كلية الحقوق
قسم القانون التجاري
الدراسات العليا

بحث بعنوان

التحكيم في عقود الشراكة
(دراسة مقارنة)

مقدم كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في الحقوق

الباحث
بشير محمد أحمد الزوبعي

إشراف

أ.د/ عصام حنفي محمود
أستاذ القانون التجاري ووكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث
– كلية الحقوق – جامعة بنها

أ.د/ عاطف محمد الفقي
أستاذ القانون التجاري
كلية الحقوق – جامعة المنوفية

٢٠٢١

مقدمة

أولاً: موضوع البحث:

تعد مسألة تحديد المسؤولية وآليات تسوية النزاعات المترتبة على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وطبيعتها القانونية من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة، فيما يتعلق بهذه العقود، خصوصا في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، فالأصل أن تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود، يرتكز على تحديد الطبيعة القانونية لها كونها من العقود الإدارية أم من العقود المدنية، حيث لا يشكل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مسألة ذات أهمية لدى هذه الدول؛ إذ لا تقيم أفكار هذا النظام أية تفرقة بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين ونظيرتها التي تطبق على الإدارة.

ويعتبر التحكيم أحد أهم الوسائل التي يلجأ إليها الطرفان المتعاقدين لحل النزاعات التي تنشأ عند تنفيذ العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها بشكل عام، وسواء كان ذلك في كافة العقود الإدارية، أم في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، ويرجع ذلك لما يمتاز به هذا النظام من ميزات عديدة، وقد أجاز قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ مسألة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات في عقود الشراكة، حيث أجازت المادة ٣٥ منه اللجوء للتحكيم وغيره من الوسائل غير القضائية بشرط موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، وأن يتم الاتفاق على ذلك في عقد الشراكة المبرم بين القطاع العام والقطاع الخاص[٢٠٣٣].

أما في العراق، فإن تعليمات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لسنة ٢٠١٨ قد أوردت في مادتها الرابعة والعشرين، آليات ووسائل تسوية المنازعات، حيث حددت بدقة كيفية تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن عقود الشراكة، فقررت أن الوسيلة الأولى هي التوفيق، ثم قررت إنشاء إدارة لحل النزاعات الناشئة عن هذه العقود، وفي حالة فشل هذه الوسائل يكون اللجوء للتحكيم، سواء الدولي أو المحلي ووفقًا لشروط محددة حددتها هذه المادة، ثم أخيرًا قررت اللجوء للقضاء العادي في المادة الخامسة والعشرين في حالة فشل الوسائل السابقة في حل النزاع[٢٠٣٤].

(٢٠٣٣) حيث تنص المادة (٣٥) على أن "يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري، ويقع باطلًا كل اتفاق يتم على خلاف ذلك، ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبًا لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

(٢٠٣٤) حيث تنص المادة ٢٤ من تعليمات عقود الشراكة العراقي لسنة ٢٠١٩ على أن " على أطراف عقد الشراكة تسوية النزاعات بإحدى الطرق الآتية: أولا: الحل الودي: التوافق،: لجهات التعاقد تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق ودًا وفق محضر يعد بذلك موقع من قبل الطرفين ومصادق عليه من قبل رئيس جهة التعاقد ويتم عكسها عبر تنظيم ملحق عقد ملزم للطرفين.

ثانيًا: إدارة فض النزاعات: لجهات التعاقد إدراج شرط في وثائق الشراكة ومن ثم تضمنه في بنود العقد يتم بموجبه تشكيل إدارة فض النزاعات للفصل في النزاعات الناشئة بين أطراف العقد وعلى وزارة التخطيط تضمين الدليل التوجيهي لتنفيذ عقود الشراكة أحكام تنظيم طريقة تشكيلها ومهامها وآلية اتخاذ القرارات فيها.

ثالثًا: في حالة فشل التوصل إلى حلول وفق الفقرتين أعلاه يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة أخرى لحل النزاعات ويكون من خلال نوعين من التحكيم وحسب الموضوع وتفاصيل كل نزاع ويكون وفقًا لما يأتي:

١- التحكيم المحلي: ويكون وفق الشروط المحددة في شروط ووثائق المشروع أو وفق القانون المرافعات العراقي.

ثانيًا: أهمية البحث:

تعتبر عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ذات أهمية كبيرة في عالم اليوم، ذلك أن تحقق العديد من المكاسب والفوائد للدولة، فتفتح الشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام، الباب للحكومة في تمويل وتشغيل البنية التحتية المملوكة للدولة، ويزداد مخزون الأصول العامة، بالإضافة إلى أن الشراكة تتيح الاستفادة من النظم والأساليب الإدارية المتطورة والكفاءة التي يمتلكها القطاع الخاص، والحكومات تقوم بإبرام هذه العقود لأنها تكون غير قادرة على تحمل المخاطر الناشئة عن إنشاء المشروعات الكبيرة بصورة منفردة، فتلجأ للقطاع الخاص، بهدف مشاركته في تحمل المخاطر والمسؤولية، وبحيث يتم توزيع المخاطر وإدارتها فيما بينهما، فإذا قامت نزاعات بين طرفي عقد الشراكة، ففي هذه الحالة لابد من وجود آليات لتسوية هذه النزاعات، الأمر الذي يعطي لهذه الدراسة قدر كبير من الأهمية تدفعنا إلى بحثها وإلقاء الضوء عليها، لاسيما وأن التحكيم يعد أحد أهم وسائل تسوية هذه النزاعات وأكثرها شيوعًا واستخدامًا.

ثالثًا: مشكلة البحث:

أثارت مسألة اللجوء للتحكيم في عقود الشراكة، كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بها، عدة تساؤلات لدى الباحثين، من حيث مدى مواءمته، وشروط تطبيقه، فضلاً عن موقف التشريعات منه، وهي التساؤلات التي تشكل في مجملها إشكالية البحث وهدفه، والتي تتمثل في معرفة مفهوم التحكيم في عقود الشراكة وأنواعه، ومدى موائمته للتطبيق على عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

رابعًا: منهج البحث:

نتناول هذا البحث من خلال المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث نتعرض فيه لأهم التشريعات والقوانين المنظمة لموضوع التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في العراق ومصر، مع تحليل المواقف الدولية من طريقة إدارة المخاطر في عقود الشراكة، وبيان نظامها القانوني، وطبيعة الالتزامات التي يتحمل بها أطرافها، ومسؤوليتهم حالة الإخلال بها، وآليات تسوية المنازعات فيها.

خامسًا: خطة البحث:

بهدف الإجابة على تساؤلات البحث، فإننا سنحاول في هذا البحث التعرض بالتفصيل للتحكيم في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، وبيان مدى مواءمته لها، وشروطه، والتنظيم القانوني له، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في عقود الشراكة، وأنواعه.

المطلب الثاني: مدى موائمة التحكيم في عقود الشراكة.

المطلب الثالث: التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات عقود الشراكة.

٢- التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات وفق حالات الضرورة والمشاريع الإستراتيجية الكبرى على أن يراعى ما يأتي:

أ- أن يتم اختيار إحدى هيئات التحكيم المعتمدة.

ب- إن يحدد مكان ولغة التحكيم.

ج- أن يكون القانون العراقي واجب التطبيق.

د- أن يتوفر لدى العاملين في جهات التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب."

المطلب الأول
مفهوم وأنواع التحكيم في عقود الشراكة

يعد التحكيم نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات، سواء كانت مدنية أو تجارية، عقدية كانت أو غير عقدية، والتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، في الاعتماد أساسًا على أن أطراف النزاع أنفسهم كانوا يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد التي يقيمون بها، ويسمون بهيئة التحكيم، وتتكون من محكم واحد أو أكثر حسبما يتفق عليه الأطراف بمشاركة التحكيم، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم، وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته، وأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية، انطلاقًا من طبيعة عمل المحكم التي تتماثل مع عمل القضاة، بينما يتبنى البعض الطبيعة العقدية للتحكيم، استنادًا إلى أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف، بينما يتبنى الرأي الثالث اعتبار التحكيم ليس اتفاقًا محضًا، ولا قضاء محضًا، ولكن أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وآخره حكم(٢٠٣٥).

ونتناول في هذا المطلب مفهوم وتعريف التحكيم في إطار عقود الشراكة، وأهم أنواعه، والخلاف الفقهي حول طبيعته، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول
تعريف التحكيم في عقود الشراكة

هناك العديد التعريفات التي جاءت في مفهوم التحكيم، منها التعريفات الفقهية والتشريعية والقضائية، ونتناول بعضها وما يمكن استنتاجه منها من خصائص على النحو الآتي:

أولاً: تعريف التحكيم في عقود الشراكة:

لقد تعددت التعريفات الفقهية والقضائية والتشريعية للتحكيم، ومن التعريفات الفقهية، تعريف البعض من الفقه المصري بأنه "عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقًا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكم، ويصدر أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه فيها"(٢٠٣٦).

وعرف أيضًا بأنه "الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الجهة الإدارية والمتعاقد الآخر للفصل في المسائل الإدارية العقدية وغير العقدية بعد إقرار المشرع لها"(٢٠٣٧)، كما عرف بأنه "اتفاق أطراف هذا العقد على طرح ما نشأ أو يمكن أن ينشأ من منازعات بينهم، على محكم أو محكمين، ليفصلوا فيه وفقًا لمقتضيات القانون أو قواعد العدالة، يستوي أن يرد هذا الاتفاق في صلب العقد ذاته، أو في اتفاق لاحق عليه، مع التزام الأطراف بالحكم الصادر عن هيئة

(٢٠٣٥) حاتم خليفة العجيلي، مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مجلة الهندسة والتنمية، العدد الثاني، المجلد السادس عشر، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٠.

(٢٠٣٦) د، يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٤.

(٢٠٣٧) د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٠ وما بعدها.

التحكيم"[٢٠٣٨]، كما عرف بأنه "التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر، بمقتضاه يعهد إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادي بحل منازعة عقدية أو غير عقدية، وهذا الاتفاق قد يكون سابقًا أو تاليًا للنزاع، ويكون قرار التحكيم ملزما لهما"[٢٠٣٩].

