مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

اسم المقال: فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية
اسم الكاتب: هيثم السيد إبراهيم
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8604
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 02:46 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية



المجلد 20، العدد 3
ربيع الأول 1443هـ / سبتمبر 2023م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

سبتمبر 2023م **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية** المجلد 20 العدد 3

https//:doi.org/10.36394/jls.v20.i3.4

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية

هيثم السيد إبراهيم[1]

تاريخ الاستلام: 24-06-2021 **تاريخ القبول: 16-02-2022**

ملخص البحث:

استخدام المشرع وكذلك غالبية الفقهاء العرب لمصطلح التحكيم بالصلح، أو التحكيم مع التفويض بالصلح للتعبير عن هذا النمط من التحكيم نراه أمراً غير موفق؛ لما يُثيره من خلط بين التحكيم والصلح رغم التباين بينهما، فالمحكم في هذا النمط من التحكيم لا يجري –في الأساس– صلحاً، فهو لا يسعى –بصفة إلزامية– إلى تسوية النزاع عن طريق إقناع كل طرف من الأطراف المتنازعة بالتنازل عن كل أو بعض ما يتمسكون به، وإنما يصدر حكماً ملزماً، وقد يقضي بكل الحق لخصم واحد دون الآخر، مستنداً في ذلك إلى اعتبارات العدالة، أو إلى نصوص القانون إذا وجد ذلك عدلاً ومنصفاً شريطة أن يبين في حكمه توافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة، لذا ننضم إلى الجانب الذي استخدم مصطلح التحكيم الطليق للتعبير عن هذا النمط من التحكيم؛ ذلك أنه ينبع من فكرة أساسية تقوم على "إطلاق" الحرية للمحكم في الفصل في النزاع دون التقيد بأية قواعد قانونية، ونتجنب بذلك اللبس أو الخلط بينه وبين فكرة الصلح.

الكلمات الدالة: التحكيم، الحر، المنازعات، الإدارية.

(1) كلية الحقوق - جامعة بنها (بنها – مصر)

just_somy@yahoo.com

20-3.indd 96 9/24/2023 2:32:18 AM

المقدمة العامة

تعرف الأنظمة القانونية الوضعية – على اختلاف مذاهبها – نمط من التحكيم يقوم في أساسه على عدم التزام المحكم بالتطبيق الحرفي لقواعد القانون واجبة التطبيق على الموضوع باحثاً عن حل عادل ومنصف يلائم موضوع النزاع، وذلك في إطار احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام، وقد أطلق على هذا النمط من التحكيم مصطلح amiable composition، والذي يُعرف في الفكر القانوني العربي تحت مسمى التحكيم بالصلح [1]، أو التحكيم مع التفويض بالصلح [2].

في الواقع أنَّ استخدام المشرع، وكذلك غالبية الفقهاء العرب لمصطلح التحكيم بالصلح، أو التحكيم مع التفويض بالصلح للتعبير عن هذا النمط من التحكيم نراه أمراً غير موفق؛ لما يُثيره من خلط بين التحكيم والصلح رغم التباين بينهما [3]، فالمحكم في هذا النمط من التحكيم لا يجري –في الأساس– صلحاً، فهو لا يسعى –بصفة إلزامية– إلى تسوية النزاع عن طريق إقناع كل طرف من الأطراف المتنازعة بالتنازل عن كل أو بعض ما يتمسكون

(1) انظر على سبيل المثال، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، (القاهرة:منشأه المعارف 2001)، ص: 178، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، (القاهرة: (القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر 2004)، ص: 166، د. مصطفي محمد الجمال،عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج الأول، ط الأولى، دون ذكر الناشر، 1998)، ص: 756، د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دون ذكر دار النشر، 2002، ص: 12، د. نادر محمد إبراهيم، المركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، (القاهرة:منشأه المعارف بالإسكندرية، ط الثانية 2000) ص: 58، د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية 1999، ص: 52، د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، (القاهرة :دار الفكر الجامعي 2003)، ص: 15، د. أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، (القاهرة: دار النهضة العربية 2004)، ص: 329، د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، (القاهرة: دار الكتب القانونية 2004) ص: 301.

(2) انظر على سبيل المثال، د. علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، (القاهرة: دار النهضة العربية 2003)، ص: 68، د. محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، (القاهرة: دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر)، ص: 369، د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 301، د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، (القاهرة: دار النهضة العربية 2001)، ص: 51، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، (القاهرة: دار الفكر الجامعي 2006)، ص: 31.

(3) ولعل هذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى استخدام مصطلحات أخرى للتعبير على هذا النوع من التحكيم، فمنهم من أطلق عليه التحكيم المنشئ للمواءمة الودية، د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط الثالثة 2004)، ص: 139 هامش (2). ومنهم من أطلق عليه التحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف، د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، (القاهرة:دار النهضة العربية 2004)، ص: 148. ومنهم من أطلق عليه التحكيم الودي، د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، (القاهرة: دار الفكر العربي 1981)، ص:176

20-3.indd 97 9/24/2023 2:32:19 AM

بـه، وإنمـا يصـدر حكمـاً ملزمـاً، وقـد يقضـي بـكل الحـق لخصـم واحـد دون الآخـر، مسـتنداً فـي ذلـك إلـى اعتبـارات العدالـة، أو إلـى نصـوص القانـون إذا وجـد ذلـك عـدلاً ومنصفـاً شـريطة أن يبيـن فـي حكمـه توافـق هـذه القواعـد مـع اعتبـارات العدالـة كمـا سـنرى؛ لـذا ننضـم إلـى الجانـب الـذي اسـتخدم مصطلـح التحكيـم الطليـق للتعبيـر عـن هـذا النمـط مـن التحكيـم ؛ ذلـك أنـه ينبـع مـن فكـرة أساسـية تقـوم علـى "إطـلاق" الحريـة للمحكـم فـي الفصـل فـي النـزاع دون التقيـد بأيـة قواعـد قانونيـة، ونتجنـب بذلـك اللبـس أو الخلـط بينـه وبيـن فكـرة الصلـح[1].

وإذا كانـت فكـرة التحكيـم الطليـق تعنـي عـدم التـزام المحكـم بتطبيـق أحـكام القانـون الموضوعيـة علـى أصـل النـزاع، فهـل يمكـن تصـور امتـداد هـذه الفكـرة إلـى منازعـات العقـود الإداريـة، بحيـث يجـوز للمحكـم اسـتبعاد قواعـد القانـون الإداري وثيقـة الصلـة بهـذه العقـود إذا بـدت متعارضـة –مـن وجهـة نظـره– مـع اعتبـارات العدالـة ؟

ولمـا كان فـي التحكيـم – كمـا يذهـب بعـض الفقهـاء وبحـق – " ترخـص فـي الضمانـات الإجرائيـة والموضوعيـة "، ومـن ثَـمَّ فإنـه يثيـر الكثيـر مـن المشـاكل القانونيـة عندمـا يتعلـق الأمـر بمنازعـات العقـود الإداريـة، فـإن ذلـك كان الدافـع الأساسـي لنـا فـي البحـث فـي هـذا الموضـوع، خاصـة فـي ظـل نـدرة المؤلفـات والأبحـاث الأجنبيـة، عـلاوة علـى غيـاب العربيـة منهـا والتـي تتنـاول بالدراسـة التنظيـم القانونـي للتحكيـم فـي منازعـات العقـود الإداريـة مـن خـلال وجهـة نظـر القانـون العـام[2].

ولكـن هـذه الإشـكالية لـم تكـن الدافـع الأساسـي لنـا فـي البحـث فـي هـذا الموضـوع؛ إذ أصبحـت هـذه المسـألة – إلـى حـدٍ مـا – غيـر ذات أهميـة؛ نتيجـة تدخـل الكثيـر مـن المشـرعين بنصـوص قانونيـةٍ صريحـةٍ تجيـز التحكيـم فـي العقـود الإداريـة سـواءً إطلاقـاً أو اسـتثناءً، عـلاوة علـى ابتـداع القضـاء الوطنـي لقاعـدةٍ ماديـةٍ فـي مجـال القانـون الدولـي الخـاص مفادهـا تقريـر صحـة اتفاقـات التحكيـم فـي المجـال الدولـي اسـتقلالاً عـن القواعـد الآمـرة فـي القانـون الداخلـي، ومـن ثـم أصبـح مـن المتعيـن البحـث عـن الضوابـط التـي تكفـل الحفـاظ علـى خصوصيـة منازعـات العقـود الإداريـة مـن جهـةٍ، والطبيعـة الخاصـة لنظـام التحكيـم والمسـتندة فـي أساسـها إلـى إرادة الأطـراف مـن جهـةٍ أخـرى[3].

(1) ومن الفقه الذي سبق أن أخذ بهذا المصطلح، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، (القاهرة: دار النهضة العربية 2004)، ص:- 67، د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، (القاهرة : دار الجامعة الجديدة، ط الأولي 2004)، ص:- 16.

(2) انظر د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، (القاهرة:دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر)، ص: 29.

(3) وفي هذا الإطار يشير أحد الفقهاء إلى أن، " وفي الحقيقة إن التوفيق بين هذه الاعتبارات المتعارضة [مصالح المستثمر ومصالح الدولة] ليس أمراً سهلاً. فلن يكون ذلك برفض التحكيم وعدم التسليم به كطريق لفض

20-3.indd 98 9/24/2023 2:32:20 AM

ومنهجي في هذه الدراسة، منهج استنباطي استقرائي مقارن، ينطلق من القواعد العامة إلى التطبيق الجزئي على نقاط البحث المختلفة، والعكس، وذلك من خلال المقارنة بين الأنظمة القانونية الوطنية السائدة في دول فرنسا ومصر والإشارة كذلك لبعض الدول العربية، وأحكام القضاء والتحكيم المختلفة، ومن خلال ما قدم لنا الفقهاء من دراسات عامة ومتخصصة.

قبل أن أتعرّض للإجابة عن هذا التساؤل، قد يكون من المناسب أن نعطي لمحة عامة عن فكرة التحكيم الطليق على ضوء ما قرره القانون الوضعي في الدول محل الدراسة.

وانطلاقاً من ذلك، تنقسم الدراسة في هذا إلى مبحثين على النّحو التالي:

المبحث الأول: الإطار العام لفكرة التحكيم الطليق وسلطة المحكم فيه.

المبحث الثاني: مدى ملاءمة نقل فكرة التحكيم الطليق إلى التحكيم الإداري.

المبحث الأول: الإطار العام لفكرة التحكيم الطليق وسلطة المحكم فيه

الأصل في التحكيم هو التحكيم بالقانون؛ أي قيام هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد القانون، وإن خالفت ذلك، تعرض حكمها للبطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة، غير أن كافة هذه التشريعات قد أجازت للأطراف من جهة أخرى الاتفاق على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون توصلاً للحل الذي يتطلبه العدل والإنصاف، ويستثنى من هذا الإعفاء القواعد المتعلقة بالنظام العام.

وعلى هذا النحو، فإن فكرة التحكيم الطليق تقوم في أساسها على إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف، وقد أسلفنا القول في غير موضع في هذه الدراسة بأن نظام التحكيم يقوم في أساسه على إرادة الأطراف، فهذه الإرادة تعد بمثابة << فتيل >> لوضع الحركة في نظام التحكيم، ودونها لا يتصور وجود تحكيم بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح.

وإذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي، ومن ثَمَّ فإنه

المنازعات خارج نطاق المحاكم التي تنظمها الدولة. كما نرى أنه لا يمكن أن يتحقق بفتح الأبواب على مصارعها دون تحديد ضوابط للتحكيم لاسيما في العقود التي تتصل بحياة الدولة وسيادتها كتلك التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية وبعض العقود الإدارية التي تتصل بتنظيم أو سير المرافق الأساسية في الدولة "، انظر. د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع سابق، ص: 29.

20-3.indd 99 9/24/2023 2:32:20 AM

ملـزم بـأن يفصـل فـي النـزاع وفقـاً لقواعـد القانـون، إلا أن معظـم القوانيـن الداخليـة، وكذلـك الاتفاقيـات الدوليـة[1]، وأيضـاً لوائـح مراكـز التحكيـم ذات الصبغـة الدوليـة [2]قـد أجـازت لـه التحـرر مـن التقيـد بقواعـد القانـون، وأعطـت لـه سـلطة الفصـل فـي النـزاع بمقتضـى قواعـد العدالـة والإنصـاف *ex aequo et bono* طالمـا اتفـق الأطـراف علـى تخويلـه هـذه السـلطة.

فقـد نصـت المـادة 1474 مـن قانـون الإجـراءات المدنيـة الفرنسـي فـي البـاب المتعلـق بالتحكيـم الداخلـي علـى أنـه : " يفصـل المحكـم فـي النـزاع وفقـاً للقواعـد القانونيـة، إلا إذا خـول الأطـراف إليـه فـي اتفـاق التحكيـم مهمـة الفصـل فيـه كمحكـم طليـق " [3].

كمـا نصـت المـادة 1497 مـن ذات القانـون فـي البـاب المتعلـق بالتحكيـم الدولـي علـى أنـه: " يفصـل المحكـم فـي النـزاع كمحكـم طليـق إذا اتفـق الأطـراف علـى منحـه هـذه المهمـة " [4].

