

التحكيم في العقود الإدارية

"دراسة مقارنة"

The Arbitration In Administrative Contracts

"A Comparative Study"

إعداد الطالبة:

نورهان جبر شحادة

401310165

بإشراف الأستاذ الدكتور:

جمال الدين عبدالله مكناس

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

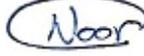
أيار - 2015

تفويض

انا نورهان جبر محمود شحادة أقوض جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم : نورهان جبر محمود شحادة

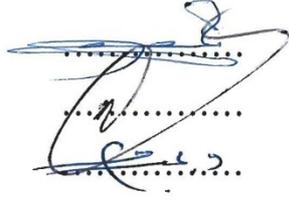
التاريخ: 2015/5/26

التوقيع: 

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة، وعنوانها: " التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) " وأجيزت بتاريخ: 26 / 5 / 2015 .

التوقيع



مشرفاً
رئيساً
ممتحناً خارجياً

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د. جمال الدين مكناس
د. محمد أبو الهيجاء
د. عبدالسلام الرجوب

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيّدنا محمد صلّى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين .

قال رسول الله، صلّى الله عليه وسلم: "إن الله و ملائكته و أهل السموات و الارض و حتى النملة في حجرها و حتى الحوت في البحر ليصلون على معلمي الناس الخير". (صحيح الجامع:1324).

تعجز حروفي العربية وكلماتي البسيطة عن شكر الطاقم التعليمي في هذا الصرح الجامعي العريق، وأخص بالذكر الأب الفاضل الأستاذ الدكتور جمال الدين عبدالله مكناس، الذي لم يعلمنا القانون هَبُّ، بل قوانين الحياة جميعها، علمنا الصمود والتحدي والمثابرة، وعلمنا معنى أن نكمل طريق العلم المضيء قدماً، وأناره لنا عندما ضللنا. شكراً جزيلاً لك أستاذي الفاضل.

الباحثة

نورهان جبر شحادة

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أمسك بيدي وأرشدني لطلب العلم، الذي لم يبخل عليّ يوماً بشيء، من كان هو معنى الهيبة والوقار؛ أبي الحبيب.

والى من كان تضرّعها إلى الله سرّ نجاحي؛ أمي الحبيبة، التي زوّدتني بالحنان والمحبة.

أقول لهما: أنتما وهبتماني الحياة والأمل والنشأة على شغف الاطلاع والمعرفة.

والى من كانوا يضيؤون لي الطريق ويساندوني ويتنازلون عن حقوقهم لإرضائي والعيش في هناء؛ إخوتي ..

أحبكم حباً لو مرّ على أرض قاحلة لتفجرت منها ينابيع المحبة.

قائمة المحتويات

أ	العنوان
ب	التفويض
ج	قرار لجنة المناقشة
د	الشكر
هـ	الإهداء
و	قائمة المحتويات
ط	الملخص باللغة العربية
ك	الملخص باللغة الانجليزية
1	الفصل الأول:مقدمة عامة للدراسة
1	تمهيد
2	وَألاً : مشكلة الدراسة
3	ثانياً: أهداف الدراسة
3	ثالثاً: أهمية الدراسة
3	رابعاً:أسئلة الدراسة
3	خامساً:حدود الدراسة
4	سادساً:مصطلحات الدراسة
4	سابعاً:الإطار النظري للدراسة
5	ثامناً:الدراسات السابقة

6	تاسعاً: منهجية الدراسة
7	الفصل الثاني: مفهوم التحكيم في العقد الإداري
7	المبحث الأول: ماهية التحكيم
8	المطلب الأول: تعريف التحكيم
11	المطلب الثاني: أنواع التحكيم
16	المطلب الثالث: التمييز بين التحكيم وغيره من النظم المشابهة
20	المبحث الثاني: ماهية العقد الإداري
21	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري
24	المطلب الثاني: أنواع العقد الإداري
27	المطلب الثالث: التمييز بين العقد الإداري وبين غيره من النظم المشابهة
29	المطلب الرابع: تعريف التحكيم في العقد الإداري
30	الفصل الثالث: مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ونطاقها
31	المبحث الأول: مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية
32	المطلب الأول: موقف التشريعات من التحكيم بالعقود الإدارية
32	الفرع الأول: موقف المشرع المصري
39	الفرع الثاني: موقف المشرع السوري
47	الفرع الثالث: موقف المشرع الأردني
56	المطلب الثاني: موقف الفقه من التحكيم بالعقود الإدارية
56	الفرع الأول: الإتجاه المعارض للتحكيم بالعقود الإدارية
61	الفرع الثاني: الإتجاه المؤيد للتحكيم بالعقود الإدارية

65	المبحث الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية
66	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الدولي
69	المطلب الثاني: موقف التشريعات من التحكيم بالعقود الإدارية الدولية
74	الفصل الرابع: آلية التحكيم في العقود الإدارية
75	المبحث الأول: تسمية المحكمين
75	المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها بالمحكم
77	المطلب الثاني:الجهة التي تعين المحكم
80	المبحث الثاني: إجراءات التحكيم
81	المطلب الأول: تحديد إجراءات التحكيم
84	المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة بالجلسات
86	المبحث الثالث: إصدار حكم التحكيم وتنفيذه
87	المطلب الأول:المدة التي يجب أن يصدر حكم التحكيم خلالها
88	المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم
92	الفصل الخامس: الخاتمة و النتائج و التوصيات
92	أولاً: الخاتمة
94	ثانياً:النتائج
96	ثالثاً: التوصيات
98	قائمة المراجع

التحكيم في العقود الإدارية

"دراسة مقارنة"

إعداد الطالبة

نورهان جبر شحادة

إشراف الأستاذ الدكتور

جمال الدين عبدالله مكناس

(ملخص باللغة العربية)

إن التحكيم هو وسيلة بديلة وهامة لتسوية النزاعات بين المتخاصمين وما لجوئهم لهذه الوسيلة بدلا من اللجوء للقضاء العادي إلا لما يتمتع به التحكيم من ميزات كالسرعة والسرية. ولأهمية التحكيم فقد جاءت العديد من الاتفاقيات التي نصت عليه وبينت شروطه ولمكانية تطبيقه ولعل أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

وعلى الرغم من وجود مثل هذه الاتفاقيات إلا أن هنالك بعض التشريعات الوطنية التي لم تعالج التحكيم في العقود الإدارية مع العلم بأن مثل هذه العقود هي من العقود الهامة للدولة على الصعيد العملي. ومن الأمثلة على هذه التشريعات التي لم تعالج التحكيم في العقود الإدارية قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

ولذلك فقد جاء هذا البحث ليسلط الضوء على موضوع التحكيم في العقود الإدارية في القانون الأردني ومن ثم مقارنته بالقانونين المصري والسوري لغاية الافادة والاستفادة وتحديد مواطن القوة والضعف في كل من هذه القوانين ومن ثم تقديم التوصيات بناءا عليه.

ولقد وجدت الباحثة أن إمكانية التحكيم في العقود الادارية كغيرها من العقود تتطلب شروطا ينص عليها القانون لتوضيح مدى جوازه والية تطبيقه. وعليه فأن أهم التوصيات التي خلصت اليها الباحثة تتمثل في ضرورة إدراج نصوص خاصة تتعلق بالتحكيم في العقود الادارية في قانون التحكيم الاردني تبين مدى جواز التحكيم والية تطبيقه لما للتحكيم في هذه العقود من خصوصية وتأثير على الدولة والافراد.

الكلمات المفتاحية: التحكيم في العقود الإدارية، قانون التحكيم الأردني، مواطن القوة والضعف

Abstract**The arbitration in administrative contracts****"A Comparative Study"****Prepared by****NoorhanJaberShehadeh****Supervised****Prof. Dr. Jamal Al-Dean Meknaas**

Arbitration is one of the important ways to which a dispute parties can resort into in order to resolve their dispute without going to courts. There are many international agreements which addressed the arbitration process and showed its different terms and possibility to apply to different contracts. The most important agreement of these agreements is the Washington Convention 1965 which puts the base for solving disputes that occurs in administrative contracts concluded between the country and other foreign parties.

Despite the existence of such agreements there are some legislations which have not paid attention to arbitration in the administrative contracts where the country is one of its parties. An example of this can be seen through the Jordanian Arbitration Law no.31 of the year 2001 which

did not illustrate whether the arbitration in administrative contracts is permissible or not.

