إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء
دراسة تحليلية للمشاكل العملية المتعلقة بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري في فرنسا ومصر

الأستاذ الدكتور/ مجدي عبدالحميد شعيب
أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة الزقازيق
ورئيس قسم القانون العام بجامعة الشارقة

ملخص:

تنصب الدراسة التي نحن بصددها على إلقاء الضوء على بعض المشاكل العملية المتعلقة بالأثر الإيجابي الذي يرتبه التحكيم الإداري. ويأتي في مقدمتها الإشكالية المتعلقة بمعرفة القاضي الذي يمكن اللجوء إليه، للمساعدة في تشكيل المحكمة في حالة تقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكمه، فهل يتم اللجوء لقاضي القانون العام، باعتبار أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في النزاع أم على العكس يتم اللجوء لقاضي القانون الخاص.

وهناك إشكاليات أخرى تتعلق بمعرفة إذا ما كان من الملائم أن تؤخذ جنسية المحكمين بعين الاعتبار من عدمه عند تشكيل المحكمة، وكذلك معرفة إذا ما كان التحكيم الإداري يقتضي أن يختار المحكمين من بين قضاة محاكم مجلس الدولة باعتبارهم على دراية جيدة بالطبيعة التي تتميز بها المنازعات الإدارية من عدمه.

هذا ولقد أجبنا عبر هذه الدراسة عن كافة التساؤلات السابق الإشارة إليها وغيرها، والتي تتعلق بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري من خلال مطالب ثلاثة، عرضنا في الأول منها للشروط الواجب مراعاتها عند إنشاء محكمة التحكيم، وتناولنا في الثاني الدور الجوهري الذي تضطلع به إرادة الأطراف في هذا الخصوص والشروط الواجب مراعاتها، أما الثالث فقد خصصناه للإجابة عن التساؤل المتعلق بمعرفة القاضي الذي يتولى مهمة تقديم المساعدة لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ عندما يقتضي الأمر ذلك.

مقدمة:

يحكم المنازعات الإدارية التى تثور بين أشخاص القانون العام وغيرهم قواعد معروفة سلفاً تخص قاضي القانون العام[1]، فى البلاد التى تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وقاضي القانون الخاص فى الدول التى تأخذ بنظام القضاء الموحد بمهمة

(١) وفقاً لنص المادة ١٠/١٤ من قانون مجلس الدولة المصري تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في سائر المنازعات الإدارية.

الفصل فيها. ومن ثم يختص قضاء الدولة، سواء أكان إدارياً Administratif أم عادياً Judiciaire، بالفصل فى المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

ولقد ترتبت على ازدياد الدور الذي تضطلع به الدولة في وقتنا الحاضر زيادة عدد المنازعات التي ترفع أمام القضاء، الأمر الذي يؤدي إلى إعاقته عن القيام بمهمة الفصل فيها في وقت معقول، وهو ما يؤدي إلى بطء العدالة(٢). لذا يلجأ أصحاب الشأن إلى البحث عن طرق أخرى، كالوساطة والتوفيق أو المصالحة، تمكنهم من الفصل في المنازعات التي تثور بينهم خارج أروقة القضاء(٣). وقد يصل الأمر بهم إلى إنشاء قضاء خاص ليتولى مهمة الفصل في المنازعات التي قد تثور بينهم، وهو الطريق المعروف بالتحكيم.

---

(٢) وهذا ما أشارت إليه الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي والتي كانت مصدر التعديل الذي تضمنته الماد ة ١٣ من القانون رقم ٨٧–١١٢٧ الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ والذي أعطى أساساً قانونياً لبعض الوسائل البديلة للقضاء لحل المنازعات؛ حيث أحالت هذه المادة إلى مراسيم تصدر من مجلس الدولة يحدد فيها شروط خضوع الدولة، والهيئات المحلية، والمؤسسات العامة، للوسائل البديلة لحل منازعاتها في مجال العقود والمسئولية غير التعاقدية La responsabilité extracontractuelle ومن شأن السماح باللجوء إلى مثل هذه الوسائل البديلة للقضاء تخفيف العبء عن كاهل هذا الأخير ومساعدته في القيام بمهمته بنجاح.

(٣) Laurent Richer, Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif, A.J.D.A., 1997, no 1 p. 3; Conseil d'Etat; Régler autrement les conflits: Conciliation, Transaction, Arbitrage en matière administrative, Les études du Conseil d'Etat, La documentation Française, Paris, 1993; Françoise Ducarouge; Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits, Transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit administratif francais, R.F.D.A., 1996 no 1 Janvier-Février p.86; V. Gaudement; L'Arbitrage: aspects de droit public; état de la question, Revue arbitrage 1992, p.241.

ولا تتسم هذه الأنماط بكونها جديدة تماما؛ فهى معروفة منذ زمن بعيد، بيد أن المتغيرات التي طرأت على المستوى الدولى، وعلى الدور الذي تضطلع به الدولة في مجال التنمية الاقتصادية، هي التي أبرزت أهميتها ووضعتها في بؤرة الاهتمام، فهذه الأنماط الودية كانت وما زالت موضع اهتمام القانون الوضعي؛ ففي المنازعات الضريبية على سبيل المثال غالباً ما ينص القانون على ضرورة اللجوء بداية إلى السلطة الضريبية قبل اللجوء إلى المحكمة، ومن شأن هذا اللجوء الإجباري وضع نهاية للكثير من المنازعات بعيداً عن القاضي. د. صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، النهضة العربية، ١٩٥٧، ص٧٩. في إنجلترا على سبيل المثال تم التسليم بالتحكيم منذ وقت طويل، سواء من جانب المحاكم - Affaire Cook & Songate, 1588 - أو من جانب المشرع حيث يرجع تاريخ أول قانون للتحكيم الى عام ١٦٩٨ انظر في ذلك:
Antoine Adeline; La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage; Les Petites Affiches, 20 Janvier 1997 no9, p.4.

وإذا كان اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات قد بات أمراً مسلماً به في نطاق القانون الخاص؛ فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لمنازعات القانون العام؛ حيث يرفض الفقه التسليم بإمكانية اللجوء للتحكيم لفض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها. ويجد هذا الفقه الرافض للتحكيم أصوله في الفكرة التي دافع عنها Édouard Laferrière والتي تقضي بوجوب عدم التسليم بإمكانية فض منازعات الدولة عن طريق التحكيم باعتبار أنه يؤدي، في نطاق القانون العام، لنتائج غير محمودة العواقب، فضلاً عن تعارضه مع جوهر النظام القانوني الذي يوجب حل منازعات أشخاص القانون العام بمعرفة القضاء الرسمي دون غيره(٤). وهو الأمر الذي أكده في وقت لاحق عدد لا بأس به من فقه القانون العام، باعتبار أن التحكيم يتعارض مع طبيعة القانون الإداري(٥) كتعارض الماء مع النار(٦).

هذا ولقد طرأ على هذا الفكر المعارض للأخذ بالتحكيم في مجال القانون الإداري تطور تدريجي(٧) جعل المشرع يتدخل في العديد من الدول ليجسد شرعية

(٤) "l'?tat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage que des considérations d'ordre juridique qui veulent que l'?tat ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi". E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, t. 2, 1re éd., 1888, p. 146, réimprimé. LGDJ, 1989. V. aussi; CE, avis, ass. gén., 6 mars 1986, EDCE 1987, nº 38, p. 178; Les grands avis du Conseil d'?tat, Dalloz, 3e éd., 2008, p. 160, comm. D. Labetoulle. CE, 29 oct. 2004, nº 269814, Sueur: Rec. CE 2004, p. 393, concl. D. Casas; AJDA 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lénica; RFD adm. 2004, p.1103, concl. D. Casas.

(٥) Françoise Ducarouge; Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits, Transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit administratif français, R.F.D.A., 1996 no 1 Janvier-Février p.86; V. Gaudement; L'Arbitrage: aspects de droit public; état de la question, Revue arbitrage 1992, p.241.

(٦) Cambournac, allocation de bienvenue, prononcé au colloque du 17 septembre 1970, organisé par l'Associations Française d'Arbitrage.

(٧) Y. Gaudemet, L'avenir de l'arbitrage en droit administratif, in Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica, 2003, p. 165.; S. Braconnier, Arbitrage et contrats publics d'affaires-Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité, in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, t. 2, PU Montpellier I, 2006, p. 319.; Daniel Labetoulle; Pour un statut de l'arbitrage en droit administratif, in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz 2007, p. 667; Th. Clay, Arbitrage et personne morale de droit public: le grand bazar,LPA 25 mars 2008, p. 3.;V. aussi; J.-L. Delvolvé, Une véritable révolution...inaboutie: remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en =

اللجوء للتحكيم لحسم منازعات عقود الإدارة، فمن جانبه أجاز المشرع الفرنسي لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم لحسم بعض منازعاتها، استثناء من الأصل العام الذي أوردته المادة ٢٠٦٠ من تقنين القانون المدني والذي يحظر على هذه الأشخاص اللجوء للتحكيم لفض المنازعات التي تكون طرفاً فيها(٨).

وإذا كان المشرع الفرنسي جسد على استحياء شرعية اللجوء للتحكيم لحسم منازعات القانون العام، فإن المشرع المصري أجاز صراحة تسوية منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي قرر فيه صراحة مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم(٩).

ولا تكفي الإجازة التشريعية وحدها، لكي تتمكن أطراف منازعة ما من اللجوء إلى التحكيم، بل يلزم علاوة على ذلك، أن يعلن الأطراف عن رغبتهم هذه دون أي غموض وذلك في اتفاق التحكيم(١٠). ويعطي هذا الاتفاق للتحكيم أساساً اتفاقياً يسمح ببدء إجراءات الدعوى التحكيمية، ويكون له تأثير عظيم الأهمية على سير خصومة التحكيم، وتبدأ آثاره منذ البداية وحتى نهاية الدعوى التحكيمية، ويتجسد اتفاق التحكيم

= matière administrative, Rev. arb. 2007, p. 373.; S. Lemaire, La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif: approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007, Rev. arb. 2007, p.407.; S. Lemaire, C. Jarroson et L. Richer, Pour un projet viable de l'arbitrage en droit administratif, AJDA 2008, p. 617.; P. Terneyre et C. Vérot, Le projet de réforme des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable, AJDA 2008, p. 905.; P. Delvolvé, L'arbitrage en droit public français, in L'arbitrage en droit public, Bruylant 2010, p. 208.

(٨) من المعلوم في مجال القانون أن الاستثناء عادة ما يتم النص عليه بغية تأكيد القاعدة التي جاء خروجاً على أحكامها، بيد أن تعدد الاستثناءات التي جاء بها المشرع الفرنسي في هذا المجال تكاد تفرغ قاعدة الحظر من مضمونها وتجعلنا نقرر دون عناء أن قاعدة حظر التحكيم في مجال القانون الإداري لم يعد لها في الوقت الراهن قيمة تذكر وبعبارة أخرى لم يعد لها وجود.

(٩) وبهذا المسلك وضع المشرع نهاية للخلاف الفقهي وللتعارض بين الأحكام القضائية وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها.

(١٠) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٦؛ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ٢٠٠١؛ محمود التحيوى، اتفاق التحكيم وقواعده، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية ١٩٩٥.

في إحدى صورتين[١١]: شرط التحكيم[١٢] Clause compromissoire ومشارطة التحكيم[١٣] La compromis.

(١١) "L'arbitrage est un mode conventionnel et juridictionnel de règlement alternatif des litiges. Il consiste à faire trancher le litige par un tiers, librement choisi par les parties, qui rend une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée. La décision de recourir à l'arbitrage résulte de la volonté des parties exprimée sous une forme contractuelle. Il existe deux catégories de conventions d'arbitrage: le compromis et la clause compromissoire". Sabine Boussard; Conciliation, Transaction et Arbitrage, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1005.

(١٢) يعرف شرط التحكيم بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف علاقة عقدية بحل المنازعات التي يمكن أن تتولد عن العقد المبرم بينهما عن طريق التحكيم (انظر في تعدد التعاريف، د. أبوزيد رضوان؛ التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية ١٩٨٠، ص ١٩؛ د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣، ص ٥ وما بعدها). ويستمد هذا التعريف من نص المادة ١٤٤٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذلك من نص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ويتضح من هذا التعريف أن شرط التحكيم ليس اتفاقاً مستقلاً للتحكيم؛ فهو اتفاق فرعي مرتبط بالعقد الأساسي، هدفه بيان وتنظيم الكيفية التي يتم بها حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد المرتبط به.
V.; S. Bollée, La clause compromissoire et le droit commun des conventions: Rev. arb. 2005, 917.- L. Cadiet, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des différends, cité supra n0 253. D. Cohen, Arbitrage des groupes de contrats: Rev. arb. 1997, 471. J. El-Ahdab, L'interprétation restrictive du consentement à une clause compromissoire: Procédures 2006, Etudes 2. - Ph. Fouchard, La laborieuse réforme de la clause compromissoire: Rev. arb. 2001, 397. I. Gallmeister, De la validité de la clause compromissoire dans un acte mixte: LPA 29 oct. 2004, 12. C. Jarrosson, Le nouvel essor de la clause compromissoire: JCP G 2001, 1, 333.- P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire: Rev. arb. 1998, 359.- B. Moreau et L. Degos, La clause compromissoire réhabilitée- Chronique d'une réforme annoncée: Gaz. Pal. 13-14 juin 2001, 6.

(١٣) تعرف مشارطة التحكيم Le compromis بأنها اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف منازعة قائمة بحل هذه المنازعة عن طريق التحكيم، ويتضح من هذا التعريف أن مشارطة التحكيم هي بمثابة اتفاق بين أطراف منازعة قائمة Parties a un litige né وهو ما يميزه عن التعريف الخاص بشرط التحكيم حيث يعد هذا الأخير اتفاقاً ليس بين أطراف منازعة قائمة كما هو الحال بالنسبة لمشارطة التحكيم وإنما اتفاق بين أطراف عقد Parties a un contrat ويتمثل الفارق الأساسي بين صورتي اتفاق التحكيم في مدي تحقق أو إمكانية تحقق النزاع، فيواجه شرط التحكيم نزاعاً مستقبلياً Future ومحتملاً éventuel في حين أن مشارطة التحكيم تتعلق بنزاع حدث في الماضي أو تحقق في الحاضر وفي كل الأحوال نزاع تحقق وحال né et actuel. راجع في كل ذلك بحثنا بعنوان؛ اتفاق التحكيم الإداري وإشكالية الاختصاص بالفصل في الأمور المستعجلة، مجلة القانون والأمن، أكاديمية شرطة دبي، عدد يوليو ٢٠١١.

ويرتب اتفاق التحكيم، أياً كانت الصورة التي يتجسد من خلالها، أثراً سلبياً يتمثل في كونه يؤدي إلى استبعاد اختصاص قضاء الدولة؛ إذ يمتنع على القضاء، أياً كان إدارياً أم عادياً، النظر في منازعة اتفق على حسمها عن طريق التحكيم وذلك تطبيقاً للأثر المانع أو السلبي(١٤) الذي يرتبه اتفاق التحكيم. ويحظر كذلك على أطراف اتفاق التحكيم(١٥)، اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في النزاع الذي اتفق على أن تتولى محكمة التحكيم مهمة الفصل فيه(١٦).

كما يرتب اتفاق التحكيم، إلى جوار الأثر السلبي، أثراً إيجابياً يتمثل في التزام أطراف اتفاق التحكيم بإنشاء المحكمة التي تتولى مهمة الفصل في النزاع المتفق على وضع نهاية له عن طريق التحكيم، وهي تشكل بالآلية المتفق عليها في اتفاق التحكيم.

هذا ولن نتعرض في دراستنا لبحث مشروعية التحكيم في القانون الإداري(١٧)،

---

(١٤) ولقد أكد المشرع الفرنسي على هذا الأثر المانع في المادة ١٤٥٨ من قانون الإجراءات المدنية والتي أوجبت على قضاء الدولة في حالة رفع الأمر إليه من قبل أحد أطراف اتفاق التحكيم بأن يعلن عدم اختصاصه بالفصل في النزاع باعتبار أن اتفاق التحكيم قد حصر هذا الاختصاص لمحكمة التحكيم دون غيرها.
Clay T.; Le Secrétaire arbitral, Rev. arb. 2006, p. 931; Couchez, Référé et arbitrage, Rev. arb. 1986, p. 155; Hory A., Mesures d'instruction, in futurum et arbitrage, Rev. arb.1996, p. 191; Cass. 1er Civ.,11 juillet 2005, SARL Optimel, JCP 2006, IV, 2782.

