى المذكورة أيضاً لم تقله ، بأن العقد الإداري يعتبر مسألة متعلقة بالنظام العام .

(٢) فهم الجزء الآخر من نص المادة المشار إليها من أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الذى يملك التصرف فى حقوقه ، على أنه يحظر التحكيم على جهة الإدارة فى العقود الإدارية ، لأن التحكيم يعتبر تنازلاً عن الحق يتمتع على جهة الإدارة الارتضاء به فى هذه العقود . وقد سبق أن بينا

خطأ هذا التخريج ، هذا فضلاً عما هو مقرر من أن الشخص الاعتباري العام ، وفقاً للمادة ٥٣ من القانون المدني ، يتمتع بحسب الأصل بجميع الحقوق ومن بينها حق التقاضي . ومن المقرر أن الأهلية اللازمة للتحكيم هي أهلية التقاضي والتصرف ، حيث أن الحق في التقاضي هو من حقوق التصرف (G . Hamonic , L'arbitrage en droit commercial , L.G.D.J. Paris , 1950 , P.29 .) . فكيف يمكن أن يقال بأن الأشخاص الاعتبارية العامة رغم تمتعها بحق التقاضي لا يثق لها اللجوء إلى التحكيم ؟ وكيف يمكن أن يقال بأن هذه الأشخاص العامة وعلى رأسها الدولة — وهو القول الذي تشعر به الفتوى المذكورة صراحة — تعتبر من ناقصي الأهلية أو عديمها ، وأن النائب عن تلك الأشخاص العامة ، والذي نص القانون المدني صراحة (مادة ٣/٥٣) على أنه هو الذي يعبر عن إرادتها ، يعتبر كالولي أو الوصي على القاصر أو كالقيم على المحجور عليه الذي يحتاج كل منهم لإذن المحكمة لقبول التحكيم أو كالوكيل الذي يجب أن يفوض تفويضاً خاصاً بالالتجاء إلى التحكيم ، وبأن هذا الإذن أو ذاك التفويض يجب أن يأتي من قبل السلطة التشريعية ؟ وكيف يقال بأن الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى تعتبر منقوصة الأهلية في مجال التحكيم حين يتعلق الأمر بالعقد الإداري ، بينما أن القاعدة الأصولية التي نص عليها القانون المدني تقضي بأن ((كل شخص أهمل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو نجد منها يحكم القانون)) (مادة ١٠٩) ؟ وأين هو النص التشريعي الذي يحظر على جهة الإدارة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية ؟ .

وكيف يسوغ للفتوى المذكورة أن تقول بأن لجوء جهة الإدارة لقضاء الدولة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي أما لجوؤها في ذلك إلى التحكيم فلا يعد كذلك ؟ أحق التقاضي المقرر للأشخاص الاعتبارية العامة بصورة مطلقة هو حق قابل للتجزئة فيعترف به إذا كان التقاضي أمام محاكم الدولة ويقال بحظره في حالة اللجوء إلى التحكيم ؟ وأين هو النص القانوني القائل بهذا التخريج ؟ .

(٣) فهم نص المادة ٢٣ من قانون التحكيم — والذي يقضي بأن ((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)) — فهم هذا النص على أنه يفيد ((أن صلاحية جهة الإدارة لإبرام العقد الإداري وفق شروط الإبرام وإجراءاته التي ترد بالقانون واللوائح ، هذه الصلاحية لا تفيد بذاتها صلاحية جهة الإدارة عينها في إبرام شرط التحكيم لتمييز موضوع العقد عن شرط التحكيم في شروط الصحة وأوضاع النفاذ والاستمرار)) .

فهذا التخريج هو في الحقيقة لوى للأمور في مجال فكرة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي والتي فُتنتها المادة ٢٣ المذكورة بناء على فقه وقضاء مستقر في التشريعات المقارنة منذ أمد طويل وهذا النص يرتبط في واقع الأمر بالمادة ١/٢٢ من ذات القانون التي تقرر أن ((تفصل هيئة

التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع)) .

وهذان النصان منقولان بحذافيرهما عن نص المادة ٢١ من قانون التحكيم النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة (اليونيسترال) ، وبمقتضاها تختص هيئة التحكيم بالفصل فى مسألة اختصاصها بنظر النزاع ، وهو ما يعرف فى الفقه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وبأن احتمال ابطال أو فسخ أو انتهاء العقد لا يؤثر بحسب المبدأ على اتفاق التحكيم لئلا يهدم من استقلالية معترف بها ، فيبقى لهيئة التحكيم الاختصاص بنظر النزاع رغم عدم صحة العقد الأصيل أو انتهائه (الدكتور أبو زيد رضوان ، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، دار الفكر العربى ، ١٩٨١ ، ص ٣٧ وما بعدها ، الدكتورة سامية راشد ، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول - اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤ ، ص ١٣٨ وما بعدها) .