This research has been pursued to highlight the possibility of arbitrating administrative contracts in the Jordanian law and to compare it with the Syrian and Egyptian laws. In fact, arbitration is a way to resolve disputes that occur between the different parties and that resorting to this way instead of returning to courts is in order to achieve the quickness and confidentiality which these parties seek. Throughout this research, the researcher has found that in order to duly apply arbitration in the different administrative contracts, there should be special articles that address arbitration in administrative contracts in general and its applicability and application mechanism specifically.

Accordingly, one of the most important recommendations which the researcher has found it vital to speak out is to insert articles that tackle the administrative arbitration into the Jordanian Arbitration Law.

Keywords: The arbitration in administrative contracts, the Jordanian Arbitration Law, whether the arbitration in administrative contracts is permissible or not.

الفصل الأول

مقدمة عامة للدراسة

التمهيد:

إنّ تحقيق العدالة وضمان نفاذها بين أفراد الدولة يعد من الوظائف الأساسية للدولة، وحتى يتحقق ذلك فإن الدولة منحت الأفراد حق اللجوء إلى القضاء وجعلته حقاً عاماً للكافة، يتمتع به الجميع دون وجود أي تفرقة بسبب الجنس أو اللغة أو اللون. ويكون اللجوء للقضاء منظم بحسب قوانين وأنظمة الدولة حيث يختلف من دولة إلى أخرى. حيث يكون الفصل في المنازعات من إختصاص السلطة القضائية.

ولكن السلطة القضائية لم تحتكر هذا الحق، بل أجازت لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم لحل منازعاتهم، عن طريق اللجوء لهيئة تحكيمية قد تكون مشكلة من محكم واحد أو أكثر من محكم بشرط أن يكون عددهم وتراً، وقد يكون الإتفاق على التحكيم سابقاً لنشوء النزاع حيث يرد كشرط بالعقد ويتم فيه الإتفاق على المنازعات التي يتم اللجوء للتحكيم في حال نشوئها بين الأطراف وهو ما يسمى بشرط التحكيم.

وقد يكون الإتفاق على التحكيم لاحقاً لنشوء النزاع، حيث يتفق الأطراف عند نشوء النزاع

على اللجوء للتحكيم لحل النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم.

ولكن هنا يثور تساؤل هام ألا وهو: هل يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؟ حيث تكون الدولة طرفاً في العقود الادارية التي تهدف إلى تسيير مرفق عام لتحقيق مصلحة عامة وإذا جاز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية حسب رأي الفقه والتشريعات في كل من الأردن، مصر، سوريا، فكيف سيكون نطاق التحكيم بالعقود الإدارية الدولية؟ وما هي آلية التحكيم بالعقود الإدارية؟

وبعد، فلعل هذه الدراسة تتمكن من الإجابة عما سلف من أسئلة.

أولاً - مشكلة الدراسة:

تتمحور مشكلة هذه الدراسة حول تحديد مدى جواز اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات في العقود الإدارية، وإلى أي مدى يمتد في العقود الإدارية الدولية؟

ثانياً - أهداف الدراسة:

- 1- بيان إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالعقود الإدارية.
- 2- إجراء مقارنة بين كل من القانونين المصري والسوري من جهة، والقانون الأردني من جهة أخرى فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية.
- 3- بيان نطاق التحكيم بالعقود الإدارية الداخلية و الدولية و ذلك بالنسبة لقوانين (مصر، سوريا، الأردن).
- 4- التمكن من الإفادة من القوانين المقارنة لسد الثغرات الموجودة بقانون التحكيم الأردني.
- 5- إعطاء إجابات للراغبين في اللجوء إلى التحكيم بالنسبة إلى موضوع العقود الإدارية.

ثالثاً - أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة من الناحية النظرية في ضرورة التوصل إلى إجابات قانونية للتساؤلات التي طرحت، ومن الناحية العملية تكمن أهميتها في وجود ضمانات ومزايا أكبر للمستثمر، كسرعة الفصل بالمنازعات، وذلك في ظل انتشار العقود الإدارية واشتراط اللجوء إلى التحكيم.

رابطاً - أسئلة الدراسة و فرضياتها:

- 1- ما الذي يميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود؟
- 2- ما الذي يميز التحكيم عن غيره من النظم المتشابهة؟
- 3- ما إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؟
- 4- ما نطاق التحكيم بالعقود الإدارية الدولية؟
- 5- ما آلية التحكيم بالعقود الإدارية؟
- 6- ما هي قابلية حكم التحكيم في المسائل الادارية للتنفيذ؟

خامساً - حدود الدراسة:

الحدود المكانية:

سنتقصر نتائج هذه الدراسة وإمكانية تطبيقها في التشريعات النازمة للتحكيم في (الأردن، مصر، سوريا).

الحدود الزمانية:

على الرغم من قدم التحكيم فإن التحكيم في العقود الإدارية حديث، وعليه فستقتصر هذه الدراسة على دراسة تطورات نظام التحكيم في القوانين الاردنية والسورية والمصرية، علماً بأن المدة الزمنية التي ستستغرق لإنجاز هذه الدراسة هي الفترة الممتدة خلال الفصل الثاني من عام 2014/2015م.

سادساً - مصطلحات الدراسة:

التحكيم: هو نزول المتخاصمين عن اللجوء إلى القضاء، والتزامهم بطرح النزاع على هيئة التحكيم.

العقد الإداري: هو العقد الذي تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها اعتباراً صاحبة سيادة و سلطان، ويهدف إلى تسير مرفق عام لتحقيق مصلحة عامة.

العقد الإداري الدولي: هو العقد الإداري الذي تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى.

سابعاً - الإطار النظري للدراسة:

تشتمل هذه الدراسة على خمسة فصول،

ويشمل أولها مقدمة عامة للدراسة، وتتضمن مشكلة الدراسة وأهدافها وأهميتها والتساؤلات التي تدور حولها الدراسة وحدودها ومصطلحاتها، وكذلك الدراسات السابقة ومنهجية الدراسة، في حين سيتناول الفصل الثاني مفهوم التحكيم في العقد الإداري وأنواع التحكيم والتميز بينه وبين غيره من النظم المشابهة وأنواع العقد الإداري والتميز بين العقد الإداري وبين غيره من النظم المشابهة، أما الفصل

الثالث فيتناول مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ونطاقها، وأما الفصل الرابع فيتناول آلية التحكيم في العقود الإدارية، وأخيراً الفصل الخامس الذي يشمل النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الباحثة في نهاية الدراسة.

ثامناً - الدراسات السابقة:

1- الميعان, خالد عبد الكريم (2008). التحكيم في منازعات العقود الإدارية " دراسة مقارنة" (الكويت, الأردن , مصر)، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن.تناول الباحث في دراسته بحث التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث ناقش مدى جواز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات بما لا يتعارض مع الثوابت الأساسية التي يقوم عليها القانون العام ولا يتعارض مع سيادة الدولة.

2- بن زيد, عبد العزيز محمود (2006). التحكيم في العقود الإدارية "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن. تناول الباحث في دراسته التحكيم في العقود الإدارية ومدى جوازه, دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والسعودي مع بعض القوانين الأخرى كالمصري والفرنسي, وكانت أهم النتائج التي توصل إليها من خلال دراسته أن الضرورة العملية تفرض التحكيم، وأن التحكيم أصبح من أهم وسائل جذب رؤؤس الأموال الأجنبية.

3- مقابلة, مازن فايز محمد (2005). التحكيم في منازعات العقود الإدارية "دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة آل البيت، عمان، الأردن. تناول الباحث في دراسته موضوع التحكيم في نزاعات العقود الإدارية فيما يتعلق بمسألة لجوء الإدارة أو الطرف المتعاقد معها إلى التحكيم.

أما دراستي هذه، فستتناول ماهية العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، وماهية التحكيم وأنواعه، وستتناول أيضاً مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في كل من الأردن ومصر وسوريا، ونطاق التحكيم في هذه العقود، وآلية التحكيم في العقود الإدارية.

تاسط - منهجية الدراسة:

ستعتمد هذه الدراسة على أسلوب البحث الوصفي التحليلي لقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، ومقارنته مع قوانين التحكيم في كل من مصر و سوريا، كما ستعتمد على آراء الفقه واجتهادات القضاء المتعلقة بالموضوع.

الفصل الثاني

مفهوم التحكيم في العقد الإداري

قبل الدخول في إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإنه يجب بدايةً توضيح مفهوم التحكيم ومفهوم العقد الإداري وبيان أنواع كلٍّ منهما، وبيان كيفية تمييزه عن غيره من النظم القانونية، وبيان مفهوم التحكيم الإداري، لذلك سوف تقسم الباحثة الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية التحكيم.