وأما الفقه العراقي فقد عرفهم بأن "إحدى الوسائل التي يلجأ إليها لحل الخلافات ومنها منازعات عقود المقاولات الإنشائية، وذلك بإيداعها لدى جهة ثالثة لأجل التوصل لقرار ملزم للطرفين المتنازعين، وقد يكون المحكم شخص واحد أو لجنة"[٢٠٤٠].

ويعرف التحكيم في عقود البوت بأنه "اتفاق أطراف عقود البوت على فض منازعاتهم التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما على جهة خاصة، بدلاً من القضاء، لتفصل بينهما في كل أو بعض منازعاتهم بمقتضى حكم تحكيمي منه للخصوم بينهما"[٢٠٤١].

وكون عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص تأخذ حكم العقد، وهي عبارة عن تفاعل وتعاون بين القطاع العام ممثلاً بالحكومة وبين القطاع الخاص، ممثلاً بالمؤسسات والأفراد، المستثمرين، فإنها تدخل في المسائل التي يجوز فيها التحكيم، كون أنها عبارة عن اتفاق مكتوب بين الجهة العامة ومتعهد الخدمة أو المستثمر بشأن تنفيذ مشروع عن طريق المشاركة بين القطاعين العام والخاص.

وعليه يعرف التحكيم في عقود المشاركة بأنه اتفاق إرادي بين المتعاقدين على إحالة النزاع المتعلق بعقد المشاركة إلى التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة سواء جاء هذا الاتفاق بصورة شرط تحكيم، أو بصورة مشاركة التحكيم[٢٠٤٢].

أما قضائيًا فيعرف التحكيم بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكمين من الغير، باختيارهم أو بتفويض منهما، وعلى ضوء شروط يحددونها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبًا عن شبهة المغالاة، مجردًا من التجامل وقاطعًا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفين إليه، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[٢٠٤٣].

(٢٠٣٨) د. رجب محمد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٤.

(٢٠٣٩) د. حمادة عبد الرازق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام، بين التحكيم والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٨٧، ١٨٨.

(٢٠٤٠) فالح علي الصالح، التحكيم التجاري، منشورات غرفة بغداد، ١٩٨٧، ص ٤٧.

(٢٠٤١) دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود ال B. O. T. ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٦٦.

(٢٠٤٢) د. محمد عبد الخالف محمد، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٢٢٣.

(٢٠٤٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية، الصادرة بجلسة السابع عشر من ديسمبر ١٩٩٤؛ الجريدة الرسمية، العدد الثاني، في ١٢/١/ ١٩٩٥.

أما قانونًا فقد عرفه القانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم تسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"(٢٠٤٤)، أما المشرع العراقي فقد تناول بالتنظيم التحكيم في الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ إلا أنه لم يتناوله بالتعريف(٢٠٤٥).

ثانيًا: خصائص التحكيم:

من خلال التعريفات السابقة للتحكيم في عقود المشاركة، يمكن القول بأن هناك خصائص معينة يتميز بها التحكيم:

١. أن التحكيم هو عبارة عن اتفاق بين المتعاقدين على اللجوء نظام خاص لحل منازعاتها غير الطريق العادي المتمثل في القضاء، وهذا الاتفاق هو الأساس الحقيقي الذي يقوم عليه التحكيم، وهو يمثل الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بالقطاع العام والقطاع الخاص بإحالة ما يدور بينهما من نزاع إلى التحكيم دون اللجوء إلى القضاء، ويتمثل اتفاق التحكيم في عقود المشاركة في صورتين:

الصورة الأولى: شرط التحكيم: وهو عبارة عن اتفاق يدرج في عقد المشاركة، ويتعهد بمقتضاه طرفا العقد بأن يحيلا إلى التحكيم النزاع الذي قد ينشأ عن هذا العقد، وأن هذا الاتفاق الذي يكون سابقا على النزاع سواء قام مستقلاً بذاته، أو ورد كبند من بنود العقد أو ورد في صلب العقد، كما يمكن أن يكون في صورة اتفاق على عقد مشاركة مستقل أو منفصل بذاته عن العقد موضوع التحكيم، ما دام الأطراف قد اتفقوا عليه قبل حدوث النزاع(٢٠٤٦).

الصورة الثانية: مشارطة التحكيم: وهو عبارة عن اتفاق التحكيم في عقود المشاركة صورة مشارطة التحكيم، وذلك بالاتفاق الذي يتم بين القطاعين العام والخاص في عقد المشاركة بعد قيام أو نشوء النزاع على إحالة هذا النزاع إلى التحكيم، فمشارطة التحكيم تكون بمناسبة نزاع قائم بالفعل بين الخصوم، وتأخذ نفس النظام القانوني للتحكيم من المسائل القابلة للتحكيم من حيث استطاعة طرفي عقد المشاركة على إبرام مشارطة التحكيم بعد قيام النزاع سواء كان ذلك قبل اللجوء للقضاء، أو أثناء النزاع أمام القضاء(٢٠٤٧).

وقد نصت المادة ٣٥ من قانون المشاركة المصري على جواز اللجوء للتحكيم لحل منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بعد موافقة اللجنة العليا بشؤون المشاركة، وذلك على أن يتم الاتفاق على اللجوء للتحكيم في

(٢٠٤٤) المادة العاشرة من قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٢٠٤٥) وذلك في المواد ٢٥١– ٢٧٦ من القانون.

(٢٠٤٦) ويعتبر مبدأ استقلال التحكيم أحد المبادئ الهامة والراسخة التي نصت عليها قوانين التحكيم كافة. راجع في ذلك: د. عبد الحميد علي الزيادة، اتفاق التحكيم التجاري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٢٤١.

(٢٠٤٧) د. محمد عبد الخالق الزغبي، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، بحث مقدم لندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، والمشاركة فيها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٢٢٤.

عقد الشراكة، سواء كان هذا الاتفاق قد جاء في صلب عقد الشراكة، أم في اتفاق مستقل، كما يستوي أن يكون الاتفاق معاصر للتوقيع على عقد الشراكة، أم جاء في اتفاق لاحق(٢٠٤٨).

كما نص قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي على جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، وكذلك الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي قد تنشأ من تنفيذ عقد معين(٢٠٤٩).

٢. **أن التحكيم يتم عادة دون التقيد بقانون وإجراءات معينة**، وبالتالي يكون لهيئة التحكيم الحرية التامة للفصل في موضوع النزاع طبقًا لقواعد العدالة، والإنصاف، بينما يخضع القضاء الوطني للقانون والإجراءات الوطنية، إلا أن هذا ينطبق على حالة التحكيم الحر، ولا يشمل التحكيم المؤسسي، حيث يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والإجراءات واجبة التطبيق، ومكان التحكيم وغير ذلك من الإجراءات(٢٠٥٠).

٣. **أن التحكيم يتضمن السرية لأطراف النزاع**، فغالبًا ما تتم إجراءاته في سرية للحفاظ على الثقة التي تقوم عليها العلاقات التجارية والإدارية، والتي يسعى الأطراف إلى الاحتفاظ بها نظرًا لحساسية العلاقة التعاقدية، وهو الأمر غير المتاح في النظام القضائي الوطني الذي تعتبر العلانية أحد أهم مبادئه.

٤. **السرعة في التحكيم:** إن المحكم لا يتقيد بإجراءات التقاضي العادية ومواعيدها، وبالتالي يتفادى البطء فيها، كما أن هيئة التحكيم هي هيئة مخصصة ومتفرغة للنزاع المطروح، على عكس المحاكم المتكدسة بالعديد من القضايا مما يوفر وقت الفصل فيها، كما أن التحكيم غالبًا ما يتم على درجة واحدة(٢٠٥١).

(٢٠٤٨) د. حمادة عبد الرازق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص٢٦١، ٢٦٢؛ د. هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٧. ص٣٥٢.

(٢٠٤٩) المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٢٠٥٠) ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقًا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٧٠.

(٢٠٥١) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص٢ وما بعدها.

الفرع الثاني
أنواع التحكيم في عقود الشراكة

تتعدد أنواع التحكيم بصفة عامة، وذلك حسب طريقة تطبيق نظام التحقيق وجوهره، ويأخذ اتفاق التحكيم عادة عدة أنواع منها، التحكيم الاختياري، والتحكيم الإجباري، وكذلك التحكيم البسيط، والتحكيم مع التعويض بالصلح، والتحكيم المؤسسي والتحكيم الحر، والتحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي[٢٠٥٢]، وهذا النوع هو ما نصت عليها تعليمات عقود الشراكة العراقي لسنة ٢٠١٨ كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة.

وسنكتفي في هذا الفرع بالعرض لنوعي التحكيم المحلي والدولي، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: التحكيم المحلي:

ينص البند (١) من الفقرة (ثالثًا) من المادة ٢٤ من تعليمات عقود الشراكة العراقية لعام ٢٠١٨ على أن "يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة أخرى لحل النزاعات ويكون من خلال نوعين من التحكيم وحسب الموضوع وتفاصيل كل نزاع ويكون وفقًا لما يأتي:١- التحكيم المحلي: ويكون وفق الشروط المحددة في شروط ووثائق المشروع أو وفق القانون المرافعات العراقي".

ويقصد بالتحكيم المحلي، أي التحكيم الذي يفض المنازعات الوطنية البحتة، أي علاقة تنتمي عناصرها لدولة واحدة، فالتحكيم الذي يكون موضوعه نزاع ناشئ عن عقد شراكة أبرم في العراق وبين عراقيين يعد تحكيمًا داخليًا، يخضع للقانون العراقي، بدءً من الاتفاق على التحكيم، وحتى صدور الحكم وتنفيذه، وبغض النظر عن جنسية المحكم ومكان التحكيم[٢٠٥٣].

فهذا النوع التحكيم هو الذي تكون مكوناته أو عناصره من موضوع النزاع من جنسية ومحل إقامة طرفيه المحكمين، إلى القانون الواجب التطبيق، كلها تنتمي إلى دولة واحدة وبنفس المعنى فهو التحكيم الذي لا يتعدى حدود الدولة الواحدة أي موضوعة وأطراف وهيئاته وحيزه الجغرافي والقانوني المطبق على اتفاق الذي يحكمه[٢٠٥٤].