فالأمر هنا يقتضى عدم قلب الأوضاع ، حيث يعنى أساسا أن شرط التحكيم الوارد فى العقد الإدارى يعتبر اتفاقا مستقلا عن هذا العقد ومنفصلا عنه بحسب المبدأ . وهذه الاستقلالية تعنى فى مقامنا هذا أننا بصدد اتفاق آخر أبرمته جهة الإدارة مع المتعاقد معها ولكنه لا يدخل فى مفهوم العقد الإدارى لأن شرط التحكيم فيه لا يعتبر من الشروط غير المأوفة فى القانون الخاص كما لا يتعلق هذا الاتفاق بذاته بتسيير المرفق العام . فنحن إذن بصدد عقد من عقود الإدارة المدنية أدمج فى عقد إدارى (شرط تحكيم) أو اتفق عليه الطرفان حال قيام النزاع بينهما (مشاركة تحكيم) .

والنطق يقتضى بناء على هذا التحليل لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أن يبحث أمر صحة هذا الاتفاق من عدمه ولو جاء بمناسبة عقد إدارى ، على أنه عقد مدنى يخضع لأحكام القانون الخاص . وقد رأينا أن قواعد القانون المدنى تقرر للأشخاص الاعتبارية العامة وبحسب الأصل جميع الحقوق ومنها الذمة المالية المستقلة والأهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائها أو التى يقرها القانون إلى جانب حق التقاضى ووجود نائب يعبر عن ارادتها (مادة ٥٣ مدنى) .

ومن ناحية أخرى ، فإن جهة الإدارة حين ترم هذا الاتفاق المدنى بالتحكيم ، ولكى يكون اتفاقا معتداً به قانوناً ، إنما ترمه مع المتعاقد معها — وبحسب تعبير قانون التحكيم (مادة ٤) — بإرادتهما الحرة ، ومن ثم تنطبق فى شأنه القاعدة الأصولية التى نصت عليها المادة ١٤٧ / ١ مدنى بقولها ((العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقرها القانون)) فأين هى تلك الأسباب التى يقرها القانون والتى قد تسمح لجهة الإدارة بنقض الاتفاق على التحكيم الذى تكون قد أبرمته بإرادتها الحرة ؟ .

(٤) فهم نصوص المواد ٥ ، ٢٥ ، ٢٩ ، ٤٣ من قانون التحكيم على نحو يخرجها تماماً عن مفهومها الأصيل وعن أنها تنظم أموراً لا تنفذ إلا باتفاق الأطراف . وهذا للأسف تحوير ولوى غير مقبول للنصوص القانونية الواضحة .

فالمادة ١٧ وليست المادة ٥ من هذا القانون هي التي تحكم مسألة تعيين المحكمين ، وهى تنص صراحة على أن ذلك معهود به أصلاً لاتفاق طرفي التحكيم ، وفي حالة عدم الاتفاق فالأمر فى ذلك التعيين يعود إلى محاكم الدولة المصرية على التفصيل الذى أوردته المادة ١٧ المذكورة .

والمادة ٢٥ تنص صراحة على أن الأصل هو أن يجرى تحديد الاجراءات التى تسعها هيئة التحكيم باتفاق الطرفين .

والمادة ٢٩ تنص صراحة كذلك على أن التحكيم يجرى أصلاً باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى ، فإحازة اختيار غير اللغة العربية للتقاضى أمام هيئة التحكيم أو لسير الاجراءات أمامها ليس إلا استثناء على الأصل العام ، وهو استثناء لا يتم إلا باتفاق طرفي التحكيم .

والمادة ٢/٤٣ من القانون تنص صراحة على انه يجب أن يكون حكم التحكيم مسبياً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم . فالأصل هو وجوب التسبب والاستثناء هو جواز عدم التسبب بناء على اتفاق الطرفين (مع العلم بأن ارادة الطرفين حاسمة فى هذا الشأن حتى لو كان القانون الواجب التطبيق على الاجراءات يميز عدم التسبب ، حيث يجوز دائماً للأطراف الاتفاق على اجراءات التحكيم حتى بالمخالفة لهذا القانون الواجب التطبيق وذلك بمقتضى الحق المخول لهم بمقتضى المادة ٢٥ من ذات القانون) .