المبحث الثاني: ماهية العقد الإداري.

المبحث الأول: ماهية التحكيم

يُعد التحكيم من النظم القديمة؛ حيث إنه سابق لنشوء الحكومات، وسابق للقضاء العادي. فقد كان التحكيم يستعمل بين التجار في تجارتهم في حال حدوث خلاف بينهم؛ إذ كانوا يلجؤون إلى شخص عادل وعارف بالتجارة لحل الخلاف بينهم. وفي هذا المبحث سنتناول الباحثة ما يلي:

المطلب الأول: تعريف التحكيم.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم.

المطلب الثالث: التمييز بين التحكيم وبين غيره من النظم المشابهة.

المطلب الأول

تعريف التحكيم

-**التحكيم لغةً:** كلمة مشتقة من الفعل حكم ومصدره الحكمة، وهي معرفة أفضل للأشياء، ويقال حكّمنا فلاناً بيننا؛ أي (أجزنا حكمه)¹. والحكم من أسماء الله الحسنى؛ حيث قال سبحانه وتعالى: "أفغير الله أبتغي حكماً"².

-التحكيم قانوناً:

عرفه قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 التحكيم بأنه: "الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة والمقبلة على التحكيم". ولكن في القانون رقم (31) لسنة 2001 لم يقم المشرع بوضع تعريف للتحكيم. وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1790) بما يلي: "عبارة عن اتخاذ حكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواهما"³.

وقد عرفه قانون التحكيم المصري في المادة (1/4) بما يأتي: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"⁴.

أما قانون التحكيم السوري فعرفه في المادة (1) بما يأتي: "أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء كانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم تكن كذلك"¹.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 2

² سورة الأنعام، الآية 114

³ سليم رستم باز اللبناني، شرح مجلة الأحكام العدلية المنشور في الجريدة الرسمية.

⁴ قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

والباحثة تؤيد موقف المشرع الأردني الجديد؛ حيث إنه ليس من وظيفة المشرع أن يضع تعريفات؛ لأنه في حال وضعه للتعريف يصبح هذا التعريف مقيطاً وجاملاً ولا يمكن التوسع فيه. إضافة إلى ذلك فقد اشترط المشرع الأردني الكتابة في التحكيم في حين أن المشرع المصري والسوري قد اغفلا ذلك ومن جهة أخرى فقد أكد المشرع الأردني على المساواة بين شرط ومشاركة التحكيم في حين أن المشرع المصري والسوري لم يتعرضا لذلك.

-التحكيم قضاءً:

لقد عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه: "عبارة عن عقد يتفق شخص أو أكثر على إحالة النزاع الذي نشأ أو ينشأ بينهما في تنفيذ العقد على محكمين للفصل فيه، بدلاً من الالتجاء إلى القضاء"².

وعرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرل نائياً من الشبهة مجرداً من التحامل و قاطعاً لدابر الخصومة من جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي"³.

وعرفته محكمة القضاء الإداري السورية بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية في كل ما انصرفت إليه إرادة المحكمين؛ بحيث يعد شرط

¹ قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008

² قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم (1783) لسنة 2010، منشورات عدالة

³ قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (13) لسنة 1994، مشار إليه في مازن فايز محمد مقابلة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن

التحكيم شرطاً واجب الرعاية كسائر الشروط الأخرى التي ارتضاها المتعاقدان طالما أنها لا تخالف النظام العام¹.

-التحكيم فقهاً:

في تعريف للفقهاء قيل بأن التحكيم هو: "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم (المحكم أو المحكمين) دون اللجوء للقضاء"².

وقد عرف التحكيم أيضاً بأنه: "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"³.

وعرف أيضاً بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على محكم أو أكثر (بشرط أن يكون عددهم وُتراً)؛ ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة"⁴.

وترى الباحثة أن التحكيم هو لجوء طرفي النزاع إلى هيئة خاصة لحل نزاعهم بدلاً من اللجوء للقضاء العادي في المسائل التي يجيز فيها الصلح لما فيه من سرعة وسرية يبتغيها أطراف النزاع.

¹ قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (12) لسنة 1967، مشار إليه في محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق

² فوزي محمد سامي (2012)، التحكيم التجاري الدولي، ط4، عمان: دار الثقافة، ص13

³ حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص44

⁴ أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، ط1، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص11

المطلب الثاني

أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم من حيث إرادة المحتكمين إلى التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، وينقسم من حيث وجود مؤسسة أو هيئة تحكيمية إلى التحكيم الحر والتحكيم المقيد (المؤسسي)، وينقسم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، وينقسم جغرافياً إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي (دولي).

1- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

الأصل اللجوء إلى التحكيم هو اتجاه إرادة الأطراف المتخاصمين لحل نزاعهم عن طريق التحكيم، وأن يكون النزاع مما يجوز به الصلح، سواء تم وضعه كشرط في العقد أو كمشارطة لحل النزاع بعد نشوبه، ويلجأ الأطراف إلى التحكيم لاختصار الوقت والجهد الذي سيبدلونه لو لجئوا إلى القضاء العادي.¹

واستحدثت بعض النظم نظام التحكيم الإجباري، والذي تم اللجوء إليه ليفصل في النزاعات بين المؤسسات العامة والهيئات العامة وشركات القطاع العام دون اللجوء إلى القضاء العادي في حال نشوب نزاع بينهم، ويكون إجبارياً عليهم اللجوء إلى التحكيم و يحق لهم اختيار محكميهم، وتكون هيئة التحكيم تحت إشراف القضاء العام في الدولة، وقد أخذت جمهورية مصر العربية بالتحكيم الإجباري لأول مرة و نظمتها في قانون المؤسسات العامة رقم (32) لسنة 1966؛ حيث

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة (2006)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، ط1، الإسكندرية: دار منشأة المعارف ص28-29

تضمن هذا القانون نصوصاً تتعلق بالتحكيم الإلزامي، وقد تمّ حصره فقط بين مؤسسات الدولة. ولاقى هذا النظام عدة انتقادات، منها:

(1) أنه يؤدي إلى الإخلال بمبدأ وحدة القضاء؛ حيث إنه يجب أن تعرض جميع المنازعات على جهة قضاء واحدة.

(2) أنه في حال وجود مبرر لتشكيل هيئة لحل منازعات القطاع العام، فإنه ممكن أن تعرض هذه المنازعات أمام محكمة مختصة، وذلك ضمن تشكيل المحاكم.

(3) أن هذا النظام يكلف الدولة أعباءً مالية كبيرة تتمثل في المكافآت المالية التي تمنح للمحكّمين.¹

وعلى الرغم من وجود هذه الانتقادات فإن التحكيم الإلزامي يوفر الوقت والجهد، كما أنه يجري بين مؤسسات الدولة العامة، ولا توجد فيه مصالح متعارضة وخصومة حقيقية؛ لأن أي مؤسسة منها ستكسب القضية أو تخسرها يكون عائد ذلك على خزينة الدولة نفسها. وقد تعرضت محكمة النقض المصرية لعدة التفرقة بين التحكيم الاختياري والتحكيم الإلزامي بما يأتي (المنازعات التي قصد المشرع إخضاعها لنظام التحكيم الإلزامي، والذي استحدثه القانون رقم 32 لسنة 1966،

إنما هي المنازعات القانونية التي تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين إحداها وبين جهة حكومية أو هيئة أو مؤسسة عامة بشأن تقرير حق أو نفيه، وذلك اعتباراً بأن هذه الأنزعة وعلى ما جاء بالمذكرة الايضاحيه بالقانون لا تقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح كما هو الشأن في مجال القطاع الخاص بل تعود في نتائجها إلى جهة واحدة وهي الدولة)²

¹ محمود السيد التحيوي (1999)، التحكيم في المواد المدنية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ص41
² نقض مدني مصري رقم 8 سنة 1972، مشار إليه عند محمد السيد التحيوي، مرجع سابق، ص41

ولكن، يجوز أن يتم وضع شرط التحكيم أو مشاركته في حال كان هناك عقد بين إحدى المؤسسات في القطاع العام مع مؤسسات القطاع الخاص، و هنا يكون التحكيم اختياريًا، أما في التحكيم الإجباري فإنه لا يتم اشتراط التحكيم أو مشاركته؛ لأنه لا يمكن اللجوء إلى القضاء العادي حيث لا يكون للفرقاء الحق في اللجوء إلى التحكيم أو عدمه.