(١٥) Henri-Jacques Nougein, Yves Reinhard, Pascal Ancel, Marie - Claire Rivier, André Boyer et Philippe Genin; Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, Litec, 2004, p.29

(١٦) محمود مختار أحمد بريرى، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٦٢.

(١٧) فقد اقتصرت الدراسات التي انصبت على موضوع التحكيم في منازعات القانون العام في مجملها على بحث هذه الشرعية انظر على سبيل المثال: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية،، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٤٥-٢٨٨؛ د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧؛ د. حمدى على عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧؛ د. مجدى عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٩٨؛ د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، ١٩٧٣؛ د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية ١٩٩٢/١٩٩٣؛ محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختيارى في العقود الإدارية، تعليق على حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ جلسة ٢٠/٢/١٩٩٠، مجلة العلوم الإدارية، ١٩٩١ العدد ٣، السنة الثالثة والثلاثون العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٠٩؛ د. يسري العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة =

كما لن نتناول الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، بل سنقتصر على تحليل المشاكل العملية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم وهي مشاكل ترجع في المقام الأول إلى غياب التنظيم القانوني للتحكيم الإداري في الدولتين التي ستقتصر عليهما الدراسة وهما مصر(١٨) وفرنسا(١٩).

فنظراً لحداثة عهد القانون الإداري بالتحكيم، عادة ما تحيل النصوص التشريعية إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية(٢٠)، المعمول بها في هذا المجال، بل يضطر القاضي الإداري أو المحكم في منازعة إدارية، في غياب هذه الإحالة الصريحة لنصوص القانون الخاص، إلى الاعتماد على القواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية لحسم النزاع المعروض عليه.

وتتسم مهمة القاضي أو المحكم في المنازعة الإدارية بقدر من الصعوبة نوعاً ما؛ حيث يترتب على وجود الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في المنازعة قدر من التعقيد، خاصة في مجال تطبيق القواعد الإجرائية، وذلك بخلاف الوضع بالنسبة للتحكيم الخاص، وهذا يفرض على المحكم نقل القواعد الإجرائية المعمول بها في نطاق التحكيم الخاص إلى مجال دعاوى التحكيم الإدارية بطريقة لا تتعارض مع الطبيعة التي تتميز بها.

= العربية، ٢٠٠١؛ درقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١؛ د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٣؛ ذكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحل المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣؛ د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية ٢٠٠٤؛ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية ٢٠٠٣-٢٠٠٤؛ جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٩؛ د. أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، السنة السادسة، العدد الأول يناير ١٩٩٨، ص ٤؛ مصطفى عبد المقصود سليم، تطور دور الدولة وتأثيره في النظريات الكبرى في القانون العام، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.

(١٨) باعتبارها مهد القضاء الإداري في العالم العربي.

(١٩) بحسبانها الدولة الأم بالنسبة للقضاء الإداري.

(٢٠) كما هو الحال بالنسبة للتحكيم المنصوص عليه في المادة ٦٩ من قانون المالية الفرنسي الصادر في عام ١٩٠٦. راجع في هذا الخصوص؛

Charles Debbache, Procédure administrative contentieuse et procédure civile,, pp. 358 et s.; Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, p. 157.

وتتمثل أهمية الدراسة التي نحن بصددها في كونها تجيب على العديد من التساؤلات المتعلقة ببعض الإشكاليات العملية المرتبطة بالتحكيم الإداري، كما هو الشأن بالنسبة للتساؤل المتعلق بمعرفة القاضي الذي يعهد إليه بمهمة تقديم المساعدة لتشكيل محكمة التحكيم. فمن المعروف أن اتفاق التحكيم، يلزم أطرافه، بإنشاء محكمة التحكيم، وقد لا يسير أمر إنشاء المحكمة بسهولة ويسر، فقد يتقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكمه وهنا يتم اللجوء لقضاء الدولة الرسمي لإجبار الطرف المتقاعس على الوفاء بما التزم به، أو يتولى القضاء بنفسه هذه المهمة نيابة عنه. ويثور التساؤل في هذه الحالة حول معرفة القاضي الذي يمكن اللجوء إليه، أهو قاضي القانون العام؛ نظراً لكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في المنازعة، أم هو قاضي القانون الخاص، باعتبار أن نصوص القانون الخاص تعهد إليه بمثل هذا الاختصاص، علاوة على الخبرة التي يتمتع بها في هذا الشأن نظراً لكون التحكيم قد نشأ وترعرع في أحضان القانون الخاص.

وهناك تساؤل آخر يثيره التحكيم الإداري يتصل بالشروط الواجب توافرها في المحكم خاصة شرط الجنسية؛ فإذا كانت أغلب تشريعات التحكيم المختلفة لا تمانع من حيث المبدأ من أن يكون المحكم أجنبي، إلا أن الطبيعة التي يتميز بها التحكيم الإداري تقتضي التساؤل عما إذا كان من الملائم، باعتبار أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، أن يؤخذ موضوع الجنسية بعين الاعتبار أم لا.

وهل من الملائم كذلك وجوب اشتراط أن يكون المحكم قاضيا؟، وبعبارة أكثر دقة، هل من الأفضل أن يختار المحكم من بين قضاة محاكم جهة القضاء الإداري باعتبارهم الأكثر حرصاً من غيرهم على مراعاة ذاتية التحكيم الإداري نظراً لارتباطه بقواعد القانون العام؟.

وإذا كانت إرادة أطراف اتفاق التحكيم تتمتع، من حيث المبدأ بدور جوهري في إنشاء المحكمة، فهل تلتزم هذه الإرادة وهي بصدد القيام بذلك بمراعاة أن يتم التشكيل بطريقة تتفق وطبيعة المنازعة المعروضة على التحكيم أم لا؟

تقتضي الإجابة عن كافة التساؤلات التي سبقت الإشارة إليها وغيرها، والتي تتعلق بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري، أن نعرض للشروط الواجب مراعاتها عند إنشاء محكمة التحكيم (المطلب الأول)، والدور الجوهرى الذي تضطلع به إرادة الأطراف في هذا الخصوص (المطلب الثانى) وأخيراً القاضي الذي يتولى مهمة تقديم المساعدة لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ عندما يقتضي الأمر ذلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول
شروط يلزم مراعاتها عند إنشاء محكمة التحكيم

يلتزم أطراف اتفاق التحكيم بإنشاء محكمة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع المتفق على حله عن طريق التحكيم. **وتثور** عدة تساؤلات في هذا المقام **تأتي** في مقدمتها معرفة ما إذا كان وجود الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في اتفاق التحكيم، يقتضي أن يؤخذ شرط الجنسية في الاعتبار أم لا عند تشكيل المحكمة. وكذلك بيان ما إذا كانت طبيعة التحكيم الإداري تستوجب مراعاة، اختيار أعضاء المحكمة من بين القضاة، وخاصة قضاة مجلس الدولة من عدمه. وأخيرا معرفة ما إذا كان التحكيم الإداري يقتضى أن يصدر حكم التحكيم عن محكمة ذات تشكيل فردي أم على العكس ذات تشكيل متعدد.

وإذا كانت إرادة الأطراف تلعب دوراً جوهرياً في إنشاء محكمة التحكيم فإن ذلك لا يعني أنها تتحلل من أي قيد أو شرط؛ إذ يلزم بالرغم من هذه الحرية أن يراعي أطراف التحكيم بعض الشروط العامة خاصة تلك المتعلقة بمن يتولى مهمة التحكيم (أ)، وبالعدد الذي تتشكل منه المحكمة (ب)، والتي سنعرض لها بقدر من التفصيل لنتعرف من خلالها على إجابة التساؤلات السالف ذكرها.

أ – الشروط التي تتعلق بالمحكم:

يمكن القول أنه وعلى الرغم من كون التحكيم يعد قضاء خاصاً، إلا أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر تنظيمه خاضعاً بصورة مطلقة لإرادة الأطراف؛ لذا استوجب أن يتوافر في المحكم حداً أدنى من الشروط تضمن بقدر الإمكان قيامه بمهمته بصورة جيدة.

وفي هذا السياق تضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدل بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، وكذلك قانون التحكيم المصري النص على شروط يلزم توافرها فيمن يعين محكماً، يأتي في مقدمتها **الشرط القاضي بضرورة أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً**[٢١]. ويحظر بمقتضى هذا الشرط اختيار شخص

(٢١) En vertu de l' (Modifié par) " La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits".; Ph. Fouchard, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev. arb. 1996, p. 325.

معنوي عام أو خاص للقيام بدور المحكم(٢٢). كما لا يسمح لهيئات التحكيم بأن تتولى بنفسها إصدار حكم التحكيم، إذ يقتصر دورها في هذا الصدد على تنظيم التحكيم(٢٣).

ويعد هذا الشرط شرطاً منطقياً؛ فمن ناحية لا يستطيع الشخص المعنوي القيام بهذه المهمة إلا من خلال تعيينه لشخص طبيعي يتولى القيام بمهمة المحكم(٢٤). ومن ناحية أخرى، قد لا يتضمن النظام القانوني للشخص المعنوي تحديد الآلية التي يتم من خلالها تعيين المحكمين، وهو ما قد يؤدي في نهاية المطاف إلى تأخر تشكيل المحكمة، ومن ثم البعد عن الميزة الأساسية التي يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في النزاع.

ولكن ما هو الأثر القانوني المترتب على إغفال هذا الشرط ؟ وبعبارة أخرى، هل يترتب على تعيين أحد الأشخاص المعنوية محكماً بطلان اتفاق التحكيم؟ لا يترتب على اختيار أحد الأشخاص المعنوية محكماً بطلان عقد التحكيم؛ إذ يُفسَّر مسلك الأطراف بطريقة تعطي لهذا الاختيار قيمة قانونية، حيث يفترض في هذه الحالة أن إرادة الأطراف الحقيقية تكمن في منح الشخص المعنوي سلطة اختيار شخص طبيعي لتولي مهمة التحكيم، وهذا يعني أن سلطة الشخص المعنوي تقتصر فقط على الجانب التنظيمي للتحكيم(٢٥)، وهو الحل الذي تضمنت النص عليه المادة ٢/١٤٥٠ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدل بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١(٢٦).

ولا يكفي أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً، بل **يلزم علاوة على ذلك أن يكون متمتعاً بكافة حقوقه المدنية**، وهو شرط ورد النص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذلك المادة ١/١٦ من قانون التحكيم المصري التي ورد نصها على النحو التالي "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو

---

(٢٢) CA Grenoble, 26 avr. 1996, Rev. arb. 1996, p. 452, note Fouchard.

(٢٣) Eric Loquin, Arbitrage: l'arbitre, Conditions d'exercice, Statut, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1015.

(٢٤) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; Charles Jarrosson, Arbitrage, Commentaires, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fasc. 10, Cote: 03, 2010.

(٢٥) V. not., M. Philippe, Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence, Rev. arb. 2006, p. 591.

(٢٦) L'alinéa 2 de l' ajoute: "Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage".

محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره". وعلى ذلك يستبعد الشخص الطبيعي غير المميز وكذلك القاصر، كما يستبعد من الاختيار فاقد الأهلية... إلخ، ولسنا في حاجه هنا إلى الدخول في تفصيلات هذا الشرط ونكتفي بالإحالة في شأنه إلى القواعد العامة.

وإذا كان يشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً يتمتع بكافة حقوقه المدنية على النحو السابق بيانه، **فهل يلزم أن ينتمي كافة أعضاء محكمة التحكيم لدولة بعينها؟ أم على العكس يمكن اختيارهم من جنسيات مختلفة؟** وبعبارة أخرى هل يجب أن تؤخذ جنسية المحكمين في الاعتبار عند تشكيل المحكمة؟. ليس هناك ما يمنع، من الناحية القانونية، وفقا لتشريعات التحكيم في بعض البلدان، من أن تشكل محكمة التحكيم من أشخاص طبيعيين يحملون جنسيات دول مختلفة، أو من أشخاص ينتمون جميعهم لدولة بعينها. وهذا هو المسلك الذي جسده قانون التحكيم المصري في الفقرة الثانية من المادة ١٦ منه التي جاء نصها على النحو التالى: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك".

بيد أن هذا المسلك وإن كان يتفق تمام الاتفاق مع جوهر التحكيم الذي يتم بين أشخاص القانون الخاص، إلا أن الوضع قد يختلف بالنسبة للتحكيم الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه. **وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كان من الملائم أن يؤخذ شرط الجنسية بعين الاعتبار في هذه الحالة**؛ بحيث يتم اختيار محكمين ينتمون لجنسية دولة الشخص المعنوي العام، وهو ما يعطي الانطباع بأن قضاء محكمة التحكيم سيتم في ضوء الاعتبارات التي يراعيها قاضي القانون العام وهو بصدد الفصل في المنازعات الإدارية، ومن ثم سيراعي بقدر الإمكان الطبيعة التي تتميز بها هذه المنازعات بما يترتب على ذلك من آثار، ويأتي في مقدمة هذه الآثار وجوب الانطلاق من نقطة جوهرية مفادها أن اتفاق أطراف النزاع يفترض تعاونهما في تحقيق المصلحة العامة.

ويمكن القول أن عدم اشتراط بعض قوانين التحكيم[٢٧]، وجوب أن تتشكل محكمة التحكيم في الحالة التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى

(٢٧) كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم المصري على سبيل المثال.

طرفاً في النزاع، من أشخاص يحملون جنسية الدولة أو الشخص المعنوي العام، لا يعني بأي حال من الأحوال، إسقاط شرط الجنسية من الحسبان عند تشكيل محكمة التحكيم.

فليس هناك ما يمنع من أن يؤخذ شرط الجنسية في الاعتبار من قبل أطراف الاتفاق عندما يشرعون في تعيين المحكم، وليس أدل على ذلك مما كتبه رئيس إحدى محاكم التحكيم(٢٨)، في إحدى رسائله والتي تليت في جلسة علنية أمام محكمة باريس الابتدائية بمناسبة قيامها بتعيين محكم بدلاً من الطرف الذي تقاعس عن تعيين محكمه : "أفضل وبصراحة أن يعين القضاء الفرنسي فرنسياً(٢٩)".

ولا يخفى على أحد أن شرط الجنسية يثير قدراً من الحساسية تجاه حياد المحكم؛ إذ قد يتصور البعض أن المحكم سيتعاطف بصورة طبيعية مع الطرف الذي يحمل نفس جنسيته، وهو سبب نفسي لا يمكن تجاهله(٣٠). بل قد يكون هذا التخوف هو السبب الحقيقي الذي جعل المشرع، في بعض الدول، يتجاهل النص على شرط الجنسية أثناء إنشاء محكمة التحكيم، بيد أن ذلك لا يمنع، كما أوضحنا، من أن الطبيعة التي يتميز بها التحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه يقتضي مراعاة هذا الشرط عند تشكيل المحكمة خاصة بعد ظاهرة العولمة.

فلقد ساهمت ظاهرة العولمة وما صاحبها من انتشار للعقود العابرة للقارات في نقل موضوع الجنسية من المجال القانوني الذي لا يعتبرها شرطاً مانعاً من حيث المبدأ إلى مجال الملاءمة(٣١). إذ قد يكون من الملائم في بعض الأحيان أخذ موضوع جنسية المحكم بعين الاعتبار، خاصة عندما يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً في النزاع المعروض على محكمة التحكيم.

ويبرر البعض إمكانية اشتراط أن ينتمي المحكم لجنسية دولة الشخص المعنوي العام الذي يعد طرفاً في التحكيم الإداري باعتبار أن السماح بتشكيل محكمة التحكيم

---

(٢٨) وهو في الوقت نفسه أستاذ للقانون بجامعة كلومبيا بالولايات المتحدة الأمريكية.

(٢٩) "Franchement, j'aurais de beaucoup préféré que la juridiction française désigne un français" Tribunal de grande instance de Paris, 29 octobre 1996, G.E.C.I, C / S A Industriel export, inédit.