(٥) وفضلاً عما تقدم فإن الفتوى المذكورة قد أغفلت نصوماً حاسمة فى شأن التحكيم وردت فى بعض القوانين الخاصة ومنها على وجه الخصوص المادة ٥٥ من قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ التى تنص على أنه : ((دون اخلال بالحق فى الالتجاء إلى القضاء المصرى ، يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التى يتفق عليها مع المستثمر ، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات فى إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو فى إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى التى انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١ ، وذلك بالشروط والأوضاع وفى الأحوال التى تسرى فيها تلك الاتفاقيات ، كما يجوز الاتفاق على أن يتم تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام المركز الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة)) .

وهذا النص حسبما يقرره الفقه المصرى ، حاسم فى احازة التحكيم فى المنازعات التى قد تنور بين الدولة المصرية أو أشخاصها العامة والمستثمر فى صدد قانون الاستثمار وسواء كانت هذه المنازعات عقدية أو غير عقدية ، وهو ما يشمل منازعات العقود التى تبرمها الدولة مع المستثمر حتى ولو كانت موصوفة بأنها عقود إدارية . كما أنه يترتب على انضمام مصر الى اتفاقية واشنطن (وهى الاتفاقية المذكورة آنفاً فى صلب المادة ٥٥ من قانون الاستثمار) صيرورتها جزءاً من النظام القانونى المصرى

يسمو على القوانين الداخلية وتعين من ثم القول بصحة لجوء الدولة ومؤسساتها إلى التحكيم فى منازعات عقودها الادارية . (دكتورة سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٣٣١ ، الدكتور أحمد شرف الدين ، بطلان حكم التحكيم فى منازعات عقود التشييد والبناء الدولية ، مجلة المحاماة ، ابريل ١٩٩٤ الجزء الول ، ص ٢٩٣ هامش ٤٠ ، دكتور أشرف عبد العلم الرفاعى ، المرجع السابق ، ص ١٨٦) .

خامسا : الابتعاد عن قواعد التفسير الصحيحة للنصوص التشريعية .

تنص المادة الأولى من قانون التحكيم على انه ((تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع)) .

وقد ذهبت الفتوى المذكورة فى سبيل نفي اندراج العقود الادارية فى حكم هذا النص إلى القول بأنه ((من الجلى فى مناهج التفسير أن اللفظ العام يعتبر ظنى الدلالة فى عمومه ، بينما اللفظ الخاص يعتبر قطعى الدلالة فى خصوصه ، لأنه ما من عام إلا ويخصص على ما يقول علماء الأصول فى الفقه)) .

وهذا التفسير قد جاء فى الواقع مبسراً ولا يتفق مع قواعد التفسير الصحيحة لا فى علم أصول الفقه ولا فى القانون الوضعى ، وتفصيل ذلك ما يأتى :-

(١) إن اللفظ العام فى أصول الفقه هو اللفظ الموضوع وضعا واحداً والذى يشمل جميع الأفراد التى يصدق عليها معناه من غير حصر فى كمية معينة (الشيخ زكى الدين شعبان ، أصول الفقه الاسلامى ، الطبعة الثالثة ١٩٦١ / ١٩٦٢ ، ص ٣١٤) .

وما من شك فى أن عبارة المادة الأولى من القانون على ما ورد ذكره قد جاءت فى صياغة عامة لا تحتل أى تخصيص ، وليس فى الواقع أى تخصيص لها لا فى قانون التحكيم ذاته أو فى أى قانون آخر سارى فى مصر .

والقاعدة الأصولية أن اللفظ العام الدامى على عمومه ولم يدخله التخصيص فلا نزاع بين العلماء حسبما يقرر الشيخ زكى الدين شعبان ، فى أنه يدل على جميع الأفراد التى يصدق عليها معناه ، وأن الحكم الوارد عليه يكون ثابتاً لجميع ما يتناوله من الأفراد)) . (المرجع السابق ، ص ٣٢٢) .