2- التحكيم الحرّ والتحكيم المقيد (المؤسسي)

إن أسلوب التحكيم يتشكل عن طريق اتجاه إرادة طرفين نشب بينهما نزاع إلى حل هذا النزاع عن طريق التحكيم، وعند قيام الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين وتحديد القواعد والإجراءات الواجب اتباعها وتحديد مكان إقامة جلسات التحكيم والقانون الواجب تطبيقه فإننا هنا نكون أمام التحكيم

الحرّو يدّ هذا النوع هو الأقل تكلفة والأكثر مرونة وسرعة خاصة لعقود الدولة؛ حيث إن جلسات التحكيم تعقد بطرق سرية دون أن يتم الإبلاغ عنها.¹

ولكن عند نشوب نزاع بين أطراف التحكيم يتم اللجوء فيه إلى هيئة أو مؤسسة التحكيم التابعين لها فإننا هنا نكون أمام التحكيم المقيد (المؤسسي)؛ حيث إن هذه المؤسسة أو الهيئة تكون قد وضعت القواعد والإجراءات الواجب اتباعها عند نشوء النزاعات، وتقوم الهيئة بوضع عدد من المحكمين الذي يجب أن يتم الرجوع إلى أحدهم لحل هذا النزاع؛ حيث إن هذه الهيئة أو المؤسسة تعفي الأطراف من التصدي لكافة التفاصيل المتعلقة بالتحكيم و عليهم فقط التقيد بما ورد بالنظام القانوني لهذه الهيئة أو المؤسسة إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.²

¹حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص90
²محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص54

ومن أهم المؤسسات والهيئات التحكيمية المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس، محكمة التحكيم في واشنطن المختصة بمنازعات الاستثمار، ومحكمة التحكيم الدولي في لندن، والمركز الإقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة.

3- التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

إن التزام هيئة التحكيم عند إصدار حكمها بالقواعد والنصوص القانونية وقيامها بتسبيب أحكامها وإسناد هذه الأحكام إلى نصوص القانون يعرف بالتحكيم بالقانون؛ لأنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أيًا من أحكامها دون الرجوع إلى القانون وقواعده، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، كالمبادئ القانونية العامة والعرف.¹

ولكن هناك بعض الحالات التي يخول بها الأطراف المحكّمين هيئة التحكيم لحلّ النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام ونصوص القانون وقواعده، ولا يشترط تسبيب أحكامهم وإسنادها لنصوص القانون، وهذا ما يعرف بالتحكيم بالصلح .

بناءً على ذلك، لا يجوز للهيئة من تلقاء نفسها أن تختار طريق التحكيم بالصلح دون أن يطلب منها أطراف النزاع ذلك.²

وقد أخذت معظم القوانين بنوعي التحكيم، ومنها قانون التحكيم الأردني في نص المادة

36، وقانون التحكيم السوري في نص المادة 38، وقانون التحكيم المصري نص المادة 39³.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 31

² حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 92

³ أنظر نصوص المواد في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008

قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

4- التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي (الدولي)

يُعدُّ حكم التحكيم داخلياً عند صدوره داخل الدولة، لكن فيما يتعلق بأمر التحكيم التجاري الدولي بالنسبة إلى القانون الواجب التطبيق فإنها تدخل في إطار القانون الدولي الخاص.¹

ويُعدُّ القانون النموذجي للتحكيم الدولي، الذي صاغته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)² بصياغته، واعتمده اللجنة في 21 حزيران 1985 في الملحق رقم 2 من القوانين التي بينت المعيار القانوني الذي عن طريقه يتم معرفة ما إذا كان التحكيم دولياً أو داخلياً، وجاء فيه (يكون أي تحكيم دولياً : أ- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين :

1- مكان التحكيم إذا كان محدد في اتفاق التحكيم أو طبقاً له .

2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به

ج- أو إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة .³

وسيتم التطرق إلى مسألة جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في كلٍّ من القوانين المصري، السوري والأردني في الفصل الثالث من هذه الدراسة.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 30

² اليونسترال (United Nations Commission on International Trade Law): هي الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي .

³ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ملحق رقم (2) لسنة 1985

المطلب الثالث

التمييز بين التحكيم و بين غيره من النظم المشابهة

يعدّ التحكيم وسيلة لتسوية النزاع وحلّه بين المحكّمين ولجوئهم لهذه الطريقة بدلاً من سلوك طرق القضاء العادي، والحكم الصادر من المحكّم أو المحكّمين ملزم لأطراف النزاع، ويعتبر حكماً قضائياً متى توفّرت فيه شروط معينة، ولذلك يجب التمييز بين التحكيم والمسائل المشابهة التي يتدخل فيها طرف ثالث، ولكن لا تكون ملزمة للنزاع، ومنها الخبرة والصلح والتوفيق والوكالة.

(أ) التحكيم والخبرة

إنّ الخبرة عبارة عن اللجوء إلى شخص متخصص في مسألة معينة لإبداء رأيه في مسألة، وقد يتم اللجوء إلى الخبير عن طريق القضاء أو عن طريق هيئة التحكيم أو من قبل أشخاص عاديين قبل اللجوء إلى القضاء ويعدّ رأي الخبير غير ملزم لأطراف كما يحدّ رأيه استشارياً وحتى للقاضي أو لهيئة التحكيم، ويكون للقاضي أو الهيئة الأخذ برأي الخبير أو إهماله أو الأخذ به في جزئية معينة، أما المحكّم أو المحكّمين فإنّ القرار الذي يصدر منهم يكون ملزماً للأطراف، ولا يحق للأطراف الاتفاق على القرار الصادر من المحكّم أو المحكّمين، ولكن يحق لهم رفض الرأي الصادر من الخبير، كما أنه لا يجوز الطعن بقرار الخبير؛ وذلك لعدم إلزاميته، ولكن يجوز الطعن بقرار المحكّم أو المحكّمين.¹

¹ حمزة أحمد حداد (2010)، التحكيم في القوانين العربية، ط3، عمان: دار الثقافة، ص62-64

ويشترط أن يتم تعيين المحكم أو المحكمين بالاسم، إلا إذا كان التحكيم المقيد (المؤسسي) ولكن الخبير لا يتم اختيارها بالاسم من قبل أطراف النزاع؛ حيث إن المحكمة أو هيئة التحكيم تقوم بتعيين خبير لهذه المهمة.¹

التحكيم والصلح

يقصد بالصلح عقد بين أطراف نزاع إما أن يكون حالاً أو مستقبلياً بحيث يتنازل كلٌّ منهما عن جزء من مطالبه. وهناك أوجه شبه بين التحكيم والصلح؛ فكلاهما يتم باختيار أطراف النزاع وكل منهما يتم بعيداً عن القضاء العادي.

ولكن، هناك أيضاً أوجه اختلاف؛ إذ لا يتمتع الصلح بقوة تنفيذية؛ حيث إنه يبقى بحاجة إلى تصديق من قبل القضاء العادي أو من هيئة تحكيم حتى يصبح له قوة تنفيذية، أما القرار الصادر عن هيئة التحكيم فإنه يحوز القوة التنفيذية بمجرد صدوره بالطريقة الصحيحة.² والصلح يقضي بطبيعته إلى تنازل أطراف النزاع عن جزء من حقوقهم، أما التحكيم فلا يشترط فيه ذلك وقد يقضي بكل الحق لأحد أطراف النزاع.

ويجوز أن يتم الصلح بعد اللجوء إلى هيئة التحكيم، ولكن يجب أن يتم توثيقه من قبل الهيئة حتى يصبح له قوة تنفيذية.³

ج) التحكيم و التوفيق

التوفيق: هو اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى شخص ثالث لتسوية النزاع الذي نشب

بينهما ودياً قبل أن يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.¹

¹ عزيزة الشريف (1993)، التحكيم الإداري في القانون المصري، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 6-7
² عبد العزيز محمد علي بن زيد (2006)، التحكيم في العقود الإدارية (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ص 32

³ عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص 8-9

ويتشابه التحكيم مع التوفيق بأن كليهما يتم باختيار أطراف النزاع، كما أن تعيين كليهما يتم عن طريق أطراف النزاع. ويختلفان في عدة أمور؛ إذ إن الموفق يسعى جاهداً لتقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، وفي حال نجاح ذلك فإنه يقوم بتجهيز تسوية لحل النزاع، ولكن يجب أن يتم توقيع هذه التسوية من قبل أطراف النزاع، وفي حال تم توقيعها فإن النزاع يتم تسويته، ولكن إذا رفض أحد الأطراف توقيع الاتفاقية أو قام أحدهم بإلغاء التوفيق فإنه لا يحق للموفق الاعتراض على ذلك أو إجبار الأطراف على الالتزام بالاتفاقية؛ وذلك لأن قراره غير ملزم للأطراف، ويجوز أن يتعدد الموفقين، ولا يوجد ما يمنع من أن يكون عددهم زوجياً.