(٢٠٥٢) شريف إبراهيم محمد بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٥، ص٣٨٧.

(٢٠٥٣) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بدون دار نشر، ٢٠١٦، ص ٥٤.

(٢٠٥٤) د. عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تشريعيا وفقهًا وقضاءً، مكتبة مدبولي، ١٩٩٥، ص٤٧.

ثانيًا: التحكيم الدولي أو الخارجي:

التحكيم الدولي أو الخارجي، هو ذلك التحكيم الذي يفض النزاعات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية، فالتحكيم الدولي وجد أساسًا لحل منازعات التجارة الدولية[٢٠٥٥]، فهو التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتها المشتركة، أي أن التحكيم الدولي ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها[٢٠٥٦].

ونشير هنا إلى أن ثمة اختلاف فقهي حول معيار التفرقة بين التحكيم المحلي(الداخلي) والتحكيم الدولي (الخارجي) فهناك من اعتمد المعيار القانوني في التفرقة بينهما، بمعنى أن التحكيم يكون محليًا إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، أما إذا طبق قانون آخر، غير قانون هذه الدولة فيكون التحكيم دوليًا[٢٠٥٧]، في حين يذهب البعض إلى تحديد دولية التحكيم، كاختلاف جنسية المحكمين، أو جنسية أطراف النزاع، أو اختلاف مراكز أعمال الأطراف، أو اللجوء لمنظمة تحكيمية دولية، وإذا ما اجتمعت هذه العناصر داخل دولة واحدة، يعد التحكيم داخليًا [٢٠٥٨] ، وذهب جانب ثالث إلى إضافة معيار اقتصادي للتفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي، والذي يعتمد على موضوع النزاع، ومفاده أن التحكيم يكون دوليًا إذا كان موضوع النزاع متعلقًا بمصالح التجارة الدولية.

ولم يوضح المشرع العراقي، معيارًا للتفرقة بين التحكيم الدولي، والتحكيم المحلي، وإن كانت تعليمات عقود الشراكة لسنة ٢٠١٨ قد وضعت معايير محددة للتحكيم الدولي مثل أن يتم اختيار إحدى هيئات التحكيم المعتمدة، وأن يحدد مكان ولغة التحكيم[٢٠٥٩].

أما المشرع المصري فقد حدد الحالات التي يكون فيها التحكيم دوليًا، وفقًا لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على أن "يكون التحكيم دوليًا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعًا يتعلق بالتجارة الدولية، وذلك في الأحوال الآتية:

١. إذا كان المركز الرئيسي لأعمل كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطًا بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.
٢. إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها.
٣. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

(٢٠٥٥) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة..، مرجع سابق، ص٥٤.

(٢٠٥٦) حاتم خليفة العجيلي، مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي، مرجع سابق، ص٢٤.

(٢٠٥٧) د. رجب محمد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم، مرجع سابق، ص٣٤ وما بعدها.

(٢٠٥٨) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٧٧ وما بعدها.

(٢٠٥٩) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، مرجع سابق، ٤٠٢.

٤. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة ذاتها، وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعًا خارج هذه الدولة:

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

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

ج. المكان الأكثر ارتباطًا بموضوع النزاع."(٢٠٦٠) .

وبرغم أن النص السابق قد أوضح حالات التحكيم الدولي، إلا أنه كان محلاً لجدال فقهي، مفاده رؤية البعض أن الحالات التي ذكرها القانون هي معايير مكملة للمعيار الاقتصادي، بمعنى أن تعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية، لا يكفي وحده لتحديد دولية التحكيم، وإنما يجب أن يتوافر بجانب ذلك حالة من الحالات التي نص عليها القانون، في حين يرى أخرين، أن المعيار الاقتصادي وحده كافيًا في ذاته(٢٠٦١)، وأخيرًا يذهب البعض – ونتفق معه في ذلك – إلى أن التحكيم الدولي يرتبط ارتباط وثيق بمنازعات التجارة الدولية، وأنه قد ولد – أي التحكيم الدولي– أساسًا لحل منازعات التجارة الدولية، ولذلك كان من الأفضل أن ينص المشرع المصري على الأخذ بالمعيار الاقتصادي صراحة، دون تحديد حالات فرعية على النحو الوارد في القانون(٢٠٦٢).

الفرع الثالث
طبيعة التحكيم في عقود الشراكة

بعد أن تعرضنا لمفهوم التحكيم وخصائصه وأنواعه، فإن هناك مسألة كانت محل جدال فقهي تتمثل في طبيعة عقد التحكيم، حيث تواجدت أربعة أراء فقهية حول هذه الطبيعية، فهناك من رأى أنها طبيعة عقدية، ومن رأي أنها طبيعة قضائية، وهناك من رأي أنها طبيعة مختلطة، في حين رأي أخرون أن التحكيم ذو طبيعة خاصة:

١- التحكيم ذو طبيعة عقدية:

ذهب فريق من الفقه إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة عقدية، لأنه ليس إلا عقد كبقية العقود، ولا يؤثر في هذه الطبيعة كونه منتجًا لحكم، لأن الحكم لا أثر له على تلك الطبيعة، واستندوا في ذلك إلى الدور الرئيسي الذي تلعبه الإرادة التعاقدية في الإقرار باختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع، واختيار شخص المحكم، وتحديد إجراءات ومواعيد التحكيم وغيرها(٢٠٦٣).

(٢٠٦٠) المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٢٠٦١) راجع في ذلك: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٨٠ ؛ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ ، ص٧١ ؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٩.

(٢٠٦٢) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة، مرجع سابق، ص٤٠٣.

(٢٠٦٣) راجع في ذلك: د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣١ ؛ د. أسيل حامد خليفة، التحكيم القضائي ، المزايا والعيوب، في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص١٠١ وما بعدها.

وعلى هذا الأساس لا يمكن أن تكون الطبيعة قضائية، فالقضاء ليس كالتحكيم، فسلطة القضاء تعتبر من السلطات العامة وتتعلق بالنظام العام، أما دور الدولة في مجال التحكيم فيتوقف عند حد منع المساس بالنظام العام، أما بدء التحكيم وسيره حتى صدور الحكم، فيجد أساسه في اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع والخضوع لما يصدرونه من قرارات وأحكام، ومما يؤكد هذا الرأي أن المحكم إذا امتنع عن الفصل في النزاع فلا يمكن اتهامه في جريمة إنكار العدالة، على العكس في القضاء العادي، كما أنه لا يجوز تطبيق قواعد مخاصمة ورد القضاة على المحكم، وهو كذلك على خلاف الأمر في القضاء العادي(٢٠٦٤).

٢- التحكيم ذو طبيعة قضائية:

ذهب راي آخر إلى رفض الطبيعة العقدية للتحكيم، والقول بالطبيعة القضائية له على أساس أن التحكيم في حقيقته ليس سوى وسيلة لفض المنازعات، فالهدف الذي يهدف إليه هو الفصل في المنازعات، وهو ذات الهدف الذي يصبو إليه القضاء العادي، فمهمة المحكمة هي ذاتها مهمة القاضي، وأهدافهما هي نفس الأهداف، وقد تم الرد على مسألة أن إرادة الأطراف هي التي تعطي للمحكم سلطته في التحكيم، بالقول أن المشرع هو من منح الأفراد إجازة اللجوء للتحكيم، وبالتالي فإن المحكم في الحقيقة يستمد سلطته من القانون وليس من إرادة الأطراف، وهو ما يتفق فيه مع القضاء الذي يستمد سلطته من التشريع كذلك(٢٠٦٥).

ويرى بعض مؤيدي هذا الرأي أن المحكم يستمد سلطته من الدولة، وليس التشريع، على أساس أن الفصل في النزاع هي وظيفة تنتج من السيادة التي تمارسها الدولة بهيئاتها، أو من تفوضهم بذلك، ولا يمكن للأفراد تفويض غيرهم بأمور السيادة(٢٠٦٦)، وعلى هذا الأساس فإن الحكم في التحكيم يعتبر حكم قضائي نظرًا لتوافر جميع خصائص الأحكام القضائية باستثناء أنه يصدر من هيئة خاصة وليس من هيئة عامة(٢٠٦٧).

ولكن هذا الرأي تعرض للعديد من الانتقادات والتي من أهمها، أن المحكم وإن كان يقوم بوظيفة القاضي وهي الفصل في النزاع إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي، وهي سلطة الجبر، لأن قراره لا يكون ملزمًا إلا بعد صدور قرار من السلطة القضائية في الدولة(٢٠٦٨).

٣- التحكيم ذو طبيعة مختلطة:

ذهب رأي فقهي إلى أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مركبة، وذلك لأنه لا يمكن اعتبار التحكيم ذو صفة قضائية وحدها أو تعاقدية وحدها، فإذا كانت الصفة القضائية ظاهرة في التحكيم، فلا يمكن مع ذلك إنكار المصدر التعاقدي للتحكيم باعتبار أن الأخير يقوم على اتفاق الأفراد وإرادتهم في نهاية الأمر، ولذلك فإن أنصار الرأي يذهبون

(٢٠٦٤) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، مرجع سابق، ص٣٨٥.

(٢٠٦٥) د. خالد محمود القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٣٤.

(٢٠٦٦) أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص٢٩٠.

(٢٠٦٧) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، مرجع سابق، ص٣٨٥.

(٢٠٦٨) يوسف ناصر حمد الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١، ص ٥٣.

إلى القول بأن الصفة التعاقدية مردها في التحكيم تعاقد الأطراف على فض النزاع بواسطة المحكمين والصفة القضائية مردها عرض النزاع على المحكمين بقصد القضاء فيه(٢٠٦٩).

إلا أن هذا الرأي واجه العديد من الانتقادات أهمها أنه يحاول الهروب من الواقع بدلاً من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة على أساس أن القول بأن التحكيم ذو طبيعة مركبة هو قول لا معنى له على أساس أنه يجب تحديد هذه الطبيعة وليس الاكتفاء بكونها مختلطة، بالإضافة إلى ذلك لا يمكن الجمع بين أحكام العقد القائمة على إرادة الأطراف والتي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبين أحكام العمل الإجرائي الناشئة عن الطبيعة القضائية المتصلة بالنظام العام(٢٠٧٠).