أما ما قالت به الفتوى المذكورة من أن اللفظ العام يعتبر ظنى الدلالة فى عمومه بينما اللفظ الخاص يعتبر قطعى الدلالة فى خصوصه ، فقد أورده ذلك الشيخ الجليل فى معرض بيان النزاع بين علماء الأصول حول صفة هذه الدلالة هل هى دلالة قطعية أم ظنية ، حيث ذهبت الشافعية وغيرهم إلى أن دلالة على كل فرد بخصوصه دلالة ظنية لا قطعية ، بينما قال الحنفية بأن دلالة على كل فرد بخصوصه دلالة قطعية لا ظنية فإذا ورد اللفظ العام كان المراد منه جميع ما يصدق عليه من

المفسر)) . (الدكتور حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، ١٩٨٨ ، ص ٢٦٢ وما بعدها) .

إن هذه المعاني واضحة في الكشف عن مدى خروج الفتوى المذكورة عن المعنى المستفاد من عبارة ولفظ المادة الأولى من قانون التحكيم المشار إليها .

(ب) والمعنى المستفاد من فحوى النص هو ((كل ما يتناوله النص عن غير طريق ألفاظه أى عبارته)) . (الدكتور منصور مصطفى منصور ، المرحع السابق ، ص ٣٠٨) ، أو هو بعبارة أخرى ((ذلك المعنى الذى لا يظهر من عبارة النص ، ولكن يستخلص من ذات قصد المشرع على اعتبار أنه من لوازمه . فالمعنى هنا لا يستفاد من عبارة النص أو ألفاظه ، ولكن من روحه وفحواه)) . (الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، سنة الطبع غير مذكورة ، ص ٢٧٩) .

(٣) وإذا كانت الغاية من التفسير هى تحديد معنى النصوص ، وأن هذا المعنى إنما يتحدد على ضوء قصد الشارع ، فالأعمال التحضيرية للقانون هى من أهم وسائل التفسير لوصول إلى هذا القصد . فماذا فعلت الفتوى المذكورة فى رجوعها للأعمال التحضيرية لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لكى تصل إلى هذا الرأى فى ((أن هذا القانون فى أى من مراحل اعداده وحتى صدر لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الادارية لهذا القانون)) .

الواقع أن أى قارئ منصف للإشارات التى جاءت بها الفتوى المذكورة عن بعض الأعمال التحضيرية ، ودون دخول فى تفاصيل هذه الاشارات ، يقطع بأن تلك الاشارات ، سواء منها ما تعلق بتدخلات فى المناقشات البرلمانية لرئيس مجلس الشعب أو لوزير العدل أو لأحد أعضاء هذا المجلس (الدكتور ادوارد الذهبى) ، واضحة فى بيان قصد المشرع فى شمول نص المادة الأولى من قانون التحكيم ، وبعبكس ما تقول به الفتوى المذكورة ، للعقود الادارية .

بل ان المحاجة فى تلك الفتوى المذكورة لم تقف عند مجرد التحدى الصارخ للكثير من الاشارات التى وردت فى الأعمال التحضيرية ، بل وصلت إلى حد الاتسار فى تلك الاشارات داخل هذه الأعمال التحضيرية تفادياً للخرج فيما تقطع به مخالفا لمذهب الفتوى المذكورة . وبيان ذلك على وجه الخصوص ما يأتى :-

(أ) ضربت الفتوى عرض الحائط بما جاء على لسان اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية عن مشروع القانون ، من أن هذه اللجنة قد ((عدلت المادة الأولى على نحو وسع من نطاق تطبيق أحكام المشروع فعدت أن رححت أحكام الاتفاقيات المعمول بها فى مصر نظمت سريان أحكام المشروع على كل تحكيم يجرى فى مصر سواء أكان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأيا كانت العلاقة التى يدور حولها النزاع

وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا القانون على العقود الادارية كى يصبح حكمها تقنيا لما انتهى إليه التناء مجلس الدولة فى هذا الشأن وتقديم المشروع الجديد كقانون للتحكيم وليصبح هو القانون العام فى مسائل التحكيم سواء كان تجارياً أو غير تجارى دولياً أو داخليا ((. (يراجع

هذا التقرير فى كتاب وزارة العدل عن قانون التحكيم ، المرجع السابق ، ص ٦١ وما بعدها) .
 (ب) أغفلت الفتوى تماماً ما جاء فى بداية هذا التقرير صراحة من أنه ((نظرت اللجنة مشروع القانون ومذكرته الايضاحية ، واستعادت نظر الدستور والقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ باصدار القانون المدنى والقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم مجلس الدولة)) .