أما المحكم أو المحكمين عند وصولهم إلى قرار معين فإنه يُعدّ قراراً ملزماً للطرفين، ويكون قابلاً للتنفيذ، ويحق للأطراف الطعن بقرار الهيئة، وفي حال تعدد المحكمين يجب أن يكون
تراً.²

ويحق للموفق الاجتماع بأطراف النزاع كلاً على حدة أو مجتمعين، وفي حال تعداد الموفقين فإنه يجوز اجتماع كل موفق مع طرف، وبعد ذلك يجتمع الموفقون لاتخاذ القرار المناسب، وبالنسبة إلى هيئة التحكيم حتى في حال تعدادهم فإنه لا يجوز أن يتم الاجتماع بكل طرف من أطراف النزاع على حدة.³

د) التحكيم والوكالة

الوكالة: هي عقد بين الموكل والوكيل يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بجميع الأعمال القانونية الموكلة إليه لصالح موكله لقاء أجر معين؛ حيث إن الوكيل لا يملك أكثر مما يملك

¹ حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 57

² المرجع السابق، ص 58

³ المرجع السابق، ص 59-60

الموكل، ويجب عليه الامتثال لأوامر الموكل، وإذا خرج عنها وسبب ضرراً للموكل فإنه يحق للموكل فسخ الوكالة والرجوع عليه بالتعويض عن الضرر.

وهناك وجه شبه واحد بين الوكيل والمحكم بأن كليهما يتم اختياره من قبل الأطراف، إلا أن المحكم بعد اختياره لا يكون لأي شخص الحق بفرض إرادته عليه، ويصبح لا سلطان عليه إلا القانون واتفاق التحكيم ولا يجوز أن يأتى بأوامر من قام باختياره، ولا يحق لأي من الأطراف عزله لعدم امتثاله لأوامرهم، ولا يجوز عزله بقرار منفرد، كما أن المحكم يكون محايداً؛ أي لا يقف في صف أحد الأطراف بمواجهة الآخر،¹ بخلاف الوكيل الذي عليه أن يمتثل لأوامر الموكل، وأيضاً عليه أن يراعي مصلحته وغلّبها على مصلحة أي طرف آخر. كما يجوز التحلل من الوكالة بالإرادة المنفردة؛ حيث إنها تعد عقداً غير لازم؛ إذ يجوز للموكل أن يقوم بعزل وكيله، وللوكيل الانسحاب من الوكالة، ولكن انسحابه يكون بموافقة المحكمة.²

¹ صابر محمد عمار، بحث منشور في سلسلة إصدارات التحكيم التجاري، الجزء الأول، ص 34
² خالد سماعة، من محاضرة تطبيقات قضائية، الجامعة الأردنية

المبحث الثاني

ماهية العقد الإداري

هناك بعض الأعمال التي تقوم بها الإدارة بصفقتها صاحبة سلطة عامة، كالقرارات الإدارية، وهناك بعض الأعمال التي تقوم بها الإدارة بالتعاقد مع جهة أخرى، وهي ما تعرف بالعقود الإدارية، وقد تقوم الإدارة بالتعاقد بصفتين، إما أن تكون فيها كشخص عادي؛ أي ليست صاحبة سلطة وتخضع لضوابط القانون الخاص، أو أنها تتعاقد مع الطرف الآخر بعدها صاحبة سلطة، وتستهدف هذه العقود الإدارية إدارة أو إنشاء أو ترميم مرفق عام¹. وحيث إن دراستنا تتناول التحكيم في العقود الإدارية فإن الباحثة ستقتصر في هذا المبحث على تعريف العقد الإداري وبيان أنواعه وتمييزه عما يشبهه من النظم والوصول إلى معنى التحكيم الإداري، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري.

المطلب الثاني: أنواع العقد الإداري.

المطلب الثالث: تمييز العقد الإداري عن غيره من النظم المشابهة.

المطلب الرابع: تعريف التحكيم الإداري.

¹ محمد علي الخلايلة (2012)، القانون الإداري، ط1، عمان: دار الثقافة، ص259

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري

أولاً: **العقد لغةً:** العقد، نقيض الحل، عقده يعقده عقداً¹، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"².

ثانياً: **العقد قانوناً:**

العقد في القانون المدني الأردني في المادة (87) "هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"³.

العقد في القانون المدني المصري في المادة (89) "يتم العقد بمجرد يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"⁴.
والعقد في القانون المدني السوري في المادة (92) "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"⁵.
لم تقم أي من التشريعات الأردنية والمصرية والسورية بوضع تعريف للعقد الإداري لعدم وجود قانون اداري مختص.

¹ ابن المنصور، لسان العرب

² سورة المائدة، آية 1

³ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976

⁴ القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948

⁵ القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949

ثالثاً: العقد الإداري قضاءً:

صدر قرار للمحكمة الدستورية في مصر عرفت فيه العقد الإداري: "أن تكون الإدارة أحد أطرافه، و أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق إحتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام و ما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقانون الخاص سواء يتضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررمة بمقتضى القوانين والأنظمة".¹

وقد جاء في أحد أحكام محكمة النقض المصرية ما يلي: " لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه و اقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص، أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة".²

ولم يتطرق القضاء في الأردن لتعريف العقد الإداري، حتى إنه لا يتم عند نشوء منازعة متعلقة به اللجوء إلى محكمة العدل العليا سابقاً؛ حيث إن قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992 وضع اختصاصات المحكمة على سبيل الحصر، ولم يكن بينها العقد الإداري، وحتى بصور قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014 أيضاً لم يعتبر العقد الإداري من اختصاصات هذه المحكمة للنظر فيه.³

وجاء في حكم لمحكمة العدل العليا " أن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بالعقود الإدارية".⁴

¹ قرار المحكمة الدستورية في مصر، بتاريخ 1968/2/24، مشار إليه عند متزن فايز المقابلة، مرجع سابق، ص21
² قرار محكمة النقض المصرية، 1976/4/3، مازن فايز محمد مقابلة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص23، نقلاً عن محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، ص16
³ محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص262
⁴ قرار محكمة العدل العليا، رقم (106) لسنة 1978

رابعاً: العقد الإداري فقهاً:

لقد عرف العقد الإداري بما يأتي: " هو العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية وأجهزتها الإدارية باعتبارها سلطة رسمية عامة، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام وإطراد لتحقيق مصلحة عامة، ويرتكز على أساليب ووسائل القانون العام وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من إجراءات والشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص"¹.

وعرف أيضاً بأنه: " عقد شأنه شأن العقد في القانون الخاص، يتم توافق إرادتين على إنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه، وقوامه الإيجاب والقبول المتحقق من خلال الإجراءات الشكلية والأوضاع المنصوص عليها حتى ينتج آثاره الصحيحة، وشأنه شأن العقود الخاصة يجب أن يقوم على التراضي"².

وترى الباحثة أن العقد الإداري: هو العقد الذي ينشأ بين طرفين أحدهما شخص طبيعي أو معنوي والآخر هو الإدارة العامة، وتكون هنا بصفقتها صاحبة سلطان وإرادة، ويكون الهدف من هذا العقد هو إنشاء أو إدارة مرفق عام، وذلك يكون بهدف تحقيق مصلحة عامة.

¹بشار جميل عبد الهادي (2015)، العقد الإداري الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، ط1، عمان: دار الثقافة، ص20
²مال الله جعفر عبد الملك الحمادي (2014)، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة و التحكيم في العقد الإداري، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص38

المطلب الثاني

أنواع العقد الإداري

توجد أنواع وصور عديدة للعقد الإداري، تتزايد و تختلف بحسب حاجة الإدارة إلى هذه العقود، ومن هذه العقود عقد الامتياز وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد النقل و عقد تقديم المعاونة. وستحدث الباحثة في هذا المطلب عن هذه العقود بإيجاز.

