

اسم المقال: فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية

اسم الكاتب: هيثم السيد إبراهيم

رابط ثابت: <https://political-encyclopedia.org/library/8604>

تاريخ الاسترداد: 2026/04/11 21:54 +03

الموسوعة السياسية 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 السياسية - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

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



جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم
القانونية



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

التقييم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية

هيثم السيد إبراهيم⁽¹⁾

تاريخ القبول: 2022-02-16

تاريخ الاستلام: 2021-06-24

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 يثيره 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، وتجنب بذلك اللبس أو الخلط بينه وبين فكرة الصلح.

الكلمات الدالة: التحكيم، الحر، المنازعات، الإدارية.

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

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 أنّ 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: منشأة المعارف 2001)، ص: 178، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، (القاهرة: القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر 2004)، ص: 166، د. مصطفى 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 محمد إبراهيم، المركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، (القاهرة: منشأة 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 للمحكمن، (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.

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 كما سنرى؛ 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، وتجنب بذلك اللبس أو الخلط بينه وبين فكرة الصلح⁽¹⁾.

وإذا كانت فكرة التحكيم الطليق تعني عدم التزام المحكم بتطبيق أحكام القانون الموضوعية على أصل النزاع، فهل يمكن تصور امتداد هذه الفكرة إلى منازعات العقود الإدارية، بحيث يجوز للمحكم استبعاد قواعد القانون الإداري وثيقة الصلة بهذه العقود إذا بدت متعارضة من وجهة نظره - مع اعتبارات العدالة؟

ولما كان في التحكيم - كما يذهب بعض الفقهاء وبحق - " ترخص في الضمانات الإجرائية والموضوعية"، ومن ثم فإنه يثير الكثير من المشاكل القانونية عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية، فإن ذلك كان الدافع الأساسي لنا في البحث في هذا الموضوع، خاصة في ظل ندرة المؤلفات والأبحاث الأجنبية، علاوة على غياب العربية منها والتي تتناول بالدراسة التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال وجهة نظر القانون العام⁽²⁾.

ولكن هذه الإشكالية لم تكن الدافع الأساسي لنا في البحث في هذا الموضوع؛ إذ أصبحت هذه المسألة - إلى حد ما - غير ذات أهمية؛ نتيجة تدخل الكثير من المشرعين بنصوص قانونية صريحة تجيز التحكيم في العقود الإدارية سواءً إطلاقاً أو استثناءً، علاوة على ابتداء القضاء الوطني لقاعدة مادية في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الأمرة في القانون الداخلي، ومن ثم أصبح من المتعين البحث عن الضوابط التي تكفل الحفاظ على خصوصية منازعات العقود الإدارية من جهة، والطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة في أساسها إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى⁽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 الأولى 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

ومنهجى في هذه الدراسة، منهج استنباطي استقرائي مقارنة، 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 أتعرض 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 النحو 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 للبطالان 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.

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

ملزم بأن يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون، إلا أن معظم القوانين الداخلية، وكذلك الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾، وأيضاً لوائح مراكز التحكيم ذات الصبغة الدولية⁽²⁾ قد أجازت له التحرر من التقيد بقواعد القانون، وأعطت له سلطة الفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف *bono et aequo ex* طالما اتفق الأطراف على تخويله هذه السلطة.

فقد نصت المادة 1474 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الباب المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: " يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية، إلا إذا خول الأطراف إليه في اتفاق التحكيم مهمة الفصل فيه كمحكم طليق " ⁽³⁾.

كما نصت المادة 1497 من ذات القانون في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: " يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا اتفق الأطراف على منحه هذه المهمة " ⁽⁴⁾.

وفي ذات السياق تنص المادة 39/4 من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه: " يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " .

ومن الجلي على نصوص القوانين السابقة، وبخاصة تلك التي نظمت عملية التحكيم في المجال الدولي أنها قد تبنت صياغة متحررة بشأن شرعية اللجوء إلى التحكيم الطليق؛ إذ إنها لم تربط بين القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع وبين حرية الأطراف في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف⁽⁵⁾، وهو الأمر الذي

(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

تطلبته المادة 7/2 من اتفاقية جنيف لعام 1961⁽¹⁾، والمادة 33/2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976⁽²⁾.