أى أن اللجنة المشتركة قد قصدت سريان قانون التحكيم على العقود الادارية ، على ما سبقت الإشارة ، وأنها فى هذا القصد قد استعادت أحكام الدستور والقانون المدنى وقانون مجلس الدولة (المرجع السابق ، ص ٥٨) . ومن المعروف أن هذا القانون الأخير قد نص صراحة فى مادته العاشرة على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المنازعات الخاصة بالعقود الادارية ، كما أن الدستور المصرى قد نص فى المادة ١٧٢ على أن ((مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية)) . وبعبارة أخرى لم تر تلك اللجنة فى الأحكام المذكورة ، وخاصة ما ورد منها فى الدستور أو فى قانون مجلس الدولة ما يمنع من سريان قانون التحكيم على العقود الادارية رغم خضوع المنازعات المتعلقة بهذه العقود للاختصاص القضائى لمحاكم مجلس الدولة .

(ج) اغفلت الفتوى المذكورة نص المادة الثالثة من مواد الاصدار التى تصدرت قانون التحكيم ونصت على أن ((يلغى كل حكم مخالف لأحكام هذا القانون)) . علما بان اللجنة المشتركة قد ذكرت أنها قد ((استحدثت نص هذه المادة بعد أن أصبح هذا القانون هو الشريعة العامة التى تحكم شئون التحكيم فى مصر أيا كانت طبيعة المنازعة التى يدور بشأنها التحكيم وأيا كان وضعه)) (كتاب وزارة العدل ، المرجع السابق ، ص ٦١) .

وهذا هو المعنى الذى أكدته المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ ، حيث قررت ((أن الشريعة العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية — المعمول بها فى جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قوامها أن التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح وليد الاتفاق ، سواء أكان تحكيميا داخليا ، أم دوليا ، مدنياً ، أم تجارياً ، وأن المحكمتين يجوز أن يكونوا من أشخاص القانون الخاص أو العام)) .

فكيف إذا يكون قانون التحكيم هو الشريعة العامة للتحكيم فى مصر ، بحيث يلغى كل حكم مخالف لأحكام هذا القانون من حيث يبسط نصوصه ايا كانت طبيعة المنازعة التى يدور بشأنها التحكيم و ايا كان وضعه ، ثم يقال بعد ذلك ان القانون المذكور لا ينصرف إلى العقود الادارية ؟ .

(د) كما أغفلت الفتوى المذكورة كلمة المذكرة الايضاحية الأولى لمشروع قانون التحكيم حينما كان ينصرف إلى التحكيم التجارى الدولى وحده ، والتي ورد فيها ، فيما يتعلق بتحديد نطاق تطبيق أحكام هذا المشروع الذى عينته المادة الأولى ، أن تسرى ((تلك الأحكام على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص ، فحسب المشروع بذلك الشكوك التى دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التى يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم ، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع)) .

(كتاب وزارة العدل ، المرجع السابق ، ص ٥٣) .

(هـ) أغفلت الفتوى المذكورة كلية ما قدم من مقترحات حول نص المادة الأولى من مشروع قانون التحكيم فى جلسة مجلس الشعب بتاريخ ٦ مارس ١٩٩٤ ، والتي بدأ فيها مناقشة مواد هذا المشروع لأخذ الرأى عليها مادة مادة .

ففى هذه الجلسة أثار أحد أعضاء المجلس (السيد/ محمد عبد العال خليف) نقطة المنازعات بين أشخاص القانون العام ، وحين رد عليه وزير العدل بأن جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الادارية قد أصبح مسألة ليست محل خلاف ، وقام بسؤال هذا العضو عما إذا كان يختلف فى أن العقود الادارية يجوز التحكيم فيها ، بادر العضو المذكور بتقديم اقتراح يقضى بالنص على عدم جواز التحكيم فى العقود الادارية ، وقد جرى التصويت على هذا الاقتراح فلم يوافق عليه .

(كتاب وزارة العدل ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ وما بعدها) .

فحين يرفض مجلس الشعب اقتراحاً مقديماً من أحد أعضائه لتعديل المادة الأولى المشار إليها على النحو الذى يمنع التحكيم فى العقود الادارية ، ويوافق من ناحية أخرى على بقاء النص بالصياغة التى صدر بها ، فهل هناك أوضيح من ذلك فى بيان اتجاه قصد المشرع إلى شمول النص للعقود الادارية ؟ ومن هنا يبدو أيضاً صارخاً قدر الاغفال والانتسار فى عرض الفتوى المذكورة للأعمال التحضيرية لمشروع قانون التحكيم توصلنا للتشكيك فى اتجاه قصد المشرع إلى تطبيق هذا القانون على العقود الادارية .