٤- التحكيم ذو طبيعة خاصة:

يرى رأي أخير بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة ، وأنه ليس من الملزم ولا الواجب القول بأن التحكيم في طبيعته ينتمي لأحد الأنواع السابقة، لأن أنواع الطبائع لا تنحصر فيها، وانتقدوا في ذلك الرأي القائل بالطبيعة المختلطة على أساس أنه لا يوجد ما يسمى بالطبيعة المختلطة، وأن الطبيعة الخاصة للتحكيم تنبع من عدم قدرة أصحاب النظرية العقدية إنكار الجزء القضائي في التحكيم، وعدم قدرة أصحاب النظرية القضائية إنكار الجزء التعاقدي في التحكيم، وعلى هذا الأساس فإن للتحكيم طبيعة خاصة به يتميز بها عن غيرها من وسائل فض النزاعات(٢٠٧١).

ومن وجهة نظرنا، فإن طبيعة التحكيم تتميز بكونها عملية قانونية مركبة، تتداخل فيها السلطة التشريعية والقانونية في الدولة، مع الجزء التعاقدي فيها، وتنتهي بعملية قضائية تتمثل في الحكم الصادر عن المحكمين، وهي على هذا النحو أقرب إلى فكرة الطبيعة المختلطة أو المركبة، على أساس أنه لا يمكن إنكار الطبيعة التعاقدية في اتفاق التحكيم، والطابع القضائي في حكم التحكيم، وعليه ننتهي بأن التحكيم يتميز بكونه ذو طبيعة قانونية مركبة ومختلطة.

المطلب الثاني
مدى موائمة التحكيم في عقود الشراكة

كنا قد انتهينا إلى أن عقد الشراكة من العقود التي خضعت لخلاف فقهي شديد حول طبيعتها القانونية، وما إذا كانت تنتمي لطائفة عقود القانون العام، أم عقود القانون الخاص، أم أنها تتمتع بطبيعة خاصة، وانتهينا كذلك إلى أن هذا الخلاف كان على أشده في بداية ظهور هذه العقود، لا سيما قبل صدور التشريعات المنظمة لهذه العقود، أما بعد صدور هذه التشريعات فقد بدأت تتضح رؤية المشرعين لطبيعة هذه العقود، وميلهم لاعتبارها من قبيل العقود الإدارية،

(٢٠٦٩) خالد بن محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص١٨.

(٢٠٧٠) خالد محمود القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٤٤ ؛ د. أيمن محمد أحمد المومني، التحقيق بين القضاء والقانون، الملكية القانونية، ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص٥٤.

(٢٠٧١) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص٩.

سواء كان ذلك صراحة كما في التشريع الفرنسي[٢٠٧٢]، أو ضمنيًا كما في التشريع المصري[٢٠٧٣]، وعلى كل حال فإذا كانت عقود الشراكة تتميز بكونها من قبيل العقود الإدارية، فإن التساؤل حول خضوعها للتحكيم في النزاعات المتعلقة بها هي من المسائل التي تحتاج لإجابة حول مدى موائمة التحكيم لطبيعة عقود الشراكة الإدارية.

إن بيان مدى موائمة التحكيم لطبيعة عقود الشراكة، يقتضي أن نتناولها في نقطتين رئيستين هما، أثر التحكيم في طبيعة عقود الشراكة، وأثر خضوع الأخيرة للتحكيم على ما يتضمنه من سلطات للإدارة، والثانية، هو ما أسباب موائمة التحكيم لطبيعة عقود الشراكة، ونتناولهم على النحو الآتي:

الفرع الأول: أثر التحكيم في طبيعة عقود الشراكة.

الفرع الثاني: أسباب موائمة التحكيم لطبيعة عقود الشراكة.

الفرع الأول
أثر التحكيم في طبيعة عقود الشراكة

إذا كنا قد انتهينا إلى أن عقد الشراكة هو عقد من قبيل عقود القانون العام، وأنه بذلك يعد عقدًا إداريًا، فإن خضوع مثل هذه العقود للتحكيم لا شك أنها تتأثر بطبيعة التحكيم وبوصفه وسيلة من وسائل فض المنازعات وهو ما قد ينفي معه الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة التي أدرج فيها اتفاق التحكيم أو أحالت إليه[٢٠٧٤].

حيث يشير البعض إلى أن اشتراط التحكيم في عقد الشراكة قد يعد دليلاً قويا على انتفاء الصفة الإدارية لهذه العقود، فالتحكيم قد يؤثر في طبيعة العقد، حيث ذهب المحكم "ديبوي" في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية في عقد من عقود البترول إلى أن اللجوء للتحكيم الدولي يؤكد أن الأطراف قد اتفقوا على التعامل على قدر المساواة، مما يعني تنازل الجهة الإدارية عن موقفها كسلطة لها قواعدها غير المألوفة[٢٠٧٥].

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن أساس تأثير اللجوء إلى التحكيم في نفي الطبيعة الإدارية لعقد الشراكة يرجع إلى أن اتفاق أطراف الشراكة على التحكيم يعني أنهما يتعاملان في مراكز قانونية متساوية، ويحكمهما مبدأ المساواة، فالإدارة تتعامل كفرد عادي وليست ككيان له سلطة، بالإضافة إلى أن الاتفاق على التحكيم، بمرونته وبساطته، قد يعني جواز الاتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون آخر غير القانون الإداري[٢٠٧٦].

في حين يرى البعض، ونتفق معه أن اتفاق التحكيم لا يؤثر على طبيعة العقد، وأن اختيار التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الدولية، إدارية كانت أو عادية، لا تأثير له على القواعد القانونية الواجب إعمالها طالما

(٢٠٧٢) فنص المشرع الفرنسي على اعتبار عقود الشراكة من قبيل العقود الإدارية وفقًا للأمر الجمهوري الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ المعدل بمقتضى القانون الصادر في ٢٨ يوليو ٢٠٠٨، وفي ١٧ فبراير ٢٠٠٩.

(٢٠٧٣) إن المشرع المصري لم يكن صريحًا في اعتبار عقود الشراكة من قبيل العقود الإدارية، إلا أنه هناك بعض النصوص التي تضمنت صلاحيات للإدارة والتي لا تعطي إلا للغدارة في العقود الإدارية، والتي يمكن من خلالها أن يستشف الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة. راجع في ذلك: الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة.

(٢٠٧٤) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٥٨.

(٢٠٧٥) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص ٦٠٧.

(٢٠٧٦) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٥٩.

اختارت الأشخاص المعنية صراحة هذا القانون الذي يتعين تطبيقه، وإذا تم اختيار القانون الفرنسي أو المصري فتلزم القواعد الآمرة في هذا القانون المحكم بأن يخضع العقد الذي تتوافر فيه معايير العقد الإداري، وفقًا لهذا القانون إلى النظام القانوني الإداري الخاص بهذا العقد(٢٠٧٧).

أما فيما يتعلق بتأثير التحكيم على ما تتضمنه العقود الإدارية من سلطات للإدارة، فإن البعض يرى أنه لا يوجد تأثير في هذه الحالة، على أساس أن التحكيم في العقود الإدارية لا يضمن خضوع العقود الإدارية لنظام مغاير لذلك الذي تخضع له العقود المدنية، فالتحكيم لا يميز بين العقود الإدارية والعقود المدنية، وبالتالي فإن التحكيم في المنازعات الإدارية لا يختلف عن التحكيم في المنازعات المدنية، ومن ثم لا يؤثر فيما تتضمنه هذه العقود من شروط أو سلطات استثنائية لأصحابها(٢٠٧٨).

إلا أن وجه التأثير هنا لا يكون ناتجًا عن التحكيم، ولكن يكون ناتجًا عن القانون الواجب التطبيق على العقد في التحكيم، فإذا ما خضع التحكيم لنظام قانوني وقضائي لا يعرف التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني، فإن ذلك معناه أن تتجرد الإدارة من سلطاتها التي تكون لها بمقتضى العقد الإداري، فيفقد العقد أحد شروطه، ومن ثم يتحول إلى عقد مدني(٢٠٧٩)، أما إذا خضع التحكيم إلى نظام قضائي وقانوني يميز العقد الإداري عن العقد المدني، فهنا لا تتأثر سلطات الإدارة في هذه العقود، فعلى سبيل المثال نص قانون عقود الشراكة في مصر على جواز اللجوء إلى التحكيم بشرط أن يخضع موضوع التحكيم إلى القانون الوطني، ففي هذه الحالة الأخيرة فإن القانون الوطني في مصر يميز بين العقد الإداري والعقد المدني، وبالتالي فإن التحكيم في هذه الحالة لا يؤثر في السلطات الإدارية الواردة في العقد، وعلى العكس إذا كان موضوع عقد الشراكة خاضعًا لدولة لا تعرف سوى نظام قانوني وقضائي واحد كإنجلترا، ونص العقد على خضوع التحكيم للقانون الإنجليزي، ففي هذه الحالة تتجرد الإدارة من سلطاتها الواردة في العقد، وتتحول طبيعة العقد من عقد إداري إلى عقد مدني، وذلك ما لم ينص صراحة في العقد على حق جهة الإدارة في اللجوء إلى الشروط الاستثنائية أيًا كان القانون الذي يخضع له(٢٠٨٠).

(٢٠٧٧) د. حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٦١.

(٢٠٧٨) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢٠٧٩) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص ٦١.

(٢٠٨٠) على أن مسألة النص صراحة في العقد على لجوء الإدارة للشروط الاستثنائية هي من المسائل المستبعدة، لحرص المتعاقد الأجنبي على أن يبعد عن النظامين القانوني والقضائي الداخليين. راجع: د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مرجع سابق، ص ١١٩.