وإذا كانت إرادة طرفي التحكيم - على هذا النحو - تعد مصدراً رئيسياً لاستبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف⁽³⁾، وأن المحكم ملزم دائماً باحترام تلك الإرادة، فهل يفهم من ذلك أن استبعاد المحكم لقواعد القانون يعد واجباً إلزامياً مفروضاً عليه أم أنه يعد مجرد مكنة أو رخصة مخولة له؟ ومن جهة أخرى، هل يجوز للمحكم - تحت اسم قواعد العدالة - التعرض لنصوص العقد وتعديل الالتزامات التعاقدية المفروضة على أحد الأطراف؟

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

الأصل في التحكيم - كما سبق أن أشرنا - هو التحكيم بالقانون؛ أي الفصل في النزاع محل التحكيم على مقتضى قواعد القانون؛ فالمحكم بالقانون ملزم دائماً بتطبيق أحكام القانون الموضوعي على النزاع المطروح عليه ولا يضع في اعتباره قواعد العدالة⁽⁴⁾.

ولقد أكدت تشريعات الدول محل الدراسة على هذا المعنى، إذ إنها اشترطت على المحكم - كقاعدة عامة - أن يقضي في النزاع محل التحكيم وفقاً لقواعد القانون⁽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 حسابه 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 والعُماني، والمادة 212/2 من قانون

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

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 ثم 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 بالإشارة إلى إمكانية تحويل 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 - حلاً 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) وفي 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.

وفي نفس المعنى:

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

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 أن: " 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 مزاوله 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 où il les jugeait propres à 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:

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 الموضوع 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.

" 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 (.....) ".⁽¹⁾

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 عدت 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.

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 ثم 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 بالالتزامات 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 مقاوله 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 équilibre contractuel (...) ».

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

(3) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

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 بالألا 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.

وفي 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

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

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 تكيفه والتعامل معه بوصفه عقد إيجار مثلاً⁽²⁾. علاوة على ضرورة احترامه لقواعد النظام العام كما سيتضح من خلال المبحث التالي.

المبحث الثاني: مدى ملائمة 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, sté 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 23-24 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

القواعد تعبر عن قيم سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية لجماعة بشرية معينة، وهي من الأفكار المحورية التي يركز عليها أي نظام قانوني، وتؤدي وظيفة لا غني عنها، وتحتل بهذه المثابة وضعية قانونية أعلى من باقي المعايير الأخرى، وبخاصة معايير التعاقد. ومن ثم 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 سوي 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 مدى 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.

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

كافة الأنشطة لخدمة ما يتبعه الدولة من وراء سياساتها الاقتصادية والاجتماعية، ويدخل في نطاقها - على سبيل المثال - القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصراف 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 ».

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 الأمرة، 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 الأمرة 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'amiabes 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'amiabie 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'amiabie compositeur est dispensé de l'obligation d'observer le droit applicable au fond du litige, sous réserve des

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 مالكا 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 أمرة 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 الأمرة 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:

العام الدولي⁽¹⁾، إذ إن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر. وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 19 من نوفمبر عام 1991 بقولها: " إن النظام العام الفرنسي المطبق على العلاقات الدولية (...). ينبغي أن يقدر بشكل أقل شدة من النظام العام الداخلي " ⁽²⁾.

ثانياً- المحكم الطليق والنظام العام الدولي:

لقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من قواعد النظام العام الدولي؛ النوع الأول: النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني، والثاني: النظام العام عبر الدولي.

1. النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني:

تحتفظ كل دولة لنفسها بمفهومها الخاص للنظام العام الدولي، فما يعد من النظام العام الدولي في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى؛ فقواعد النظام العام الدولي ذات المفهوم الوطني تختلف من دولة لأخرى تبعاً لمفاهيمها واتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلفية، فعلى سبيل المثال: يعتبر الاتفاق على الوفاء مقوماً بالذهب مخالفاً للنظام العام الداخلي في فرنسا على أنه لا يخالف النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي، في حين أن القاعدة السابقة تخالف النظام العام الداخلي والدولي – على السواء – بمفهومه في مصر ⁽³⁾.

P. Courteault et G. Flécheux, La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de 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 يكن بتقرير قوة التداول الإلزامي للعملة الورقية في مصر، بل قضى أيضاً ببطان شرط الدفع بالذهب. وقد اختلفت المحاكم المصرية في تحديد نطاق هذا الشرط، فذهبت المحاكم المختلطة إلى أنه يعني البطان 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 البطان المنصوص عليه في مرسوم سنة 1914 يلحق شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

وعلى هذا النحو يختلف النظام العام الدولي بمفهومه المصري عن النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي⁽¹⁾، وإذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام القواعد الأمرة 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 حثياته 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: 325-326.

(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 و 1502/5 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 “.

2. النظام العام عبر الدولي

يرصد بعض الفقهاء المعاصرين - على خلاف فكرة النظام العام الدولي ذي المفهوم الوطني - ظهور نظام عام دولي حقيقي *international réellenment* (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 public transnational* (5).