وفـي ذات السـياق تنـص المـادة 39/4 مـن قانونـي التحكيـم المصـري والعمانـي علـى أنـه: " يجـوز لهيئـة التحكيـم – إذا اتفـق طرفـا التحكيـم صراحـة علـى تفويضهـا بالصلـح – أن تفصـل فـي موضـوع النـزاع علـى مقتضـى قواعـد العدالـة والإنصـاف دون التقيـد بأحـكام القانـون ".

ومـن الجلـي علـى نصـوص القوانيـن السـابقة، وبخاصـة تلـك التـي نظمـت عمليـة التحكيـم فـي المجـال الدولـي أنهـا قـد تبنـت صياغـة متحـررة بشـأن شـرعية اللجـوء إلـى التحكيـم الطليـق؛ إذ إنهـا لـم تربـط بيـن القانـون واجـب التطبيـق علـى الإجـراءات أو علـى الموضـوع وبيـن حريـة الأطـراف فـي منـح المحكـم سـلطة الفصـل فـي النـزاع علـى مقتضـى قواعـد العدالـة والإنصـاف [5]، وهـو الأمـر الـذي

(1) انظر على سبيل المثال، المادة 42/3 من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، المادة 7/2 من اتفاقية جنيف لعام 1961.

(2) انظر على سبيل المثال، المادة 17/3 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 33/2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976، والمادة 33/2 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

(3) ترجمة النص الأصلي التالي:

" L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur".

(4) ترجمة النص الأصلي التالي:

« L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission «.

(5) انظر في هذا المعنى:

Y. Derains, La sentence arbitrale, in droit et pratique de l'arbitrage international en

20-3.indd 100 9/24/2023 2:32:20 AM

تطلبتـه المـادة 7/2 مـن اتفاقيـة جنيـف لعـام 1961 [1]، والمـادة 33/2 مـن قواعـد تحكيـم لجنـة الأمـم المتحـدة للقانـون التجـاري الدولـي لعـام 1976 [2].

وإذا كانـت إرادة طرفـي التحكيـم – علـى هـذا النحـو – تعـد مصـدراً رئيسـياً لاسـتبعاد قواعـد القانـون لصالـح قواعـد العدالـة والإنصـاف [3]، وأن المحكـم ملـزم دائمـاً باحتـرام تلـك الإرادة، فهـل يفهـم مـن ذلـك أن اسـتبعاد المحكـم لقواعـد القانـون يعـد واجبـاً إلزاميـاً مفروضـاً عليـه أم أنـه يعـد مجـرد مكنـة أو رخصـة مخولـة لـه ؟ ومـن جهـة أخـرى، هـل يجـوز للمحكـم – تحـت اسـم قواعـد العدالـة – التعـرض لنصـوص العقـد وتعديـل الالتزامـات التعاقديـة المفروضـة علـى أحـد الأطـراف ؟

أولاً- استبعاد المحكم لأحكام القانون الموضوعي أمر واجب أم مجرد رخصة ممنوحة له؟

الأصـل فـي التحكيـم – كمـا سـبق أن أشـرنا – هـو التحكيـم بالقانـون؛ أي الفصـل فـي النـزاع محـل التحكيـم علـى مقتضـى قواعـد القانـون؛ فالمحكـم بالقانـون ملـزم دائمـاً بتطبيـق أحـكام القانـون الموضوعـي علـى النـزاع المطـروح عليـه ولا يضـع فـي اعتبـاره قواعـد العدالـة [4].

ولقـد أكـدت تشـريعات الـدول محـل الدراسـة علـى هـذا المعنـى، إذ إنهـا اشـترطت علـى المحكـم – كقاعـدة عامـة – أن يقضـي فـي النـزاع محـل التحكيـم وفقـاً لقواعـد القانـون [5].

France, art.préc., pp.78-79.

(1) تنص هذه المادة على أنه: " يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا كانت تلك هي إرادة الأطراف، وإذا كان القانون الذي يسرى على التحكيم يجيزها ".

(2) تنص: هذه المادة على أنه، " لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على مقتضى مبادئ العدل والإنصاف، إلا إذ أجازها الطرفان في ذلك صراحة وكان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم ".
وفي ذات السياق المادة 33/2 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أنه، " لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف أو كمحكم غير مقيد بأحكام القانون إلا إذا كان الطرفان قد أجازا ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم ".

(3) ويبرر بعض الفقهاء ضرورة تطلب موافقة الأطراف على منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف بالقول، " نظراً لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخص:ية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وخلفيته الثقافية العامة، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلاناً صريحاً لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هذه السلطة ".
انظر د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص: 140.

(4) ونرى أنه إذا كان المحكم بالقانون، وكذلك القاضي يجب أن يضع في حسبانه اعتبارات العدالة عندما يقضي في النزاع المطروح عليه، إلا أن ذلك لا يعني أنه ملزم بالفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف.

(5) انظر الفقرة الأولى والثانية من المادة 39 من قانوني التحكيم المصري والعماني، والمادة 212/2 من قانون

20-3.indd 101 9/24/2023 2:32:20 AM

وعلى هذا الأساس، فإنه في حالة التحكيم بالقانون يقع على عاتق المحكم واجب إلزامي بتطبيق أحكام القانون الموضوعي على النزاع، وإن خالف ذلك يقع الحكم الصادر عنه في دائرة البطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة.

بيد أن تلك التشريعات قد أجازت للمحكم – بناءً على إرادة الأطراف – التحرر من قواعد القانون للفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف. ومن ثمّ فإن المحكم في هذا النمط من التحكيم يرتبط بتطبيق قواعد العدالة؛ الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى جواز قيام المحكم الطليق بإعمال قواعد القانون الموضوعي على الرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد العدالة؟

باستقراء النصوص القانونية للدول محل الدراسة تبين أنها لم تتعرض للإجابة عن هذا التساؤل سواء صراحة أم ضمناً، وإنما اكتفت فقط بمجرد الإشارة إلى إمكانية تخويل الأطراف للمحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة. غير أنه يكاد ينعقد إجماع الرأي في الفقه والقضاء الفرنسيين على أن المحكم الطليق يستطيع أن يطبق قواعد القانون الموضوعي إذا حملت نصوصه –من وجهة نظره– حلولاً عادلة للنزاع.

فقد ذهب الفقيه Jarrosson إلى القول بأن : " المحكم يملك القدرة على تطبيق القانون إذا اعتبر صراحة أنه يتوافق مع الحلول العادلة للنزاع، فالمحكم – في حالة التحكيم الطليق – يكون قد أنجز مهمته بالكامل إذا تطابقت الحلول التي أعطاها للنزاع مع اعتبارات العدالة " [1].

الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة 182/2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة 198 من قانون المرافعات القطري، والمادة 237/2 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية البحريني، وكذلك نص: الفقرة الأولى والثانية من المادة 28 من المرسوم بالقانون رقم 9 لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني، والمادة 39 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادتين 1474 و 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(1) وفى هذا النص يذكر:

« Toutefois, l'unanimité se retrouve pour dire que l'amiable compositeur a la faculté d'appliquer le droit lorsqu'il considère expressément qu'il correspond à une solution équitable; en effet, l'arbitre a alors parfaitement effectué sa mission de vérification de la conformité de sa solution à l'équité «.

Ch. Jarrosson, note sous C. Cass. 2e ch.c, 18 octobre 2001, SARL sté grenobl- -oise d'investissement c/ sté Eurovia et autres, Rev.arb. 2002., p.359., spéc, p.364.

وفى نفس المعنى:

- Ch. Seraglini, La sentence arbitrale. Amiable compositeur، prière de ne pas oublier

20-3.indd 102 9/24/2023 2:32:21 AM

ويتلاقى هذا الرأي مع الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي، ومن ذلك: حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 15 من مارس عام 1984، إذ قضت بأن: " محكمة التحكيم تملك القدرة على الإحالة إلى هذه القواعد [قواعد القانون] في النطاق الذي يكون جديراً بإعطاء النزاع الحل الأكثر صحة " (1).

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 18 من ديسمبر عام 1992؛ إذ أكدت على أنّ: "غياب الإحالة الصريحة على قواعد العدالة لا تشكل في حد ذاتها إنكاراً لسلطة المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق، منذ اللحظة التي – كما في الحالة الماثلة – يكون قد أخذ في اعتباره قواعد العدالة في تقدير مختلف المعايير المحددة بواسطة القانون لتحديد القيمة الإيجارية لمحل مزاولة شركة Siona لنشاطها، علاوة على أن تطبيق هذه المعايير كان الهدف منها الوصول إلى حل يكون أكثر قرباً بقدر الإمكان إلى تحقيق العدالة " (2).

---

d'apposer la mention << équitable >>, JCP 2004., éd G, p.501., spéc, p.501.

- D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, Gualino éditeur 2004., p.245.

- E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, Rev.arb. 1985., p.199., spéc, p.222.

- M. Huys, G. Keutgen, op.cit., p.569.

(1) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« (…..) le tribunal arbitral avait la faculté de se référer à ces règles dans la mesure ou il les jugeait propres a donner au litige la solution la plus juste «.

Paris 1re ch.suppl, 15 mars 1984, sté Soubaigne c/ sté Limmareds Skogar, Rev.arb. 1985., p.285., note E. Loquin p.199.

(2) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« Considérant que le défaut de référence expresse à l'équité ne peut, à lui seul, caractériser une méconnaissance de sa mission par l'arbitre investi du pouvoir d'amiable compositeur dès lors que, comme en l'espèce, celui-ci a tenu compte de l'équité dans l'appréciation des différents critères définis par la loi pour déterminer la valeur locative des locaux et en particulier de l'objet de l'association Siona, alors, au surplus, que l'application de ces critères a pour finalité d'aboutir à une solution qui soit la plus proche possible de l'équité «.

Paris 1re ch.c, 18 décembre 1992, Mouvement Siona c/ J. Reinhold, Rev.arb. 2001., p.147., note Ch. Jarrosson., p.5., spéc, n° 3, 43 et 47.

وفى ذات المعنى:

20-3.indd 103 9/24/2023 2:32:21 AM

وهكذا يتضح مما سبق أن طبيعة المهمة الموكولة للمحكم بشأن استبعاد قواعد القانون هي رخصة أو قدرة ممنوحة له يستطيع إعمالها أو تركها طالما أعطى الأساس لتوافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة [1]. فالأطراف وإن منحوا للمحكم مهمة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة، فإن ذلك لا يمنعه من تطبيق قواعد القانون إذا وجد ذلك عدلاً وإنصافاً شريطة أن يبين في حكمه توافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة وإلا تعرض حكمه للبطلان. وهذا ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 من فبراير عام 2001 [2].

ثانياً- سلطة المحكم الطليق إزاء نصوص العقد

أوضحنا في الموضع السابق أن تشريعات الدول محل الدراسة قد أجازت للمحكمين الخروج على أحكام القانون، والاهتداء فقط بما يرونه محققاً للعدالة، فإن ذلك يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية امتداد هذه السلطة إلى العقد. فهل يجوز للمحكم الطليق الخروج على أحكام العقد وعدم التقيد بنصوصه حرفياً بحيث يستطيع مثلاً أن يخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين، أو أن يزيد الحقوق المعطاة للآخر طالما رأى في ذلك تحقيقاً للعدالة ؟

تنص المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI على أنه:

Paris 1re ch.suppl, 20 janvier 1989, sté Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c/ sté Dépôts pétroliers de Fos (D.P.F.), Rev.arb. 1989., p.280 (2e esp)., note L. Idot.

(1) انظر:

E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p.293., spéc, p.316.

(2) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي،

« Attendu que, pour déclarer irrecevable le recours en annulation contre la sentence arbitrale l'arrêt retient que, si l'amiable compositeur peut s'affranchir de la règle de droit, il n'en a pas l'obligation; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les arbitres, statuant comme amiable compositeurs, s'étaient prononcés sur la demande d'annulation exclusivement par application des règles de droit, sans s'expliquer sur la conformité de celle-ci à l'équité, ce qu'exigeait la mission qui leur avait été conférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 1474 et 1484 du NCPC] «.

C. Cass. 2e ch.c, 15 février 2001, Halbout et sté Matenec HG c/ Epoux Hanin, Rev. arb. 2001., p. 135 (1er esp)., note E. Loquin.

20-3.indd 104 9/24/2023 2:32:21 AM

" 1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون (.....). 3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة. 4- **في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد** (.....) ".

هذا الاتجاه الذي تبناه القانون النموذجي، وتأثر به كل من المشرع البحريني [1]، والمصري والعماني [2]، يفرض على المحكم سواء كان محكماً بالقانون أو محكماً طليقاً احترام شروط العقد التي سبق أن اتفق عليها طرفاه.

وهذا ما أكدت عليه أيضاً بعض أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، ومن ذلك الحكم الصادر عام 1981، إذ قضت محكمة التحكيم بأن : "اللجوء إلى التحكيم الطليق لا يسمح لمحكمة التحكيم بالخروج عن إطار النزاع، أو أن تجري مراجعة للعقد " [3].

وإذا كانت القاعدة –على هذا النحو– قوامها عدم جواز تعرض المحكم لنصوص العقد، فإنه ينبغي التخفيف من حدة هذه القاعدة بالاعتراف له بسلطة تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية؛ ذلك أنه إذا كانت الغاية الأساسية التي تسعى فكرة التحكيم الطليق إلى تحقيقها هي الوصول إلى حلول عادلة للنزاع دون التقيد بأحكام القانون الموضوعية غير تلك المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يوجد ما يمنع من امتداد هذه السلطة إلى نصوص العقد طالما أنه وليد إرادة الأطراف شريطة عدم قلب اقتصادياته رأساً على عقب أو القضاء على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف.