سادساً : العدول عن الرأى مع التخرج فى تكييف الأمر بأنه عدول .

لعله مما يلفت النظر أن الفتوى المذكورة قد استهلكت رأياً بالاشارة إلى الخلاف الذى ثار داخل اطار مجلس الدولة بين جهتى الأفتاء والقضاء ، حيث انتهت الجهة الأولى فى فتويين للجمعية العمومية صدرتا فى مايو* ١٩٨٩ و فبراير ١٩٩٣ إلى جواز التحكيم فى منازعات العقود الادارية ، بينما انتهت الجهة الثانية فى حكمين للمحكمة الادارية العليا صدرتا فى فبراير ومارس ١٩٩٠ إلى حظر التحكيم فى تلك المنازعات . ثم أشارت الفتوى الجديدة إلى أن خلاف هاتين الجهتين فى هذا الشأن ((متعاصر

و«متداخل» ، وأن كلا منهما قد عرض للأمر من زاوية الاختصاص بالنظر فقط . ولذلك أُرزت هذه الفتوى الجديدة أنها ((ترى وجوب النظر إلى هذا الأمر لامن منظور الاختصاص الأفتائى أو القضاى لمجلس الدولة ، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الادارى ومدى تلازمها مع نظام التحكيم أو تنافرها معه)) .

وبعيداً عن الانتقادات الموجهة إلى الرأى الذى ذهبت إليه هذه الفتوى الجديدة مما سبق بيانه ، فلنا على المقدمة التى مهدت بها لرأيها عدة ملاحظات نوجزها فيما يلى :-

(١) أن ما انتهت إليه تلك الفتوى الجديدة هو بغير حدال عدول من الجهة التى أصدرتها عن فتويين سابقتين لها صدرتا فى أوقات حديثة وانحياز لرأى المحكمة الادارية العليا فى حكمين صادرين فى تاريخ سابقة بعدة سنوات على الفتوى الأخيرة المعدول عنها .

وصحيح أن الجمعية العمومية تستطيع أن تعال عن افتائها السابق ، وذلك لأن الأفتاء أو وجهة النظر لا يخضعان للتأيد ولأن المادة ٦٦ (ب) من قانون مجلس الدولة تشير إلى امكانية حدوث هذا العدول . غير أن الفتوى الجديدة لم تهاجر التة بهذا العدول ، بل اكتفت بالقول — وربىما على استحياء — بأنها ترى وجوب النظر إلى الأمر من منظور آخر هو الطبيعة القانونية للعقد الادارى . ولنا على هذا العدول وعلى هذا المنظور الآخر بعض الملاحظات مما سرد ذكره فيما يلى .

(٢) فالعدول هنا قد يثير الدهشة لحيثه بعد صدور قانون التحكيم الجديد ، بينما أن الفتويين السابقتين يجواز التحكيم فى منازعات العقود الادارية كانتا سابقتان على صدور هذا القانون . وحين يصدر هذا القانون وتعبير نصوصه واعماله التحضيرية بكل جلاء عن تبنى ما أخذت به هاتان الفتويان ، تأتى الفتوى الجديدة لتعدل فى الرأى وتطرح تلك الفتويين . وكان قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ — لو جاز التعبير — كان بمثابة نقمة وليس نعمة للمؤيدين لجواز التحكيم فى منازعات العقود الادارية .

(٣) وليس بصحيح ما أشارت إليه الفتوى الجديدة من أن الفتويين السابقتين قد نظرنا إلى الأمر من زاوية الاختصاص بالنظر فقط ، ذلك أن كل من هاتين الفتويين قد ذكر صراحة أخذه فى الاعتبار طبيعة الروابط الادارية . وقد جاء التعبير عن ذلك حرفياً بالآتى : ((بيد انه ازاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم فى منازعات العقود التى تكون جهة الادارة طرفاً فيها سواء المدنية أو الادارية فإنه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم واجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع طبيعة الروابط الادارية)) .

بل إن الفتوى الثانية الصادرة فى عام ١٩٩٣ ، وفى تمسكها بالإشارة إلى طبيعة الروابط الادارية ، قد ساندت رأيها فى جواز الرجوع إلى التحكيم فى العقود الادارية قولاً بأن المشرع لم ينكر حق الأطراف فى عرض منازعات العقود الادارية على هيئة التحكيم ((خاصة إذا كان العرض على هذه

الهيئة لا يستبعد عند نظر المنازعة اعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الادارية)) .