(٣٠) Philippe Fouchard L'arbitrage commercial international, préface de B. Goldman, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, vol.2, 1965, no 363.

(٣١) Pierre Lafive, Les choix de l'arbitre, in Libertés, Mélanges Jacques Robert, préface de Georges Vedel, Montchrestien, 1998, p.353, notamment p. 358.

من محكمين لا ينتمون لجنسية دولة الشخص المعنوي العام قد يتعارض مع مفهوم السيادة، ويزداد هذا التعارض عندما تطبق المحكمة قانون دولة المحكم الأجنبي أو المحكمين الأجانب(٣٢).

انطلاقا من الاعتبارات السابقة، حرص المشرع في الكثير من الدول، على اشتراط أن يكون المحكم وطنياً، خاصة عندما تكون الدولة طرفاً في التحكيم، وهو المسلك الذي أخذ به المشرع الكلومبي على سبيل المثال حيث تنص المادة ٨ من المرسوم رقم ٢٢٧٩ الصادر في ٧ أكتوبر عام ١٩٨٩ على ضرورة أن يكون المحكم ممن يحمل جنسية كلومبيا، ولقد صدر هذا المرسوم على أثر قرار محكمة العدل العليا في كلومبيا الذي أعلن عدم دستورية النص القديم للمادة ٨ من قانون التحكيم الذي كان يسمح بأن يكون المحكم أجنبياً(٣٣).

وإذا كان المسلك التشريعي، الذي يقضي بوجوب مراعاة شرط الجنسية قد يتلاءم مع التحكيم **الإداري**، إلا أننا لا نسلم بصحة الرأي القائل بأن مرجع ذلك تعارضه مع مفهوم السيادة الوطنية؛ ذلك أن التحكيم وإن كان يتوقف على إرادة الأطراف، إلا أن هذه الإرادة ليست العنصر الوحيد الذي يرسي مشروعيته، فهذه لا تثبت إلا إذا تدخلت الدولة ذاتها واعترفت بمشروعية التحكيم، وهو عين ما أكدت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري حينما أعلنت "غير أن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقه" (٣٤).

ومن ثم فإذا أقرت الدولة مشروعية التحكيم في القانون الإداري ولم تحظر أن يكون المحكم أجنبياً، فإن ذلك يعني خضوعها الإرادي وقبولها بحكم المحكم حتى لو طبق قانوناً غير القانون الوطني، وهو التفسير الذي يستمد من نظرية التحديد الذاتي للسيادة.

---

(٣٢) G.Ballador fallieri, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Rec. Cours La Haye, 1935, I, 287 Spec. p. 322; Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, op. cit, pp. 183 et s

راجع كذلك: د. حمدي على عمر، المرجع السابق ص ٣١.

(٣٣) F. Mantilla Serrano, La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, Rev. arb. 1992, p. 41, spéc. p. 49.

(٣٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ٧ يناير ١٩٧٠ ملف رقم ١٦٣/٦/٨٦.

وإذا كانت طبيعة التحكيم الإداري تقتضي أن يؤخذ في الاعتبار جنسية المحكمين على النحو السابق بيانه، **فهل هذه الطبيعة تستوجب اختيار المحكمين من بين قضاة مجلس الدولة**؟ الإجابة على هذا التساؤل تقتضي الإجابة على تساؤل آخر: هل يجوز أن يكون القاضي محكماً؟

تعددت آراء الفقه في هذا الشأن، بيد أن الاتجاه الغالب يرى عدم وجود ما يمنع من إمكانية أن يكون القاضي محكماً، ويستند هذا الاتجاه على العديد من الحجج، يأتي في مقدمتها **القول بأن هذا الرأي يتفق وإرادة الأطراف**؛ فإذا سلمنا بإمكانية اتفاق الأطراف على الفصل في النزاع بعيداً عن القضاء الرسمي فيقتضي الأمر إذن أن نسلم بقدرة الإرادة على اختيار أحد القضاة كمحكم(٣٥).

ويضيف هذا الرأي حجة ثانية مفادها قدرة القاضي بما لديه من ثقافة قانونية وخبرة عملية على القيام بمهمة المحكم على خير وجه، بل لا يتردد البعض في التأكيد على أن القاضي يعد أقدر من غيره بالاضطلاع بأعباء هذه المهمة(٣٦) وتتمثل الحجة الثالثة التي يستند إليها أنصار الرأي المتقدم في الأهمية العملية التي تترتب على اختيار القاضي كمحكم؛ حيث يضفي القاضي قدراً من الاطمئنان في نفوس الأطراف تجعلهم يثقون في حياده(٣٧). فضلاً عن قدرته على كتابة الحكم بطريقة سليمة وواضحة(٣٨). كما أن من شأن السماح للقاضي بأن يكون محكماً يجعله يحيط إحاطة كاملة بالمشاكل العملية المرتبطة بالتحكيم والتي يأخذها في الاعتبار عندما يطلب منه التدخل **كقاضٍ** لتقديم يد العون لمحكمة التحكيم.

بيد أن هذه الحجج التي ساقها أنصار الرأي السابق ليست لها دلالة مطلقة، ويمكن التشكيك فيها دون عناء؛ ففيما يتعلق بالحرية التي يتمتع بها الأطراف والتي تسمح لهم باختيار القاضي كمحكم، يمكن الرد عليها بأن هذه الحرية غير مطلقة، أو

---

(٣٥) Philippe Fouchard; La Compatibilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou La fin d'une mauvaise querelle, Rev.arb. 1994, surtout no 22.

(٣٦) R. David; L'arbitrage dans le commerce international, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1982, surtout no 272; B. Goldman; Intervention aux débats sur le choix des arbitres, in Qualification de l'arbitre international, Symposium du comité français de l'arbitrage, Paris 20 novembre 1970, spec. p. 218.

(٣٧) Philippe Fouchard; La Compatibilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou La fin d'une mauvaise querelle op.cit., no 7.

(٣٨) Ch. Carabiber; Justice d' Etat et arbitrage, Rec. arb. 1961, 4, spéc. p. 8.

بمعنى آخر ليس هناك ما يمنع من تقييد هذه الحرية خاصة وأنها تمارس في ضوء القواعد القانونية المعمول بها في هذا الشأن.

وفيما يتعلق بالقدرة التي تثبت للقاضي والتي تمكنه من تحقيق العدالة بصورة سليمة، فمردود عليها بأن اتفاق الأطراف على استبعاد اختصاص القضاء الرسمي من الفصل في النزاع يعني في حقيقة الأمر رغبتهم في حسم نزاعهم بعيداً عن الطريق التقليدي. كما أن ثبوت خبرة القاضي في هذا الشأن لا تعني انعدامها بالنسبة للمحكم فمن المتصور أن يتسم النزاع بقدر من الأمور الفنية التي يجهلها القاضي؛ لذا قد يكون من الأوفق اختيار محكم من أهل الخبرة بحيث يكون عالماً بفنيات النزاع.

وفيما يتعلق بالحجة القائلة بأن مشاركة القاضي في محاكم التحكيم تكسبه خبرة تجعله يقوم بدوره على أكمل وجه، خاصة عندما يطلب تدخله بمد يد العون لهيئة التحكيم، فمردود عليها بأنه لا يلزم لثبوت الخبرة للقاضي في هذا المجال أن يسمح له بأن يكون محكماً، وإلا فكيف تفسر القرارات التي تصدر عن المحاكم في بعض الموضوعات التي قد لا يكون القضاة على دراية بها، أيشترط إذن أن يكون القاضي مُطَلّقاً كي يستطيع الفصل في قضية طلاق!

علاوة على ما تقدم نرى أن السماح للقاضي بأن يكون محكماً قد يؤثر على استقلال القضاة أنفسهم[٣٩]، وهو خطر مزدوج يمكن أن يتعلق بالقاضي الذي اختير كمحكم، كما قد يتعلق بالقضاة الذين يتدخلون أثناء خصومة التحكيم.

وقد يرى البعض أن اختيار القاضي كمحكم لا يؤدي إلى الاعتداء على استقلاله باعتبار أن القانون يلزمه بالتنحي عن نظر الدعوى إذا كان قد اتصل بها كمحكم.

ولا يخفى على أحد أنه وإن كان القانون قد تضمن النص على ضرورة تنحي القاضي عن نظر دعوى سبق له اتصاله بها كمحكم، فإن هناك أوضاعاً أخرى لم يضع المشرع حلولاً لها على الرغم من كونها قد تؤثر على استقلال القاضي، كأن يكون القاضي قد سبق اختياره كمحكم لأحد أطراف النزاع في قضية أو منازعة سابقة على سبيل المثال، ففي هذه الحالة لا نستطيع الجزم بأن استقلال القاضي سيكون مؤكداً[٤٠].

---

(٣٩) J. Viatte; Réflexions sur le choix des arbitres, Rec, gén. Lois 1968, pp. 433 et S.; I. Verougstrate; Le juge comme arbitre ou l'arbitre comme juge, La recherche d'un équilibre, Rev. dr. Intern. et dr. comparé 1991, p. 336, spéc. no 9.

(٤٠) E. Krings; Un magistrat de l'ordre judiciaire peut-il être désigné en tant qu'arbitre, conférence ou CEPANI, 30 mai 1979, Rev. dr. intern. et dr. Comp. 1979, p.278 v. spec. p. 291.

ولا يقتصر التأثير على استقلال القاضي الذي اختير كمحكم بل قد يمتد ليشمل استقلال القاضي الذي يطلب منه الفصل في النزاع المتعلق بحكم التحكيم الذي صدر عن أحد زملائه؛ فبخلاف الوضع الذي قد يطلب فيه تدخل القضاء الرسمي سواء للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم أو لتنفيذ حكم التحكيم فقد يطلب منه الحكم ببطلان هذا الأخير، ولنا أن نتصور في هذه الحالة الحرج الذي قد يستشعره القاضي خاصة إذا ما علمنا أن حكم التحكيم المطلوب الحكم ببطلانه قد صدر عن **قاضٍ** يعلوه في السلم الوظيفي وهذا أمر متصور إذ جرت العادة، في البلدان التي تسمح قوانينها بإمكانية اختيار المحكم من بين القضاة، على أن يتم اختيار المحكم من بين القضاة الذين يشغلون درجات وظيفية عليا في السلم القضائي(٤١).

وقد يرى البعض أن وضع القاضي في هذه الحالة لا يختلف عن وضع القاضي الذي ينظر في الإجراء المستعجل الذي صدر عن رئيس المحكمة التي يعمل بها(٤٢)، وهذا قول غير سليم؛ إذ لا يخفى على أحد أن الإجراء الصادر عن رئيس المحكمة في هذه الحالة يرتبط بحالة الاستعجال التي تقتضي التصرف في وقت قصير وعلى وجه السرعة، كما أن الإجراء المستعجل لا يؤثر بأي حال من الأحوال على أصل الحق.

وهناك سبب آخر يجعلنا نتردد كثيراً قبل أن نسلم بإمكانية السماح للقاضي بأن يكون محكماً، وهو سبب يستمد من الواقع القضائي نفسه؛ فمن المعروف أن كثرة عدد القضايا المنظورة أمام محاكم الدولة تؤدي بلا شك إلى تأخر الفصل فيها، وهو أمر يؤثر سلباً على سير مرفق العدالة، فإذا سلمنا بإمكانية اختيار القضاة كمحكمين فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى زيادة هذا التأخير بصورة غير مقبولة.

في ضوء ما تقدم، نرى أنه من غير الملائم أن يشترط في التحكيم الإداري ضرورة أن يختار المحكم من بين قضاة مجلس الدولة، ولا يجوز التذرع لإجازة ذلك بالقول بأن القاضي الإداري يكون أقدر من غيره على مراعاة المصلحة العامة والتي من أجلها تبلورت قواعد القانون الإداري، فمن المعروف أن الإدارة لا تتمتع بالمميزات التي يقرها لها القانون العام إلا إذا تصرفت باعتبارها صاحبة سلطة عامة وهو مالا

(٤١) Philippe Fouchard; La compatibilité des Fonctions de magistrate et d'arbitre ou la fin d'une mauvaise querelle, op. cit. no 19.

(٤٢) P. Bellet; Le juge arbitre, Rapport, in, Le juge et L'arbitrage, Litec, 1991, p.410; E. Krings, op.cit., p. 288; Ph. Fouchard, La comptabilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou La fin d' une mauvaise querelle, op. cit no 19.

يتحقق عندما تقبل الإدارة بمحض إرادتها التخلي عن قاضيها الطبيعي والاحتكام إلى محكم ليست له علاقة بها ولا بقضائها.

وفيما يتعلق بالمسلك التشريعي في هذا المقام ننوه إلى أن تفحص قوانين الدول المختلفة تظهر انعدام وجود تجانس في هذا الشأن؛ فهناك تشريعات تسمح للقاضي بأن يكون محكماً شريطة الحصول على إذن بذلك من رئيس المحكمة التي يعمل بها، وهو المسلك الذي جسدته المادة السابعة من مرسوم رقم ٣١٤-٩٤ الصادر في فرنسا في ٢٠ أبريل ١٩٩٤ حيث سمحت صراحة للقاضي بأن يجمع بين وظيفته كقاض وعمله كمحكم، بيد أنها قيدت ذلك بضرورة الحصول على موافقة رئيس المحكمة التي يعمل بها القاضي(٤٣)، مع مراعاة ضرورة ألا يترتب على هذا الجمع اعتداء على استقلال القاضي وحيدته(٤٤). وهو نفس المسلك الذي يأخذ به القانون السويسري(٤٥) والقانون الألماني(٤٦) والقانون العراقي(٤٧).

وهناك تشريعات تسمح للقاضي بأن يكون محكماً شريطة التأكد من أن ذلك لا يضر بعمله الأساسي الذي يضطلع به كقاضي وهو المسلك الذي يأخذ به التشريع التونسي(٤٨).

كما أن هناك تشريعات تشترط لإمكانية الجمع بين الوظيفة القضائية والعمل كمحكم وجوب ألا يتقاضى القاضي أجراً نظير عمله كمحكم، وهو المسلك الذي يأخذ به القانون البلجيكي(٤٩) والقانون اللبناني(٥٠).

وهناك تشريعات تسمح للقاضي بأن يكون محكماً شريطة أن يتولى رئاسة محكمة

---

(٤٣) Eric Loquin, Arbitrage: l'arbitre, Conditions d'exercice, Statut, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1015.

(٤٤) Décret no 94-314 du 20 avril 1994, JO 23 avril 1994, III, 260 p. 6005; JCP, 1994, III, 66801

(٤٥) Loi fédérale d'organisation judiciaire art 3-a.

(٤٦) Loi allemande sur les professions judiciaires art 40-1.

(٤٧) " قانون الإجراءات المدنية العراقي المادة رقم ٢٥٥.

(٤٨) قانون التحكيم التونسي المادة ١٠ الفقرة الرابعة.

(٤٩) Code judiciaire belge, art. 298; voir aussi, G.de Leval, Le juge arbitre Rev. dr. intern. et dr. comp. 1982, p. 265 spec. no 2-10.

(٥٠) قانون التنظيم القضائي اللبناني المادة رقم ٤٧ انظر كذلك؛
H. El-Ahdab; La Loi libanaise sur L'arbitrage, Rev. ord. avoc. 1994 no 2, spéc. p. 49.

التحكيم، أو يكون المحكم الأوحد، وهو المسلك الذي نص عليه القانون الإنجليزي(٥١) والقانون الكرواتي(٥٢) والقانون السلوفاني(٥٣).

كما أن هناك دولاً تحظر تشريعاتها صراحة على القاضي بأن يجمع بين القضاء والتحكيم وهو المسلك الذي يأخذ به القانون الإسباني(٥٤) والقانون النمساوي(٥٥) والقانون الأرجنتيني(٥٦).

وفيما يتعلق بمسلك القانون المصري في هذا الشأن ننوه إلى أن المادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ قد أوردت قاعدة عامة مفادها حظر الجمع بين الوظيفة القضائية وعمل المحكم، بيد أن المادة المذكورة تضمنت النص على إمكانية تحقيق هذا الجمع وذلك في حالة موافقة مجلس القضاء الأعلى وفي حالة ما إذا كان أحد أطراف النزاع من أقارب القاضي أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة.