(1) المادة 28 من المرسوم بالقانون رقم 9 لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني.

(2) المادة 39 من قانوني التحكيم المصري والعماني.
وفي هذا الصدد قضت المحكمة التجارية بسلطنة عمان في حكمها الصادر بتاريخ 19 من أكتوبر عام 1998 بأن، " وحيث إنه عن موضوع دعوى البطلان فإن المادة 53 من قانون التحكيم قد عددت الأحوال التي تقبل فيها هذه الدعوى ومن بينها ما ورد في الفقرة (د) منها وهي حالة ما << إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع >> وهي الحالة التي استند إليها المدعى في طلبه الحكم ببطلان قرار المحكم المطعون فيه، **ومن المعروف أن استبعاد تطبيق العقد المبرم بين الطرفين يتساوي مع استبعاد تطبيق القانون المتفق عليه باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين**، لما كان ذلك وكان الثابت بحكم المحكم المطعون فيه أنه لم يطبق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالبطلان ".
الدعوى رقم 2/98، جلسة 19/10/1998، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة التجارية في عامها القضائي الخامس عشر، -1419 1420 هـ، -1998 1999 م، تصدرها المحكمة بمناسبة الاحتفال بالعيد الوطني التاسع والعشرين المجيد، ص: 195.

(3) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« Que toutefois le recours à l'amiable composition ne saurait autoriser le tribunal arbitral ni à sortir du cadre du litige (.....), ni enfin à procéder à une révision du contrat c'est-à-dire se substituer aux parties pour renégocier le contrat «.

Sentence CCI n° 3327, 1981, JDI 1982., p.971., obs. Y. Derains.

20-3.indd 105 9/24/2023 2:32:21 AM

فقد قررت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 27 من فبراير عام 1997 بأن المحكم الطليق لا يستطيع انتهاك العقد الذي يرتبط به الأطراف، فليس له أن يعدل من طبيعته أو أن يحد من مداه[1].

كما قررت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في حكمها الصادر عام 1977 بأن: " المحكم الطليق لا يملك إجراء توازن تعاقدي جديد "[2].

ومن ثمّ فإن المحكم –في ظل التحكيم الطليق– ينبغي أن يملك سلطة تعديل تبعات بعض شروط العقد. غير أن هذه السلطة يجب أن تقف عند حد تعديل البنيان الأساسي للعقد بحيث لا يجور قلب اقتصادياته رأساً على عقب، فليس للمحكم أن يستبدل الالتزامات التعاقدية بالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة غير مطابقة لإرادة الأطراف، أو أن يقضي على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف، ومثال ذلك: أن يقضي المحكم بفسخ عقد مقاولة بدلاً من أن يلزم المقاول بتسليم ما تبقى من أعمال يسيرة بالرغم من تمسك الطرفين بالعقد وعدم مطالبة أي منهما بفسخه.

وهذا ما اعتمده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن، نذكر منها : الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 من نوفمبر عام 1996، إذ قضت: " شرط التحكيم الطليق عبارة عن تنازل اتفاقي لآثار ومميزات قاعدة قانونية؛ فالأطراف يفقدون امتياز التطبيق الضيق لهذه القاعدة، ويستقبل المحكمون –على أثر ذلك– سلطة تعديل أو تخفيف تبعات الشروط التعاقدية متى كانت العدالة أو المصلحة المشتركة للأطراف تتطلب ذلك "[3].

---

(1) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« Si le tribunal arbitral, amiable compositeur a mission de statuer en équité, il ne peut cependant porter atteinte au contrat liant les parties dont il ne peut modifier ni la nature ni l'étendue «.

Paris, 27 février 1997, sté Cardif Vie et sté Valeur Pierre Epargne c/ sté France Kléber, inédit, cité par E. Loquin, obs. sous Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.380., spéc, p.391.

(2) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« (.....) même en leur qualité d'amiable compositeurs (.....) il n'appartient pas aux arbitres de procéder à un nouvel équilibrage contractuel (…..) «.

Sentence CCI n° 2694, 1977, JDI 1978., p.985., obs. Y. Derains.

(3) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

20-3.indd 106 9/24/2023 2:32:22 AM

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 4 من نوفمبر عام 1997، إذ قضت: " تؤسس مهمة المحكم الطليق على تنازل يصدر عن الأطراف بشأن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي تتعلق بالعقد، وتتيح له – بصفة خاصة – سلطة تخفيف الآثار المتولدة عن العقد، بحثاً عن حل منصف وعادل، ومستبعداً احتياجات تطبيق بعض الحقوق المتولدة عن الاتفاق، مع التحفظ بألا يغير من اقتصاديات العقد بأن يقيم التزامات جديدة محل الالتزامات التعاقدية، وألا يستجيب للنية المشتركة للأطراف " [1].

« La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige «.

Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p.380., note E. Loquin.

وفى ذات الاتجاه حسب الترتيب الزمني لصدور الأحكام:

- Paris 1re ch.suppl, 14 Janvier 1974, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p.281., note J. Robert.

- Paris 1re ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p.279., note E. Loquin, p.199.

- Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres , Rev.arb. 1985., p.299., note E. Loquin, p.199.

- C. Cass. 1re ch.c, 28 avril 1987, Dame Krebs (Czerefkow) c/ Milton Stern, Rev. arb. 1991., p.345., obs. J.H.M. et C.V.

- Paris 1re ch.suppl, 6 mai 1988, sté Unijet S.A. c/ S.A.R.L. International Business Relations Ltd (I.B.R.), Rev.arb. 1989., p.83., note E. Loquin.

- Paris 1re ch.suppl, 19 avril 1991, sté Parfums Stern France c/ CFFD et autre, Rev. arb. 1991., p.673., obs. E. Loquin.

- Paris 1re ch.suppl, 31 mai 1991, sté Scoa c/ sté Cuisine de la mer, Rev.arb. 1992., p.669., obs. J.H. Moitry.

- Paris 1re ch.c, 13 février 2003, Diallo c/ Andrieu, Rev.arb. 2004., p.311 (2e esp)., note J.-B. Racine.

(1) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« La mission d'amiable compositeur, qui a pour fondement la renonciation des parties à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat, donne

20-3.indd 107 9/24/2023 2:32:22 AM

ومن الجدير بالذكر أن سلطة المحكم الطليق في تعديل أو تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية تتشابه مع تلك الممنوحة للقاضي الوطني بمقتضى بعض النصوص القانونية الداخلية، كما هو الحال في القانون المدني المصري بالنسبة لعقود الإذعان (م 149)، وفي حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة (م 147/2)، وفي حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي (م 224/2).

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن منح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف تخول له حق تفسير وتخفيف حدة بعض الشروط التعاقدية شريطة ألا يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فله أن يفسر شروط عقد البيع مثلاً ويخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين [1]، ولكنه لا يملك أن يستبدل الالتزامات التعاقدية بالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة، كما لا يملك سلطة تكييفه والتعامل معه بوصفه عقد إيجار مثلاً [2]. علاوة على ضرورة احترامه لقواعد النظام العام كما سيتضح من خلال المبحث التالي.

المبحث الثاني: مدى ملاءمة نقل فكرة التحكيم الطليق إلى التحكيم الإداري

منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، لا يعني مطلقاً إمكانية استبعاده للقواعد المتعلقة بالنظام العام [3]. فهذه

à l'arbitre le pouvoir notamment de modérer les effets du contrat dans la recherche d'une solution juste et conforme à l'équité en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas en modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties «.

Paris 1re ch.c, 4 novembre 1997, ŝté Taurus Films c/ SARL Les Films du jeudi, Rev. arb. 1998., p.704., obs. Y.D.

(1) انظر:

E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p.293., spéc, pp.343 et s.

(2) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ص: 141.

(3) وهذا ما حرصت وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي الموقعة عليها بتاريخ 24-23 من أكتوبر عام 2001 على التأكيد عليه، إذ نصت المادة 207/2 منها على أنه، " ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها

20-3.indd 108 9/24/2023 2:32:22 AM

القواعد تعبر عن قيم سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية لجماعة بشرية معينة، وهي من الأفكار المحورية التي يرتكز عليها أي نظام قانوني، وتؤدي وظيفة لا غني عنها، وتحتل بهذه المثابة وضعية قانونية أعلى من باقي المعايير الأخرى، وبخاصة معايير التعاقد. ومن ثَمَّ فهي غير قابلة للمساس بها من جانب المحكم، وتؤدي مخالفتها إما إلى بطلان الأحكام الصادرة عنه، وإما إلى عدم تنفيذها.

فالأحكام الصادرة عن المحكم الطليق – في حالة التحكيم الداخلي – تخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء الوطني، سواء بمناسبة الطعن فيها بالبطلان، أو سواء عند طلب الحصول على الصيغة التنفيذية. فالمحكم الطليق وإن كان يملك حرية واسعة، إلا أنها حرية خاضعة لرقابة القضاء الوطني ليتأكد من توافق تلك الأحكام مع النظام العام الداخلي.

أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فإن المحكم –وفقاً لرأي البعض– يستطيع أن يتجاهل قواعد النظام العام الداخلي، ولا يبقى أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي. غير أن فكرة النظام العام الدولي بمفهومها الداخلي لا تستبعد تماماً، إذ تظل سلطة المحكم مقيدة بمراعاة النظام العام في الدولة التي يغلب تنفيذ حكم التحكيم فيها.

أولاً- المحكم الطليق والنظام العام الداخلي:

الأصل المستقر عليه أن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً، كما أنه لا يحمي نظاماً قانونياً داخلياً لدولة ما [1]، مما يثير التساؤل بشأن مدي إمكانية استبعاد المحكم الطليق لقواعد النظام العام [2] إذا تبين له أن من شأن احترامها سيؤدي إلى نتائج غير عادلة للنزاع المطروح عليه، يميز الفقه لاسيما الفقه الفرنسي بين نوعين من قواعد النظام العام الداخلي؛ الأولى : النظام العام التوجيهي direction de public ordre، والثانية : النظام العام الحمائي protection de public ordre.

1. النظام العام التوجيهي:

تعمل قواعد النظام العام التوجيهي على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه

بالنظام العام ".

(1) انظر:

E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, art.préc., p.340.

(2) يقصد بقانون العلاقة، القانون المختص لحكم الجانب الموضوعي في العلاقة التعاقدية. انظر:

G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF 1987., p.464.

20-3.indd 109 9/24/2023 2:32:22 AM

كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية، ويدخل في نطاقها – على سبيل المثال – القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمارات والبيئة والتجارة... الخ [1].

ومن المستقر عليه أنه لا يجوز للمحكم عند الحكم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي [2]، فهذه القواعد ترتبط بتنظيم الدولة، ولا يجوز المساس بها، أو الاتفاق على ما يخالفها.

ولقد أكدت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي على ضرورة احترام المحكم لقواعد النظام العام التوجيهي [3]، ومن ذلك : حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 12 من مارس عام 1985، إذ قضت بأن : " المحكم يملك القدرة، ليس فقط بشأن استبعاد التطبيق الضيق لأحكام القانون، ولكن أيضاً بالنسبة لشروط العقد في اللحظة التي لا تنسخ فيها قواعد النظام العام " [4].

(1) انظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، (القاهرة: دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر)، ص:- 309.

(2) انظر:

J.-B. Racine, op.cit., p.253.

(3) انظر على سبيل المثال:

- Paris 1re ch. suppl, 14 janvier 1977, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p.281 (2e esp)., note J. Robert.

- Paris 1re ch.c, 9 juin et 20 décembre 1977, René Salmona c/ Compagnie Française du Source et des Produits du Sol (Cosucre), Rev.arb. 1978., p.476 (2e esp)., note M. Boitard.

- Paris 1re ch.c, 2 décembre 1977, Martin et autre, és qualité et S.A. CEREX c/ Firme Mackprang (Hambourg), Rev.arb. 1979., p.246 (1er esp)., note R. Funck-Brentano.

- Paris 1re ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p.279., note E. Loquin p.199.

(4) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« Les amiable compositeurs, en s'interrogeant sur l'étendue de leurs prérogatives quand à l'application des clauses contractuelles en litige, se sont reconnus à bon droit la faculté de s'écarter de l'application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles, dès lors qu'elles ne reproduisaient pas des règles d'ordre public «.

20-3.indd 110 9/24/2023 2:32:22 AM

وكذلك الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 16 من مارس عام 1995، إذ قضت بأن: " ينبغي على المحكم –حتى وإن كان محكماً طليقاً– أن يفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الآمرة، ومن ثم لا يستطيع تجنب تطبيق القواعد (....) المتعلقة بالنظام العام لقانون المنافسة " [1].

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس [2]؛ ففي الحكم الصادر عام 1974 ذهبت محكمة التحكيم إلى القول بأن: "اللجوء إلى التحكيم الطليق يفرض على المحكم احترام القواعد الآمرة لهذا القانون [القانون المختار] ويترك له حرية استبعاد القواعد المكملة (....) " [3].

وفي حكمها الصادر عام 1989 قضت محكمة التحكيم بأن : " يعفي المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق من التقيد بالقانون واجب التطبيق على أصل النزاع، مع التحفظ بشأن مراعاة القواعد غير القابلة للاستبعاد كقواعد النظام العام (....) " [4].

Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres , Rev.arb. 1985., p.299., note E. Loquin, p.199.

(1) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« Même lorsqu'ils statuent en qualité d'amiables compositeurs, les arbitres doivent trancher le litige conformément aux règles de droit impératives، ils ne peuvent esquiver l'application des normes, (…..), d'ordre public, du droit de la concurrence «.

Paris 1re ch.c, 16 mars 1995, SARL Enodis c/ sté SNC Prodim, Rev.arb. 1996., p.146., obs. Y. Derains.

(2) انظر على سبيل المثال:

Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p.914., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 3938, 1982, JDI 1984., p.926., obs. S. Jarvin.

(3) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« Que dès lors le recours à l'amiable composition, dans la mesure où les arbitres ne passent pas outre aux règles impératives du droit (du pays producteur) laisse la faculté d'écarter les règles dites supplétives (…..) «.

Sentence CCI n° 2216, 1974, JDI 1975., p.917., obs. Y. Derains.

(4) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« (….) l'arbitre auquel sont confiés les pouvoirs d'amiable compositeur est dispensé de l'obligation d'observer le droit applicable au fond du litige, sous réserve des

20-3.indd 111 9/24/2023 2:32:23 AM

2. النظام العام الحمائي [1]:

تهدف قواعد النظام العام الحمائي إلى حماية المصالح الخاصة لفئة معينة من الأشخاص الذين لا قدرة لهم على التفاوض من دون تعريض مصالحهم للضياع، ومن ثم تعمل هذه القواعد على الحد من تسلط القوي وتمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك، بسبب ضعف مركزه الاقتصادي، الدفاع عن مصالحه عند التعاقد، كالمستهلك في عقد البيع، والمقترض في عقد القرض.

وإذا كان الأطراف يملكون في ظل التحكيم الطليق التنازل عن تطبيق القانون على النزاعات الناشئة بينهم، فإن هذا يعني تنازلهم عن قواعد النظام الحمائي المتعلقة بهذا القانون. ومن ثم يستطيع المحكم تجاهل تلك القواعد باعتبار أنه يصبح مالكاً لما يملكه الأطراف شريطة أن يكون الحق قد اكتسب بالفعل [2].

وهكذا فإن سلطة المحكم الطليق في استبعاد قواعد النظام العام الحمائي تنشأ منذ اللحظة التي يملك الأطراف فيها حرية التصرف في الحقوق التي تم اكتسابها، وذلك خلافاً لقواعد النظام العام التوجيهي التي يتعين على المحكم احترامها دائماً، ولا يمكن أن تكون محلاً لإرادة الأطراف أو اتفاقاتهم [3].

بيد أنه يلاحظ أن فكرة النظام العام في المجال الدولي تضيق عن فكرة النظام العام في المجال الداخلي [4]، فليست كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام الداخلي تعد من النظام

---

règles non susceptibles d'éviction telles les règles d'ordre public (…..) «.

Sentence CCI n° 4972, 1989, JDI 1989., p.1100., obs. G.A. Alvarez.

(1) انظر للمزيد من التفاصيل:

X. Lagarde, office du juge et ordre public de protection, JCP 2001., éd G, pp.745-751.

(2) انظر:

E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, art.préc., p.229.

(3) ويشير بعض الفقهاء إلى أن هذا الحل قد أخذ به في القانون الوضعي السويسري، حيث إن الوضع السائد هناك يمنع على المحكم أن يتعرض لقواعد النظام العام التوجيهي، في حين يسمح له بمخالفة القواعد القانونية الآمرة التي تحمي المصلحة الخاصة في اللحظة التي يملك الطرف الخاضع للحماية حرية التصرف في الحقوق التي اكتسبها.

J.-B. Racine, op.cit., pp.352-353.

(4) انظر:

20-3.indd 112 9/24/2023 2:32:23 AM

العـام الدولـي [1]، إذ إن لـكل منهمـا مجـالًا يختلـف عـن مجـال الآخـر. وهـذا مـا عبـرت عنـه محكمـة النقـض الفرنسـية فـي حكمهـا الصـادر بتاريـخ 19 مـن نوفمبـر عـام 1991 بقولهـا : " إن النظـام العـام الفرنسـي المطبـق علـى العلاقـات الدوليـة (.....) ينبغـي أن يقـدر بشـكل أقـل شـدة مـن النظـام العـام الداخلـي " [2].

ثانياً- المحكم الطليق والنظام العام الدولي:

لقـد جـرى الفقـه علـى التمييـز بيـن نوعيـن مـن قواعـد النظـام العـام الدولـي؛ النـوع الأول : النظـام العـام الدولـي ذو المفهـوم الوطنـي، والثانـي : النظـام العـام عبـر الدولـي.

1. النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني:

تحتفـظ كل دولـة لنفسـها بمفهومهـا الخـاص للنظـام العـام الدولـي، فمـا يعـد مـن النظـام العـام الدولـي فـي دولـة مـا قـد لا يعـد كذلـك فـي دولـة أخـرى؛ فقواعـد النظـام العـام الدولـي ذات المفهـوم الوطنـي تختلـف مـن دولـة لأخـرى تبعـاً لمفاهيمهـا واتجاهاتهـا السياسـية والاقتصاديـة والاجتماعيـة والخلقيـة، فعلـى سـبيل المثـال: يعتبـر الاتفـاق علـى الوفـاء مقومـاً بالذهـب مخالفـاً للنظـام العـام الداخلـي فـي فرنسـا علـى أنـه لا يخالـف النظـام العـام الدولـي بمفهومـه الفرنسـي، فـي حيـن أن القاعـدة السـابقة تخالـف النظـام العـام الداخلـي والدولـي – علـى السـواء – بمفهومـه فـي مصـر [3].

P. Courteault et G. Flécheux, La notion d'ordre public international dans la jurisprudence da la Cour de Cassation française, Rev.arb. 1978., p.340., spéc, p.340.

(1) انظر:

- P. Mayer, Droit international privé, op.cit., p.143.

- A. Mezghani, op.cit., pp.333 et s.

(2) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« l'ordre public français applicable dans les relations internationales et qui doit être appréciée de manière moins rigoureuse que pour l'ordre public interne «.

C. Cass. 1re ch.c, 19 novembre 1991, sté Grands Moulins de Strasbourg c/ sté Compagnie continentale France, Rev.arb. 1992., p.76., note L. Idot.

(3) ومن الجدير بالذكر أن المرسوم الصادر في 2 من أغسطس عام 1914 لم يكتف بتقرير قوة التداول الإلزامي للعملة الورقية في مصر، بل قضى أيضاً ببطلان شرط الدفع بالذهب. وقد اختلفت المحاكم المصرية في تحديد نطاق هذا الشرط، فذهبت المحاكم المختلطة إلى أنه يعني البطلان في المعاملات الداخلية فقط دون الدولية مستندة في ذلك إلى ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي، مما جعل المشرع المصري يتدخل بموجب المرسوم بقانون رقم 45 لسنة 1935 مفسراً لمرسوم 2 من أغسطس عام 1914 وقرر صراحة أن البطلان المنصوص عليه في مرسوم سنة 1914يلحق شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

20-3.indd 113 9/24/2023 2:32:23 AM

وعلى هذا النحو يختلف النظام العام الدولي بمفهومه المصري عن النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي [1]، وإذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، فإنه يستطيع – بالمقابل – تجاهل هذه القواعد إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، بحيث لا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي [2].

وهذا ما عبر عنه حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 12 من مارس عام 1985 [3] والذي ورد في حيثياته أن: " الاعتداء على النظام العام الداخلي – على فرض وجوده – لا يعد من حالات الطعن بالاستئناف في القرار الذي يقر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا، فالمادة 1502/5 لا تشير إلا إلى الحالة التي يكون فيها حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي " [4].

انظر، د. نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص: 326-325.

(1) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن فرنسا تعد أول دولة تستخدم مصطلح النظام العام الدولي في نصوصها القانونية، وذلك ص:راحة في المادتين 1498 و1502/5 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وضمنياً في المادة 1504 من ذات القانون عندما أحالت على حالات البطلان الواردة في المادة 1502 السابق بيانها.

(2) يرتب بعض الفقهاء على مبدأ التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بمفهومه الوطني بعض النتائج، هي، -1 قواعد النظام العام الوطني لا تعد بالضرورة من قواعد النظام العام الدولي. -2 قواعد النظام العام الدولي قد تنتج عن قواعد النظام العام الوطني. -3 القواعد التي لا تعد من النظام العام الوطني لا يمكن اعتبارها من قواعد النظام العام الدولي.
انظر، J.-B. Racine, op.cit., p.485.

(3) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي،

« Les amiable compositeurs, en s'interrogeant sur l'étendue de leurs prérogatives quand à l'application des clauses contractuelles en litige, se sont reconnus à bon droit la faculté de s'écarter de l'application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles, dès lors qu'elles ne reproduisaient pas des règles d'ordre public «.

Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres , Rev.arb. 1985., p.299., note E. Loquin, p.199.

(4) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

" La violation de l'ordre public interne, à la supposer établie, ne constitue pas un cas d'ouverture à l'appel de la décision accordant l'exécution en France d'une sentence arbitrale étrangère, l'article 1502, 5° ne visant que le cas où la sentence serait contraire à l'ordre public international ".

20-3.indd 114 9/24/2023 2:32:23 AM

2. النظام العام عبر الدولي

يرصد بعض الفقهاء المعاصرين – على خلاف فكرة النظام العام الدولي ذي المفهوم الوطني – ظهور نظام عام دولي حقيقي international réellement [1]، يستمد مصادره من الأدوات الدولية [2]؛ فهو ينتج عن ممارسات دول أو تجمعات مهنية أو تجارية معينة على الصعيد الدولي[3]، ويحتل بهذه المثابة مكانة أعلى من كل الأنظمة القانونية على اختلاف أشكالها [4]. وقد أطلق الفقه على هذه الظاهرة " النظام العام عبر دولي " ordre‘1 transnational public [5].

(1) ومن الجدير بالذكر أن مصطلح réellement international véritablement ou هو الذي اعتاد القضاء على استخدامه، عكس مصطلح transnational الذي درج المحكمون على استعماله.
انظر بشأن الأحكام الصادرة عن القضاء والتي أحالت فيها على فكرة النظام العام الدولي الحقيقي،

- Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932, Rev.crit. DIP 1932., p.770., note J.-P. Niboyet.

- Trib.civ. de la Seine 5e ch. 4 janvier 1956, Spitzer c/ Amunategui, Rev.crit. DIP 1956., p.679., note H.B.

- Paris 5e ch. 9 février 1966, Favier c/ sté Anderssen, Rev.crit. DIP 1966, p.264., note P. Louis-Lucas.

- Paris 1re ch.Sec A, 3 octobre 1984, Comité de défense des actionnaires de la Banque Ottomane, Audibert, Renault, Venencie et Conrieri c/ Banque Ottom- -ane, JDI 1986., p.156., note B. Goldman.

(2) يقسم الفقه مصادر النظام العام عبر دولي إلى مصدرين أساسين: الأول، مص:در عام ويتمثل في مجموعة القواعد الآمرة المفروضة على كل دولة في النظام الدولي والمعروفة بـ *jus congens*، والمبادئ العامة المنصوص عليها في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، والمعاهدات الدولية، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين غالبية الدول، ومبادئ اليونسترال. أما المصدر الثاني، فهو مصدر خاص: ويتمثل في أعراف التجارة الدولية.
انظر للمزيد من التفاصيل،

J.-B. Racine, op.cit., pp.367-376.

(3) ويشير جانب من الفقه إلى أن أهم القواعد عبر الدولية والتي تشكل النظام العام عبر الدولي تتمثل في القواعد التالية، " حسن النية؛ بطلان، أو على الأقل عدم نفاذ، العقود التي تم الحصول عليها عن طريق الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي قصد منها تحقيق غرض غير مشروع؛ بطلان العقد المخالف للآداب العامة؛ عدم جواز امتناع الهيئات التابعة للدول عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية بادعاء امتيازات السلطة العامة أو بالقيود الواردة على سلطاتها والموجودة في القانون الداخلي؛ الالتزام بالتعويض عن نزع الملكية الخاصة؛ احترام المبادئ الأساسية في التقاضي؛ مبدأ سلطان الإرادة ".
انظر، د. نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص: 330-329.

(4) انظر:

J.-B. Racine, op.cit., pp.426 et s.

(5) انظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع:

20-3.indd 115 9/24/2023 2:32:23 AM

وتعود إرهاصات هذه الفكرة إلى القرن التاسع عشر ميلادي، إذ أشار الفقيه Despagent في مقاله المنشور عام 1889 إلى وجود "نظام عام مطلق" public ordre absolu مشترك بين كل الدول المتحضرة [1].

وفي عام 1932 أيد الفقيه Niboyetوجود نظام عام دولي؛ أي نظام عالمي universel، يمنع الممارسات غير المشروعة كالقرصنة pirateri، والتهريب contrebande على سبيل المثال، وبذلك يتوافق مع معناه الاصطلاحي الحقيقي الذي استخدم لسوء الحظ لتحديد النظام العام الوطني [2].

ويرى بعض الفقهاء أن أساس وجود فكرة النظام العام عبر الدولي يرجع إلى مبدأ استقلال التحكيم الدولي؛ فالتحكيم الدولي لا يرتبط بأي نظام قانوني. ومن ثَمَّ يصبح من المتعين البحث عن نظام قانوني آخر تكون مصادره غير وطنية، وذلك من أجل استبعاد بعض قواعد القانون واجبة التطبيق على أصل الموضوع إذا وجد المحكم ضرورة لذلك [3].