الفرع الثاني
أسباب موائمة التحكيم لطبيعة عقود الشراكة

لا شك أن التحكيم يعتبر أحد أفضل وسائل تسوية المنازعات البديلة عن القضاء بالنسبة لعقود الشراكة، وذلك للعديد من الأسباب، والتي من أهمها:

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

ذلك أن قضاء الدولة مهما كان محايدًا ومستقلاً عن الدولة ذاتها، إلا أنه بالنسبة للمتعاقد الأجنبي يبقى قضاء غير محايد في الفصل في منازعات تلك الدولة معه، وبالتالي تضطر الدول إلى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات(٢٠٨١)، بالإضافة إلى ذلك فإن المتعاقد الأجنبي قد يخشى من تمسك الدولة بحصانتها القضائية، حيث قد تتمسك الدولة عند لجوء المتعاقد الخاص للقضاء العادي، سواء في داخل الدولة المتعاقد معها أو خارجها، أن تتمسك الأخير بحصانتها القضائية، مما يترتب عليه هدر حقوق الأجنبي الخاصة، ولذلك يسعى المتعاقد الخاص إلى إدراج شرط التحكيم في عقود الشراكة(٢٠٨٢).

٢- التحكيم وسيلة إجرائية لتشجيع الاستثمار:

يسهم التحكيم في جذب الاستثمار وتشجيعه ، حيث أنه يتلاءم عادة مع متطلبات السوق العالمية والاستثمارات الدولية، أكثر من القضاء العادي، ولذلك تقوم الدول بتنظيم التحكيم من خلال تشريعاتها الوطنية التي تضمن عدم هدر حقوق المتعاقد الخاص، بغية جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية.

بالإضافة إلى ذلك فإن التحكيم في عقود الشراكة له ميزة اختيارية تتمثل في كونه ليس مجرد وسيلة إجرائية لفض النزاع، وإنما شرط من شروط التعاقد كذلك، ووسيلة للحفاظ على التوازن المطلوب في العقد المتمثل في تشجيع الاستثمار وفي نفس الوقت الحفاظ على المصلحة العامة(٢٠٨٣).

٣- تناسب خصائص التحكيم مع أهداف ومتطلبات عقود الشراكة:

من أهم أسباب موائمة التحكيم كوسيلة لفض النزاعات مع عقود الشراكة، أن الأخير يتسم بمجموعة من الخصائص تحتاجها عقود الشراكة، والتي من أهمها السرعة في التحكيم، حيث ينجز المحكم في إجراءات الفصل في النزاع أسرع من القضاء العادي، لأن المحكم لا يتقيد بإجراءات التقاضي العادية أو مواعيدها، ومن ثم يتفادى البطء في الإجراءات، فضلا عن كون هيئة التحكيم مختصة بنظر نزاع محدد وهو النزاع الناتج عن عقود الشراكة بعكس القضاء العادي الذي ينظر العديد من القضايا الأخرى، بالإضافة إلى ذلك فإن التحكيم في عقود الشراكة يتواءم مع ما تتطلبه عقود الشراكة من كفاءة وخبرة فنية، قد لا تتوافر لدى القضاء العادي، فالمعلوم أن عقود الشراكة من العقود الفنية المعقدة والمركبة، والتي تحتاج إلى أشخاص ذو كفاءة وخبرة فنية، وهو ما يجعل التحكيم أنسب وأكثر ملائمة لنظر النزاع من القضاء العادي(٢٠٨٤).

(٢٠٨١) د. حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص٧.

(٢٠٨٢) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مرجع سابق، ص٢٤.

(٢٠٨٣) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، مرجع سابق، ص٢٥.

(٢٠٨٤) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص٤ وما يليها.

المطلب الثالث
التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات عقود الشراكة

إذا كان التحكيم قد ظهر كوسيلة فعالة لحسم المنازعات في العقود بصفة عامة، والعقود الإدارية بصفة خاصة، فإنه في نطاق العقود الإدارية قد اصطدم ببعض المواقف المتشددة التي رأت عدم جواز اللجوء للتحكيم في ظلها، كانت أشد هذه المواقف وأكثر قوة هو موقف المشرع والقضاء في فرنسا، حيث كان المبدأ العام الذي لا يزال ساريًا هو عدم جواز التحكيم في المنازعات الإدارية وبالتالي عدم جواز التحكيم في المنازعات الناتجة عن عقود الشراكة، غير أن الضرورات العملية أجبرت المشرع الفرنسي على بعض الاستثناءات في هذا الصدد مما أتاح اللجوء للتحكيم في عقود الشراكة، وكذلك الحال كان في مصر، حيث لم يعترف بالتحكيم في العقود الإدارية حتى صدور قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والذي لم يتضمن النص على التحكيم في عقود الإدارة صراحة، حتى تم إصدار قانون ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي تضمن صراحة النص على جواز التحكيم في العقود الإدارية، ولا شك أن هذه المبادئ كان لها تأثيرها على مسألة جواز التحكيم في عقود الشراكة، باعتبار أن الأخيرة تعتبر من قبيل العقود الإدارية في صورتها الغالبة، وسنتناول في هذا المطلب موقف التشريعات والفقه من مسألة اللجوء للتحكيم في كل من مصر وفرنسا والعراق، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: التنظيم القانوني للتحكيم في عقود الشراكة المصري.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم في عقود الشراكة العراقي.

الفرع الأول
التنظيم القانوني للتحكيم في عقود الشراكة في مصر

عرف المشرع المصري التحكيم منذ فترة طويلة، بمقتضى قانون المرافعات المصري الصادر في الثالث عشر من نوفمبر ١٨٨٣، في المواد ٧٠٢ – ٧٢٧، وكذلك في القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والمواد ٨١٨ إلى ٨٥٠ وأخيرًا بمقتضى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المواد ٥٠١ – ٥١٣ [٢٠٨٥].

كذلك أخذ المشرع المصري بنظام التحكيم الجبري في منازعات القطاع العام في عدة قوانين متعاقبة، بداية من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ ومرورًا بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٩، والخاص بإنشاء المحكمة العليا والذي أسند لها اختصاصًا هامًا وهو وقف تنفيذ قرارات التحكيم ثم القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١، والخاص بالمؤسسات العامة وشركات القطاع العام وأخيرًا القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩٢ والخاص بقطاع الأعمال والذي فتح الطريق أمام العقد الإدارية ليفض منازعته عن طريق التحكيم المنظم وفقًا لقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، وإن كان نطاقه كان قاصرًا على إجراءات التحكيم فقط دون القواعد الموضوعية التي يتعين تطبيقها من قبل المحكم[٢٠٨٦].

وحتى أواخر القرن العشرين، بقي تنظيم التحكيم ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولم يفرد له المشرع المصري قانون خاص إلا في عام ١٩٩٤ وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧[٢٠٨٧].

وبناء على ذلك، نتناول موقف القانون والفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية، ثم التنظيم القانوني للتحكيم في عقود المشاركة، وذلك على النحو الآتي:

(٢٠٨٥) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية، وعقود البوت، مجلة كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد خاص بالمؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨، ص٢٧٨.

(٢٠٨٦) د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ١٩٩٣، ص٤٢ وما بعدها.

(٢٠٨٧) د. شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة ما بين القانونين المصري والفرنسي، مجلة كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد خاص بالمؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨، ص٣٠٨.

أولاً: موقف القانون والفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية:

يمكن القول بأن هناك مرحلتين أساسيتين مرت بهما مسألة التحكيم في العقود الإدارية في مصر:

١- المرحلة السابقة على صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤:

تباينت أراء الفقه والقضاء خلال تلك المرحلة بين مؤيد ومعارض حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وظل هذا الخلاف قائمًا حتى صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فيرى الاتجاه المعارض أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لأن اختصاص مجلس الدولة المصري بنظر هذه المنازعات جاء واضحًا بمقتضى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ومن ثم لا يجوز تعديل هذا الاختصاص إلا بقانون مثله وليس بقرار أو بعقد أي لا يجوز تعديل اختصاص مجلس الدولة بمقتضى اتفاق بين الطرفين باللجوء إلى التحكيم بدلاً من اللجوء إلى مجلس الدولة المصري(٢٠٨٨).

ويرى الاتجاه المؤيد جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية على أساس أن اللجوء للتحكيم سوف يوفر الوقت والجهد، وخصوصًا في المنازعات ذات الطرف الأجنبي، وردوا على الاتجاه المعارض بأن المشرع لم يقصد من نص المادة العاشرة في قانون مجلس الدولة المصري استبعاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وإنما قصد استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي من نظر هذه المنازعات(٢٠٨٩).

وهذا التردد بين التأييد والمعارضة كان هو السائد كذلك في أحكام القضاء الإداري المصري، فبعد أن رفضت المحكمة الإدارية العليا اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في حكمها الصادر في ١٩٩٠/٢/٢٠، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "بتعين تفسير شرط التحكيم في عقد الالتزام بما لا يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن، أساس ذلك، أن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي بينما منح التزام المرافق العامة من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية، وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع، وإن كانت تأخذ شكل القانون لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن إرادتها في شكل قانون– مؤدى ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون لأنه وإن كانت السلطة التي تصدرهما واحدة، فإن القاعدة المقررة في القانون العام أن السلطة التي تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية، وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى"(٢٠٩٠).

فإنها عادت لتجيز التحكيم في العقود الإدارية في حكمها الصادر في الثامن عشر من يناير ١٩٩٤، وذلك قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث قضت المحكمة بأن "التحكيم هو الاتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة – الاتفاق على التحكيم – ليس معناه النزول عن حق اللجوء للقضاء، أساس ذلك: أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام. الاتفاق على

(٢٠٨٨) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص١٧٠.

(٢٠٨٩) د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدي جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٩٣ وما بعدها.

(٢٠٩٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق. جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠.

التحكيم معناه أن إرادة المحتكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة، من المبادئ الأساسية في العقود ومنها عقد التحكيم أنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم، يقتصر التحكيم على ما اتفق بصدده من منازعات، إذا حصل الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره محكمين، فإن هذا يشمل كل المنازعات التي بين المتعاقدين بشأن التنفيذ أو التفسير، سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه، الاتفاق على التحكيم ل ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائمًا، المنازعة في تفسير عقد إداري يدخل في ولاية القضاء الكامل من دون ولاية الإلغاء ولا يرد عليها وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات الإدارية، يجوز الاتفاق على شرط التحكيم في هذه المنازعة طبقًا لنص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية"[٢٠٩١].

٢- المرحلة اللاحقة لصدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤:

أمام تردد الفقه والقضاء حول مدى جواز اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية، تدخل المشرع المصري، بإصداره القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، والذي أكد على سريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"[٢٠٩٢].