ويلزم علاوة على ما تقدم أن يقبل المحكم القيام بمهمته، ومن ثم لا تشكل محكمة التحكيم بمجرد اختيار المحكمين، بل يجب أن يقبل هؤلاء الاضطلاع بأعباء المهمة الملقاة على عاتقهم، ويتم هذا القبول صراحة أو ضمناً وهو ما يستفاد من مسلك القضاء الفرنسي الذي أكد غير مرة على ثبوت قبول المحكمين للقيام بالمهمة الملقاة على عاتقهم بمجرد سماعهم لأطراف النزاع(٥٧) أو بمجرد دعوة المحكم للأطراف بالمثول أمامه(٥٨).

ويعد تحديد تاريخ قبول المحكمين لمهمة التحكيم أمراً في غاية الأهمية؛ نظراً لالتزام المحكمة بأن تقضي في النزاع خلال ستة أشهر تحسب ابتداءً من تاريخ قبول

---

(٥١) Loi anglaise du 17 juin 1996, art. 93.

(٥٢) Article 472 CPC Croate; V. aussi; Sajko; L'arbitrage commercial international en Croatie; situation actuelle et développement futur, in L'arbitrage commercial international en Europe, Bull. ClA de la CCI no spécial, ICC publishing no 537, 1994, p. 85 spec.p.88.

(٥٣) Article 472 -2 CPC Slovène, cf. M. Ilesic; L'arbitrage international en Slovénie, in L'arbitrage international en Europe. op. cit., p. 126 et s.

(٥٤) Loi espagnole no 36/1988 du 5 déc. 1988, art. 12-4.

(٥٥) Article 578 ZPO autrichien.

(٥٦) Article 765 du code national de procédure civile argentin.

(٥٧) Paris, 30 mars 1962, D., 1962, p.446; TGI Paris, ord. de réf., 28 octobre 1983, Rev, arb., 1985, p.151.

(٥٨) Montpellier 8 mars 2005, JCP 2006, lV, 1777. =

آخر المحكمين للقيام بمهمته، وذلك ما لم يتفق الأطراف على بداية هذه المدة من تاريخ آخر(٥٩).

وإذا كان قبول المحكم لمهمته يمكن أن يتم صراحة أو ضمناً وفقاً لما هو معمول به في فرنسا، فإن القانون المصري يشترط ضرورة أن يتم هذا القبول كتابة حيث تنص المادة ٣/١٦ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن:

---

(٥٩) Emmanuel Juland, Droit judiciaire privé, 5ème éd. Litec, 2006, p. 659.

ولا يخفى على أحد أن حساب مدة الستة أشهر من تاريخ قبول آخر المحكمين لمهمته، قد لا يمكن المحكمة من الفصل في بعض المنازعات خلال المدة المحددة؛ باعتبار أن اتصال المحكمة الفعلي بالنزاع قد يتم في تاريخ لاحق على قبول آخر المحكمين لتولي مهمته، لذا يرى بعض الفقه وجوب سريان مدة الستة أشهر ابتداء من تاريخ اتصال المحكمة فعلياً بالنزاع وليس من تاريخ تشكيلها وذلك في الفرض الذي لايتفق فيه الأطراف على خلاف ذلك. راجع في ذلك؛

Emmanuel Gaillard, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, Chronique / Arbitrage, no 3/ 7452e 20 janvier 2011, pp. 180 et 181 no 16.

وننوه إلى أن المدة التي يجب أن تنتهي فيها مهمة محكمة التحكيم يمكن أن تمتد وذلك باتفاق الأطراف؛ يستوي في ذلك أن يكون صراحة أو ضمناً.

Montpellier 8 mars 2005, JCP. 2006, IV, 1777.

كما قد تمتد بقرار من رئيس المحكمة الابتدائية بناءً على طلب أحد الأطراف أو طلب محكمة التحكيم، وهذا يعني أن محكمة التحكيم لا تستطيع أن تمد مدة عملها من تلقاء نفسها فعليها إن أرادت ذلك أن تطلب هذا المد من رئيس المحكمة الابتدائية.

Cass. 2e civ., 13 janv. 1993: Bull. civ. III, n0 11; D. 1993, 204, note Chartier; JCP 1993, II, 22179, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac; JCP G 1994, I, 3805, n0 19, obs. Cadiet; Justices 1995, 1, 284, obs. Rivier. Même par délégation des parties? La lettre du code semble l'interdire, mais le contraire avait été jugé, Cass. 2e civ., 20 juin 1996: Bull. civ. II, n0 167: dans la convention d'arbitrage, il n'est pas interdit aux parties d'accorder aux arbitres, par avance, le pouvoir de proroger le délai d'arbitrage; il suffit que les cas de prorogation et la durée maximum en soient clairement indiqués. Cette solution a cependant été remise en cause par Cass. 2e civ., 7 nov. 2002: Bull. civ. II, n0 242; JCP 2003, I, 164, n0 5, obs. Ortscheidt; Procédures 2003, n0 57, obs. Perrot; Gaz. Pal. 4-5 juill. 2003, 18, note Moreau; Rev. arb. 2003, 115, obs. Loquin (arbitrage interne); Paris, 27 oct. 2005: D. 2005, pan. 3061, obs. Clay.

وتلتزم محكمة التحكيم بإنهاء مهمتها خلال المدة المحددة لها ويعتبر الحكم الصادر منها بعد انقضاء هذه المدة حكماً باطلاً.

Paris 1er ch. C, 8 mars 2001, Rev. arb. 2001, p. 567, obs. Legros.

وهو ما يعني أن محكمة التحكيم ملتزمة بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

"يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته". ويستنتج من النص المتقدم عدم الاعتداد بالقبول الضمني إذ نص القانون صراحة على وجوب أن يتم هذا القبول كتابة(٦٠).

وانطلاقاً من كون المهمة التي يعهد بها للمحكم لا تخرج عن المهمة التي يقوم بها قاضي الدولة، **يلزم علاوة على ما تقدم**، أن يكفل المشرع للمحكم بعض الضمانات التي تؤدي إلى كفالة استقلاله ومن ثم تحقيق عدالة جيدة(٦١). وفي سبيل تحقيق هذا الهدف، تحرص التشريعات على كفالة استقلال المحكم في مواجهة الأطراف(٦٢)؛ حيث

(٦٠) وتلتزم محكمة التحكيم شأنها في ذلك شأن نظيرتها في فرنسا بالفصل في دعوى التحكيم في خلال المدة التي يحددها الأطراف، ويختلف الوضع في مصر عنه في فرنسا في الحالة التي لا يحدد فيها الأطراف المدة الواجب إصدار حكم التحكيم خلالها، حيث يسمح القانون المصري لمحكمة التحكيم بأن تصدر حكم التحكيم في خلال عام من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة ٤٥/١ من قانون التحكيم، وتحدد هذه المدة في فرنسا بستة أشهر تبدأ من تاريخ قبول آخر المحكمين لمهمته وذلك على النحو السابق بيانه. ونشير إلى أن بمكنة محكمة التحكيم وفقاً لنص المادة ٤٥/١ من قانون التحكيم المصري أن تمد المدة ستة أشهر أخرى، وذلك بخلاف الحال في القانون الفرنسي حيث لا تستطيع محكمة التحكيم أن تمد مدة عملها من تلقاء نفسها، بل عليها أن تطلب ذلك من رئيس المحكمة الابتدائية. يجري نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري على النحو التالي: "١- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. ٢- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

(٦١) Eric Loquin, Les garanties de l'arbitrage, LPA 2 oct. 2003, nº 197, L'arbitrage, une question d'actualité, p. 13.

(٦٢) Ainsi l'Un arrêt ancien a même décidé que "la désignation de chaque arbitre n'est pas un acte unilatéral "mais" procède de la volonté commune des parties". Cass. 2e civ., 13 avr. 1972: JCP G 1972, II, 17189, note P. Level; Rev. arb. 1975, p. 235, note E. Loquin; D. 1973, jurispr. p. 2, note J. Robert. V. aussi, TGI Paris, Ord. référé 22 mars 1983: Rev. arb. 1983, p. 482, 2e esp., note B. Moreau; JCP G 1983, II, 20004, note O. d'Antin et M. Lacorne.

يتم اختيار المحكمين وعزلهم باتفاق هؤلاء دون الإخلال بالمساواة بينهم في هذا الشأن، وهو ما يكفل استقلال أعضاء المحكمة في مواجهة أطراف اتفاق التحكيم، الأمر الذي يجعلهم يحكمون بكل موضوعية دون التأثر بأي اعتبار شخصي(٦٣). ويلتزم المحكم بالإفصاح عن كافة الملابسات التي قد تشكك في استقلاله أو في حيدته، بحيث يتمكن الأطراف من تقرير ما إذا كان من شأن هذه الظروف التأثير على استقلاله وحياده من عدمه.

فمن جانبه حرص المشرع المصري على تضمين قانون التحكيم نصاً يقضي بضرورة أن يفصح المحكم عند قبوله لمهمته عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته(٦٤). وهو ذات النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي(٦٥) والمشرع الإنجليزي(٦٦) والمشرع الألماني(٦٧).

ولقد أكد القضاء الفرنسي على هذا الشرط غير مرة، حيث أعلن أن المحكم ليس وكيلاً عن الطرف الذي عينه، وإنما هو قاضي النزاع، ومن ثم يلزم أن يتمتع بالاستقلال الذي يجعله يحكم بموضوعية(٦٨). ولا يقصد بالاستقلال هنا الاستقلال العضوي فقط، بل يشمل الاستقلال الذهني، وهو الأمر الذي يستشف من أحكام

---

(٦٣) M. Henry, L'indépendance de l'arbitre: LGDJ, 2001. - CA Paris, 29 janv. 2004:; Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry. - CA Paris, 10 févr. 2005:; Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry. - CA Paris, 17 févr. 2005:; Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry. - T. com Paris, référé, 6 juill. 2004, Chomet/A: Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry.

(٦٤) المادة ٣/١٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٦٥) وهو االحكم الذي جسدته الفقرة الثانية من المادة ١٤٥٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١ والتى ورد نصها على النحو التالي:
"Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialitéÁ Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission".

(٦٦) المادة الأولى فقرة ١ والمادة ٣٣ فقرة ١ من قانون ١٧ يونيو ١٩٩٦م.

(٦٧) المادة ٥/١٠٣٥ من قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٩٧؛ راجع كذلك:
M.Henry, Le devoir de l'indépendance de l'arbitre thèse Paris I, 1996, spéc. no 473 - 488 et 494.

(٦٨) Paris 8 mai 1970, Ury, Rev. arb. 1970, p. 80, conc. Av, gén. L. Granjon; TGI Paris 28 mars 1984, Raffineries de pétrole d' Homs et de Banias, Rev.arb.1985, p.141 1er esp., obs.ph. Fouchard p.235; TGI paris 13 juin 1990, Bompard Rev. arb.1996 p. 476 1er esp., obs. Ph. Fouchard p. 325, spec. no 67 et s.

محكمة النقض الفرنسية المتعلقة بالتحكيم والتي أعلنت فيها أن الاستقلال الذهني للمحكم يعد شرطاً أساسياً لممارسة مهمة القضاء، الأمر الذي يستوجب توافره في المحكم(٦٩). ويعد الاستقلال الذهني، للمحكم، وفقاً لقضاء محكمة استئناف باريس، جوهر الوظيفة القضائية التي يضطلع بها المحكم، وهي وظيفة تقتضي أن يتمتع المحكم، منذ لحظة تعيينه، بما يجب أن يتمتع به قضاة الدولة من استقلال وهم بصدد ممارسة مهام وظيفتهم(٧٠).

ويعبر عن الاستقلال الذهني للمحكم بشرط الحياد، وهو شرط يقضي ليس فقط بوجوب تحقيق استقلال المحكم في مواجهة أطراف اتفاق التحكيم بل يستوجب كذلك أن يتمتع بالحياد، وهو ما يجعله يتصرف بموضوعية، ويعد الحياد حالة تتولد في ذهن المحكم، وهي لا تخرج بهذا المفهوم عن سمة شخصية تظل كامنة في النفس يصعب الكشف عنها إلا من خلال تفحص بعض العناصر الموضوعية التي تستشف من تصرفات المحكم أثناء سير خصومة التحكيم(٧١).

فمن المتصور أن يتصرف المحكم بصورة لا تمثل خروجاً على حقوق الدفاع، ولكن قد يتسم تصرفه بعدم الموضوعية في مواجهة أحد الأطراف، فهل يمكن أن يترتب على هذا المسلك بطلان حكم التحكيم؟ يوجد في الحقيقة علاقة بين حياد المحكم ومبدأ المساواة بين أطراف اتفاق التحكيم(٧٢)، ويستشف من ذلك أن تصرفات المحكم التي تتسم بالعدائية في مواجهة أحد الأطراف تمثل خروجاً على مبدأ المساواة الذي نحن بصدده، ومن ثم تؤثر سلباً على حياد المحكم، الأمر الذي قد يؤدي في نهاية المطاف إلى بطلان حكم التحكيم.

ويقع على عاتق القضاء، الذي يعهد إليه بأمر مراقبة حكم التحكيم، مهمة تقدير ما إذا كان المحكم يتمتع بالاستقلال والحياد من عدمه، ويستطيع القاضي وهو بصدد التأكد من مدى استقلال وحياد المحكم، أن يبحث كافة التصرفات التي تنبئ عن تولد شكوك معقولة في ذهن أحد الأطرف، تجعله يعتقد بعدم حياد المحكم، وتلتزم المحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم بإجابة طلب المدعي إذا تبين لها أن مسلك

(٦٩) Cass. 1re civ., 13 avr. 1972, Rev. arb. 1975, p. 235, note E. Loquin.

(٧٠) CA Paris, 23 févr. 1999, RTD com. 1999, p. 371, obs. E. Loquin.

(٧١) Eric Loquin, Arbitrage: l'arbitre, Conditions d'exercice, Statut, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1015.

(٧٢) E. Loquin,? la recherche du principe d'égalité dans l'arbitrage commercial international, Cah. arbitrage 2008, nº 2, p. 5 à 20.

المحكم أو محكمة التحكيم يمثل خروجاً على مبدأ المساواة الواجب مراعاته بين الأطراف، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في غير مرة[٧٣].

ب – العدد الذي تشكل منه المحكمة

تشكل محكمة التحكيم وفقاً لما ورد النص عليه في المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨–٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، من محكم واحد أو أكثر، ويجب في حالة تعدد المحكمين أن يكون العدد وتراً[٧٤]. وهو نفس المسلك الذي أكد عليه المشرع المصري حيث تنص المادة ١٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على:"١– تشكل محكمة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. ٢– إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً".

ويعد هذا النص القانوني نصاً آمراً، ومن ثم لا يجوز بأي حال من الأحوال لأطراف اتفاق التحكيم مخالفة الحكم الوارد به، وإلا كان التحكيم باطلاً، ويترتب على ثبوت الصفة الآمرة للنص القانوني الذي يشترط أن يكون تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد[٧٥] أو أكثر شريطة أن يكون عددهم وتراً، أنه لا يجوز لطرفي اتفاق التحكيم الاقتصار على تعيين محكم لكل طرف ويعهد لهما بمهمة الفصل في النزاع.

وإذا كان القانون المصري قد قرر بطلان التحكيم في حالة صدور الحكم من محكمة ذات تشكيل زوجي، فإن القانون الفرنسي، وإن استوجب ضرورة أن تشكل محكمة التحكيم من عدد فردي، إلا أنه أجاز تصحيح تشكيل المحكمة بما يجعلها لا تخرج على هذا الحكم، وذلك في حالة ما إذا شكلت بمعرفة الأفراد تشكيلاً يتعارض مع قاعدة الفردية، فوفقاً لما ورد عليه النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٥١ من تقنين الإجراءات المدنية يجب تعيين محكم جديد في الحالة التي يقتصر فيها مسلك

(٧٣) La Cour de cassation a jugé "qu'il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l'essence de la fonction juridictionnelle". Cass. 1re civ., 16 mars 1999: D. 1999, p. 498, note P. Courbe.

(٧٤) وذلك وفقاً لما ورد عليه النص في الفقرة الأولى من المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية.

(٧٥) V. M. Armand-Prévost, L'arbitre unique, mythe ou réalité?, Cah. arb. 2006, vol. 3, p. 61.