وهكذا – وفقاً لهذا الرأي – فإن مبدأ استقلال التحكيم الدولي هو الذي يبرر وجود فكرة النظام العام عبر الدولي؛ فهذه الفكرة تجد أساسها في غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي قانون من ناحية، وفي وجود قواعد عبر دولية *mercatoria lex* يكون النظام العام عبر الدولي أحد مكوناتها من ناحية أخرى [4].

P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, art.préc., pp.329-371.

(1) فقد ذهب الفقيه Despagnet إلى التفرقة بين النظام العام النسبي ordre public relative والنظام العام المطلق؛ فالأول: يعتمد على ظروف أساسية عارضة قابلة للتغيير من حيث الزمان والمكان، ومن أمثلة ذلك، حظر الزواج بين البيض والأناس الملونين gens de couleur الذي كان سائداً في Louisiane والذي ألغي في عام 1868. أما الثاني، فهو تعبير عن مبادئ عامة للعدالة، والأخلاق، وحسن التنظيم الاجتماعي، وهذه المبادئ عامة ومشتركة بين كل الأمم المتحضرة، ومن أمثلة ذلك، منع الزواج بين الأصول ascendants والفروع descendants، وبين الأخ والأخت.
انظر،

F. Despagnet, L'ordre public en droit international privé, JDI 1889., p.207, spéc, p.217.

(2) انظر:

J.-P. Niboyet, note sous Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932 Rev.crit. DIP 1932., p.770., spéc, p.772.

(3) انظر:

H. Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé, L.G.D.J. 1993, 8e éd, p.588.

(4) انظر:

20-3.indd 116 9/24/2023 2:32:24 AM

وقد لاقت فكرة النظام العام عبر الدولي رواجاً لدي قضاء التحكيم الدولي، إذ تواتر المحكمون على الاعتماد عليها، سواء لمحاربة الفساد corruption [1] المتمثل في الرشاوى في مجال الأعمال عبر الدولية، أو لوضع حدود على إرادة الأطراف [2]، أو لاستبعاد بعض قواعد النظام العام لقانون العلاقة إذا بدت غير ملائمة لاحتياجات التجارة الدولية[3]، وفي هذا المضمار يخلق المحكم قاعدة مادية – تماماً – كما يفعل القاضي الوطني عندما يستبعد – في المجال الدولي – بعض قواعد النظام العام الداخلي، ومثال ذلك : استبعاد القاضي العادي الفرنسي تطبيق بعض القواعد الآمرة في القانون الداخلي استناداً إلى قاعدة مادية ابتدعها في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي [4].

بيد أن هناك اتجاهاً فقهياً آخر يعارض بشدة فكرة النظام العام عبر الدولي، واصفاً إياها بأنها فكرة غير مفيدة inutile، وغير فعالة inefficace، ولا وجود لها أصلاً introuvable.، **فمن ناحية :** تعد فكرة النظام العام عبر الدولي غير مفيدة في كل مرة يحمل فيها النظام العام الداخلي حلولاً مطابقة للنزاع، ومن ثم لماذا يربك المحكم نفسه

J.-B. Racine, op.cit., p.363.

(1) انظر على سبيل المثال:

Sentence CCI n° 3913, 1981, JDI 1984., p.920., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p.914., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 6248, 1990, YB XIX 1994., p.124.

وانظر أيضاً:

B. Oppetit, Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international, JDI 1987., p.5., spéc, pp.8 et s.

(2) انظر:

J.-B. Racine, Ibidem., p.363.

(3) انظر على سبيل المثال:

Sentence CCI n° 3344, 1981, JDI 1982., p.978., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 5514, 1990, JDI 1992., p.1022., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 8385, 1995, JDI 1997., p.1061., obs. Y. Derains.

(4) انظر:

A.-M. Toubiana, Le contrat administratif, Répertoire de droit international, cité par A. Patrikios, op.cit., p.90.

20-3.indd 117 9/24/2023 2:32:24 AM

بمفهوم غير واضح ودقيق ومتنازع فيه، في اللحظة التي يستطيع فيها تأسيس قراره على قواعد وطنية موضوعة جيداً ؟!

فقد ذهب الفقيه Lalive إلى القول بأن : ليس من المؤكد أن المحكم الدولي يملك جرأة التعبير في نموذج مبتدع novatrice formule (تطبيق النظام العام عبر الدولي) في اللحظة التي يملك فيها تسبيب قراره وفقاً لتصور أكثر تقليدية ويكون قادراً على ضمان الاعتراف به وتنفيذه من قبل القضاء الوطني في مختلف الدول المعنية [1].

ومن ناحية ثانية : فقد وجهت الاعتراضات إلى فكرة النظام العام عبر الدولي انطلاقاً من كونها فكرة غير فعالة، وتؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد الداخلي.

فقد ذهب الفقيه Goldman إلى القول بأن : "إذا كان من الصحيح أن فكرة النظام العام المشترك تفرض نفسها، سواء أمام القضاء الدولي، أو أمام محاكم التحكيم، وقد تتلاقى في بعض الحالات مع النظام العام الدولي بمفهومه الوطني، إلا أنه من غير المتصور عملاً أن يضع القاضي الوطني في اعتباره هذه الفكرة، إذ إن الأمر هنا يتعلق إما بمبدأ النظام العام المشترك الذي يُشكل أيضاً النظام العام الدولي في دولة القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون القاضي الوطني في احتياج للجوء إلى فكرة النظام العام المشترك، وإما أن يكون مبدأ النظام العام المشترك متعارضاً مع التشريع في دولة القاضي، وفي هذه الحالة سوف لا يستطيع القاضي الوطني رفض تطبيق القانون الأجنبي أو المصدر الدولي للقانون المخالف دون أن يعتدي على قانونه المناسب loi propre sa. ومن ثَمَّ فإن القاضي الذي يفصل في نزاع دولي ينبغي اعتباره مكلفاً باستيعاب النظام القانوني الدولي، ونتيجة لذلك، يتحرر من مقتضيات نظامه القانوني، ومن ثم يكون غير ملتزم به. ولكن هذا الازدواج الوظيفي fonctionnel dédoublement سيكون مخالفاً بطبيعة الحال لطبيعة وظيفته ".[2]

ومن ناحية أخرى: فقد نازع الفقيه Mayer [3] في وجود هذه الفكرة من الأساس،

(1) انظر:

P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, art.préc., p.330.

(2) انظر:

B. Goldman, note sous Paris 3e ch, 19 mars 1965, Bakalian et Hadjthomas c/ Banque Ottomane, JDI 1965., p.117., spéc, p.137.

(3) انظر:

P. Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, in Études offertes à P. Bellet, Litec 1991., p.379., spéc, pp.393 et s.

20-3.indd 118 9/24/2023 2:32:24 AM

مستنداً في ذلك إلى غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي شريعة *for*، ومن ثم يكون الضمير الفردي للمحكم arbitre'l de individuelle conscience la هو المصدر الوحيد للقاعدة الأخلاقية règle morale. فضلاً عن ذلك، فإن فكرة النظام العام عبر الدولي تقوم في مجموعها على ادعاء كاذب، وآية ذلك عدم وجود أية قاعدة مقررة بواسطة الأنظمة القانونية في آن واحد. علاوة على أن غياب الإجماع يعد بمثابة عقبة لقبول تلك الفكرة.

وقد شاطر الفقيه Heuzé الرأي الذي قال به الفقيه Mayer، إذ يذهب إلى أن: المحكم الذي لا يملك شريعة، لا يفصل في النزاع لحساب أي نظام قانوني وطني أو دولي أو عبر دولي؛ فهو لا يستمد سلطته إلا من الإرادة المشتركة للأطراف. ومن ثَمَّ لا يعد حارساً لأي نظام قانوني، فهو لا يمثل إلا نفسه، ومن ثم لا يستطيع – على أثر ذلك – إلا أن يستند إلى القيم الأخلاقية الخاصة به، لا على زعم النظام العام عبر الدولي [1].

وقد ناصرت بعض الأحكام القضائية الاتجاه المناهض لفكرة النظام العام عبر الدولي؛ ففي حكمها الصادر في قضية Ottomane Banque بتاريخ 19 من مارس 1965 رفضت محكمة استئناف باريس إعطاء أية آثار للادعاء القائل بأن النظام العام الدولي أعلى من كل القوانين الوطنية، واعتبرت وجوده مسألة غير معترف بها بواسطة أي قانون وضعي، وبخاصة، القانون الفرنسي [2].

وعلى أية حال – ودون الدخول في تفصيلات هذا الخلاف لخروجه عن نطاق البحث الأساسي – إذا كان المحكم الدولي لا يلتزم – وفقاً لرأي بعض الفقهاء – إلا بمراعاة النظام العام الدولي بمعناه الحقيقي، فإن النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي سوف يظل عقبة أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. ومن ثَمَّ ينبغي على المحكم لكي يضمن تحقيق الفاعلية اللازمة للأحكام الصادرة عنه أن يحرص على عدم مخالفتها للنظام العام في الدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها [3].

---

(1) انظر:

V. Heuzé, La morale, l'arbitre et le juge, Rev.arb. 1993., p.179., spéc, p.189.

(2) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« L'existence de principes d'un prétendu ordre public international, supérieur à toutes les lois internes n'est reconnue par aucun droit positif, et particulièrem- -ent par le droit français «.

préc, supra, p.660., note (2).

(3) انظر في القرب من هذا المعنى:

- Y. Derains, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, in

20-3.indd 119 9/24/2023 2:32:24 AM

وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 12 من يناير عام 1993، إذ قضت بالآتي : " إن محكمة التحكيم قد قدرت – وبحق – أنه بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي، فإن قبول مبدأ الفاعلية بقوة القانون للحكم الأجنبي فيما يتعلق بتعيين وكيل التفليسة يكون من شأنه المساس بالنظام العام الدولي الفرنسي " [1].

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس [2]، ومن ذلك : الحكم الصادر عام 1990 [3] والذي جاء فيه أن : " المادة 26 [من قواعد غرفة التجارة الدولية القديمة والتي أحلت محلها المادة 35] لا تفرض على المحكم – من أجل الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – أن يتحقق فقط من خلال الاتفاق المطبق من أن الحكم لم يخالف بعض القواعد الإجرائية الآمرة في دولة التنفيذ المعنية كضرورة تسبيب أو إيداع حكم التحكيم، ولكن تفرض عليه أيضاً التحقق من عدم اصطدام هذا الحكم مع النظام العام الدولي في بلد التنفيذ، وبخاصة مع قوانين البوليس " [4].

Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p.67., spéc, p.70.

- B. Hanotiau, art.préc., p.917.

(1) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

« Un tribunal arbitral a, à bon droit, estimé qu'au regard des règles de droit international privé français, admettre l'efficacité de plein droit d'un jugement étranger en ce qu'il a désigné le Syndic de faillite serait de nature à porter atteinte à l'ordre public international français «.

Paris 1re ch.c, 12 janvier 1993, République de Côte-d'Ivoire et autre c/ sté Norbert Beyrard, Rev.arb. 1994., p.685., note P. Mayer p.615.

(2) انظر على سبيل المثال:

Sentence CCI n° 3281, 1981, JDI 1982., p.990., obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 4131, 1982, JDI 1983., p.899., obs. Y. Derains.

(3) Sentence CCI n° 6697, 26 décembre 1990, sté Casa c/ sté Cambior, Rev.arb. 1992, p.135., note P. Ancel.

(4) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي،

« L'article 26 n'impose pas seulement à l'arbitre de s'assurer au travers de la convention applicable pour la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères que la sentence ne contreviendra pas à certaines règles de procédure impératives du lieu d'exécution concernant par exemple la nécessité de motiver ou

20-3.indd 120 9/24/2023 2:32:24 AM

صفوة القول: إنّ سلطة المحكم الطليق لا تعد سلطة مطلقة، بل مقيدة بعدة اعتبارات، أهمها احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام للقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع، علاوة على ضرورة احترامه – كما سبق أن أشرنا – للمبادئ الأساسية في التقاضي لا سيما مبدأي حق الدفاع والمواجهة [1]، وتسبيب حكم التحكيم، واحترام الشروط الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف[2].

وإذا كانت الشريعة العامة للتحكيم في كافة الدول محل الدراسة قد أجازت لطرفي التحكيم الاتفاق على منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف على التفصيل السابق بيانه، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد: هل من الملائم الأخذ بفكرة التحكيم الطليق بصدد المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، بحيث يجوز للمحكم تسوية هذه المنازعات بما يراه محققاً للعدالة وما يمليه عليه ضميره، مستبعداً قواعد القانون الإداري وثيقة الصلة بهذه العقود

أوضح السيد Bouffandeau رئيس دائرة المنازعات بمجلس الدولة الفرنسي – آنذاك – في الكلمة التي ألقاها عام 1951 بمناسبة التطورات الحديثة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي أن: " العمل الإنشائي للقضاء ينفذ من أجل أسباب تتعلق بالعدالة، وحتى نضمن الحفاظ على الحقوق الفردية للمواطنين " [3].

---

de déposer la sentence mais aussi qu'elle ne heurtera pas l'ordre public international du pays d'exécution et en particulier les lois de police «.

Ibidem., spéc, p.141.