أى أن التحكيم الذى يراعى طبيعة العقد الادارى وما تستلزمه من اعمال لأحكام القانون العام الواجبة التطبيق على العقود الادارية هو ، فى نظر تلك الفتوى الثانية ، إنما يعضد سند القول بجواز التحكيم فى مجال هذه العقود .

والحق أن كل هذا مما أتى به قانون التحكيم الجديد ، فجهة الادارة الغبورة على حقوقها سوف تتطلب لقبولها التحكيم فى منازعات العقود الادارية أن يرتضى الأول. اف تطبق قواعد القانون العام على هذه المنازعات ، وهذا الاتفاق سوف يلزم حينئذ هيئة التحكيم وسوف يتعين عليها من ثم تطبيق تلك القواعد على موضوع النزاع (مادة ١/٣٩ من القانون) . ولو استبعدت هذه الهيئة تلك القواعد الواجبة التطبيق لكان حكمها قابلاً للإبطال بدعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للمادة ٥٣/د من القانون المذكور . وحتى لو فرض جدلاً وأغفلت جهة الادارة الاتفاق مع المتعاقد معها على اخضاع المنازعة التحكيمية لقواعد القانون العام فإن هيئة التحكيم سوف تطبق هذه القواعد إعمالاً لحكم المادة ٢/٣٩ باعتبارها القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع .

(٤) وليس بصحيح كذلك ما أشارت إليه الفتوى الجديدة من أنها لم تنظر للأمر من منظور الاختصاص القضائى لمجلس الدولة . ويكفى للتدليل على ذلك الاشارة إلى عبارتين وردتا فى تلك الفتوى على النحو الذى يبرز التمسك بخلفية الاختصاص القضائى لمجلس الدولة دون غيره بمنازعات العقود الادارية ، وتلك خلفية أكدت الفتويان السابقتان على أنها غير مؤثرة على إجازة التحكيم فى مجال العقود الادارية على ما سبقت الاشارة .

وأولى هاتين العبارتين قد وردت على النحو التالى : ((إن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذى الولاية العامة فى نزاع يتعلق بعقد إدارى هو الاستعمال الطبيعى لحق التقاضى ، أما لجوؤها فى ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة فى شأن يتعلق بصميم الاداء العام الذى تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام)) .

أما العبارة الثانية فى تلك الفتوى فقد وردت على النحو التالى : ((وإذا كان المشرع لم يشأ أن يخضع المنازعات الناشئة عن العقود الادارية لاختصاص جهات القضاء المدنى وحصر منازعاتها بالقضاء الادارى بحسبانه اختصاصاً حاجزاً لمنازعات هذا النوع من العقود لما تتميز به من أوضاع تتعلق بسلطات الهيئات العامة وبشئون المرافق العامة وتسييرها ، إذا كان هذا هكذا فإن منازعات العقود الادارية تكون أكثر نأياً عن طبيعة نظام التحكيم وهيئاته ، ويعتبر شرط التحكيم متناقياً مع إدارية العقد)) .

وهاتان العبارتان لا تحتاجان إلى تعليق جديد ، بل يكفي في الرد على محتواهما ما سبقت الإشارة إليه من انتقادات أو ملاحظات على تلك الفتوى .

القسم الثاني

الحل المقترح لمواجهة الفتوى الجديدة

(١) ما من شك في أن الفتوى المشار إليها من شأنها أن تشكل عقبة مفحشة أمام الاتجاه المتعاضد في القانون المصري لتشجيع الاستثمارات وتوفير الاستقرار والطمأنينة للمشروعات الانمائية التي تساهم في النهضة الاقتصادية للبلاد ، وخاصة تلك المشروعات الكبرى في مجال التشييد والانشاءات التي تدخل فيها الدولة أو أشخاص القانون العام الأخرى كطرف متعاقد . كما أن تلك الفتوى من شأنها أن تحدث بلبلة غير حميدة فيما يتعلق بمصر شرط التحكيم الوارد في العقود الادارية المتعلقة بهذه المشروعات ، وسواء أكان اتفاق التحكيم سابق في ابرامه على تلك الفتوى ولكن لم تثر المنازعة في شأنه إلى الآن أو كانت قد ثارت بالفعل ولكنها مازالت منظورة أمام هيئات التحكيم أو أمام محاكم الدولة ولم يبت فيها بعد . بل أن البلبلة قد تنور أيضا بالنسبة للملاءمة الاتفاق على شرط التحكيم في العقود الجديدة المزمع ابرامها رغم قيام التهديد باحتمال ابطال هذا الشرط مستقبلا استناداً إلى الفتوى المذكورة .