الأطراف على تشكيل المحكمة من عدد زوجى(٧٦). ويتم تعيين المحكم في هذه الحالة بمعرفة أطراف اتفاق التحكيم أو بمعرفة أعضاء محكمة التحكيم المعينين من قبل الأطراف، ويتولى رئيس المحكمة الابتدائية القيام بهذه المهمة، وذلك في حالة عدم تمكن الأطراف أو محكمة التحكيم من القيام بذلك؛ بغية تجنب بطلان حكم التحكيم في حالة صدوره عن محكمة ذات تشكيل زوجي(٧٧).

ويكمن الهدف الأساسي من وراء اشتراط تشكيل محكمة التحكيم في حالة تعدد المحكمين بعدد فردي في الرغبة في الحصول على الأغلبية عند التصويت على الحكم(٧٨)، الأمر الذي يترتب عليه تفادي عرقلة صدور الحكم عند تساوي الأصوات عندما يكون تشكيل محكمة التحكيم زوجياً وليس فردياً، وتعد هذه القاعدة من القواعد المتصلة بالنظام العام(٧٩) ومن ثم لا يجوز للأطراف مخالفتها بأي حال من الأحوال، وإلا فإن قاضي التنفيذ سيرفض وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم باعتباره باطلاً لمخالفته للنظام العام(٨٠).

---

(٧٦) L' (Modifié par dispose que: "Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.
Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.
Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459."

(٧٧) Paris, 13 septembre 1995, D.aff. no 4/1995, p. 89.; Cass. 2e civ., 21 nov. 2002:; Rev. arb. 2003, p. 1356, obs. Jaeger; RTD com. 2003, p. 62, obs. E. Loquin. CA Paris, 29 avr. 2003: Cah. arb. 2004, vol. 2, p. 325.

(٧٨) "Cette règle se justifie par un souci d'efficacitéÁ L'imparité permet de dégager des majorités en cas de désaccord entre arbitres. Elle est aussi le signe du caractère juridictionnel de l'arbitrage. Les arbitres sont des juges qui rendent une décision et non pas les représentants des parties. La règle de l'imparité fait cependant l'objet d'une application souple". Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.

(٧٩) V. Cass 2ème civ, 21 novembre 2002, Bull. civ. II, no 265; JCP. 2003, I, 164, no 4, obs. Ortscheidt; Petites affiches 2003, no 233, p. 18, note J. F. Barbiéri.

(٨٠) Cass, 2ème civ, 21 novembre 2002, Bull. civ. II, no 265.; Cass. 2e civ., 21 nov. 2002:; Rev. arb. 2003, p. 1356, obs. Jaeger; RTD com. 2003, p. 62, obs. E. Loquin. CA Paris, 29 avr. 2003: Cah. arb. 2004, vol. 2, p. 325.; en ce sens, V. Cass. 2e civ., 25 mars 1999: Bull. civ. 1999, II, nº 58; RTD com. 1999, p. 370, obs. E. Loquin. CA Paris, 12 janv. 2005: Les cahiers de l'arbitrage, 2006, vol. 3, p. 350.

وإذا كان بمكنة أطراف اتفاق التحكيم تشكيل محكمة التحكيم تشكيلاً فردياً أو متعدداً، على النحو السابق بيانه، فإن تساؤلاً يثور في هذا الشأن يتعلق بمعرفة أى التشكيلين السابق بيانهما يتلاءم أكثر مع التحكيم الإداري. نرى، رغبة في عدم التكرار، أن نجيب على هذا التساؤل ونحن بصدد الحديث عن الدور الذي تلعبه إرادة أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل المحكمة.

المطلب الثاني
الدور الذي تلعبه الإرادة في تشكيل محكمة التحكيم

تلعب إرادة أطراف اتفاق التحكيم دوراً محورياً في تشكيل محكمة التحكيم(٨١)، وهو دور حرصت كافة تشريعات التحكيم في الدول المختلفة(٨٢)، وكذا لوائح مراكز التحكيم على التأكيد عليه.

فمن جانبه أكد المشرع المصري على الدور الجوهري الذي تلعبه إرادة الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، إذ نص في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضرورة أن تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين.

وقد يتم تشكيل محكمة التحكيم بطريقة مباشرة؛ ويتحقق ذلك عندما لا يقتصر اتفاق الأطراف على تجسيد مبدأ التحكيم، وإنما يتم تعيين المحكم أو المحكمين الذي يتولى أو الذين يتولون، مهمة الفصل في النزاع.

ويخضع تشكيل محكمة التحكيم لمبدأ هام يقضي بوجوب مراعاة قاعدة المساواة بين أطراف اتفاق التحكيم، بحيث يتمتع كل طرف بنفس الحق الذي يثبت للطرف الآخر في اختيار أعضاء محكمة التحكيم. ولقد حرصت محكمة النقض الفرنسية على التأكيد على مبدأ المساواة الذي نحن بصدده في منازعة Dutco بخصوص تحكيم خاضع للائحة غرفة التجارة الدولية، حيث أعلنت بوضوح لا يشوبه لبس أن أطراف اتفاق التحكيم يتمتعون على قدم المساواة بالحق في اختيار أعضاء محكمة التحكيم، ولم يقتصر مسلك المحكمة على التأكيد على قاعدة المساواة التي

---

(٨١) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, nº 610, p. 387.

(٨٢) وهو ما يستفاد من نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الخاصة بالتحكيم والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١ وهو ما يستفاد أيضا من الصياغة القديمة لنص المادة ١٤٥٥ قبل التعديل والتي كانت تنص على ما يلي:
"Lorsqu'une personne physique ou morale est chargée d'organiser l'arbitrage, la mission d'arbitrage est confiée à un ou plusieurs arbitres acceptés par toutes les parties.? défaut d'acceptation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage invite chaque partie à désigner un arbitre et procède, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre nécessaire pour compléter le tribunal arbitral. Faute pour les parties de désigner un arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage".

نحن بصددها، وإنما أكدت كذلك على أنها تعد قاعدة من القواعد التي يتشكل منها النظام العام(٨٣).

ولا يمثل خروجاً على مبدأ المساواة أن يعهد بأمر تشكيل محكمة التحكيم لجهة أخرى غير أطراف النزاع، كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم المؤسسي؛ حيث يقف الأطراف على قدم المساواة في عدم اشتراكهم في اختيار أعضاء هيئة التحكيم، إذ يقتصر دورهم على تفويض الجهة التي تتولى تنظيم التحكيم بالقيام بمهمة اختيار المحكمين نيابة عنهم، وبهذا المفهوم لن يتمتع أى طرف بميزة عن غيره في شأن تشكيل محكمة التحكيم(٨٤).

وإذا كان الأطراف يتمتعون بحرية كاملة في تشكيل محكمة التحكيم فإن عليهم مراعاة قاعدة الفردية التي سبقت الإشارة إليها، وهو ما يعني تمتع الأطراف بحرية تشكيل المحكمة من محكم أو أكثر، بيد أنهم ملتزمون في حالة تعدد المحكمين بأن يكون العدد فردياً.

ولعل تجسيد تشريعات التحكيم لحرية الأطراف في الخيار بين تشكيل المحكمة من محكم أو أكثر تجعلنا نتساءل، عن العيوب والمزايا التي قد تترتب على التشكيل الأوحد لمحكمة التحكيم والتي قد تجعل أطراف اتفاق التحكيم يفضلونه أو على العكس يستبعدونه.

وتكمن الميزة الأساسية التي قد تدفع الأطراف إلى ترجيح تشكيل المحكمة من محكم واحد في تحقيق هذا التشكيل لعدالة سريعة(٨٥) وغير مكلفة؛ حيث إنه يتلافى بعض العقبات التي ترتبط بالتشكيل المتعدد للمحكمة، خاصة في مجال تنظيم مواعيد التقاء المحكمين، وهو أمر قد يتسم بالصعوبة لاسيما في الحالة التي يكون فيها هؤلاء من دول مختلفة، وحتى في الفرض الذي يكون فيه المحكمون من رعايا دولة مقر

(٨٣) Cass. 1re civ., 7 janv. 1992: Rev. arb. 1992, p. 470, note P. Bellet; JDI 1992, p. 707, note Ch. Jarrosson: ''le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public, qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige''.

(٨٤) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; V. aussi CA Paris, 8 sept. 2005: Rev. arb. 2005, p. 1022, note L. Franc-Menget.

(٨٥) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.

محكمة التحكيم، فمن المتصور أن يعيش كل منهم في مدينة تبتعد عن تلك التي يقطنها المحكمون الآخرون(٨٦).

ويزداد الأمر تعقيداً عندما يثير أحد الأطراف بعض المسائل الأولية الواجب الفصل فيها على وجه السرعة كي تتمكن محكمة التحكيم من الفصل في النزاع، وهو أمر يسهل تحقيقه في حالة تشكيل المحكمة من محكم واحد بدلاً من محكمين متعددين؛ إذ يلزم في هذه الحالة دعوة هؤلاء للالتقاء في أقرب وقت ممكن لبحث هذه المسائل الأولية، وقد لا يكون من الميسور تجمعهم في الوقت المطلوب نظراً لانشغال البعض منهم بأعمال أخرى، أو قد يحول بعد المسافة بينهم في سرعة لقائهم.

ولا يخفى أن العدالة السريعة ليست هدفاً في حد ذاته، بل إن الهدف الحقيقي يكمن في تحقيق عدالة سريعة وجيدة في الوقت نفسه، وهو أمر يصعب الجزم بتحقيقه في الوضع الذي تشكل فيه محكمة التحكيم من محكم واحد؛ ونتساءل ألم نستمع إلى هذه المقولة : "قاضي واحد، قاضي واحد" وهي عبارة، عادة ما يتفوه بها المتقاضون أمام قضاء الدولة، عندما يتبادر إلى علمهم أن منازعتهم سيتم الفصل فيها بمعرفة قاض واحد، ألم يتبادر إلى أذهاننا أن هذا الوضع يتحقق من باب أولى عندما تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد.

بل قد تزداد هذه النظرة المريبة في مجال التحكيم الذي يستبعد فيه أوجه الطعن المختلفة المعمول بها أمام قضاء الدولة باعتبار أن ميزته الأساسية تتمثل في سرعة الفصل في النزاع، وهو السبب الذي من أجله تحرص غالبية تشريعات التحكيم على حظر الطعن في أحكام التحكيم.

وبعبارة أخرى، يمكن القول بأنه وإن كان قضاء الدولة يجسد مبدأ التقاضي على درجتين، وهو مبدأ يضع ضمانة هامة تهدف إلى تحقيق عدالة جيدة تعتمد على دراسة المشكلات التي تثيرها الدعوى دراسة متعددة، وفي مراحل مختلفة، إلا أن ذلك لم يمنع المتقاضين من استنكار الفصل في دعواهم بمعرفة قاض منفرد، على الرغم من حقهم في الطعن على الحكم أمام محكمة أعلى وبتشكيل متعدد، فما بالك عندما يفصل في دعوى التحكيم بمعرفة محكم وحيد ولا يجوز الطعن على حكمه وفقاً لأوجه الطعن العادية المعمول بها أمام قضاء الدولة.

---

(٨٦) د. حمدي على عمر المرجع السابق، ص ٢٦؛ انظر كذلك:
Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, pp. 177 et s.

وقد يعتقد البعض أن هذا العيب يمكن تلافيه خاصة وأن أطراف الاتفاق عادة ما يشرعون في تعيين محكم عالم بكافة جوانب النزاع ويتمتع بسمعة طيبة وخبرة عريقة في هذا المجال، الأمر الذي يجعله يحكم بعيداً عن أي اعتبارات شخصية، ويجعل الأطراف يثقون في حكمه ويخضعون له، بيد أن هذا الرأي يغفل معلومة هامة وهي أن أطراف اتفاق التحكيم يحرصون على اختيار محكم معروف بنزاهته وعالماً بفنيات النزاع إلا أنه قد لا يكون على دراية كافية بالإجراءات القانونية الواجب مراعاتها وهو ما قد يؤثر تأثيراً سلبياً على عمل المحكمة(٨٧).

وقد يرى البعض أن هناك ميزة تترتب على التشكيل الأوحد لمحكمة التحكيم تتمثل في استبعاد شبهة محاباة أحد الأطراف؛ باعتبار أن تعيين المحكم قد يتم باتفاق طرفي اتفاق التحكيم، الأمر الذي يؤدي إلى تعضيد حقيقة أن المحكم ليس وكيلاً عن الطرف الذي قام بتعيينه، وإنما هو قاض يمارس وظيفة قضائية بالمعنى الفني للكلمة، ومن ثم يلزم، أن يتمتع بالاستقلال الذي يجعله يحكم بموضوعية بعيداً عن أي اعتبارات شخصية.

كما يعتقد البعض(٨٨) أن تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد يؤدي إلى تعضيد لغة الحوار المباشر بين المحكم وأطراف النزاع، بحيث يمكن القول بأن الدور الذي يضطلع به في مرحلة تحضير الدعوى يتشابه مع دور القاضي الذي يتولى مهمة المقرر في الدعوى التي تنظرها محكمة من محاكم الدولة تصدر أحكامها عن طريق هيئة حكم. إذ يتولى المحكم بنفسه مهمة التحضير، وهو في سبيل ذلك يتفحص المستندات والوثائق والمذكرات التي يتقدم بها الأطراف، ويتولى سماع شهود كل طرف والاستفسار عن كل ما من شأنه إجلاء الغموض الذي يكتنف النزاع، ويؤدي كل ذلك في النهاية إلى وقوف المحكم على كافة جوانب النزاع، الأمر الذي يجعله يصدر حكمه بطريقة واضحة دون أن يشوبه أي غموض أو لبس.

بيد أن هناك حججاً أخرى قد تؤدي إلى ترجيح خيار تشكيل محكمة التحكيم من عدد من المحكمين، نذكر منها، أن التشكيل المتعدد يؤدي في الواقع إلى مزج العديد من الخبرات المطلوبة، بحيث يمكن اختيار محكم عالم بفنيات النزاع عندما

---

(٨٧) Michel Armand-Frévost; L'arbitre unique, Mythe ou réalité? Gazette du Palais, 10-13 novembre 2004, p.27.

(٨٨) Ibid., p. 30.

تقتضي طبيعة النزاع ذلك، دون إغفال بعض الجوانب الأخرى الواجب مراعاتها كالجانب القانوني على سبيل المثال(٨٩).

يضاف إلى ما تقدم أن تشكيل محكمة التحكيم من محكمين عدة يترتب عليه تعدد وجهات النظر التي تتولى فحص النزاع وهو يثير لغة من الحوار بين أعضاء المحكمة، حيث يتولى كل منهم أثناء اجتماعهم أو أثناء مداولاتهم عرض وجهة نظره عن النزاع مبيناً الحجج التي يستند عليها، في حين يتولى من يعارض وجهة النظر هذه بيان ما يراه في هذا الشأن، وقد يدلل وهو في سبيل ذلك على عدم صحة وجهة نظر المحكم الآخر، وقد ينتهي الأمر إما باقتناع الجميع أو الأغلبية بوجهة نظر معينة، وفي كلتا الحالتين يصدر الحكم عن هيئة المحكمة بعد دراسة مستفيضة لكافة الجوانب التي يثيرها النزاع، ويؤدي ذلك في النهاية إلى تلافي الحرج الذي قد يستشعره المحكم المنفرد خاصة عندما يفصل في نزاع على قدر عظيم من الأهمية؛ حيث يصدر الحكم في نهاية المطاف عن هيئة المحكمة وليس عن محكم بعينه.

ولكن التساؤل الذي يفرض نفسه يتمثل في معرفة أي من التشكيلين الأوحد أو المتعدد لمحكمة التحكيم يتلاءم أكثر مع التحكيم في القانون الإداري.

ننوه بداية إلى أن ليس هناك ما يمنع من الأخذ بنظام التشكيل الموحد أو المتعدد لمحكمة التحكيم في مجال التحكيم الإداري، بيد أن ذلك لا يمنعنا من التقرير، كما يرى البعض(٩٠)، بأن تشكيل محكمة التحكيم من هيئة قد يتلاءم أكثر مع جوهر القانون الإداري.

فعلى الرغم من التعديل الذي جاء به القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر في ٨ فبراير عام ١٩٩٥ في فرنسا، والذي يسمح بأن تصدر الأحكام في بعض المنازعات الإدارية البسيطة بمعرفة قاض منفرد، إلا أن السمة الغالبة في نطاق القضاء الإداري الفرنسي، وكذلك القضاء الإداري المصري، أن تصدر الأحكام عن هيئة حكم وليس عن قاض منفرد، لذا فإن التشكيل المتعدد لمحكمة التحكيم قد يكون الأكثر ملاءمة لهذا الوضع.