وانظر أيضاً بشأن الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والتي لم تحرص: فيها على مراعاة قواعد النظام العام للدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها،

Sentence CCI n° 6106, 1988, Bull. CIA/CCI, novembre 1994., p.44.

Sentence CCI n° 6379, 1990, YB XVII 1992., p.212.

(1) انظر تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي " رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الزقازيق عام 1992 تحت إشراف أ.د/ محمد محمود إبراهيم، ص: 48.، د.أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص: 113ومابعدها.

(2) في هذا المعنى، د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، المرجع السابق، ص: 213.

(3) انظر النص: الأصلي لهذه الكلمة والوارد كالتالي،

« une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée pour des motifs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens «.

P. Bouffandeau, Allocution sur « progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'État «. prononcée à l'occasion du cent cinquantenaire du Conseil d'État, cité par

20-3.indd 121 9/24/2023 2:32:25 AM

تلك المقولة تنفي تماماً ما يعتقده البعض من أن القانون الإداري لا يعرف كلمة العدالة التي تذكر دائماً في نصوص القانون المدني، وبأنها تحتل مكاناً ثانوياً في القانون العام [1][2]. ففكرة العدالة تعد الأساس الذي بنيت عليه أغلب نظريات القانون الإداري.

فمن المستقر والمتعارف عليه أن قواعد القانون الإداري في مجملها قواعد قضائية أرسى دعائمها قضاة أجلاء في مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر، وقد استنبط هؤلاء القضاة هذه القواعد من ضمير الجماعة وروح التشريع ومبادئ العدالة.

ولقد اعترف المشرع المصري، وكذلك قضائه الإداري [2] بالدور الخلاق للقاضي الإداري في إنشاء مبادئ وقواعد القانون الإداري، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 165 لسنة 1955 بشأن تنظيم مجلس الدولة ما نصه : " يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن، وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهوداً شاقاً مضنياً في البحث والتمحيص والتأصيل ونظراً ثاقباً بصيراً باحتياجات المرافق العامة، للموائمة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة ".

ويطلق على القواعد القضائية التي أنشأها القاضي الإداري مستلهماً أحكامها من مبادئ العدالة، المبادئ العامة للقانون. وقد وضعها إما لغياب النص التشريعي الذي يحكم المسألة المعروضة، وإما لسد النقص الذي يعتري بعض نصوص القانون التي تنظم موضوع معين من موضوعات القانون الإداري[3].

M. Fouletier, Recherches sur l'équité en droit public français, préface de B. Pacteau, L.G.D.J. 2003., p.68.

(1) انظر:

P. Frydman, Les considérations d'équité en droit administratif français, cité par A. Patrikios, op.cit., p.262.

(2) انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 2 من يونيو عام 1956 في الطعن رقم 157 لسنة 2 ق.ع، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الأولى، العدد الثالث، من يونيو عام 1956 إلى آخر سبتمبر 1956، ص: 807.

(3) وفي هذا الإطار يذكر Braibant بأن،

« lorsque le juge administratif doit suppléer aux carences, aux insuffisances, aux lacunes de la loi, il se réfère à cette notion d'équité «.

G. Braibant, Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de

20-3.indd 122 9/24/2023 2:32:25 AM

ويمكن تقسيم المبادئ العامة للقانون التي وضعها القاضي الإداري مستلهماً أحكامها من مبادئ العدالة إلى نوعين [1]:

النوع الأول : المبادئ المتعلقة بالمساواة في الحقوق والواجبات بين الإدارة والأفراد، ومن أمثلة ذلك : نظرية الظروف الطارئة la théorie imprévision، ومبدأ المواجهة le principe contradictoire du، ونظرية الإثراء بلا سبب la théorie l'enrichissement sans cause.

النوع الثاني : قواعد المسئولية الإدارية، ومن أمثلتها : مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تلحقها بالمواطنين بدون خطأ منها أو من موظفيها والمعروفة بالمسؤولية على أساس المخاطر، والمسؤولية الإدارية التي تبنى فقط على اعتبارات المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء والتكاليف العامة.

وبجانب القواعد القانونية التي شيدها القضاء الإداري على اعتبارات العدالة، فهناك مستوى آخر لتطبيق فكرة العدالة وصل إليه مجلس الدولة الفرنسي يتمثل في تفسير أو تأويل قواعد القانون المكتوبة بما يحقق العدالة. ومثال ذلك : حكم Aillières'd [2]، وحكم Lamotte Dame [3]، والذي أجاز مجلس الدولة من خلالهما اللجوء إلى طرق الطعن المقررة قانوناً ضد بعض القرارات الصادرة عن السلطة الإدارية وبعض الأحكام الصادرة عن القضاء بالرغم من استبعاد ذلك بنصوص قانونية.

وبذلك تعد فكرة العدالة من المحاور الأساسية في القانون الإداري والأساس الذي بنيت عليه العديد من نظرياته. وبالرغم من الأحكام القليلة النادرة التي رفض فيها مجلس الدولة

---

l'administration, in Études en l'honneur de L. Homon, Economica 1982., p.99., spéc, p.100.

(1) انظر للمزيد من التفاصيل:

M. Fouletier, op.cit., pp.69-78.

(2) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي:

« (….) que l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État «.

C.E., 7 février 1947, d'Aillières, in GAJA, op.cit., p.397

(3) انظر:

C.E., 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, in GAJA, op.cit., p.432.

20-3.indd 123 9/24/2023 2:32:25 AM

الفرنسي الاستناد إلى هذه الفكرة، وبخاصة في مجال رقابة المشروعية، ومن ذلك : حكمه الصادر في قضية Monfort Dame بتاريخ 6 من يوليو عام 1956، حيث رفض المجلس قبول الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد اللوائح التي تحمل نتائج غير عادلة للمستخدمين، وقرر أن الطلبات التي تؤسس فقط على عدم عدالة القرارات أو الأعمال الإدارية لا يمكن قبولها، إلا أن هذه الفكرة ما زالت تؤدي حتى الآن دورها الهام في تشييد نظريات القانون الإداري[1].

وعلى هذا الأساس، ونتيجة لهذا المفهوم الهام لفكرة العدالة في مجال القانون الإداري، هل يجوز للمحكم المنوط به حسم منازعة متعلقة بعقد إداري أن يطرح جانباً قواعد القانون ويفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة كما يمليها عليه ضميره ؟

في معرض الإجابة عن هذا التساؤل يرى الفقيه الفرنسي Vedel أن لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم لا يمكن أن يتولد عنه قبول خضوعهم لفكرة التحكيم الطليق؛ وذلك لصعوبة تصور تخلي هيئات الأشخاص العامة التي تدار لحساب الجماعة عن إدارة مصالحها بطرحها جانباً قواعد القانون التي تحكم نشاطاتها [2].

وقد لاقى هذا الرأي رواجاً لدي الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي عام 1993 حول الطرق البديلة لحسم المنازعات في المواد الإدارية، إذ اقترحت مجموعة العمل في الباب المتعلق بالتحكيم ضرورة استبعاد أية إمكانية لتطبيق فكرة التحكيم الطليق المنصوص عليها في المادة 1474 من قانون الإجراءات المدنية على منازعات العقود الإدارية لما

(1) وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي،

« Cons. que le moyen tiré par la requérante du fait que l'exclusion, pour l'application de ladite loi, des services accomplis en qualité d'instituteur titulaire entraînerait des conséquences inéquitables pour les instituteurs remplaçants qui ont été auparavant instituteurs titulaires n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours en excès de pouvoir «.

C.E., 6 juillet 1956, Dame Monfort, Rec., p.296.

(2) وفي هذا الإطار يذكر:

« On ne voit pas comment, sauf cas exceptionnel, on admettrait que les organes d'une personne publique qui gèrent, pour le compte d'une collectivité (…..) pourraient renoncer à ce que la gestion de ses intérêts fût soustraite à l'application du droit «.

G. Vedel, Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, art.préc., p.122.

20-3.indd 124 9/24/2023 2:32:25 AM

تحملـه مـن مخاطـر لجهـة الإدارة [1].

وعليـه فـإن الاتجـاه السـائد فـي فرنسـا يميـل إلـى رفـض تطبيـق أسـلوب التحكيـم الطليـق علـى منازعـات العقـود الإداريـة، وذلـك مـن منطلـق صعوبـة تصـور تخلـي الأشـخاص المعنويـة العامـة عـن قواعـد القانـون التـي تحكـم نشـاطاتها. هـذا مـن ناحيـة، ومـن ناحيـة أخـرى فـإن الآثـار الناجمـة عـن قبـول تلـك الفكـرة تسـتلزم اسـتبعادها كليـة لمـا تحملـه مـن مخاطـر لجهـة الإدارة.

وقـد صـور مفـوض الحكومـة Guillaume [2] تلـك الحالـة فـي تقريـره المقـدم إلـى مجلـس الدولـة الفرنسـي بشـأن قضيـة A.E.R.A.، حيـث يقـول مخاطبـاً مستشـاري المجلـس : "وفقـاً لرأينـا، يوجـد اعتبـاران يعارضـان بشـدة تقبـل فكـرة العدالـة؛ **فمـن ناحيـة أولـى**: إذا كان النـزاع مثـاراً بيـن شـخصين مـن أشـخاص القانـون الخـاص ويخضـع بصفـة اسـتثنائية لاختصـاص القاضـي الإداري لتعلـق الأمـر بالمصلحـة العامـة والتـي تفتـرض أن تحكمهـا مبـادئ القانـون العـام. ففـي الواقعـة المعروضـة، قمنـا بتكييـف العقـد المبـرم بيـن A.E.R.A. et A.S.I. علـى أنـه مـن عقـود الأشـغال العامـة لتطبيـق قانـون الأشـغال العامـة عليـه وإخراجـه – علـى أثـر ذلـك – مـن إطـار عقـود المقاولـة التـي تخضـع للمـادة 1779 مـن القانـون المدنـي، وبعـد كل هـذا الجهـد نوافـق علـى أن يفصـل المحكميـن وفقـاً لقواعـد العدالـة وخـارج قواعـد القانـون، هـذا يعـد بمنتهـى البسـاطة بمثابـة هـدم للأسـس التـي قـام عليهـا اختصـاص القضـاء الإداري. **ومـن ناحيـة أخـرى** : إذا أجزتـم تطبيـق فكـرة العدالـة، فإنكـم بذلـك تضعـون أنفسكم بيـن شـقي الرحـى، فإمـا أن يقصـر قاضـي الاسـتئناف رقابتـه علـى قواعـد النظـام العـام، وهـذا أمـر لا يسـتهان بـه، ولكنـه يحـد بشـكل كبيـر مـن الرقابـة القضائيـة، وإمـا أن توافقـوا بدوركـم علـى الفصـل وفقـاً لقواعـد العدالـة، فنحـن لا نبحـث عـن أي مكسـب فـي عـام 1989 لكـي اقتـرح عليكـم تكملـة هـذا التطـور، فواجبكـم تطبيـق القانـون، وإذا كانـت روح العدالـة يمكـن أن توحـي لكـم بأحـكام علـى غـرار أحـكام سـليمان [عليـه السـلام]، إلا أنكـم تركتـم دائمـاً قواعـد العـدل والإنصـاف " [3].

(1) ولقد وردت عبارات الاقتراح كالتالي:

« (….) la mission d'amiable compositeur prévue par l'article 1474 ne peut être retenue en matière administrative compte tenu des risques de << dérapage >> qu'elle comporte «.

Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement les conflits، conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p.98.

(2) انظر:

E. Guillaume, concl.préc., p.79.

(3) وفي هذا الصدد يذكر:

" A notre avis, deux considérations s'opposent puissament à ce que l'on accepte

20-3.indd 125 9/24/2023 2:32:26 AM

ويستطرد قائلاً : " إذا كانت المادة 1483 من قانون الإجراءات المدنية قد نصت على أن القاضي يفصل في النزاع كمحكم طليق إذا منح هذه المهمة. غير أن هذه القاعدة لا يمكن عقلاً أن تنتقل إلى القانون العام، ولا يمكن الاحتجاج على ذلك بأن التحكيم سوف يفقد أهميته في القانون الإداري، إذ إنه يمكن أن يحتفظ بمميزاته المتمثلة في سرعة وسرية الإجراءات عن طريق تخويل هذه المهمة إلى متمرسين ذوي خبرة في مجال قانون الأشغال العامة " [1].

وهكذا تفصح العبارات الواردة في تقرير مفوض الحكومة Guillaume عن رفض كل إمكانية لخضوع العقود الإدارية لفكرة التحكيم الطليق على اعتبار أن القاضي الإداري ملزم دائماً بأن يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون وليس بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف.

---

l'équité. 1) Si un litige entre deux personnes privées peut à titre exceptionnel êtres soumis au juge administratif comme dans le cas d'aujourd'hui, c'est parce que l'on a jugé que l'intérêt général imposait de le soumettre aux principes du droit public. En l'espèce on qualifie le contrat d'A.R.E.A. et d'I.S.A. de marché de travaux publics pour lui appliquer le droit des travaux publics et le soustraire au régime du contrat d'entreprise (ou louage d'ouvrage) de l'article 1779 code civil. Admettre, après ce bel effort, que des arbitres jugent le contentieux contractuel en équité, donc hors du droit, c'est tout bonnement saper les fondements de la compétence administrative. (….). 2) en second lieu si vous admettez l'équité vous serez pris dans le dilemme suivant، ou le juge d'appel borne son contrôle aux règles d'ordre public, ce qui n'est pas rien mais limite sensiblement le contrôle juridictionnel, ou vous acceptez de statuer en équité à votre tour; nous ne chercherons pas à profiter de l'année 1989 pour vous suggérer d'accomplir cette révolution. Votre tâche est de dire le droit. L'esprit de justice peut vous inspirer des jugements de Salomon mais vous avez toujours laissé à d'autres l'<< ex aequo et bono >> «.