وبرغم صدور هذا القانون، فإن الفقه تردد في مسألة جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية بين مؤيد ومعارض[٢٠٩٣]، الأمر الذي اضطر معه المشرع أن يقوم بتعديل القانون بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي نص فيه صراحة على جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية[٢٠٩٤]، وبذلك يكون المشرع المصري قد حسم الخلاف حول مسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

(٢٠٩١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق. جلسة ١٨/١/ ١٩٩٤.

(٢٠٩٢) راجع المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٢٠٩٣) فذهب البعض إلى القول بجواز التحكيم في العقود الإدارية استنادًا إلى قاعدة "العام على الإطلاق ما لم يخصص" وأنه لا اجتهاد مع النص، وأن المادة الأولى كانت صريحة في النص على سريان قانون التحكيم بين أطراف القانون العام أو الخاص بعض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية، في حين ذهب المعارضون إلى القول بأن النص الوارد في قانون التحكيم لم يكن صريحًا في هذه المسألة، وأن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخارقة للشريعة العامة، وهي قواعد القانون الإداري، وفي في معظمها قضائية يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم إلا بمقتضى نص صريح يجيز ذلك". راجع في هذه الآراء: د. يسري العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص١٣٨؛ د. نجلاء حسن سيد أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ٢٠٠٤، ص٢٨٢.

(٢٠٩٤) حيث أضاف القانون النص الآتي كفقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤: " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

ثانيًا: تنظيم التحكيم في عقود المشاركة:

إذا كان المشرع المصري قد ترك جدالاً حول مسألة جواز التحكيم في العقود الإدارية نظرًا لعدم النص صراحة علي ذلك في قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ مما اضطره إلى تعديل القانون بمقتضى قانون ٩ لسنة ١٩٩٧، فإنه قد تجنب مثل هذا الجدل في ظل قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، حيث نص صراحة على جواز اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن هذه العقود وذلك بمقتضى المادة ٣٥ من القانون، إلا أن المشرع المصري قد استوجب إخضاع عقد المشاركة للقانون المصري، وقضى ببطلان كل اتفاق يخالف ذلك، وهو ما يعني الالتزام بتطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية في مصر فيما لم يرد فيه نص عقدي، كما استوجب القانون كذلك شروط شكلية، لنفاذ اتفاق التحكيم، وكذلك شروط فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق:

١- شروط اتفاق التحكيم في عقود المشاركة في مصر:

أجاز المشرع المصري للمتعاقدين في عقود الشراكة، اللجوء إلى التحكيم، وغيرها من وسائل التسوية غير القضائية، إلا أنه أحاط اللجوء إليها بشروط تتمثل في موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، وهي لجنة ذات تشكيل إداري عالي برئاسة رئيس مجلس الوزراء، وهذه تعتبر من أهم خصوصيات التحكيم في عقود المشاركة، بالإضافة إلى ضرورة التزام كل طرف من أطراف عقد المشاركة في تنفيذ التزاماته العقدية رغم اللجوء إلى التحكيم، فضلا عن شرط مكان ولغة التحكيم[٢٠٩٥]:

أ- شرط موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة على التحكيم:

يثير شرط موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة على التحكيم، تساؤل يتعلق بما تضمنه شرط ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه الواردة في قانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ، فهل هناك تعارض بين شرط موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة الواردة في قانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠، مع شرط موافقة الوزير المختص في قانون ٩ لسنة ١٩٩٧؟

واقع الأمر، فإن المادة الخامسة والثلاثون من قانون المشاركة المصري نصت على ضرورة موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، وهي اللجنة في حقيقتها تتكون في عضويتها من عضوية الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند النظر في المشروع واعتماده، وذلك بناء على نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشر من قانون الشراكة، وعليه، فإن شرط موافقة الوزير المختص الوارد في قانون ٩ لسنة ١٩٩٧، هو شرط مفترض حتمًا ولزومًا مع صدور موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، وبالتالي يرى البعض ونتفق معه أن صدور موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة على شرط التحكيم معناها موافقة الوزير المختص حكمًا على اللجوء لمشروع الشراكة[٢٠٩٦].

وفي المقابل، فإن صدور موافقة الوزير المختص وحده على اتفاق التحكيم، دون موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة لا تكفي لصحة اتفاق التحكيم، ذلك أن شروط التحكيم الواردة في قانون المشاركة هي تعتبر من قبيل الأحكام

(٢٠٩٥) د. هشام بركات، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مرجع سابق، ص٤٨٧.

(٢٠٩٦) منى رمضان محمد بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقود المشاركة PPP، والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، وفقًا لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٢٥١؛ هيثم يس حسن، عقود الشراكة بين القانون العام والقانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٥٣.

الخاصة، والقاعدة القانونية تقوم أن الخاص يقيد العام، وبالتالي فإن الأحكام الواردة في عقود الشراكة تقيد الأحكام العامة في قانون التحكيم المصري(٢٠٩٧).

أما في حالة عدم وجود موافقة من اللجنة العليا لشؤون المشاركة، فإن الرأي السائد في هذه الحالة هو بطلان التحكيم في عقود الشراكة، وهذا الرأي انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا بقضائها " ومن حيث أن المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ تنص على أن "ومن حيث أن أوراق الطعن ومستنداته قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية على اللجوء للتحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثاني بشأن تنفيذ العقد رقم ٢/٢٧ المبرم بينهما في ١٩٩٣/٦/٢٠، ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون"(٢٠٩٨).

ولا شك أن ما ينطبق على قانون التحكيم ينطبق بالتبعية على عقود الشراكة، بحيث إذا لم تكن هناك موافقة من اللجنة العليا لشؤون المشاركة على شرط التحكيم في هذا العقد كان الشرط باطلاً(٢٠٩٩)، على أن بطلان شرط التحكيم لا يعني بطلان العقد ذاته، ذلك أن اتفاق التحكيم يكون مستقلاً عن عقد الشراكة(٢١٠٠).

ونشير هنا إلى أن هناك من يرى عكس هذا الرأي على أساس أن ضابط موافقة جهة معينة مع عدم جواز التفويض يعتبر شرطًا جائرًا يفقد الإباحة التشريعية بجواز التحكيم في العقود الإدارية من مضمونها بحسبان أن اللجوء إلى التحكيم بات مكنة ترتهن بمشيئة إرادة الإدارة المتعاقدة، وهو ما لا يضع المتعاقدان على قدم المساواة، كأن تسيء جهة الإدارة استعمال هذه السلطة، وتنحرف بالسلطة التقديرية الممنوحة لها، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في حالة ما إذا كان التحكيم تجاريًا دوليًا، بأن ينطوي عقد الشراكة على مصالح التجارة الدولية، فإن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا ما كان السبب الذي يستند إليه يعمل به في إطار العقود الوطنية، ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي(٢١٠١).

ب- شرط استمرار تنفيذ العقد بالرغم من اللجوء للتحكيم:

وهذا الشرط لا يستمد أساسه القانوني من التشريع ذاته، ولكنه من طبيعة محل عقد المشاركة، والتي تقوم على البنية التحتية والخدمات والمرافق العامة، وهي من المسائل التي تنطبق عليها مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ويعني هذا الشرط ضرورة التزام كل من طرفي العقد، بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد رغم

(٢٠٩٧) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مرجع سابق، ص٤٨٨.

(٢٠٩٨) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٤٦ ق. ع. جلسة ٢٠٠٥/٥/٣١.

(٢٠٩٩) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مرجع سابق، ص٤٩١.

(٢١٠٠) حيث تنص المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقًا مستقلًا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان الشرط صحيحًا".

(٢١٠١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١١٤.

اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات بينهم، فلا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية، أو المتعاقدين من الباطن أن يوقفوا أعمالهم لنشوء نزاع تحكيمي، بل عليهم الاستمرار في تشغيل المرفق العام وفقًا لما اتفق عليه في عقد المشاركة[٢١٠٢].

ج- لغة التحكيم في عقود المشاركة:

لم ينص قانون الشراكة المصري على لغة التحكيم في عقود الشراكة، ومع ذلك فقد نصت المادة ١٩ من قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي عام ٢٠١١ على أن:

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

٢- لهيئة التحكيم أن تأمر بأن ترفق المستندات المقدمة بلغتها الأصلية مع بيان الدعوى، أو بيان الدفاع، وأي وثائق، أو مستندات تكميلية مقدمة بلغتها الأصلية في أثناء الإجراءات، ترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف أو حددتها هيئة التحكيم[٢١٠٣].

والأصل أن الخصومة أمام التحكيم بخلاف الأمر أما القضاء، تتمتع بالمرونة في تحديد استخدام اللغة، سواء في الإجراءات أو المستندات، حيث تمتد هذه المرونة في جواز تعدد اللغات المستخدمة، كأن تكون لغة الإجراءات مختلفة عن لغة المستندات، وهو ما أخذ به قانون التحكيم المصري، وذلك دون تفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الوطني[٢١٠٤].

٢- القانون الواجب التطبيق على التحكيم في عقود الشراكة في مصر:

من المستقر عليه أن القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة هو قانون الدولة المضيفة، وهذه القاعدة تنطبق في عقود الاستثمار أو عقود المشاريع الممولة، وقد أقر قانون الشراكة المصري هذه القاعدة، فقرر أن القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة هو القانون الوطني، وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من قانون الشراكة[٢١٠٥]، وعليه فإذا كانت العلاقة المعروضة على هيئة التحكيم علاقة وطنية في عناصرها كافة فإن القانون المطبق هو القانون الوطني، وعلى هيئة التحكيم الالتزام بذلك.

أما إذا كان التحكيم دوليًا، فكانت المنازعة ذات طابع دولي، فإن النظام الموضوعي لتطبيق القانون المصري وفقًا لصريح المادة رقم ٣٥ من قانون الشراكة هو "عقد الشراكة" نفسه، وبالتالي يقع كل اتفاق يخالف ذلك، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على اختيار قانون أخر بخلاف الأخير، وإلا كان البطلان مصير الاتفاق على تطبيق القانون الأجنبي، والبطلان هنا يكون مقصورًا على هذا الاتفاق ولا يمتد إلى بقية العقد، ويترتب على البطلان تطبيق القانون المصري على عقد الشراكة[٢١٠٦].