ومن الممكن أن يقال بأن الأمر في هذا الشأن لا يقتضى تخوفاً أو ذعراً ، حيث أننا بصدد فتوى استشارية لم تعبر أو تفصح صراحة عن العدول عن الفتويين السابقتين والصادرتين عن نفس الجهة ، وهما الفتويان اللتان تبنى المشرع رأيهما في قانون التحكيم الجديد سواء بالنص الصريح أو على هدى من الأعمال التحضيرية لهذا القانون . ومعنى ذلك أن لجهة الادارة والمحاكم المختصة أن تلتفت عن هذه الفتوى الجديدة وتطرحها .

وهذا ما حدث بالفعل في حكم حديث لمحكمة استئناف القاهرة صادر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ (في القضية رقم ٦٤ لسنة ١١٣ ق) ، حيث قضى برفض دعوى بطلان حكم لهيئة التحكيم رفعها المجلس الأعلى للآثار ضد إحدى شركات المقاولات الانجليزية بحجة بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين لعدم حواز التحكيم في العقود الادارية . وقد خالف الحكم الفتوى المذكورة وقضى بصحة شرط التحكيم الذي تدرجه الدولة أو الأشخاص العامة سواء في عقودها الادارية أو المدنية ، واستند في قضائه إلى جملة أسباب :—

(أ) أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تقضى صراحة بحواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع . وإن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ومذكرة اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية يقطع في الدلالة على قصد المشرع في حواز اشتراط التحكيم في

العقود الادارية ، وأن ذلك يتفق مع حكمة التشريع ، وهى مواكبة الجهود الكبيرة التى تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة واعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين العرب والأجانب ، عن طريق تنظيم قواعد التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها .

(ب) أن المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة تعترف ضمناً بشرط التحكيم والصلاح فى العقود الادارية ، وأنه لا يجوز الاستناد إلى نص المادة العاشرة من هذا القانون للقول بغير ذلك ، لأن هذه المادة لم تقض بحظر شرط التحكيم فى العقود الادارية ، فضلاً عن أن المادة الثالثة من مواد اصدار قانون التحكيم قد قضت بالغاء أى نص قانونى يخالف أحكامه .

(ج) أن الوضع فى التشريع المصرى الذى يبيح التحكيم فى العقود الادارية يختلف عن الحال فى دول أخرى كفرنسا مثلاً حيث يوجد نص تشريعى فى قانونها المدينى يحظر التحكيم الداخلى فى بعض العقود الادارية ، بينما يقضى قانون فرنسى آخر صدر فى ١٩ أغسطس ١٩٨٦ باحازة التحكيم إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة بشركات أجنبية بشأن مشروعات قومية .

(د) أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه فى أحد العقود الادارية — فضلاً عن انعدام سنده القانونى — يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية الذى لا يميز بين عقود مدنية وادارية ، كما يخالف المستقر عليه فى فقه وقضاء التحكيم التجارى الدولى من عدم جواز تحلل الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذى أدر حته فى عقودها استناداً إلى أية قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية . وأخيراً فإن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه فى العقد المبرم مع طرف أجنبى بدعوى عدم جواز شرط التحكيم فى العقود الادارية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الأشخاص العامة فى مصداقيتها ، ويرتب أبلغ الأضرار بفرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية . (هذا الحكم الحديث جداً منشور فى جريدة الأهرام عدد الجمعة ١٩٩٧/٣/٢٨ ، ص ٢٦) .

(٢) وليس من شك فى أن هذا الحكم يستحق الاشادة والتأييد ، غير انه من الممكن أن يقترح استصدار تفسير تشريعى ينص على شمول حكم المادة الأولى من قانون التحكيم للمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، وبذلك ينتفى الجدل وتنقطع اللبلة التى أثارها أو يمكن أن تثيرها تلك الفتوى الجديدة .

ولعلى فى نهاية المطاف من أنصار هذا الاقتراح الأخير ، وإن كان ذلك لا يمنع من التأكيد على أنه وإلى أن يصدر مثل هذا التفسير التشريعى ، فإنه يتعين الاستمرار فى مواجهة تلك الفتوى الجديدة بالحجة والسند ، وذلك سواء بالبحث العلمى أو بالدفاع المضاد أمام المحاكم المختصة أو هيئات التحكيم إذا ما اقتضى الأمر .