(أ) عقد الامتياز(الالتزام)

يُعدّ هذا العقد من أهم عقود الإدارة، وبموجبه يتولى الملتزم مع الإدارة إدارة مرفق عام لخدمة المواطنين، ويحق لهذا الملتزم استغلاله، كما أنه يحصل على مقابل من المواطنين تكون بمثابة رسوم لانتفاعهم من هذا المرفق.¹ ولعقد الامتياز(الالتزام) عدة أنواع:²

- (1) عقد امتياز الأشغال العامة: ويتمثل هذا العقد في إقامة الملتزم منشأة عامة كالموانئ والأنفاق والطرق التي تكون برسوم؛ حيث إنه يتقاضى من المواطنين رسوماً مقابل استغلالها.
- (2) عقد امتياز المرافق العامة: يقوم الحاصل على الامتياز بإدارة إحدى المرافق العامة على نفقته ومسؤوليته الخاصة وذلك خلال مدة معينة مقابل رسوم يحصلها من المنتفعين، كتوزيع المياه.
- (3) عقد استغلال الموارد: من أبرز صور هذا العقد استخراج النفط، وهناك خلاف حول اعتباره من عقود امتياز الأشغال العامة أو امتياز مرافق عامة؛ حيث لا النفط لا يعتبر مرفقاً عاماً، وكذلك إن صاحب الامتياز لا يقدم خدمة في المرفق العام ينتفع منها المواطنون ولا يأخذ رسوم منهم، وعلى الرغم من ذلك فإن هذا العقد يؤدي إلى تحقيق مصلحة عامة، و عليه فإنه يعتبر عقد امتياز.

¹عبد العزيز محمد علي بن زيد، مرجع سابق، ص15

²ماجد غالب الحلو (2004)، العقود الإدارية والتحكيم، ط1، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص35-38

ب) عقد الأشغال العامة

تقوم الإدارة العامة بالتعاقد مع أحد المقاولين للقيام بإنشاء أو ترميم أحد المرافق العامة، وذلك خلال مدة محددة ويجب أن يكون متعلقاً بعقار، ويجب أن يقصد بهذا العقد النفع العام وليس تحقيق مكاسب مالية للمقاول، ويجب أن يكون العقار مملوكاً لشخص عام. ومتى ما توفرت هذه الشروط ويطلق على هذا العقد عقد الأشغال العامة.¹

ج) عقد التوريد

هو أحد العقود الإدارية التي بموجبها تقوم الإدارة العامة بالاتفاق مع أحد الأفراد أو الشركات على توريد المنقولات، وقد تكون هنا الدولة إما المورد أو المستورد، ويكون ذلك مقابل مبلغ معين يتم الاتفاق عليه، وما يميز عقد التوريد عن عقد الأشغال العامة أن الأخير فقط يكون على العقار، أما عقد التوريد فإنه يرد على المنقولات، وقد يكون عقد التوريد لمرة واحدة أو لفترة من الزمن، ولا يمكن اعتبار هذا العقد إدارياً إلا إذا توفرت فيه عناصر العقد الإداري.² وهي ما يأتي:³

- 1- أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد الإداري باعتبارها صاحبة سلطة رسمية.
- 2- أن يسعى هذا العقد إلى تسيير مرفق عام عن طريق استغلال هذا المرفق أو تنظيمه أو تقديم المعاونة بهدف تحقيق المصلحة العامة.
- 3- أن تضع الإدارة العامة شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعطي الإدارة العامة ما يميزها كأن تخرج عن مبدأ المساواة بين طرفي العقد، أو أن تضع نصاً يعطيها الحق في تعديل أو إضافة شروط بالعقد بإرادتها المنفردة.

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 103

² عبد العزيز محمد علي بن زيد، مرجع سابق، ص 16-17

³ بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 21-22

د) عقد النقل

هو عقد إداري يتفق بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات مع الإدارة العامة على نقل منقولات هو يتشابه إلى حد كبير مع عقد التوريد، ويخضع لنفس أحكامه، و يكون لمرة واحد أو لعدة مرات، ويتقاضى الأفراد أو الشركات مقابل نقلهم للمنقولات مبلغًا معينًا يتفق عليه مع الإدارة¹.

هـ) عقد تقديم المعاونة

هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأفراد، سواء كان شخصًا عامًا أو خاصًا بالمساهمة نقدًا أو عينًا لإنشاء مرفق عام أو تصليحه، ويتم عرض المساهمة من قبل أحد الأفراد تطوعًا كقيام مالك أرض بالمساهمة في نفقات إنشاء طريق يؤدي إلى أملاكه، وقد يتم التعاقد مع الإدارة العامة بناءً على طلب منها لتقديمها إغراءات من جانبها للطرف الآخر، ويحق للطرف الذي يريد تقديم المعاونة أن يسحب عرضه قبل أن تقبله الإدارة، ولكن في حال قبولها له فإنه يصبح ملزمًا به وعليه إتمامه، بالنسبة إلى الإدارة فلها الحق بعد إتمام المشروع حتى بعد الموافقة على العرض أن تقوم بالتحلل من التزامها. ويعدّ هذا العقد ملزمًا لجانب واحد ويحق للإدارة العامة التحلل من الالتزام دون الرجوع للآخر.²

¹ ماجد راغب الحلوي، مرجع سابق، ص44
² سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص118-119

المطلب الثالث

التمييز بين العقد الإداري و بين غيره من النظم المشابهة

العقد الإداري كأى عقد يجب أن يتوفر فيه توافق الإرادتين وأن يكون في العقد طرفان، ولكن منازعات العقود الإدارية تخضع للقضاء الإداري في عديد من الدول، أما في الأردن فإنها تخضع للقضاء العادي.

ولعل أهم ما يفرق بين العقد الإداري وغيره من العقود أن الإدارة العامة تكون طرفاً بالعقد بوصفها صاحبة سيادة وسلطان. كما أنه يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الشخصية، وعلى الرغم من وجود هذه الاختلافات فإنه يتم التفريق بين العقد الإداري¹ وغيره من العقود بما يلي:

(1) أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً:

العقد الإداري حتى يصبح إدارياً فإنه يجب أن يكون أحد أطراف العقد من الإدارة العامة كالوزارات، ويجوز أن يكون الطرف الآخر شخصاً معنوياً عاماً أيضاً أو قد يكون فرداً خاصاً أو شركة خاصة، أما بالنسبة إلى العقود التي يكون كل أطرافها أشخاصاً خاصة أو شركات خاصة فإنها تخضع للقانون الخاص حتى لو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة؛ وذلك لأنه لا يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام.² كما أنه ليس كل عقد تكون الإدارة طرفاً فيه يكون عقداً إدارياً، فيجب أن يكون العقد الذي تبرمه الإدارة متعلق بمرفق عام وأن يحقق مصلحة عامة وأن تكون فيه الإدارة صاحبة سلطان وإرادة، وفي هذه العقود تخضع للقانون العام وليس للقانون

¹بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص22
²محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص265

الخاص، وقد تكون الإدارة طرفاً في بعض العقود، ولكن تكون كأى شخص معنوي خاص، وتخضع لأحكام القانون العام؛ حيث إنها لا تكون صاحبة سلطان وإرادة في هذه العقود.¹

(2) اتصال العقد بمرفق عام

لا يكفي حتى يعتبر العقد إدارياً أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً وإنما يجب أن يتصل العقد بمرفق عام. ويأخذ اتصال العقد بأحد المرافق العامة عدة صور، منها ما يتصل باستغلال المرفق العام كعقد الامتياز، أو يتعلق بإنشاء مرفق عام كعقد الأشغال العامة وغيرها من العقود التي تمت الإشارة إليها سابقاً.²

ويجب أن يتصل العقد مع نشاط المرفق، فمثلاً عند قيام إحدى الجامعات بتأجير أحد الأفراد ثمار شجر الزيتون الموجود فيها فإننا هنا لا نكون أمام عقد إداري؛ وذلك لعدم اتصال العقد مع نشاط المرفق العام الأساسي، وهو التعليم.³

(3) استخدام وسائل القانون العام

لا يكفي حتى نكون أمام عقد إداري أن تكون الإدارة طرفاً فيه ولا أن يكون العقد متعلقاً بنشاط المرفق العام، وإنما يجب أن تقوم الإدارة بوضع شروط غير مألوفة وتخرج عن نطاق الشروط التعاقدية في العقود الخاصة وتختلف عنها، كإعطاء الإدارة امتيازات تخرج عن مبدأ المساواة بين طرفي العقد؛⁴ حيث أنه من الصعب حصر هذه الشروط غير المألوفة، فإنه يكفي

¹ محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص 266

² المرجع السابق (السالف الذكر)، ص 267

³ المرجع السابق (السالف الذكر)، ص 268

⁴ عبد العزيز محمد علي بن زيد، مرجع سابق، ص 21

وجود شرط واحد غير مألوف يبين نية الإدارة بالأخذ بأسلوب القانون العام أحكامه لكي يُعدَّ عقدًا إداريًا.¹

المطلب الرابع

تعريف التحكيم الإداري

يتوجه طرفي العقد لحل نزاعهم عن طريق التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء العادي باعتبار طريقاً استثنائياً للتقاضي؛ وذلك لتوفير الوقت والجهد وأحياناً لعدم الثقة في القضاء الوطني، ويجب أن تكون الإدارة أحد طرفي العقد الإداري، وأن تكون الإدارة صاحبة سيادة وسلطان وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، وأن يكون فيه شروط غير مألوفة في العقد الخاص.