يضاف إلى ما تقدم اعتبار عملي يستمد من الطريقة التي تشكل منها محكمة

---

(٨٩) Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, p. 178.

(٩٠) Ibid, p. 179.

انظر كذلك: د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص ٢٨.

التحكيم، فمن المعروف أن تشكيل محكمة التحكيم يعتمد في حقيقة الأمر على إرادة الأطراف، حيث جرت العادة في حالة التشكيل المتعدد لمحكمة التحكيم على أن يعين كل طرف أحد المحكمين، ثم يقوم هذان المحكمان باختيار المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة المحكمة، وتسمح هذه الطريقة للإدارة أن تختار محكمها من بين الأشخاص ذوي الخبرة في مجال القانون العام، بحيث يتمتع بثقافة واسعة في هذا المجال، تجعله يدرك تماماً ضرورة الحفاظ على ذاتية القانون الإداري، ويتولى من ثم إقناع بقية أعضاء هيئة المحكمة بضرورة مراعاة الحفاظ على المصلحة العامة، وبالتالي تستشعر الإدارة أنه على الرغم من قبولها الاحتكام إلى قاض آخر غير قاضيها الطبيعي إلا أن ذلك لا يحول دون مراعاة المصلحة العامة، على الأقل من خلال تعيينها لمحكم يؤمن بسمو هذه المصلحة، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى جعل الإدارة تقبل اللجوء إلى التحكيم لحسم بعض المنازعات التي تكون طرفاً فيها دون خشية أو تردد.

وإذا كان بمكنة أطراف اتفاق التحكيم تعيين المحكميين بأنفسهم وهو ما نطلق عليه التشكيل المباشر لمحكمة التحكيم، كما سبق وأشرنا، فإن بإمكانهم أن يعينوا المحكمين بطريقة غير مباشرة، ويتحقق ذلك عندما يعهد الأطراف لطرف ثالث، قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، عادة ما يكون في هذه الحالة أحد مراكز التحكيم، بمهمة تنظيم التحكيم، ويتم ذلك بعقد يبرم بين أطراف اتفاق التحكيم وبين مركز التحكيم، يلتزم بمقتضاه المركز بتنظيم خصومة التحكيم، ويترتب على عدم قيام المركز بالمهمة المكلف بها أو في حالة القيام بها على وجه غير مرضٍ ثبوت مسئوليته عن هذا الخلل(٩١).

ويتم التعيين غير المباشر للمحكمين وفقاً لما تقضي به المادة ١٤٥٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١ حسب أنماط عدة محتملة؛ فقد يتولى من يعهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم تعيين المحكمين، ويجب في هذه الحالة أن يحوز هذا التعيين على موافقة الأطراف(٩٢).

---

(٩١) V. Paris, 15 septembre 1998, Rev. arb. 1999, p.103, note Lalive;. RGDP 1999, p.405, obs. Rivier; Cass., 1er civ., 20 février 2001, Bull.civ.1, no 39; Gaz.pal.12-13 décembre 2001, p.29, obs. Niboyet, Rev.arb.2001, p.511, obs. Clay; Rev. critique DIP 2002, p. 124, obs. Séraglini.

(٩٢) L'article 1452 (Modifié par dispose que: "En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres:
1º En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser =

وفي حالة عدم موافقة الأطراف على التشكيل المقترح من جانب من عهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم، فإن هذا الأخير قد يدعو كل طرف لأن يعين محكماً ثم يتولى هو تعيين المحكم الثالث لإتمام تشكيل المحكمة، كما قد يتولى في حالة عدم قيام أحد الأطراف بتعيين محكمه، مهمة تعيين محكم نيابة عنه، ويستطيع من يعهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم أن يشرع في تعيين كافة أعضاء محكمة التحكيم وذلك في حالة عدم قيام الطرفين بتعيين المحكم الخاص بكل منهما.

وفي جميع الأحوال يمكن أن يقترح من عهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم أن تتولى هيئة المحكمين وضع مشروع لحكم النزاع، ولا يعد هذا المشروع حكماً إلا إذا وافق عليه الأطراف، وفي حالة اعتراض أحد الأطراف عليه فإن المنازعة سيفصل فيها في هذه الحالة بمعرفة محكمة أخرى، يتولى من عهد إليه بتنظيم التحكيم تعيين أعضائها، مع مراعاة ألا يكون من بينهم أحد أعضاء هيئة الحكم الأولى التي سبق وأن اقترحت مشروع الحكم الذي لم يحز قبول أحد الأطراف، مع الأخذ في الاعتبار أن بمكنة كل طرف أن يستبدل بأحد المحكمين محكماً آخر.

وننوه إلى أن هذه الإمكانية المعمول بها من جانب بعض مراكز التحكيم لا تعني أن المشرع الفرنسي عندما سمح بها يكون قد جسد مبدأ التقاضي على درجتين المعمول به أمام القضاء، بل تعضد في الحقيقة مبدأ حرية أطراف اتفاق التحكيم في اختيار التنظيم الأكثر قبولاً من جانبهم(٩٣).

يبقى لنا بعد أن عرضنا للدور الذي تضطلع به إرادة أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل المحكمة، أن نعرض للدور الذي قد يقوم به قضاء الدولة في هذا الشأن وهو ما سنعرض له بقدر من التفصيل.

= l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui;

2º En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation".

(٩٣) Cass. 1er civ., 20 fevrier 2001, Bull. civ. 1 no 39.

المطلب الثالث
الاختصاص الاستثنائي للقضاء بتشكيل محكمة التحكيم

ينعقد الاختصاص الأصيل لأطراف اتفاق التحكيم بتشكيل محكمة التحكيم(٩٤) وفقاً للنمط الذي يتفقون عليه، تشكيلاً مباشرًا أو غير مباشر، وهو اختصاص ينعقد لهم على قدم المساواة، حيث يتولى كل طرف تعيين أحد المحكمين على أن يختار هؤلاء المحكم الثالث وذلك على التفصيل السابق بيانه.

ولكن أياً كانت القواعد التي توضع في هذا الشأن، وأياً كانت درجة إحكامها، فإن وضعها موضع التنفيذ يتوقف بالدرجة الأولى على التعاون المتبادل من جانب الأطراف، فقد يحدث لسبب أو لآخر أن يتقاعس أحد الأطراف عن القيام بتعيين محكمه، وهنا لا نجد بداً من البحث عن سلطة تتولى تقديم يد العون لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، وتتمثل هذه السلطة في قضاء الدولة ذاته حيث يسمح له، بالتدخل(٩٥)، عندما تقتضي الضرورة ذلك(٩٦) للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم(٩٧).

وتظهر النصوص القانونية التي تتولى تنظيم تشكيل محاكم التحكيم أن اختصاص قضاء الدولة في هذا الشأن يعد اختصاصاً استثنائياً، بمعنى أنه لا ينعقد إلا في ضوء توافر العديد من الشروط التي يلزم توافرها، بحيث يمكن القول أنه لولا تحقق هذه الشروط لما انعقد الاختصاص باستكمال تشكيل محكمة التحكيم لقضاء الدولة، ومن ثم ثبوت مشروعية الإجراءات الصادرة عنه في هذا الشأن، ولكن ماهي هذه الشروط ؟ (أ). ومن هو القاضي الذي يعهد له بهذه المهمة؟ وإذا كانت هذه النصوص تعقد الاختصاص في هذا الشأن للقاضي الذي يتبع نظام القانون الخاص فهل يظل محتفظاً بهذا الاختصاص عندما نكون بصدد تحكيم إداري أم يتولى قاضي القانون العام هذه المهمة (ب).

---

(٩٤) Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.

(٩٥) Ph. Fouchard, La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage: Rev. arb. 1985, p. 5. D. Hascher, Le juge d'appui in Médiation et arbitrage, p. 243.

(٩٦) TGI Paris, Ord. référé, 21 mars 1984: Rev. arb. 1985, p. 94. TGI Paris, Ord. référé, 18 janv. 1991: Rev. arb. 1996, p. 503, 1re esp., note Ph. Fouchard.

(٩٧) د. آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي، الفرنسي والإيطالي، منشأة المعارف بالإسكندرية، سلسلة الكتب القانونية (ب. ت).

أ – شروط اختصاص القضاء بالمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم:

تتنوع شروط اختصاص القضاء بالمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم، ويمكن حصرها في: وجود اتفاق تحكيم (١) حدوث نزاع بين أطرافه (٢) أن ينص القانون على هذا الاختصاص (٣) وألا يعد تدخل القضاء خروجاً على اتفاق التحكيم (٤).

١ – وجود اتفاق تحكيم:

يلزم بداية لكي ينعقد الاختصاص لقضاء الدولة للتدخل وإتمام تشكيل محكمة التحكيم أن نكون بصدد اتفاق تحكيم أياً كانت الصورة التي تجسده، شرط أم مشارطة[٩٨]. وهو شرط منطقي؛ حيث يؤدي إلى عدم السماح لأحد أطراف اتفاق التحكيم بوضع نهاية لهذا الاتفاق بقرار منفرد منه وذلك بامتناعه عن تعيين محكمه. ولقد ورد النص القانوني الذي يعطي هذا الاختصاص الاستثنائي لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس[٩٩]، كمبدأ عام، ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولكنه يندرج ضمن الجزء المتعلق بالتحكيم، كما أن المادة ١٤٦٠[١٠٠] التي تتضمن النص على إجراءات التدخل في هذا الشأن تندرج بدورها في الفصل المتعلق بالقواعد المشتركة التي تطبق على صورتي اتفاق التحكيم.

ولا ينعقد الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية في هذا الشأن إلا لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، وهو شرط أكد عليه القضاء الفرنسي غير مرة؛ فلقد قضت المحكمة الابتدائية بباريس بأن اختصاص رئيسها الوارد النص عليه في المادة ١٤٤٤[١٠١] من قانون الإجراءات المدنية لا ينعقد له إلا إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم،

---

(٩٨) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international: Litec, 1996, nº 860, p. 513.

(٩٩) وهو نص المادة ١٤٥٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١.

(١٠٠) L' (Modifié par dispose que: "Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres.
La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé".
Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455".

(١٠١) ينعقد هذا الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس أو لرئيس المحكمة التجارية وفقا لما ورد النص عليه في المادة رقم ١٤٥٩ المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١.

وينحصر تدخله في اتخاذ الإجراءات التي من شأنها وضع هذا الاتفاق موضع التنفيذ وذلك بإتمام تشكيل المحكمة(١٠٢).

ويستفاد هذا الشرط أيضاً من نص المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري والتي جسدت في فقرتها الأولى اختصاص أطراف اتفاق التحكيم بتشكيل المحكمة، ثم أضافت بأن هذا الاختصاص لا ينعقد للمحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من ذات القانون إلا في حالة إخفاق الأطراف في ذلك.

ولعل وجود هذا النص ضمن نصوص قانون التحكيم يظهر بوضوح أن تدخل القضاء وفقاً له يقتصر على الوضع الذي نكون فيه بصدد اتفاق تحكيم، ويتمثل الهدف من وراء عقد الاختصاص الاستثنائي للقضاء في هذا الشأن بالرغبة في وضع الاتفاق موضع التنفيذ(١٠٣)، ومن ثم عدم السماح لأحد الأطراف بوضع نهاية لهذا الاتفاق بقرار منفرد منه وذلك بامتناعه عن تعيين محكمه.

ويلتزم القاضي الذي يرفع إليه الأمر وفقاً لنص المادة ١٤٥٩من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، أو وفقاً لنص المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري بأن يتحقق من وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف، وألا يكون هذا الاتفاق ظاهر البطلان، وينبغي على القاضي أن يمتنع عن إجابة الطلب والحكم بعدم اختصاصه إذا تبين له أن الاتفاق يتعلق بمجال آخر غير التحكيم(١٠٤).

ولا يكفي لقيام قاضي الدولة بتقديم يد العون لقضاء التحكيم، أن يتحقق الشرط السابق بل يلزم علاوة على ذلك نشوء خلاف بين أطراف الاتفاق، وهو ما سنعرض له بقدر من التفصيل.

٢ - نشوء منازعة بين الأطراف:

يلزم علاوة على وجود اتفاق تحكيم أن توجد منازعة بين أطراف اتفاق التحكيم. ويستفاد هذا الشرط من النص القديم للمادة ١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية

(١٠٢) TGI Paris, S, mars 1984, Rev. arb., 1984, p.379; Oppetit; Arbitrage, médiation et conciliation, Rev. arb., 1984, p. 307.

(١٠٣) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international: Litec, 1996, nº 860, p. 513.

(١٠٤) TGI Paris, ord. de réf., 25 octobre 1983, Rev. arb., 1984, p. 372, et La note de Moreau, Rev. arb., 1983, p.479; Ord. du président du TGI Paris, 22 avril 1983, p. 479, note Moreau.

الفرنسي حيث بدأت صياغتها بالعبارة التالية: "إذا نشأ نزاع، وحالت عقبة دون تشكيل محكمة التحكيم...". ويجب ألا يُفسَّر مصطلح نزاع تفسيراً ضيقاً بل ينبغي أن يفسر بطريقة مرنة بحيث تسمح بثبوت الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس متى تعارضت وجهات نظر الأطراف بخصوص مسألة ما وأراد أحدهما وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ وحال تقاعس الطرف الآخر عن تعيين محكمه دون تشكيل المحكمة(١٠٥)، فهنا يستطيع القاضي بناءً على طلب الطرف الآخر التدخل لإتمام تشكيل المحكمة(١٠٦).

٣ – أن ينص القانون على اختصاص القضاء للتدخل لإتمام تشكيل محكمة التحكيم:

وهذا شرط بديهي إذ يعد اختصاص القضاء في هذا الشأن استثناءً يرد على القاعدة العامة التي تعقد هذا الاختصاص الأصيل لأطراف اتفاق التحكيم، ولما كان اختصاص القضاء في هذا الشأن يمثل خروجاً على الأصل فإن مشروعيته تقتضي ضرورة النص عليه قانوناً تطبيقاً لقاعدة لا استثناء دون نص، وهو ما أكدت عليه المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري عندما بينت أن اختصاص المحكمة المنصوص عليه في المادة ٩ من هذا القانون لا ينعقد إلا عندما نكون بصدد حالة من الحالات التالية:

أ – وتتمثل الحالة الأولى في الوضع الذي يتفق الأطراف على أن تشكل المحكمة من محكم واحد ويخفق الأطراف في تعيين هذا المحكم، ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للقضاء بتعيين المحكم، ويتم ذلك بناءً على طلب أحد الأطراف أو كليهما(١٠٧).

ب – وتتمثل الحالة الثانية في الوضع الذي يتفق فيه أطراف اتفاق التحكيم على أن تشكل المحكمة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف واحداً منهم، على أن يتولى المحكمان تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الأطراف محكمه خلال ٣٠ يوماً

---

(١٠٥) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; TGI Paris, Ord. référé, 21 mars 1984, Rev. arb. 1985, p. 94. TGI Paris, Ord. référé, 18 janv. 1991, Rev. arb. 1996, p. 503, 1re esp., note Ph. Fouchard.

(١٠٦) TGI Paris, ord.de réf., 16 janvier 1985, Rev. arb., 1985, p. 97; TGI Paris, ord. de réf., 8 février 1985, Rev. arb., 1985, p. 99.

(١٠٧) المادة ١٧/١/ أ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

من تاريخ تسلمه طلب بذلك من الطرف الآخر، أو لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم الثالث في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين ثانيهما، ينعقد الاختصاص للمحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من قانون التحكيم بتعيين محكم الطرف الذي تقاعس عن التعيين أو بتعيين المحكم الثالث الذي أخفق المحكمان في اختياره(١٠٨).

جـ - وتتمثل الحالة الثالثة في الفرض الذي يتفق فيه الأطراف على وجوب اتباع إجراءات معينة عند تعيين المحكمين ولم يتبع أحدهما هذه الإجراءات، وكذلك الوضع الذي لا يتفق فيه المحكمان على أمر يلزم اتفاقهم عليه، أو إذا تقاعس الغير عن القيام بما عهد إليه القيام به في هذا الخصوص، ففي هذه الفروض تتولى المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من قانون التحكيم القيام بالعمل أو الإجراء المطلوب ما لم يتضمن اتفاق التحكيم النص على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل(١٠٩).