(1) ومن الجدير بالذكر أن مصطلح *réellenment 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 Ottomane, JDI 1986., p.156., note B. Goldman.

(2) يقسم الفقه مصادر النظام العام عبر دولي إلى مصدرين أساسيين: الأول، مص:در عام ويتمثل في مجموعة القواعد الأمرة المفروضة على كل دولة في النظام الدولي والمعروفة بـ *jus cogens*، 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 للأداب 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 إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص: 329-330.

(4) انظر:

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

(5) انظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع:

وتعود إرهابات هذه الفكرة إلى القرن التاسع عشر ميلادي، إذ أشار الفقيه Despaget في مقاله المنشور عام 1889 إلى وجود "نظام عام مطلق" public ordre absolu مشترك بين كل الدول المتحضرة (1).

وفي عام 1932 أيد الفقيه Niboyet وجود نظام عام دولي؛ أي نظام عالمي universel، يمنع الممارسات غير المشروعة كالقرصنة pirateri، والتهرب contrebände 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 ثمَّ 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 Despaget 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 ascendants والفروع descendants، وبين الأخ والأخت.

انظر،

F. Despaget, 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:

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 الأمرة في القانون الداخلي استناداً إلى قاعدة مادية ابتدعها في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الأمرة في القانون الداخلي ⁽⁴⁾.

بيد أن هناك اتجاهاً فقهيّاً 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 حلوّاً 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.

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

فقد ذهب الفقيه Lalive إلى القول بأن : ليس من المؤكد أن المحكم الدولي يملك جراً التعبير في نموذج مبتدع novatrice formule (تطبيق النظام العام عبر الدولي) في اللحظة التي يملك فيها تسبب 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 ثمَّ 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.

مستنداً في ذلك إلى غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي شريعة *for*، ومن ثم يكون الضمير الفردي للمحكم *l'arbitre de individuelle conscience* هو المصدر الوحيد للقاعدة الأخلاقية *règle morale*. فضلاً عن ذلك، فإن فكرة النظام العام عبر الدولي تقوم في مجموعها على ادعاء كاذب، وأية ذلك عدم وجود أية قاعدة مقررّة 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 ثم 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 تفاصيل 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 ثم 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 particulièrement 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

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

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 التقييسة 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 أخلت 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 الأمانة في دولة التنفيذ المعنية كضرورة تسبب 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

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⁾، وتسبب 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: 113 ومابعدها.

(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, Allocation sur « progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'État ». prononcée à l'occasion du cent cinquantième du Conseil d'État, cité par

تلك المقولة تنفي تماماً ما يعتقد البعض من أن القانون الإداري لا يعرف كلمة العدالة التي تذكر دائماً في نصوص القانون المدني، وبأنها تحتل مكاناً ثانوياً في القانون العام⁽¹⁾. 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 قضاة 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 مضميناً في البحث والتحصيص 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

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 *imprévision théorie*، ومبدأ المواجهة le *contradictoire du principe*، ونظرية الإثراء بلا سبب la *théorie l'enrichissement sans cause*.

النوع الثاني : قواعد المسؤولية 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 d'Aillières (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, Ministère de l'agriculture c/ Dame Lamotte, in GAJA, op.cit., p.432.

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

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 يملئها 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 لدى 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.

تحمله من مخاطر لجهة الإدارة⁽¹⁾.

وعليه فإن الاتجاه السائد في فرنسا يميل إلى رفض تطبيق أسلوب التحكيم الطليق على منازعات العقود الإدارية، وذلك من منطلق صعوبة تصور تخلي الأشخاص المعنوية العامة عن قواعد القانون التي تحكم نشاطاتها. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الآثار الناجمة عن قبول تلك الفكرة تستلزم استبعادها كلية لما تحمله من مخاطر لجهة الإدارة.