وبذلك من الممكن تعريف التحكيم الإداري بأنه عقد يتم بين طرفين يكون أحدهما الإدارة بصفتها صاحبة سيادة وسلطان، والطرف الآخر شخص معنوي أو طبيعي، ويتم الاتفاق بين طرفي العقد على أنه في حال نشوب نزاع يتصل بتفسير العقد أو تنفيذه أو تطبيقه، يتم اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء المختص، وقد يكون هذا التحكيم إما إجبارياً أو اختيارياً.

ويتبين مما سبق أنه حتى نكون أمام تحكيم إداري فيجب أن يكون أحد أطراف النزاع شخصاً عاماً وقد يكون الطرف الآخر إما شخصاً عاماً آخر أو شخصاً خاصاً من نفس جنسية الشخص العام، أو قد يكون شخصاً خاصاً من جنسية أخرى.²

¹ محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص 270

² مازن فايز محمد مقابلة، مرجع سابق (رسالة ماجستير غير منشورة)، ص 24

الفصل الثالث

مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ونطاقه

إن ظهور الدولة كطرف في التحكيم أمر غير مألوف؛ حيث إنه عادة يتم التحكيم في العقود الخاصة التي يكون أطرافها أشخاصاً طبيعيين خاصين أو أشخاصاً معنويين خاصين، وقد تدخل الدولة طرفاً بهذا العقد ولكن دون اعتبارها صاحبة سيادة وسلطان وإنما بوصفها شخصاً معنوياً خاصاً، ولضرورة معرفة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من عدمه. وعليه، فإن الباحثة ستبين مشروعية اللجوء إلى التحكيم عن طريق بيان موقف الفقه وبيان موقف التشريعات وبيان نطاق التحكيم في هذه العقود، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثاني: نطاق التحكيم في العقود الإدارية:

المبحث الأول

مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية

تقوم الدول على مبدأ سيادة القانون الذي يحدد الحقوق والواجبات لجميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين في الدولة، والذي من أهم نتائجه أن تصبح الدولة دولة مؤسسات تحدد القواعد القانونية المعمول بها في الدولة، وتبين الاختصاصات القانونية لتلك المؤسسات أو الهيئات، والتي بالضرورة أن الأعمال التي تخرج عن نطاق تلك الاختصاصات القانونية تكون غير مشروعة. ولقد تباينت آراء الفقه والتشريعات حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ولأهمية ذلك في دراستنا سنتناول الباحثة في هذا المبحث بيان موقف الفقه وموقف التشريعات، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: موقف التشريعات من التحكيم بالعقود الإدارية.

المطلب الثاني: موقف الفقه من التحكيم بالعقود الإدارية.

المطلب الأول

موقف التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية

ستحاول الباحثة عرض موقف كل من المشرع المصري والسوري والأردني في الفروع الآتية:

الفرع الأول: موقف المشرع المصري.

الفرع الثاني: موقف المشرع السوري .

الفرع الثالث: موقف المشرع الأردني .

الفرع الأول: موقف المشرع المصري

يقرّ المشرع المصري منذ زمن بعيد نظام التحكيم، وُعدّها إحدى الوسائل المهمة لحل المنازعات؛ حيث تضمن قانون المرافعات المصري الصادر بتاريخ 13/ نوفمبر/ 1883 فصلاً خاصاً بالتحكيم، وهو الفصل السادس من الباب العاشر تحت عنوان تحكيم المحكمين، ثم جاء القانون رقم (77) لسنة 1949 الذي تضمن بنصوصه باباً خاصاً بالتحكيم في المواد (818-850)، وبعد ذلك صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 الذي نُظمت فيه أحكام وإجراءات الفصل في المنازعات المدنية والتجارية عن طريق التحكيم في المواد (501-513).

وعلى الرغم من اهتمام المشرع المصري على نحو كبير بالتحكيم فإنه لم تشمل نصوص التحكيم العقود الإدارية، مما أدى إلى اختلاف الآراء الفقهية، مما جعل المشرع يصدر قانوناً خاصاً

بالتحكيم القانوني رقم (27) لسنة 1994 الذي نص فيه على التحكيم بجميع العقود بما فيها عقود أشخاص القانون العام، وعند صدور هذا القانون أُلغيت المواد التي كانت موجودة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ولكن هذا القانون لم يُنهالجدل القائم حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مما جعل المشرع مرة أخرى يصدر قانون تحكيم جديد قانون رقم (9) لسنة 1997 الذي نص فيه صراحةً على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حال نشوء نزاع يتعلق بالعقود الإدارية.

وستتناول الباحثة هذه التطورات تباعاً؛ بدءاً بمرحلة ما قبل صدور القانون رقم (7) لسنة 1994 ومرحلة ما بعد صدور القانون رقم (27) لسنة 1994.

أولاً : المرحلة السابقة لصدور القانون رقم 27 لسنة 1994

لقد تباينت آراء الفقهاء والقضاء في مصر حول قبول أو رفض اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فمنها من كان معارضاً ومنها من كان مؤيداً، ولكن التأييد أو المعارضة لم يكن متعلقاً بما إذا كان التحكيم يمس بسيادة الدولة أو يؤثر فيها وإنما جاءت معارضتهم وتأييدهم بناء على تفسير النصوص المتعلقة بالموضوع.¹

وقد تم استخدام بعض النصوص القانونية المتوفرة في الدستور وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون مجلس الدولة حتى لا يجيزوا اللجوء إلى التحكيم ومن هذه النصوص:² نص المادة 167 من الدستور " يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين

¹ مازن فايز محمد مقابلة، مرجع سابق، (رسالة ماجستير)، ص 57

² محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 127

شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم". ونص المادة 172 من الدستور المصري "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، وتختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى". ونص المادة 58 من قانون رقم (47) لسنة 1972 "...لايجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن 5 آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة". ونص المادة 10 من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :

... حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".¹

وقد صدرت أحكام من القضاء الإداري المصري ترفض الاتفاق على التحكيم في المنازعات الإدارية؛ حيث قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها يتعلق بأخذ عقود المقاولات الإنشائية (الشهيد أحمد حمدي) " بأن هذا العقد من العقود الإدارية وبأنه لايجوز سلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المصري بنظر منازعات هذا العقد الإداري بموجب نص فيه، وذلك ليسند هذا الاختصاص إلى هيئة التحكيم، ويتعين الالتفات عن هذا النص العقدي، وأعمال أحكام القانون التي أناطت الاختصاص بذلك إلى مجلس الدولة دون غيره".²

¹ محمود السيد التحوي (2007)، ا لتجاء الجهات القضائية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، ط1، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص384-385

² حكم محكمة القضاء الإداري - دائرة العقود الإدارية والتعويضات الصادر في 1991/1/30 في الدعوى رقم 5429، مشاراليه في محمود السيد التحوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ، مرجع سابق،

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بما يأتي: " عدم جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972، والتي تجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوطاً بمحاكم مجلس الدولة في مصر، والذي ورد في قانون موضوعي. ومن القواعد المقررة في القانون العام أنه لا يجوز تعديلها بقاعدة

عامة أخرى؛ فلا يحق للجهة الإدارية أن تأتي وتضمن العقد الإداري الذي تبرمه نصاً باختصاص هيئة تحكيم، تنص على تشكيلها، واختصاصها بالفصل في أي نزاع يتعلق بهذا العقد، إذ يتعين الالتفات عن هذا النص و أعمال أحكام القانون الوضعي المصري في هذا الشأن، والتي خولت الاختصاص بذلك إلى محاكم مجلس الدولة في مصر".¹

بعد الاستناد إلى هذه القرارات يُلاحظُ القضاء المصري كان مؤكداً فيها على نفس المبدأ بأنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم؛ لأن النظر في نزاعات العقود الإدارية من اختصاص مجلس الدولة المصري ولا يجوز الاعتداء عليه؛ حيث إنه تم النص صراحة في المواد 10 و 58 من القانون رقم (47) لسنة 1972، وقد أيد هذه القرارات جانب من الفقه المصري المعارض للجوء إلى التحكيم.