٤ - احترام اتفاق التحكيم:

ويشترط أخيراً ضرورة ألا يمثل تدخل القضاء انتهاكاً لاتفاق التحكيم، وهو شرط يستفاد من عجز المادة ٢/١٧ التي أشارت إلى اختصاص القضاء بالقيام بالإجراء أو العمل المطلوب شريطة ألا يتضمن اتفاق التحكيم النص على كيفية أخرى لإتمام العمل أو الإجراء المطلوب، ويستنتج من هذا أن النص القانوني الذي نحن بصدده والذي يعهد بالاختصاص إلى قضاء الدولة، يعد في حقيقة الأمر نصاً مكملاً ولا يطبق من ثم إلا إذا لم يتفق الأطراف على خلافه، فإذا اتفق الأطراف على آلية معينة يتم بمقتضاها تشكيل محكمة التحكيم في حالة عدم تمكنها من ذلك وجب احترام إرادتهما ويمتنع على القضاء التدخل في هذا الشأن حيث يعد تدخله انتهاكاً لاتفاق التحكيم.

ويحرص القضاء الفرنسي على احترام هذا الشرط حيث يرفض التدخل في شأن تشكيل محكمة التحكيم عندما يتبين له أن الأطراف قد عهدوا بهذه المهمة إلى أحد مراكز التحكيم.

ويعد هذا المسلك منطقياً حيث لا ينعقد الاختصاص الاستثنائي لقضاء الدولة في هذا الخصوص إلا من أجل المساعدة في وضع اتفاق التحكيم موضع

(١٠٨) المادة ١٧/١/ ب من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
(١٠٩) المادة رقم٢/١٧ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

التنفيذ[١١٠]، وبالتالي إذا تضمن الاتفاق ما يفيد عقد هذا الاختصاص إلى الغير وجب احترام ذلك.

وهو ما أكد عليه رئيس المحكمة الابتدائية بباريس في قراره الصادر في ٢١ مارس عام ١٩٨٤ حيث أشار إلى ضرورة احترام الشرط الذي يحول دون عقد الاختصاص الاستثنائي له في شأن تشكيل المحكمة والوارد النص عليه في المادة ١٤٥٥[١١١] والذي يقضي بوجوب ألا يمثل تدخل القضاء بخصوص إتمام تعيين المحكمين خروجاً على اتفاق التحكيم، فلقد تبين له عند دراسة ملف النزاع أن أطراف اتفاق التحكيم قد اتفقا على أن تشكل المحكمة من محكمين اثنين يتولى كل منهما تعيين أحدهما، وتضمن الاتفاق النص على أنه في الحالة التي لا يتفق فيها المحكمان فإن تشكيل المحكمة يكتمل بتعيين محكم ثالث يعهد بمهمة تعيينه إلى رئيس نقابة صناعة المعادن، وعندما أخفق المحكمان في الاتفاق على حل للنزاع طلبت شركة Experton من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس تعيين المحكم الثالث محتجة في ذلك بوجود علاقة تربط بين الطرف الثاني ورئيس نقابة صناعة المعادن الذي يعهد اتفاق التحكيم إليه مهمة تعيين المحكم الثالث.

ولقد استندت شركة Experton في طلبها هذا إلى نص المادة ١٤٥٤[١١٢] من قانون الإجراءات المدنية التي تقضي بأنه في حالة تشكيل محكمة التحكيم من أكثر من محكم وجب أن يكون العدد فردياً، ولقد كان بإمكان رئيس المحكمة الابتدائية بباريس تولي مهمة تعيين المحكم الثالث أو دعوة المحكمين لاختياره استناداً إلى أن القاعدة التي استندت إليها الشركة التي رفعت الأمر إليه تعد من النظام العام، بيد أنه قدر أن تدخله في هذا الشأن يمثل انتهاكاً لاتفاق التحكيم الذي عهد بهذا الاختصاص إلى رئيس نقابة صناعة المعادن ومن ثم رفض طلب الشركة.

ولم يغفل رئيس المحكمة الابتدائية بباريس الإشارة في قرار الرفض إلى أنه في حالة وجود نص صريح وواضح يعهد للغير مهمة استكمال تشكيل محكمة التحكيم

---

(١١٠) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international: Litec, 1996, nº 860, p. 513.

(١١١) وذلك قبل أن تعدل فيما بعد بمقتضى المرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في عام ٢٠١١.

(١١٢) ولقد عدلت هذه المادة فيما بعد بمقتضى المرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في عام ٢٠١١ وأصبحت الفقرة الأولى من المادة رقم ١٤٥١ هي التي تجسد الحكم الذي يقضي بوجوب تشكيل محكمة التحكيم تشكيلاً فردياً.

يجب على القضاء احترام هذا النص ومن ثم عدم التدخل في هذا الشأن إذ ليس باستطاعته الخروج على ما اتفق عليه أطراف اتفاق التحكيم(١١٣).

ب – القاضي المختص بتقديم المساعدة لتشكيل محكمة التحكيم

يعهد للقضاء بصفة استثنائية، وفقا لما سبق بيانه، بتقديم المساعدة لتشكيل محكمة التحكيم، وإذا كان هذا الاختصاص ينعقد بالنسبة للتحكيم غير الإداري لقاضى القانون الخاص (١) فهل يحتفظ بهذا الاختصاص عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الإداري (٢).

١ – القاضي المختص في حالة التحكيم غير الإداري:

ينعقد الاختصاص لقاضي القانون الخاص بتقديم المساعدة الفنية في مجال تشكيل محكمة التحكيم متى تحققت شروط ثبوت هذا الاختصاص على نحو ما سبق وعرضنا. ويتضح من نص المادة ١٤٥٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي(١١٤)، المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، أن هذا الاختصاص ينعقد كقاعدة عامة إلى رئيس المحكمة الابتدائية بباريس(١١٥) وتشير

(١١٣) TGI Paris, ard.de réf. 21 mars 1984, Expertion. Revelier C/ Société Aciers d'Allevard, Rev. arb., 1985, p.94, 6e esp.; TGI Paris, ord. de ref., 28 octobre 1983, Rev.d'arb. 1985, pp.151 et s.; Fouchard; La coopération du président du TGI à l'arbitrage, Rev. arb. 1985, p.16; Fouchard; Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique, Rev. arb., 1987, pp 225 et s.

(١١٤) L' (Modifié par dispose que: 'Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance.
Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455".
Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixéÁ En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.

(١١٥) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; TGI Paris, Ord. référé, 21 mars 1984: Rev. arb. 1985, p. 94. TGI Paris, Ord. référé, 18 janv. 1991: Rev. arb. 1996, p. 503, 1re esp., note Ph. Fouchard.; Jacques Béguin, Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique Edition Générale nº 17, 27 Avril 2005, I 134.

الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر أن هذا الاختصاص قد يعهد به إلى رئيس المحكمة التجارية شريطة أن يتضمن اتفاق التحكيم نصاً يقضي بذلك.

أما في مصر فإن قانون التحكيم يعهد بهذا الاختصاص إلى المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ منه، ولقد ميز المشرع المصري في هذا الشأن بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي فعقد الاختصاص في حالة التحكيم الدولي لمحكمة استئناف القاهرة. ويعد النص القانوني الذي يعهد بالاختصاص لهذه المحكمة نصاً مكملاً وليس آمراً، ومن ثم يستطيع الأطراف تضمين اتفاقهم نصاً يقضي بعقد الاختصاص لمحكمة أخرى شريطة أن تكون إحدى محاكم الاستئناف المصرية. أما في حالة التحكيم الداخلي فإن الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية اللازمة لتشكيل محكمة التحكيم يظل معقوداً إلى المحكمة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم.

وإذا كان القاضي الذي يتبع نظام القانون الخاص هو الذي ينعقد له الاختصاص، وفقاً لما تقضي به المادة ١٤٥٩ من قانون الإجراءات المدني الفرنسي والمادة ٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بتقديم يد العون بشأن وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ على التفصيل السابق بيانه، فهل ينعقد له ذات الاختصاص عندما نكون بصدد تحكيم إداري أم على العكس، يعهد بهذه المهمة لنظيره الذي يتبع جهة القضاء الإداري؟ وهو ما سنجيب عليه في الفقرة التالية.

٢ – القاضي المختص في حالة التحكيم الإداري:

عرضنا فيما تقدم للقواعد التي وردت في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذا تلك التي جاء بها قانون التحكيم المصري بخصوص الدور الذي يقوم به القضاء في سبيل وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، ولما كانت هذه النصوص القانونية التي تندرج ضمن قواعد القانون الخاص وضعت في الأساس لتنظيم منازعات يحكمها القانون الخاص كان من الطبيعي، على حد قول الأستاذ[١١٦] Pierre Delvolvé أن تعهد الاختصاص الاستثنائي بالمساعدة في تنفيذ اتفاق التحكيم إلى جهة القضاء العادي كما سبق وأشرنا.

ولكن هل يظل القاضي العادي هو المختص في الوضع الذي نكون فيه بصدد تحكيم إداري أم يختص القاضي الإداري بالقيام بهذا الدور؟

---

(١١٦) Pierre Delvolvé, Communication au Colloque du 17 Septembre 1990, organisé à La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, organisé par L'association français d'arbitrage, publication de L'AFA, P.29.

ننوه، قبل الإجابة عن هذا التساؤل، إلى حداثة العهد بالتحكيم الإداري، إذ لم يسمح به في مصر إلا منذ صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وبعبارة أكثر تحديداً منذ صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والتي أضافت فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم قضت فيها صراحة بجواز التحكيم في العقود الإدارية.

أما في فرنسا فإن المبدأ العام يحظر التحكيم في مجال القانون العام(١١٧) إلا أن هذه القاعدة قد ورد عليها العديد من الاستثناءات(١١٨)، ولعل كثرة هذه الاستثناءات قد أفرغت قاعدة الحظر هذه من مضمونها.

---

(١١٧) Philippe Yolka; Arbitrage des litiges administratifs: un printemps en automne?, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales nº 45, 8 Novembre 2010, 2334.; D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif: Rev. arb. 1990, p. 3. - A. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative: LGDJ, 1997. - Ch. Jarrosson, L'arbitrage en droit public: AJDA 1997, p. 16. - Y. Gaudemet, Arbitrage et droit public: Dr. et patrimoine juin 2002, p. 83.; CE, avis, 6 mars 1986, Eurodisneyland:?tudes et documents du Conseil d'?tat, 1987, p. 178; Rev. arb. 1992, p. 397.; CE, sect. 3 mars 1989: Rec. CE 1989, p. 69, concl. E. Guillaume; AJDA 1989, p. 931, note Dufau; JCP G 1989, II, 21323, note Level; RFD adm. 1989, p. 619, note Pacteau; D. 1990, somm. p. 67, note Terneyre; Rev. arb. 1989, p. 215. V. D. Foussard, Le juge administratif et l'arbitrage: Rev. arb. 1989, p. 167. V. E. Bruce, La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques: Rev. arb. 2006, p. 65, spéc., p. 96.; T. confl., 16 oct. 2006: Cah. arb. 2007, vol. 1, p. 41.; CAA Lyon, 27 déc. 2007:; AJDA 2008, p. 698, obs. C. Vinet. V. aussi; Rapp. sur l'arbitrage, 13 mars 2007: Rev. arb. 2007, p. 651. - D. Labetoulle, L'arbitrage en droit public, Rapp. remis le 27 mars 2007 au Garde des Sceaux: JCP A 2007, 2082.; Benoît Plessix, L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales nº 13, 26 Mars 2007, 2077.

(١١٨) يوجد العديد من الاستثناءات التي وردت على المبدأ القاضي بحظر التحكيم بفرنسا نذكر من بينها قانون ١٧ أبريل عام ١٩٠٦ والذي قرر في مادته رقم ٦٩ مشروعية لجوء الدولة والمحافظات والمدن للتحكيم طبقا للأحكام التي نظمها الكتاب الثالث من تقنين المرافعات المدنية، وذلك لسداد تكاليف ونفقات الأشغال العامة والتوريدات، وهو ما أعيد التأكيد عليه في المادتين ٢٤٧ و ٣٦١ من تقنين الأشغال العامة، فلقد قررت المادة ٢٤٧ أنه طبقا لما تقضي به المادة ٦٩ من قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ يمكن للدولة اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأحكام المنصوص عليها في الباب الرابع من تقنين المرافعات المدنية الجديد؛ وذلك لسداد تكاليف ونفقات الأشغال العامة والتوريدات، ولقد قيدت هذه المادة إمكانية لجوء الدولة للتحكيم بضرورة الحصول على تصريح يصدر من مجلس الوزراء موقع من الوزير المختص ووزير =

وعلى أي حال، فإن ما نود الإشارة إليه هو الأثر المباشر الذي ترتب على حداثة العهد بالتحكيم الإداري وهو غياب فقه قضائي في هذا المجال نقصد بذلك أحكام صادرة عن قاضي القانون العام، خاصة وأن المسلك التشريعي قد اقتصر في مصر على النص على جواز التحكيم في العقود الإدارية دون أن يضع قواعد تنظمه.

وقد يفسر هذا المسلك بأن المشرع أراد من وراء ذلك عدم التمييز بين التحكيم في مجال القانون الخاص والتحكيم الإداري، وهو ما يعني تطبيق الأحكام الواردة في قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على كافة أنواع التحكيم وهو ما يستفاد من نص المادة الأولى من القانون المذكور حيث نصت في فقرتها الأولى على: "مع عدم الإخلال

= المالية معاً، ويوجد استثناء آخر يرد على مبدأ تحريم التحكيم تم النص عليه بمقتضى التعديل التشريعى الذي تم بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ والذي أحال للمادة ٢٠٦٠ من تقنين القانون المدني فقرة ثانية تقضي بإمكانية صدور مرسوم يسمح لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بالاتفاق على ولوج طريق التحكيم لحسم المنازعات التي تكون طرفاً فيها، كما يوجد عدد آخر من الاستثناءات التي وردت في قوانين خاصة يأتي في مقدمتها الاستثناء الوارد النص عليه في المادة ١٩ من قانون ١٥ فبراير عام ١٩٨٢ الخاص بتنظيم البحث، وكذلك الاستثناء الوارد في المادة ٢٥ من قانون ١٩٨٢ الذي يجيز للشركة الوطنية للسكك الحديدية التي تغير الشكل القانوني لها بمقتضى القانون الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ لتصبح مؤسسة عامة صناعية وتجارية بولوج طريق التحكيم لحسم المنازعات التي تكون طرفاً فيها، وتمتد هذه الإجازة إلى المنازعات الداخلية وتلك التي ينتمي الطرف الآخر فيها لدولة أخرى.
يضاف إلى الاستثناءات السابقة استثناء آخر ورد النص عليه بمقتضى القانون الصادر في ١٩ أغسطس ١٩٨٦ الذي أجاز في مادته رقم ٩ للدولة والتجمعات المحلية والمؤسسات العامة ولوج طريق التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بتطبيق وتفسير العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية إذا كان الهدف منها تنفيذ مشروعات ذات علاوة على الاستثناء الذي جاء به القانون رقم ٩٠-٥٦٨ الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٠ والخاص بهيئة البريد والاتصالات، حيث رخصت المادة ٢٨ من هذا القانون لهيئة البريد وهيئة الاتصالات بإمكانية لجوء كل منهما إلى التحكيم لفض منازعاتها مع الغير يستوي في ذلك أن يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال مشارطة أو من خلال اتفاق، الأمر الذي يعني أن هذه المادة تنطوي على استثناء يرد على ما تقضي به المادة ٢٠٦٠ وما تقضى به المادة ٢٠٦١، وكذلك الاستثناء الذي ورد النص عليه في المادة ٢٤ من قانون ٣ أغسطس عام ١٩٩٥ والذي يسمح للدولة بأن تلجأ إلى التحكيم لبدء إجراءات إعادة الممتلكات الثقافية. راجع في كل ذلك: د. مجدى شعيب؛ التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق العدد العاشر ١٩٩٨ص ٩٣ وما بعدها. راجع كذلك الاستثناءات الوارد النص عليها في:
Les, (Journal Officiel 19 Juin 2004).; A. Ménéménis, L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?, AJDA 2004, p. 1737. sur les contrats de partenariat public-privé, V. par Ph. Delelis et.; S. Larère, Le autorisant des établissements publics industriels et commerciaux à compromettre: un cautère sur une jambe de bois: CJEG 2003, p. 330.

بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون". ويتضح من هذا النص أن أحكام قانون التحكيم تطبق كذلك على التحكيم الإداري حيث ورد النص صراحة على أنه يطبق "على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص...".

وعلى ذلك فإن القاضي المختص بتقديم المساعدة الفنية في مجال التحكيم الإداري هو نفس القاضي الذي يعهد إليه بهذه المهمة عندما يكون التحكيم بين أشخاص القانون الخاص، وبالتالي فإن المحكمة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع في حالة غياب اتفاق التحكيم إذا كان التحكيم داخلياً هي التي تقدم المساعدة، أما إذا كان دولياً فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يعهد اتفاق التحكيم بهذا الاختصاص، لمحكمة أخرى من محاكم الاستئناف المصرية.

وفيما يتعلق بالوضع في فرنسا، لم يتضمن تقنين العدالة الإدارية أى إشارة تتعلق، لا من قريب ولا من بعيد، بالنظام القانوني للتحكيم في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، واقتصر مسلك المشرع على تضمين المادة ١٢٨ من تقنين الأشغال العامة(١١٩) ما يفيد وجوب الرجوع في هذا الخصوص لنصوص الباب السادس من تقنين الإجراءات المدنية(١٢٠). وهو ذات المسلك الذي تضمنه التقرير الذي أعد بمعرفة مجلس الدولة الفرنسي، والذي أشار فيه إلى ضرورة نقل القواعد الخاصة بالتحكيم التي ورد النص عليها في تقنين الإجراءات المدنية وتطبيقها عند الضرورة بطريقة تجعلها تتلاءم مع طبيعة المنازعات الإدارية(١٢١).

---

(١١٩) L' dispose que: "Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile".

(١٢٠) Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.

(١٢١) Le rapport du Conseil d'?tat notait: ''pour l'arbitrage portant sur les litiges d'ordre administratif, [...] il y a lieu de transposer les dispositions du Nouveau Code de procédure civile pour les adapter en tant que de besoin aux problèmes spécifiques de l'arbitrage administratif''. (Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Doc. fr., coll. "?tudes du Conseil d'?tat", 1993, p. 95.

يضاف إلى ما سبق عدم وجود فقه قضائي صادر عن محاكم جهة القضاء الإداري في مجال تحديد ما إذا كانت محاكم جهة القضاء الإداري هي التي تختص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم عندما يتعلق الأمر بمنازعة إدارية، أم أن الاختصاص بهذا الأمر ينعقد لمحاكم القانون الخاص التي تتولى، من حيث المبدأ، وفقا لنصوص تقنين الإجراءات المدنية، تقديم المساعدة الفنية من أجل وضع اتفاق التحكيم بصفة عامة، موضع التنفيذ(١٢٢).

في ضوء ما تقدم، يقر الاتجاه الغالب في الفقه بإبقاء الاختصاص معقوداً للقضاء العادي، وهو اختصاص يثبت لرئيس المحكمة الابتدائية(١٢٣) أياً كان نوع التحكيم عادياً أم إدارياً. فمن جانبه أشار الأستاذ Dominique Foussard في مقاله "L'arbitrage en droit administratif" إلى أن القاضي الذي ينعقد إليه الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم هو القاضي الذي يختص بالفصل في النزاع في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم، ويستنتج من هذا القول الذي أبداه الأستاذ Foussard أن القاضي المختص في حالة التحكيم الإداري سيكون قاضي القانون العام، باعتبار أنه صاحب الاختصاص بالفصل فيها في حالة غياب اتفاق التحكيم.

بيد أن هذا الاستنتاج على الرغم من كونه منطقياً في ضوء ما قال به الأستاذ Foussard إلا أنه جزم صراحة بعد ذلك بعقد هذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص حتى لو كان التحكيم إدارياً.

وقد برهن على صحة رأيه بالقول أن التحكيم يعد في حقيقة الأمر قضاء خاصاً، وأن النصوص التي أوردت تنظيماً له وردت في قانون الإجراءات المدنية ويتولى أمر تطبيقها قاضيها الطبيعي وهو القاضي العادي وليس القاضي الإداري(١٢٤).

---

(١٢٢) Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.

(١٢٣) Philippe Yolka; Arbitrage des litiges administratifs: un printemps en automne?, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales nº 45, 8 Novembre 2010, 2334.; Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.; Jacques Béguin, Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique Edition Générale nº 17, 27 Avril 2005, I 134.;?ric Loquin, Arbitrage - La décision arbitrale. Voies de recours, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1046.; Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.

(١٢٤) Dominique Foussard; L'arbitrage en droit administratif, Rev. arb. 1990, p. 35.; Ch. Jarrosson, L'arbitrage en droit public: AJDA 1997, p. 16; JCP A 2007, =

كما أن التحكيم قد نشأ وترعرع في أحضان القانون الخاص، وهو ما يعني أن القاضي الخاص قد عاصر نشأته وتطوره وأكسبته هذه المعاصرة خبرة في مجال التحكيم يفتقر إليها نظيره الإداري، وقد تقتضي المصلحة ألا نفصل هذه القواعد عن القانون الأساسي الذي يحكم إجراءات خصومة التحكيم وألا نعهد بأمر تطبيقها لغير قاضيها الطبيعي وهو القاضي الذي يتبع جهة القضاء العادي.

وينتهي الأستاذ Foussard في مقاله آنف الذكر إلى رفضه القاطع لأن يتولى القاضي الإداري مهمة تقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم خاصة وأن قواعد التحكيم قد نشأت وتطورت بعيداً عن الأفكار الأساسية التي تهيمن على القانون الإداري، خاصة مفهوم المرفق العام ومفهوم السلطة العامة وهي مفاهيم لعبت دوراً أساسياً في تحديد المنازعة الإدارية ومن ثم تحديد جهة الاختصاص بالفصل فيها على النحو المعروف.

ومن جانبنا، نرى أن الحجج التي استند عليها الرأي المتقدم وإن كانت تتسم بالمنطقية إلا أن دلالتها ليست دلالة قاطعة، فالقول بأن التحكيم قد نشأ وتطور في أروقة القانون الخاص وأن أحكامه استمدت من هذا القانون وتطبق بمعرفة قاض عالم بتفصيلاتها لا تمنع بأي حال من الأحوال من أن يتولى أمر تطبيقها في حالة التحكيم الإداري قاضي القانون العام.

ولا يمكن التذرع برفض اختصاصه بكون نظيره الذي يتبع جهة القضاء العادي يتمتع بخبرة تفوقه في هذا المجال، فمن المعروف أن القانون الإداري نفسه يعد حديث النشأة إذا ما قورن بالقانون المدني، على سبيل المثال، كما أن القضاء الإداري نفسه يعد حديث النشأة بالمقارنة بالقضاء العادي، ولم تمنع هذا الحداثة قاضي القانون العام من إرساء معالم القانون الإداري معتمداً في ذلك على قواعد القانون الخاص نفسه، ولقد ظهرت براعته في تطبيق قواعد هذا القانون على المنازعات الإدارية من خلال الأخذ في الاعتبار المصلحة العامة التي تهيمن على أعمال الإدارة، ومن ثم تطويع قواعد القانون الخاص وتطبيقها بما يتلاءم مع طبيعة المنازعة الإدارية، وهو ما يؤدي في النهاية إلى التأكيد على ذاتية القانون الإداري رغم تشييده على قواعد مستمدة من القانون الخاص(١٢٥).

= nº 16 numéro spécial; Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.; B. Pacteau, Arbitrages en droit administratif.

(١٢٥) راجع في هذا الشأن بحثنا بعنوان: تطبيق قواعد القانون الخاص على منازعات العقود الإدارية وأثره على ذاتية القانون الإداري، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٧، العدد رقم ٢٢.

ولا نستطيع في ضوء ما تقدم القول أن اختصاص القاضي العادي بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم أياً كان نوع التحكيم أمر محسوم، بل هو اختصاص لا يثبت له في مجال التحكيم الإداري بصورة قاطعة، فمازال هذا الاختصاص محل جدل، وبعبارة أخرى مازال باب النقاش بشأنه مفتوحاً ولم يغلق بعد، على حد قول الأستاذ Pierre Delvolv، الذي عبر عن تردده في قبول عقد الاختصاص الذي نحن بصدده إلى قاضي القانون الخاص، عندما تساءل عما إذا كان من الممكن قبول أن يتولى محكم عين بمعرفة رئيس المحكمة الابتدائية بالفصل في نزاع ذي طبيعة إدارية(١٢٦).

وإذا كان الأستاذ Delvolv، قد تردد في التسليم باختصاص القاضي العادي بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم عندما نكون بصدد تحكيم إداري، فإن البعض الآخر قد أعلن رفضه القاطع لأن يعهد بهذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص وأكد على ضرورة عقده لقاضي القانون العام(١٢٧).

ومن شأن عقد هذا الاختصاص لقاضي القانون إعداد نظام متجانس للتحكيم الإداري، ويؤدي من ثم إلى منع القاضي العادي من التدخل في مسائل ذات طبيعة تخرج من نطاق اختصاصه، ويدعم هذا الاتجاه وجهة نظره من خلال دحض حجة الرأي الذي يعقد هذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص استناداً لنص المادة ١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية التي تعهد لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس بهذا الاختصاص بالقول بأن هذا النص يتولى في حقيقة الأمر تنظيم مسألة الاختصاص فيما بين محاكم جهة القانون الخاص نفسها ولا يتعلق بأي حال من الأحوال بتوزيع الاختصاص بين جهة القضاء الخاص وجهة القضاء الإداري، ومن ثم يستبعد تطبيقه عندما يتعلق الأمر بتحكيم إداري.

وفيما يتعلق بمعرفة لأي قاض من قضاة القانون العام أو أي محكمة من محاكم جهة القضاء الإداري، ينعقد له أو لها الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم، يقترح أنصار هذا الرأي أن يعهد بهذا الأمر إلى رئيس محكمة الاستئناف

(١٢٦) Pierre Delvolvé, Communication au Colloque du 17 Septembre 1990, organisé à La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, organisé par L'association français d'arbitrage, publication de L'AFA, p.29.

(١٢٧) Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, p. 194.

الإدارية[١٢٨] مع تجسيد إمكانية الطعن على القرار الصادر منه في هذا الشأن أمام مجلس الدولة باعتباره قاضي نقض.

وهكذا يمكن القول بأنه وإن كان جانب من فقه القانون العام قد تردد في قبول عقد الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لوضع اتفاق التحكيم الإداري موضع التنفيذ لقاضي القانون الخاص، فإن جانب آخر نؤيده يرى أن هذه المهمة يجب أن يعهد بها لقاضي القانون العام دون غيره وذلك على النحو السابق بيانه.

خاتمة:

اتضح لنا عبر هذه الدراسة أن التحكيم، وإن كان يثير العديد من الإشكاليات العملية بصفة عامة، إلا هذه الإشكاليات تزداد بصورة أكبر في التحكيم الإداري؛ نظرا لاقتصار المسلك التشريعي، في الدول التي تسمح به، على إجازته دون وضع تنظيم قانوني له، علاوة على حداثة العهد به.

هذا ولقد انصبت الدراسة التي نحن بصددها على دراسة الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم والمتمثل في إنشاء المحكمة التي تتولى الفصل في النزاع المتفق على حسمه عن طريق التحكيم، ولقد تساءلنا في معرض بيان الشروط الواجب توافرها فيمن يعين محكماً بمحكمة التحكيم الإداري عما إذا كان وجود الدولة طرفاً في النزاع يستوجب أن يؤخذ شرط الجنسية بعين الاعتبار من عدمه، وأشرنا في هذا المقام إلى أنه وإن كانت القاعدة العامة لا تمنع من أن يكون المحكم أجنبياً إلا أن ذلك لا يعني إسقاط شرط الجنسية من الحسبان عند تعيين المحكمين، خاصة عندما نكون بصدد نزاع يدخل من حيث المبدأ ضمن المنازعات التي يختص القاضي الإداري بالفصل فيها.

كما تساءلنا عما إذا كانت الطبيعة التي تتميز بها منازعات أشخاص القانون العام تقتضي أم لا أن يتم تشكيل محكمة التحكيم من بين قضاة الدولة، وبصفة خاصة قضاة جهة القضاء الإداري، باعتبارهم الأكثر حرصاً على مراعاة الحفاظ على ذاتية القانون الإداري الذي يعلي من شأن المصلحة العامة، ونظراً لتمتعهم بخبرة أكبر من غيرهم في تطبيق قواعد القانون العام.

(١٢٨) Apostolos Patrikios a écrit en ce sens: "Nous pensons que la meilleure solution serait de laisser le jugement aux mains du président du tribunal administratif (d'appel) avec toutefois la possibilité d'un pourvoi en cassation devant le conseil d'Etat. Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, op. cit., p. 195.

وأشرنا ونحن في معرض بيان مزايا وعيوب كل من التشكيل الأوحد والتشكيل المتعدد لمحكمة التحكيم إلى أن التشكيل المتعدد قد يتلاءم بصورة أكبر مع التحكيم الإداري، وذلك للعديد من الأسباب التي عرضنا لها ونحن بصدد دراسة هذه المسألة.

وتضمنت الدراسة بيان الدور الجوهري الذي تضطلع به إرادة أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل المحكمة، وكذلك الدور الذي يقوم به القضاء في حالة تقاعس أحد الأطراف عن القيام بما التزم به، وتساءلنا في هذا الخصوص عن القاضي الذي ينبغي اللجوء إليه أهو قاضي القانون الخاص؛ نظراً لاقتصار المشرع في الدول التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات الإدارية على تقرير مشروعيته دون أن يضع تنظيماً قانونياً لهُ ولكون نصوص قانون الإجراءات المدنية تعهد له بهذه المهمة، أم هو قاضي القانون العام؛ باعتبار أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في المنازعة، ولكونه المختص أصلاً، في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم، بالفصل في كافة المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، ومن ثم يتمتع بخبرة أكثر في هذا الشأن.

قد يبدو للبعض أن الإجابة عن التساؤل المتقدم سهلة ميسورة، نظراً لكون قانون الإجراءات المدنية يعهد بهذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص، إلا أن الدراسة التي عرضنا لها تظهر بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا القول، يصعب قبوله بالنسبة للتحكيم الإداري، ومكمن هذه الصعوبة أن التحكيم الإداري يمثل خروجاً على ما تقضي به القاعدة العامة التي تعهد للقاضي الإداري بمهمة الفصل في كافة المنازعات الإدارية، ويعد التحكيم من ثم بمثابة استثناء يرد على القاعدة المتقدمة، ونظراً لكون الاتفاق على التحكيم يعد استثناء على القاعدة التي تعهد بالفصل في المنازعات الإدارية لقاضي القانون العام فإن اتفاق التحكيم بهذه الطبيعة الاستثنائية يجب أن يفسر في أضيق الحدود، وعليه لا يمكن التسليم باختصاص قاضي القانون الخاص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم الإداري إلا إذا تضمن القانون نصاً صريحاً يقضي بذلك.

وبغض النظر، عما إذا كان الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لإنشاء محكمة التحكيم ينعقد للقاضي الإداري أم للقاضي العادي، فإن فاعلية التحكيم الإداري لن تتحقق إذا اقتصر مسلك المشرع في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، على تقرير مشروعيته فقط، بل يلزم أن يتجاوز المشرع هذا المسلك ويضع تنظيماً له يتضمن حلولاً واضحة للإشكاليات التي قد يظهرها الواقع العملي، ويأتي في مقدمتها

الإشكالية المتعلقة بالجهة المختصة بتقديم المساعدة الفنية لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ.

وإذا كنا ألقينا الضوء عبر هذه الدراسة، على العديد من التساؤلات التي تتعلق بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري، فإن قضايا أخرى عديدة، تتعلق بخصومة التحكيم الإداري مازالت بحاجة إلى دراسة من جانب المهتمين بالتحكيم عموماً وبالتحكيم الإداري خاصة.