(٢١٠٢) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود المشاركة، مرجع سابق، ص١٢٢.

(٢١٠٣) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مرجع سابق، ص٤٩٥.

(٢١٠٤) ناصر الزيد، لغات التحكيم وأثارها، مجلة التحكيم، العدد الثاني، أبريل، ٢٠٠٩، ص ٣٩، ٤١.

(٢١٠٥) حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٥ على أن "يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك.

(٢١٠٦) شهاب فاروق عزت، التحكيم في منازعات المشروعات القائمة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص٣١٧.

وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة تخضع للقانون المصري، أما عملية التحكيم ذاتها فيرى البعض أنها تخضع للرضائية، أي يجوز لأطراف التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم وليس على موضوع النزاع، وبالتالي يجوز الاتفاق على تطبيق قانون آخر غير القانون المصري، دون موضوع النزاع الذي يحسمه[٢١٠٧].

الفرع الثاني
التنظيم القانوني للتحكيم في عقود الشراكة العراقي

كان أول ظهور لأحكام التحكيم في القانون العراقي كان في عام ١٩٥١ عندما شرع القانون المدني ثم في عام ١٩٥٦ عدل إلى قانون المرافعات المدنية ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ودفع فيه أحكاما خاصة بالتحكيم نص عليها الفصل الرابع من الباب الثالث الذي تضمن إحدى عشرة مادة من المادة ١٣٩ إلى المادة ١٤٩، وعندما عدل القانون إلى المرافعات المدنية القائم رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، تم الاعتناء بالتحكيم وتوضيح فقراته وتبسيطها، إلا أنها لا تزال تثير كثيرا من الصعوبات في التنفيذ أمام الخصوم والقضاء[٢١٠٨].

وعلى صعيد عقود الشراكة، فقد نصت تعليمات الشراكة العراقية لسنة ٢٠١٨ على أن اتخاذ أسلوب التحكيم كوسيلة ثالثة لتسوية النزاعات الناشئة عن العقد إذا فشلت الوسائل الأخرى التي نصت عليها التعليمات، وقررت أن التحكيم يكون من خلال نوعين، وحسب موضوع وتفاصيل كل نزاع، فيكون هناك تحكيم محلي، وتحكيم دولي، وسنتناول التحكيم المحلي والدولي في عقود الشراكة العرقية وفقًا لما يلي:

أولاً: التحكيم المحلي في عقود الشراكة بالعراق:

نصت التعليمات العراقية لعقود الشراكة على أن التحكيم المحلي يكون إما وفقًا لما يتفق عليه في وثائق المشروع، أو وفقًا لما تنص عليه أحكام قانون المرافعات العراقي، ففي حالة عدم الاتفاق على تفاصيل التحكيم المحلي في وثائق المشروع، يتم الرجوع للقواعد العامة للتحكيم التي تم النص عليها في قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية، سنجد أنه من الشروط الأساسية التي يجب توافرها لإثبات التحكيم هي أن يكون كتابة[٢١٠٩]، كما لا يجوز في حالة الاتفاق على التحكيم اللجوء إلى القضاء[٢١١٠]، وهذا ما قررته التعليمات، حيث أكدت على أن اللجوء للتحكيم يكون سابقًا على اللجوء للقضاء العادي، والتحكيم في عقود الشراكة يكون إجباريًا على هذا النحو.

ولا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن مجلس القضاء ولا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره[٢١١١].

(٢١٠٧) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة ، مرجع سابق، ص١٣٤.

(٢١٠٨) حاتم خليفة العجيلي، مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٢١٠٩) المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي.

(٢١١٠) المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات العراقي.

(٢١١١) المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات العراقي.

ويشترط لتنفيذ القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم، تصديق القرار لدى المحكمة المختصة، وهي المحكمة الابتدائية التي لها حق نظر الدعوى في الأصل[٢١١٢]، وبعد عرض قرار المحكمين على المحكمة المختصة لتصديقه، فإن المحكمة ترى مدى مطابقة الإجراءات التي اتبعها المحكمون لقواعد القانون، ومدى مطابقة قرارها لأحكام القانون وعدم تعارض مع النظام العام والآداب، وتصدر المحكمة قرارها إما بالمصادقة عليه أو تعديله أو إبطاله كله أو جزءً منه، شأنه شأن بقية الأحكام الأخرى[٢١١٣].

ووفقاً للمادة ٢٧٥ مرافعات مدنية، الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة يكون غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة في القانون، ويفصل المحكمون في النزاع على أساس عقد التحكيم أو شرطه وما يقدمه الخصوم لهم وعلى المحكمين أن يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناءً على الطلبات والمستندات المقدمة من جانب واحد إذا تخلف الطرف الآخر عن تقديم ما لديه من أوجه الدفاع في المدة المحددة[٢١١٤].

أما فيما يتعلق بشروط إصدار المحكمين لقرارات التحكيم فيجب مراعاة ما يلي:

١- أن يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الآراء بعد المداولة فيما بينهم وطبقًا للقانون.

٢- يجب أن يشمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيع المحكمين[٢١١٥].

ثانيًا: التحكيم الدولي في عقود الشراكة في العراق:

أجازت تعليمات الشراكة، لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات وفق حالات الضرورة والمشاريع الاستراتيجية الكبرى، ولكنها اشترطت عند استخدام هذا الأسلوب عدد من الشروط أهمها:

١- أن يتم اختيار إحدى هيئات التحكيم المعتمدة[٢١١٦]:

فيجب على طرفي عقد الشراكة، أن يتفقا على اختيار إحدى الهيئات المعتمدة في مجال التحكيم الدولي، ولعل السبب في هذا الشرط يرجع إلى أن مؤسسة التحكيم المعتمدة تسهم في تحديد الإجراءات الهامة التي تساعد على تفعيل التحكيم والتي قد يفشل الأطراف في تحديدها عند صياغة شرط التحكيم. ولذلك ينبغي على جهة التعاقد البحث عن مؤسسة ذات سمعة جيدة لها خبرة في القضايا الدولية.

(٢١١٢) فتنص المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات العراقي على أن " يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية:

١- إذا كان قد صدر بغية بينة تحريرية أو بناءً على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق. ٢- إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون. ٣- إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة.

(٢١١٣) المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات العراقي.

(٢١١٤) المادة (٢٦٦) من قانون المرافعات العراقي.

(٢١١٥) المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي.

(٢١١٦) البند الأول من الفقرة الثالثة من المادة ٢٤ من تعليمات عقود الشراكة العراقية لسنة ٢٠١٨.

ومن أهم وأشهر مؤسسات التحكيم التجارية الدولية: غرفة التجارة الدولية، ومحكمة التحكيم الدولية مقرها الرئيسي في باريس، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي، والمركز العالمي لحل النزاعات وهو جزء من هيئة التحكيم الأميركية ومقره في نيويورك، مركز التحكيم التابع لغرفة التجارة في ستوكهولم، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز التحكيم الدولي التابع لغرفة الاقتصاد الفدرالية النمساوية في فينا، ومركز تونس للتوفيق والتحكيم، واللجنة الصينية للتحكيم التجاري والاقتصادي مقرها الرئيس في بيجين، ومركز التحكيم التجاري الدولي في هونغ كونغ، ومركز التحكيم الدولي في سنغافورة، ومركز التحكيم الدولي في البحرين، ومركز التحكيم الدولي في دول مجلس التعاون الخليجي في البحرين، والمركز العراقي للتحكيم الدولي، ومركز كوالامبور الإقليمي للتحكيم، ولجنة التحكيم التجاري الأميركية ، وكل واحدة من مؤسسات التحكيم هذه تمتلك مجموعة من المحامين وغيرهم من المتخصصين يقومون بمهام التحكيم(٢١١٧).

٢- أن يُحدد مكان ولغة التحكيم:

امتدادًا لمرونة التحكيم عمومًا ، فإن القواعد العامة في التحكيم تقضي بأنه يجوز للأطراف الاتفاق على مكان معين يجري فيه التحكيم، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة سواء على مستوى النظم الوطنية، أو الدولية، ولكن إذا لم يتفق الخصوم على مكان معين يجري في التحكيم، فإن بعض النظم خولت للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة اختيار مكان التحكيم، مع مراعاة ظروف الدعوى التحكيمية، والبعض الآخر من النظم والاتفاقات الدولية حددت مكان معين يجري فيه، مثال نظام مركز تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار المقرر باتفاقية واشنطن حيث تنص على أن التحكيم بحسب الأصل يجري في مقر المركز(٢١١٨).

ولا شك أن اختيار مكان التحكيم الدولي قد يعني في آن واحد اختيار اللغة التي يجري بها التحكيم(٢١١٩)، وقد اتفقت معظم التشريعات على ترك حرية اختيار مكان ولغة التحكيم لإرادة الأطراف، وذلك كما فعل المشرع المصري في المادة ٣٥ من قانون المشاركة، وكذلك فعل المشرع العراقي في تعليمات عقود الشراكة العراقية، والتي نصت على لزوم تحديد مكان ولغة التحكيم في شرط التحكيم الدولي، ولكن هل يعني ذلك جواز الاتفاق على تعيين مكان للتحكيم غير مكان إبرام العقد؟

واقع الأمر، فإنه نظرًا لأهمية عقود الشراكة، وطابعها الخاص وعناصرها الشخصية المتمثلة في الدولة كطرف رئيسي، وموضوعها المتمثل في المرفق العام والبنية الأساسية، فإن القوانين الوطنية عادة ما تنص على اشتراط أن يكون مكان التحكيم هو الدولة المتعاقدة، فتربط بين الدولة مكان التحكيم، ومكان تنفيذ المشروع، وذلك كما هو الحال في عقود الشراكة الإنجليزية حيث يجب أن يجري التحكيم في لندن(٢١٢٠).

(٢١١٧) الدليل الاسترشادي لصياغة شرط التحكيم في العقود ، من إعداد برنامج تطوير القانون التجاري، CLDP، العراق، ص ١٤.