وقد صور مفوض الحكومة Guillaume⁽²⁾ تلك الحالة في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة الفرنسي بشأن قضية A.E.R.A.، حيث يقول مخاطباً مستشاري المجلس: "وفقاً لرأينا، يوجد اعتباران يعارضان بشدة تقبل فكرة العدالة؛ فمن ناحية أولى: إذا كان النزاع مشاراً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ويخضع بصفة استثنائية لاختصاص القاضي الإداري لتعلق الأمر بالمصلحة العامة والتي تفترض أن تحكمها مبادئ القانون العام. ففي الواقعة المعروضة، قمنا بتكييف العقد المبرم بين A.S.I et A.E.R.A. على أنه من عقود الأشغال العامة لتطبيق قانون الأشغال العامة عليه وإخراجه - على أثر ذلك - من إطار عقود المقاولات التي تخضع للمادة 1779 من القانون المدني، وبعد كل هذا الجهد نوافق على أن يفصل المحكمين وفقاً لقواعد العدالة وخارج قواعد القانون، هذا يعد بمنتهى البساطة بمثابة هدم للأسس التي قام عليها اختصاص القضاء الإداري. ومن ناحية أخرى: إذا أجزتم تطبيق فكرة العدالة، فإنكم بذلك تضعون أنفسكم بين شقي الرحي، فإما أن يقصر قاضي الاستئناف رقابته على قواعد النظام العام، وهذا أمر لا يستهان به، ولكنه يحد بشكل كبير من الرقابة القضائية، وإما أن توافقوا بدوركم على الفصل وفقاً لقواعد العدالة، فنحن لا نبحث عن أي مكسب في عام 1989 لكي اقترح عليكم تكملة هذا التطور، فواجبكم تطبيق القانون، وإذا كانت روح العدالة يمكن أن توحى لكم بأحكام على غرار أحكام سليمان [عليه السلام]، إلا أنكم تركتم دائماً قواعد العدل والإنصاف"⁽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 puissamment à ce que l'on accepte

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 être 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.

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 مدها 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 ثمَّ 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 يملبها عليه ضميره. كما يخوله سلطة تفسير نصوص العقد والتخفيف من تبعات بعض الشروط التعاقدية. ومن ثمَّ إذا ترك للمحكم حرية تفسير نصوص العقد الإداري والقواعد القانونية التي تحكمه، فإن قراره الصادر في هذا الشأن سوف ينطوي على نوع من المباغطة للإدارة، هي في غني 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.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فهناك من العقود الإدارية كعقود امتياز المرفق العام *public service de concession La contractuelles* وهي التي تكون متعلقة بالمزايا المادية والمالية الممنوحة للملتزم مثل مدة الالتزام، وضمان حد أدنى 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 ثمَّ فإذا أجاز 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 بحثه 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 ثمَّ 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 "

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 تتطوي على عنصر المباغطة، مثل التوفيق أو التسوية الودية والصلح⁽²⁾.

ومما يدعم هذا الرأي الذي انتهت 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 تتطوي 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

فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

وبذلك ينتهي هذا البحث والذي خصص لبحث فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية. ومن ثمَّ 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، وبيننا 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 باعتبار 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 بعهد 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.

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 تترتب 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 المصري 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.

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 المصري 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 المصري 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 الثاني: 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.

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، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة محمد (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول.
- الحو، 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 للمحكمن. 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 الوفاء، أحمد (2001). التحكيم الاختياري والإجباري. منشأة 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.

- 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.). Montchrestien.
- Chapus, R. (1996). *Droit du contentieux administrative* (6th ed.). Montchrestien.
- 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.*
- Jarrosson, C. (1997). *L'arbitrage en droit public*. A.J.D.A.
- Jarrosson, C. (1997). Les frontières 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 Cérés.
- 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 matière 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 États 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 personnes morales de droit public français. T1.
- Teboul, G. (1997). *Arbitrage international et personnes morales de droit public*. A.J.D.A.
- Vedel, G., & Devolve, D. (1992). *Droit administrative*. PVE.
- Vidal, D. (2004). *Droit français de l'arbitrage commercial international*. Gualino éditeur.

Romanized Arabic References: الترجمة الصوتية لمصادر ومراجع اللغة العربية:

- 'ibrāhym nādira muḥammada muḥammada 2000). almarkaza alqawā'ida 'abra al-dawliyyati a'amāma al-taḥkimi 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). ilṭā'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'āqāti 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 khalifatun '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). ittifaqa al-taḥkīmi wa-l-mushakkalāti al'amaliyyati wa-l-qānūniyyati fī al'alā'āqāti 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'dilātihi dāru al-nahḍati al'arabiyyati shuḥḥātuḥu muḥammada nūri 'abdi alhādī d t). al-nash'a'atu alittifaqiyyatu lil-sulṭāti alqadā'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'anzimata al-taḥkīmi al-dawliyyati 'abdu al-Raḥmāni hadā muḥammadu majdi 2004). dawra almuḥkami fī khuṣūmati al-taḥkīmi waḥudwdi sulṭātihi dāru alkuṭubi alqānūniyyati al'uṣṣāru yasrī muḥammadu 2001). al-taḥkīma fī almunāza'āti al'idāriyyati al'aqdiyyati waghayri al'aqdiyyati dāru al-nahḍati al'arabiyyati 'umarun nabila 'ismā'yl 2004). al-taḥkīma fī almaswāddi almadaniyyati wa-l-tijāriyyati alwaṭaniyyati wa-l-dawliyyati dāru aljāmi'ati aljadīdati



فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية (96 - 137)

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



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)

jušt_somy@yahoo.com