Ibidem.

(1) وفي هذا الصدد يذكر:

« (…..) l'article 1483 du nouveau code de procédure civile dispose que le juge statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission. Mais cette règle ne peut raisonnablement pas être transposée en droit public. L'arbitrage ne perd pas pour autant son intérêt en droit administratif، il peut être confié à des praticiens avertis du droit des marchés publics et conserve une utilité tenant à la rapidité et à la discrétion de la procédure «.

Ibidem.

20-3.indd 126 9/24/2023 2:32:26 AM

غير أن هذا الرأي غير مطابق تماماً للواقع؛ ذلك أن فكرة العدالة – كما سبق أن بينا – لم تستبعد تماماً من القانون الإداري، بل تعد الأساس الذي بنيت عليه معظم نظرياته، مما يترتب على ذلك صعوبة وضع أساسي نظري يعارض تطبيق أسلوب التحكيم الطليق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، خاصة أن المحكم الطليق لا يُعفى من الالتزام بقواعد النظام العام كما سبق أن أوضحنا.

وهذا ما عبر عنه الفقيه Auby بقوله : " إن شرط التحكيم الطليق المنصوص عليه في المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية [حالياً المادة 1474] والذي لا ينطبق حكمه إلا على التحكيم الإداري الذي يجد مرجعيته في نصوص هذا القانون [الاستثناء المتعلق بعقود الأشغال العامة] يمكن أن نقر بشرعيته، غير أن مداه يتحدد بقواعد النظام العام التي تتواجد بكثرة في المواد الإدارية عنها في العلاقات الخاضعة للقانون الخاص " [1].

وعلى هذا الأساس، إذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام قواعد النظام العام، وأن القانون الإداري لا يعارض تطبيق فكرة العدالة، بل إنها تعتبر الأساس الذي بنيت عليه العديد من نظرياته. ومن ثَمَّ لا تصطدم هذه الفكرة بمبادئ القانون العام، فإنه يترتب على ذلك نتيجة منطقية مفادها انعدام أي أساس نظري يعارض تطبيق أسلوب التحكيم الطليق على منازعات العقود الإدارية، بيد أنه يتعين – من وجهة نظرنا – استبعاد تلك الفكرة كلياً من التحكيم الإداري، لا على أساس اعتبارات نظرية، وإنما على أساس اعتبارات الملاءمة، لجملة أسباب نعرضها على النحو التالي :

أولاً- إن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم الطليق تكمن في إعفاء المحكم من الالتزام بأحكام القانون، والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة كما يمليها عليه ضميره. كما يخوله سلطة تفسير نصوص العقد والتخفيف من تبعات بعض الشروط التعاقدية. ومن ثَمَّ إذا ترك للمحكم حرية تفسير نصوص العقد الإداري والقواعد القانونية التي تحكمه، فإن قراره الصادر في هذا الشأن سوف ينطوي على نوع من المباغتة للإدارة، هي في غنى عنها.

(1) وفي هذا الصدد يذكر:

« Le compromis, dans le cas où il doit être établie, peut-il contenir une clause d'amiable composition comme le prévoit l'article 1019 du Code Procédure civile ? Cette hypothèse étant celle dans laquelle les textes administratifs se réfèrent au Code, on peut admettre la validité de cette clause. Cependant sa portée est destinée à rester limitée، on admet en effet en droit privé que l'amiable compositeur ne peut déroger aux règles d'ordre public، or, ces règles sont plus nombreuses en matière administrative que dans relations privées «.

J.-M. Auby, l'arbitrage en matière administrative, art.préc., p.87.

20-3.indd 127 9/24/2023 2:32:26 AM

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فهناك من العقود الإدارية كعقود امتياز المرفق العام La public service de concession تتضمن نوعين من الشروط؛ الأولى : شروط تعاقدية contractuelles وهي التي تكون متعلقة بالمزايا المادية والمالية الممنوحة للملتزم مثل مدة الالتزام، وضمان حد أدني من الربح، وتقديم إعانات، وتخضع هذه الشروط – كقاعدة عامة – لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. والنوع الثاني : شروط لائحية réglementaires وهي التي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام مثل تحديد طريقة الاستغلال، وقوائم الأسعار، وشروط الانتفاع، والضمانات المقررة للمنتفعين بالمرفق. وهذه الشروط تملك الإدارة مانحة الالتزام حق تعديلها بإرادتها المنفردة تبعاً لمقتضيات الصالح العام، وذلك لقاء تعويض الملتزم تعويضاً عادلاً. ومن ثَمَّ فإذا أجيز للمحكم – على سبيل التجاوز – تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية، فهل يمكن الاعتراف له بهذه السلطة بالنسبة للشروط اللائحية ؟!

ثانياً- تتعلق أغلب المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية بمسائل قانونية بحته تتعلق بحق الإدارة في ممارسة السلطات والامتيازات الممنوحة لها بواسطة القوانين واللوائح ابتغاء تحقيق المصلحة العامة، ومن المستقر عليه أن هذه السلطات والامتيازات لا يمكن التخلي عنها مقدماً لتعلق الأمر بالنظام العام. لذا فإنه يكون من الأفضل حل هذه المنازعات من خلال البحث المطابق لقواعد القانون وليس استناداً إلى قواعد العدالة والإنصاف.

ثالثاً- إن نظريات القانون الإداري، وبخاصة تلك المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد، غنية بتطبيقات عملية لفكرة العدالة على العقود الإدارية. ومن ثَمَّ ليس هناك حاجة ملحة لإدخال فكرة التحكيم الطليق بصدد المنازعات التي تثيرها هذه العقود، إذ إن المحكم يستطيع – بمنتهى البساطة – أن يستند إلى أحد من هذه النظريات لحماية الطرف المتعاقد مع الإدارة من الإجراءات التي تتخذها والتي من شأنها زيادة الأعباء المالية له.

رابعاً- إن إطلاق الحرية للمحكم في الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف وما يرضي ضميره، ينتج عنه اعتباره أنه يقوم بعمل إنشائي خلاق [1] تماماً كما يفعل القاضي الإداري إزاء المنازعات التي تعرض أمامه، إلا أن هذه السلطة لا يمكن الاعتراف بها للمحكم، إذ إن سلطته إزاء المنازعات الإدارية – كما يقرر الفقيه Gaudemet وبحق – لا يمكن أن تتماثل مع سلطة القاضي الإداري بحيث تصل إلى حد إنشاء قواعد قانونية

(1) انظر في القرب من هذا المعنى، د. مختار بريري، المرجع السابق، ص: 140، إذ يذكر، " والقاسم المشترك بين هذه النصوص: هو تحرير المحكم من التقيد بأي نص:وص: تشريعية أو أي قواعد قانونية أياً كان مص:درها ليجري نوعاً من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهماً ما يراه محققاً للعدالة وما يرضي ضميره، **فهو يقوم بعمل** << **إنشائي** >> **خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه** (.....) طالما أنه حقق المساواة، وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم ".

20-3.indd 128 9/24/2023 2:32:26 AM

جديدة [1].

خامساً- إن غالبية تشريعات الدول محل الدراسة قد جعلت من طريق الطعن بالبطلان الطريق الوحيد لمراجعة الأحكام الصادرة عن المحكم سواء كان محكماً بالقانون أو محكماً طليقاً. وبطبيعة الحال، فإن القضاء سوف لا يجري رقابة فعالة على الأحكام الصادرة في ظل التحكيم الطليق نظراً لورود أسباب الطعن بالبطلان على سبيل الحصر وليس من بينها فسخ المحكم للعقد أو الانحراف في تفسيره.

أخيراً- إذا رغبت الإدارة في حل نزاعها وفقاً لقواعد العدالة، فهناك طرق أخرى غير قضائية يمكن أن تؤدي إلى ذلك ولا تنطوي على عنصر المباغتة، مثل التوفيق أو التسوية الودية والصلح [2].

ومما يدعم هذا الرأي الذي انتهيت إليه ما ورد في التقرير الصادر عام 2007 بشأن قانون التحكيم في المواد الإدارية المزمع إصداره في فرنسا. حيث انتهت مجموعة العمل المكلفة ببحث نصوص هذا القانون ووضع التصور النهائي له إلى رفض كل إمكانية لتطبيق أسلوب التحكيم الطليق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وقد استندت في ذلك إلى أمرين؛ الأول : ما تنطوي عليه فكرة التحكيم الطليق من مخاطر لجهة الإدارة، والأمر الثاني : تعلق قواعد القانون الإداري واجبة التطبيق على دعاوى أشخاص القانون العام بالنظام العام [3].

---

(1) وفي هذا الصدد يذكر،

“ D'autres questions encore se posent; celle par exemple de l'étendue des pouvoirs de l'arbitre statuant en matière administrative; a-t-il, comme le juge administratif qu'il remplace, la possibilité, non seulement d'appliquer le droit, mais aussi d'œuvrer à l'évolution de celui-ci. La jurisprudence, chacun le sait, est à la base du droit administratif. Mais on peut douter que l’arbitre dispose à cet égard du même pouvoir créateur que le juge «.

Y. Gaudemet, in A. Patrikios, L’arbitrage en matière administrative, op.cit., p.XIX.

(2) انظر في هذا المعنى:

A. Courrèges, C. Verot, art.préc., p.491.

(3) ولقد وردت عبارات التقرير كالتالي:

« Le groupe de travail propose, de façon unanime, d’exclure la possibilité de l’amiable composition pour les litiges intéressant les personnes publiques. Il lui est apparu difficile de soustraire la résolution de ce type de litige, et par suite l’action des personnes morales de droit public, à l’application de la règle de droit, qui, de

20-3.indd 129 9/24/2023 2:32:27 AM

وبذلك ينتهي هذا البحث والذى خصص لبحث فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية. ومن ثَمَّ نختتم هذه الدراسة، إجمالاً، راجين الله عز وجل أن تكون بمثابة لبنة في بناء عملية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

الخاتمة

تناولت تلك الدراسة فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية وعرضت لفكرة التحكيم الطليق، والتي يطلق عليها التحكيم بالصلح، أو التحكيم بالعدالة، والتي تعني قيام المحكم باستبعاد قواعد القانون والفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدل والإنصاف، وبينا عدم ملاءمة تلك الفكرة للتطبيق على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وفي سبيل ذلك قسمت الدراسة في هذا القسم إلى مبحثين، تناولت في الأول منه الإطار العام لفكرة التحكيم الطليق، بداية من توضيح فإن فكرة التحكيم الطليق تقوم في أساسها على إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة باعتبارات النظام العام، وبحثت في الثاني مدى ملاءمة نقل فكرة التحكيم الطليق إلى التحكيم الإداري.

ولقد تناولت في سبيل ذلك العديد من الموضوعات، وبعد أن استعرضت اتجاهات الدول محل الدراسة وأوضحت اختلاف مذاهب بشأن تطبيق أسلوب التحكيم على منازعات العقود الإدارية، تبين أن القاسم المشترك بين هذه الدول هو غياب التشريع المستقل الذي ينظم الجانب الإجرائي والموضوعي للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بالرغم من تباين القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص.

وقد أسفرت هذه الدراسة على بعض النتائج والتوصيات نعرضها على النحو التالي:

أولاً- النتائج التي تم التوصل إليها

1. يمثل التحكيم قضاءً خاصاً بموجبه تسلب المنازعات من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص خاصة يعهد إليهم بممارسة وظيفة قضائية.

---

manière générale, est d'ordre public pour ces personnes. Au surplus, il a relevé que le recours à la clause de l'amiable composition comportait le risque de rendre, pour les parties (….) «.

Le Rapport, n° 2.3.2.

20-3.indd 130 9/24/2023 2:32:27 AM

2. يعد التحكيم عقداً في أساسه، وقضاءً في وظيفته؛ أي نظام مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية، وتتمثل العناصر العقدية في اتفاق التحكيم الذي يعتبر مظهراً لإرادة الأطراف، ويخضع لما تخضع له العقود من أحكام من حيث إجراءاته وبطلانه، وتتمثل العناصر القضائية في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وما يصدر عنه من أحكام.

3. يتميز التحكيم ببعض الخصائص التي تباعد بينه وبين غيره من الأنظمة القانونية الأخرى والتي قد تتشابه معه، مثل الصلح والتوفيق والخبرة. وهذا ما يؤكد استقلاله وخصوصيته.

4. لا يتخذ التحكيم في الواقع العملي شكلاً واحداً، وإنما ينقسم إلى أنواع وأشكال مختلفة، فهو ينقسم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى التحكيم الطليق والتحكيم بالقانون، ومن حيث تنظيمه وإدارته إلى تحكيم الحالات الخاصة والتحكيم المؤسسي، على أن أهم تقسيماته تلك التي تميز بين التحكيم الوطني والدولي، وبين التحكيم الاختياري والإجباري

5. إن التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يفتقد إلى التشريع المستقل الذي ينظم الجانب الإجرائي والموضوعي له، وقد ترتب على ذلك أن أضحت منازعات العقود الإدارية تسيطر عليها قواعد القانون الخاص الواردة في الشريعة العامة للتحكيم والتي وضعت في الأصل لحكم علاقات الفرد بالفرد.