(٢١١٨) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، مرجع سابق، ص١٢٢، ١٢٣.

(٢١١٩) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، الكويت، ١٩٩٦، ص٢٩٣.

(٢١٢٠) راجع: د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، مرجع سابق، ص١٢٣.

وقد ترجع العلة من ذلك هي أهمية مكان التحكيم الذي على أساسه يتم تحديد مكان صدور حكم التحكيم، ويتحدد ما إذا كان وطنيًا أم أجنبيًا، وهي مسألة هامة بالنسبة لصحة الحكم إذ أن التحكيم الذي يجري في الخارج مخالفة للقانون يعرض الحكم للبطلان(٢١٢١).

أما في العراق فإن المشرع العراقي وإن كان قد اشترط تحديد مكان التحكيم في التحكيم الدولي، إلا أنه لم يلزم المتعاقدين على أن يكون مكان التحكيم داخل العراق، ونرى أن ذلك أمر منطقي، إذ أنه لو اشترط أن يكون مكان التحكيم داخل العراق، ففي هذه الحالة لا يكون التحكيم دوليًا، ولكنه يكون داخليًا أو محليًا.

٣- أن يكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق:

هذا الشرط يثير تساؤل حول نطاق تطبيق القانون العراقي، فهل يقتصر على النطاق الموضوعي للتحكيم في عقد الشراكة، أم يمتد كذلك للنطاق الإجرائي؟

واقع الأمر، إن اشتراط أن يكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي، يعتبر من النصوص التي جاءت على إطلاقها، وبالتالي فإن مقتضى هذا النص أن القانون العراقي هو الذي يحكم خصومة التحكيم، لأن عبارة "القانون العراقي" جاءت مطلقة لم يقيدها شيء، وبالتالي فإن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يقيد، وبالتالي يشمل القانون العراقي جانبيه الموضوعي والإجرائي، خروجًا على مبدأ الرضائية في التحكيم وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن مقتضى هذا الشرط أنه لا يجوز للمحكم أن يطبق على موضوع النزاع أو عملية التحكيم إلا القانون العراقي، وليس أي قانون أجنبي أخر.

٣- أن يتوفر لدى العاملين في جهات التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب : ولعل هذا الشرط يهدف منه المشرع العراقي إلى ضمان قدرة الجهة الإدارية المتعاقدة على التعامل بأسلوب التحكيم الدولي، من خلال ضمان أنها تمتلك الكفاءات العلمية والفنية التي تستطيع أن تدافع عن حقوقها حول النزاع الناشئ عن عقد الشراكة.

(٢١٢١) د. فتحي والي، تعلق على حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٠، في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٢٦ق، مجلة التحكيم، العدد السابع، ٢٠١٠، ص٣١٣.

الخاتمة :

لقد تناول الباحث خلال هذا البحث، أحد الموضوعات التي اكتسبت أهميتها في الآونة الأخيرة، وهي التحكيم في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، حيث أصبحت هذه العقود وسيلة جديدة من وسائل الدولة التي تقوم من خلالها بتقديم الخدمات العامة من خلال التعاقد مع شركات القطاع الخاص لبناء وتمويل وتشغيل البنية التحتية، حيث تتيح هذه الوسيلة الاستفادة من النظم والكفاءات الإدارية وأساليب القطاع الخاص في تقديم الخدمات العامة، كما أنها تحقق مزايا هامة لا سيما فيما يتعلق بتكلفة الخدمات المقدمة وقيمتها وجودتها وذلك للاستفادة من مهارات القطاعين العام والخاص، والتي تكمل بعضها البعض.

وانتهينا إلى أن التحكيم يعد نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات، سواء كانت مدنية أو تجارية، عقدية كانت أو غير عقدية، والتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، في الاعتماد أساسًا على أن أطراف النزاع أنفسهم كانوا يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد التي يقيمون بها، ويسمون بهيئة التحكيم، وتتكون من محكم واحد أو أكثر حسبما يتفق عليه الأطراف بمشاركة التحكيم، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم، وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته، وأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية، انطلاقًا من طبيعة عمل المحكم التي تتماثل مع عمل القضاة، بينما يتبنى البعض الطبيعة العقدية للتحكيم، استنادًا إلى أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف، بينما يتبنى الرأي الثالث اعتبار التحكيم ليس اتفاقًا محضًا، ولا قضاء محضًا، ولكن أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وآخره حكم.

النتائج:

وقد توصلنا خلال صفحات البحث لعدة نتائج منها:

- أن تعليمات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لسنة ٢٠١٨ في العراق قد أوردت في مادتها الرابعة والعشرين، أليات ووسائل تسوية المنازعات، حيث حددت بدقة كيفية تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن عقود الشراكة، فقررت أن الوسيلة الأولى هي التوفيق، ثم قررت إنشاء إدارة لحل النزاعات الناشئة عن هذه العقود، وفي حالة فشل هذه الوسائل يكون اللجوء للتحكيم، سواء الدولي أو المحلي ووفقًا لشروط محددة حددتها هذه المادة، ثم أخيرًا قررت اللجوء للقضاء العادي في المادة الخامسة والعشرين في حالة فشل الوسائل السابقة في حل النزاع.
- أجاز قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ مسألة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات في عقود الشراكة، حيث أجازت المادة ٣٥ منه اللجوء للتحكيم وغيره من الوسائل غير القضائية بشرط موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، وأن يتم الاتفاق على ذلك في عقد الشراكة المبرم بين القطاع العام والقطاع الخاص.
- يعتبر التحكيم أحد أهم الوسائل التي يلجأ إليها الطرفان المتعاقدين لحل النزاعات التي تنشأ عند تنفيذ العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها بشكل عام، وسواء كان ذلك في كافة العقود الإدارية، أم في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، ويرجع ذلك لما يمتاز به هذا النظام من ميزات عديدة، والتي جعلت كل من المشرع المصري والفرنسي والعراقي ينصون عليه كوسيلة رئيسية من وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة.
- نوصي عند صياغة شرط التحكيم في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، أن يتم النص صراحة على تطبيق القانون الوطني على النزاع، وذلك منعًا لأي غموض أو لبس قد يكتنف مسألة تطبيق القانون الوطني في العراق ومصر، وبالتالي ضمان تطبيق القواعد العامة في تنفيذ العقود الإدارية من قبل هيئة التحكيم.

قائمة المراجع

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١
- أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، الكويت، ١٩٩٦، ص٢٩٣.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية، الصادرة بجلسة السابع عشر من ديسمبر ١٩٩٤؛ الجريدة الرسمية، العدد الثاني، في ١٢/١/ ١٩٩٥.
- خالد بن محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩
- د يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠
- د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١
- د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بدون دار نشر، ٢٠١٦
- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١
- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١
- د. أسيل حامد خليفة، التحكيم القضائي، المزايا والعيوب، في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣
- د. أيمن محمد أحمد المومني، التحقيق بين القضاء والقانون، الملكية القانونية، ٢٠٠٣
- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدي جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩
- د. حاتم خليفة العجيلي، مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية، مجلة الهندسة والتنمية، العدد الثاني، المجلد السادس عشر، بغداد، ٢٠١٢
- د. حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١
- د. حمادة عبد الرازق حمادة ، منازعات عقد امتياز المرفق العام، بين التحكيم والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.
- د. خالد محمود القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢

- د. دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية، وعقود البوت، مجلة كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد خاص بالمؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤
- د. شريف يوسف خاطر، التحكيم في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة ما بين القانونين المصري والفرنسي، مجلة كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد خاص بالمؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨
- د. عبد الحميد علي الزيادة، اتفاق التحكيم التجاري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤
- د. عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تشريعيا وفقهًا وقضاءً، مكتبة مدبولي، ١٩٩٥
- د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣
- د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ١٩٩٣
- د. فتحي والي، تعلق على حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٠، في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٢٦ق، مجلة التحكيم، العدد السابع، ٢٠١٠.
- د. محمد رجب الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ٢٠١٠
- د. محمد عبد الخالق الزغبي، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، بحث مقدم لندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، والمشاركة فيها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢
- د. محمد عبد الخالق محمد، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢
- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨
- منى رمضان محمد بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقود المشاركة PPP، والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، وفقًا لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- د. نجلاء حسن سيد أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ٢٠٠٤

- د. هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٧.
- الدليل الاسترشادي لصياغة شرط التحكيم في العقود، من إعداد برنامج تطوير القانون التجاري، CLDP، العراق
- دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود ال B. O. T. ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي
- سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨
- شريف إبراهيم محمد بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٥.
- شهاب فاروق عزت، التحكيم في منازعات المشروعات القائمة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤
- فالح علي الصالح، التحكيم التجاري، منشورات غرفة بغداد، ١٩٨٧
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة، ٢٠١٠.
- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقًا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦
- ناصر الزيد، لغات التحكيم وأثارها، مجلة التحكيم، العدد الثاني، أبريل، ٢٠٠٩
- يوسف ناصر حمد الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١.

فهرس المحتويات

المطلب الأول ١٠٧٤
مفهوم وأنواع التحكيم في عقود الشراكة ١٠٧٤
الفرع الأول ١٠٧٤
تعريف التحكيم في عقود الشراكة ١٠٧٤
الفرع الثاني ١٠٧٨
أنواع التحكيم في عقود الشراكة ١٠٧٨
الفرع الثالث ١٠٨٠
طبيعة التحكيم في عقود الشراكة ١٠٨٠
المطلب الثاني ١٠٨٢
مدى موائمة التحكيم في عقود الشراكة ١٠٨٢
الفرع الأول ١٠٨٣
أثر التحكيم في طبيعة عقود الشراكة ١٠٨٣
الفرع الثاني ١٠٨٥
أسباب موائمة التحكيم لطبيعة عقود الشراكة ١٠٨٥
المطلب الثالث ١٠٨٦
التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات عقود الشراكة ١٠٨٦
الفرع الأول ١٠٨٧
التنظيم القانوني للتحكيم في عقود الشراكة في مصر ١٠٨٧
الفرع الثاني ١٠٩٣
التنظيم القانوني للتحكيم في عقود الشراكة العراقي ١٠٩٣
الخاتمة ١٠٩٧
قائمة المراجع: ١٠٩٩