ثانياً- التوصيات

نرى أنه من الأهمية الآن صدور تشريع مستقل ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية على أن يستلهم أحكامه من قانون التحكيم المصرى الحالي رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997، ويراعى فيه الآتي :

1. يتعين على جهة الإدارة الاهتمام بصياغة شرط التحكيم، وإسناد هذا الأمر إلى خبراء قانونيين وفنيين تتوافر فيهم الصفات العلمية والعملية التي تؤهلهم القيام بهذه المهمة على خير وجه.

2. يجب على جهة الإدارة تطبيقاً لقاعدة حسن التصرف في الأموال العامة أن تختار محكميها من الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة والخبرة القانونية والفنية في مجال العقود الإدارية، بالإضافة إلى درايته بقواعد التحكيم الدولي، وإلمامه بقواعد القانون الدولي الخاص.

20-3.indd 131 9/24/2023 2:32:27 AM

3. ينبغي على جهة الإدارة أن تحرص دائماً على عدم إفلات عقودها الإدارية المتفق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها من حكم القانون العام، وذلك لا يتسنى إلا عن طريق تضمين هذه العقود شرطاً صريحاً ينص على تطبيق أحكام قانونها الوطني الذي لا يعني شيئاً آخر سوى القانون الإداري.

4. ضرورة تعديل نص المادة 39/2 من قانون التحكيم المصرى فيما تضمنته من منح هيئة التحكيم سلطة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب إرادة الأطراف، بحيث يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الذي يتعين إعماله حال عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق.

5. كما يلزم إعادة النظر في المادة 39/3 من قانون التحكيم المصرى فيما تضمنته من إلزام هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع بضرورة مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة، وذلك لعدم صلاحية تطبيق هذه الأعراف على منازعات العقود الإدارية.

6. وفي هذا الإطار ينبغي أيضاً استبعاد تطبيق أسلوب التحكيم الطليق المنصوص عليه في المادة 39/4 من قانون التحكيم، وذلك لعدم ملائمته مع المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

ونود أن نشير في النهاية إلى أنه يتعين على جهة الإدارة أن تضعها في اعتبارها وهي بصدد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أمرين:

الأمر الأول: يتعين على جهة الإدارة الاهتمام بصياغة شرط التحكيم، وإسناد هذا الأمر إلى خبراء قانونيين وفنيين تتوافر فيهم الصفات العلمية والعملية التي تؤهلهم القيام بهذه المهمة على خير وجه.

الأمر الثانى: ينبغي على جهة الإدارة أن تحرص دائماً على عدم إفلات عقودها الإدارية المتفق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها من حكم القانون العام، وذلك لا يتسنى إلا عن طريق تضمين هذه العقود شرطاً صريحاً ينص على تطبيق أحكام قانونها الوطني الذي لا يعني شيئاً آخر سوى القانون الإداري.

20-3.indd 132 9/24/2023 2:32:27 AM

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع العربية:

إبراهيم، نادر محمد محمد (2000). المركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي (ط2). منشأة المعارف بالإسكندرية.

البجاد، محمد بن ناصر بن محمد (1999). التحكيم في المملكة العربية السعودية. مركز البحوث والدراسات الإدارية.

بركات، علي (2003). الطعن في أحكام التحكيم . دار النهضة العربية.

بريري، محمود مختار أحمد (2004). التحكيم التجاري الدولي (ط2). دار النهضة العربية.

الجمال، مصطفي محمد و عبد العال، عكاشة محمد (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول.

الحلو، ماجد راغب (2004). العقود الإدارية والتحكيم . دار الجامعة الجديدة للنشر.

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2006). التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية. دار الفكر الجامعي.

رضوان، أبو زيد (1981). الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. دار الفكر العربي.

الرفاعي، أشرف عبد العليم (2003). اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية. دار الفكر الجامعي.

أبو زيد، سراج حسين (2004). التحكيم في عقود البترول. دار النهضة العربية.

سلامة، أحمد عبد الكريم (2004). قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي. دار النهضة العربية.

شتا، أحمد محمد عبد البديع (2004). شرح قانون التحكيم المصري رقم *27* لسنة *1994* وتعديلاته. دار النهضة العربية.

شحاته، محمد نور عبد الهادي (د.ت.). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين. دار النهضة العربية.

صاوي، أحمد السيد (2002). التحكيم طبقاً للقانون رقم *27* لسنة *1994* وأنظمة التحكيم الدولية.

عبد الرحمن، هدى محمد مجدي (2004). دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته. دار الكتب القانونية.

العصار، يسري محمد (2001). التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية. دار النهضة العربية.

عمر، نبيل إسماعيل (2004). التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية. دار الجامعة الجديدة.

نصار، جابر جاد (د.ت.). التحكيم في العقود الإدارية. دار النهضة العربية.

أبو الوفا، أحمد (2001). التحكيم الاختياري والإجباري. منشأه المعارف.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

Auby, J. M. (1955). *L'arbitrage en matiere administrative*. A.J.D.A.

Batiffol H., & Lagarde P. (1983). *Traité de droit international privé* (6th ed.). L.G.D.J.

20-3.indd 133 9/24/2023 2:32:28 AM

Batiffol H., & Lagarde P. (1993). *Traité de droit international privé* (8th ed). L.G.D.J.

Chapus, R. (1996). *Droit administratif général* (10th ed.). Montchrestien.

Chapus, R. (1991). *Droit du contentieux administratif* (3rd ed.). Montchrestien.

Chapus, R. (1995). *Droit du contentieux administrative* (6th ed.). Montchreestien.

Chapus, R. (1996). *Droit du contentieux administrative* (6th ed.). Montchreestien.

Gaudemet, Y. (1972). *Les méthodes du juge administratif*. L.G.D.J.

Gaudemet, Y. (2001). *Traité de droit administratif* (16th ed.). L.G.D.J.

Huys, M., & Keutgen, G. (1981). *L'arbitrage en droit belge et international*. préface de E. Krings, Bruylant.

Jarrosson, C. (1987). *La notion d'arbitrage, préface de B*. L.G.D.J.

Jarrasson, C. (1997). *L'arbitrage en droit public*. A.J.D.A.

Jarrasson, C. (1997). Les frontiers de l'arbitrage. *Rev-arb*, (1).

Le Mestre, R. (2005). *Droit du service public*. Gualino éditeur.

Mayer, P. (1994). *Droit international privé* (5th ed.). Montchrestien.

Mayer, P. (2002). OHADA. Droit de l'arbitrage, Bruylant.

Mestre, R. (2005). *Droit du service public*. Gualino éditeur.

Mezghani A. (1991). *Droit international privé*. éd Cérès.

Motulsky, H. (1974). Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, préface de B. Goldman et Ph. Fouchard. Dalloz.

Robert, J. (1937). *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*. Sirey.

Patrikios, A. (1996). *L'arbitrage en matiere administrative these*. Paris 11, Aussi, L.G.D.J.

Patrikios, A. (1997). *L'arbitrage en matière administrative.* L.G.D.J.

Racine, J. B. (1999). *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. L.G.D.J.

Regli, J. P. (n.d.). *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées*,

Regli, J. P. (1983). *Genève*. librairie de l'université Georg & S.A.

Richer L. (1999). *Droit des contrats administratifs* (2nd ed.). L.G.D.J.

Ribs, J. (1990). Ombre et incertitudes de l'arbitrage pour les per – sonnes morles de droit puplic francias. T1.

Teboul, G. (1997). *Arbitrage international et personnes morales de droit puplic*. A.J.D.A.

Vedel, G., & Devolve, D. (1992). *Droit administrative*. PVE.

Vidal, D. (2004). *Droit français de l'arbitrage commercial international*. Gualino éditeur.

20-3.indd 134 9/24/2023 2:32:28 AM

Romanized Arabic References: **الترجمة الصوتية لمصادر ومراجع اللغة العربية:**

’ibrāhym nādira muḥammada muḥammada 2000). almarkaza alqawā‘ida ‘abra al-dawliyyati a’amāma al-taḥkīmi aliqtiṣādiyyi al-dawliyyi ṭ munsha’a’ata alma‘ārifi bi-l-’iskndrya

albijādi muḥammada bn nāṣiru bn muḥammadu 1999). al-taḥkīma fī almamlakati al‘arabiyyati al-su‘ūdiyyati markazu albuḥwthi wa-l-dirāsāti al’idāriyyati

barakātun ‘uliya 2003). ilṭa‘inna fī a’aḥkāmi al-taḥkīmi dāru al-nahḍati al‘arabiyyati

bryry maḥmūda mukhtārin a’aḥamida 2004). al-taḥkīma al-tijāriyya al-dawliyya ṭ dāra al-nahḍati al‘arabiyyati

aljamālu muṣṭaffiyya muḥammada wa ‘abdu al‘āli ‘akāshata muḥammada 1998). al-taḥkīma fī al‘alā’āaqāti alkhāṣṣata al-dawliyyata wa-l-dākhiliyyata aljuz’a al’a’awwala

alḥlwu mājida rāghiba 2004). al‘uqūda al’idāriyyata wa-l-taḥkīma dāru aljāmi‘ati aljadīdati lil-nashra

khalīfatun ‘abda al‘azīzi ‘abda almuna“ami 2006). al-taḥkīma fī munāza‘āti al‘uqūdi al’idāriyyati al-dākhiliyyati wa-l-dawliyyati dāru alfikri aljāmi‘iyyi

riḍwānun a’abū zaydi 1981). al’ususa al‘āmmata fī al-taḥkīmi al-tijāriyyi al-dawliyyi dāru alfikri al‘arabiyyi

al-ruffā‘iyyu a’asharafa ‘abdi al‘alīmi 2003). ittifāqa al-taḥkīmi wa-l-mushakkalāti al‘amaliyyati wa-l-qānūniyyati fī al‘alā’āaqāti alkhāṣṣata al-dawliyyata dāru alfikri aljāmi‘iyyi

a’abū zaydin sirāja ḥissayni 2004). al-taḥkīma fī ‘uqūdi albitrūli dāru al-nahḍati al‘arabiyyati

salāamatun a’aḥamida ‘abdu alkarīmi 2004). qānūna al-taḥkīmi al-tijāriyyi al-dawliyyi wa-l-dākhiliyyi dāru al-nahḍati al‘arabiyyati

shattā a’aḥamida muḥammadu ‘abdi albadī‘i 2004). sharaḥa qānūnu al-taḥkīmi almiṣriyyi raqma 27 lisanatan 1994 wata‘dīlātihi dāru al-nahḍati al‘arabiyyati

shuḥḥātuhu muḥammada nūri ‘abdi alhādī d t). al-nash’a’atu alittifāqiyyatu lil-sulṭāti alqaḍā’iyyati lil-muḥkamayni dāru al-nahḍati al‘arabiyyati

ṣā’ī a’aḥamida al-sayyidu 2002). al-taḥkīma ṭabbaqā lil-qānūni raqma 27 lisanatan 1994 wa’a’anẓimata al-taḥkīmi al-dawliyyati

‘abdu al-Raḥmāni hadā muḥammadu majdī 2004). dawra almuḥkami fī khuṣūmati al-taḥkīmi waḥudwdi sulṭātihi dāru alkutubi alqānūniyyati

al‘uṣṣāru yasrī muḥammadu 2001). al-taḥkīma fī almunāza‘āti al’idāriyyati al‘aqdiyyati waghayri al‘aqdiyyati dāru al-nahḍati al‘arabiyyati

‘umarun nabīla ’ismā‘yl 2004). al-taḥkīma fī almawāddi almadaniyyati wa-l-tijāriyyati alwaṭaniyyati wa-l-dawliyyati dāru aljāmi‘ati aljadīdati

20-3.indd 135 9/24/2023 2:32:28 AM

nuṣṣārun jābira jādda d t). al-taḥkīmu fī al'uqūdi al'idāriyyati dāru al-nahḍati al'arabiyyati a'abū alwafā a'aḥamida 2001). al-taḥkīma alikhtīāriyya wa-l-'ijbāriyya munsha'uhu alma'ārifa

20-3.indd 136 9/24/2023 2:32:28 AM

The idea of free arbitration and the extent to which it is permissible to apply it to administrative contract disputes

Haitham Elsayed Ibrahim[1]

Abstract:

The legislator and the majority of the Arab jurists used the term arbitration or arbitration with the authorization for conciliation to express this kind of arbitration, which we consider unsuccessful due to the confusion between arbitration and reconciliation despite their difference. In fact, in this type of arbitration, the judge does not conclude a conciliation, as he does not necessarily seek to settle the dispute by persuading each of the conflicting parties to give up all or some of what they stick to, but rather issues a binding judgment, He may grant all the rights to either of the disputing parties but not to the other, based on the considerations of justice or on legal provisions if he finds them fair and equitable, provided that he indicates the compatibility of these rules with the considerations of justice. Actually, we agree with those who used the term free arbitration to express this kind of judgement, because it implies "giving a free rein to" the judge to decide on the dispute without being bound by any legal rules while avoiding the confusion between arbitration and conciliation.

Keywords: idea, Free, arbitration, administrative.

(1) College of Law – Benha University (Benha - Egypt)
just_somy@yahoo.com

20-3.indd 137 9/24/2023 2:32:28 AM