وعلى الرغم من صدور العديد من القرارات في ذلك الوقت من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا التي لا تجيز اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، فإنه وبنفس ذلك الوقت كانت تصدر الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري فتاوى بإمكانية اللجوء إلى التحكيم وقامت بتفسير النصوص التي تم التمسك بها

¹محمود السيد التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص382

لحظر اللجوء إلى التحكيم في ذلك الموضوع، ومنها مراجعة اللجنة الثانية لقسمي الفتوى بمجلس الدولة المصري لعقد بين وزارة التعمير والمجمعات العمرانية الجديدة ومجموعة العمارة والتخطيط ولاحظت اللجنة وجود شرط في العقد يجيز الالتجاء إلى نظام التحكيم فأحالت الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري. ورأت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري قد أجاز الاتفاق على التحكيم في المواد (501) وما بعدها، كما أن المادة (58) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 قد ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة العامة إلى نظام التحكيم للفصل في منازعاتها العقدية. وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بالجلسة المنعقدة في 17/5/1989، إلى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم.¹

واستمر هذا الخلاف إلأن تم إصدار قانون التحكيم رقم (7) لسنة 1994، وإلغاء جميع النصوص الخاصة المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ثانياً: المرحلة اللاحقة لصدور قانون التحكيم رقم (7) لسنة 1994

وبعد زيادة الخلافات حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أو عدم إمكانية صدور قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994، قام المشرع المصري بوضع قانون خاص بالتحكيم؛ وذلك لوقف الخلافات وإنهائها، إلا أن المشرع لم يكن مفقاً بذلك؛ حيث زادت الأمور تعقيداً؛ وذلك لعدم وجود نص صريح يبين فيه إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ حيث نصّ في

¹فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصري، بجلستها المنعقدة في 17/5/1989 نقلاً عن محمود السيد التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص384-386

المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على ما يأتي: "مع عدم الإخلال 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 أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون."¹

وبذا، فإن هذا النص لم يوقف الخلاف وإنما زاده وذلك لأنه لم يذكر على نحو صريح إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فقد جاء النص عامًا حيث أشار إلى إطار سريانه بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص، ومهما كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع وتذرع جانب من الفقه المصري بذلك لعدم وضوح النص. وذلك لأن قانون التحكيم لم يشر على نحو صحيح إلى إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، وقد رأى جانب آخر بالفقه المصري أن هناك نصوصًا تجيز للدولة وهيئاتها وأجهزتها اللجوء إلى التحكيم؛ فقد نصت المادة (57) من قانون الاستثمار رقم (230) لسنة 1989 على جواز الفصل في منازعات الاستثمار بالطريقة التي يتفق عليها مع المستثمر؛ أي أنها أجازت اللجوء إلى التحكيم.²

وقدأفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ وذلك لانعدام نص تشريعي في ذلك الخصوص؛ حيث رأت أفضلية الوصول لكلمة سواء في أمر الالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الإدارية بدلاً من الالتجاء إلى القضاء العام بالدولة.³

¹ قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

² محمود السيد التحوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص390-391

³ الفتوى رقم (160) بجلسة 1996/12/18، مشار إليها عند محمود السيد التحوي، المرجع السابق، ص392

وفي قرار لمحكمة الاستئناف المصرية: "أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية بالنظر إلى أن العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي قد اتسعت وتشعبت مع مراحل النمو والإصلاح التي تخطوها مصر؛ حيث تشارك الدول وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة في قيام تلك العلاقات بالقدر اللازم لتشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية وتحقيق أهدافها، بما في ذلك إبرام عقود إدارية وثيقة الصلة بالمرافعة العامة مع أطراف محلية وأجنبية".¹

وسبب تزايد الخلافات فقهاً² وقضاً حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من عدمه أجرى المشرع المصري تعديلاً على القانون رقم (27) لسنة 1994 بالقانون الجديد رقم (9) لسنة 1997؛ حيث نصّ صراحةً على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل نزاع متعلق بالعقود الإدارية، وذلك من خلال إضافة فقرة ثانية على نص المادة (1) السابقة حيث أصبحت المادة (1) من قانون التحكيم رقم (9) لسنة 1997 تنص على ما يأتي:

" 1- مع عدم الإخلال 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 ياً كانت طبيعة العلاقة.

2- بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العام ولايجوز التفويض في ذلك".²

¹ حكم محكمة إستئناف القاهرة الصادر من الدائرة (63) تجاري بجلستها المنعقدة في 19/3/1997، مشاراً إليه عند محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص130-131

² قانون التحكيم المصري رقم (9) لسنة 1997

الفرع الثاني : موقف المشرع السوري

لجأت الجمهورية العربية السورية كأبي دولة من دول العالم إلى تعديل قوانينها فيما يتعلق خصوصاً بأمور التجارة الدولية وأمور التحكيم، سواء كان داخلياً أم خارجياً لمواكبة التطور والتغير المستمر، وآخرها كان قانون التحكيم رقم (4) لسنة 2008 ومما دعا إلى هذه التعديلات زيادة مشاركة الدولة وكشخص معنوي في عقود الإدارية والتجارية بصفتها صاحبة سيادة وسلطان وستتناول الباحثة في هذا المطلب موقف القانون السوري من ذلك، كما ستبين أيضاً موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وبيان المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي انضمت لها في هذا الخصوص.

أولاً : القانون السوري

إن القوانين السورية، سواء أكانت أصول المحاكمات وغيرها من القوانين لم تمنع الإدارة العامة من اللجوء إلى التحكيم ولا في أي وقت من الأوقات؛ وذلك لحل نزاعاتها مع الأفراد، والجانب الفقهي الذي قال إنه يجب تمثيل النيابة العامة في النزاعات المتعلقة بالإدارة العامة يُعدّ مانعاً من اللجوء إلى التحكيمٍ عدّ غير مقبول؛ وذلك لوجود دلائل في القانون السوري تنفي ذلك، ومنها ما يأتي¹:

نصت المادة 123 من قانون أصول المحاكمات السوري على ما يأتي: " يجوز للنيابة العامة

أن تتدخل في القضايا المتعلقة بالإدارة العامة أو بالأحوال الشخصية وبعديمي الأهلية وناقصياها

¹ محمد وليد منصور (2007)، التحكيم في العقود الإدارية، ط1، لجنة طباعة القوانين الأساسية في فرع نقابة المحامين في دمشق، ص333

والغائبين وبالأوقاف الخيرية وبالجهات والوصايا المرصدة للبر وفي تعيين المرجع والدفع بعدم الاختصاص الموضوع وفي رد القضاة ومحاكمتهم وفي التفاليس والصلح والواقى.¹

إن المراد من النص هو تدخل النيابة العامة؛ ولكن هذا التدخل يكون بحسب حاجة الدعوى؛ حيث إنه يختلف من دعوى إلى أخرى، وبما أنه لا يوجد هناك نص يمنع الأطراف من اللجوء إلى التحكيم فلا يمكن منعه؛ حيث إن الإدارة عبارة عن شخصية عامة اعتبارية وهي تملك القرار بنفسها من حيث اللجوء إلى التحكيم من عدمه، طالما أنه لا يوجد هناك نص قانوني يحظر عليها

ذلك، وإن تدخل النيابة العامة وبحسب النص لم يأت على نحوٍ وجوبي، وإنما جاء على سبيل الجواز.²

وقد سمح قانون مجلس الدولة رقم (55) لسنة 1959 باللجوء للتحكيم وذلك في نص المادة (2/44) التي جاء فيها ما يأتي: " لا يجوز لأية وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه (خمسة و أربعين ألف ليره سوري) بغير استفتاء الإدارة المختصة أي الإدارة المختصة بالفتوى في مجلس الدولة".³

ويبين هذا النص إمكانية لجوء الإدارة إلى التحكيم دون الحاجة إلى استفتاء من مجلس

الدولة طالما أن المبلغ أقل من 45 ألف ليره سوري.

¹ قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، رقم (84) بتاريخ 1953/9/28

² محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص 333

³ قانون مجلس الدولة، رقم (55) لسنة 1959

وبعد ذلك صدر المرسوم التشريعي رقم (292) لسنة 1963، الذي يعدل قانون مجلس

الدولة رقم (55) لسنة 1959 حيث نصت المادة (7) منه على ما يأتي:

" أ- يحق للإدارة الموافقة على اللجوء إلى التحكيم وفقاً لأصول المتبعة في القضاء الإداري ، وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس المجلس أو قاض يسميه وزير العدل وعضوية مندوب كل من الإدارة والمتعهد بقرار من الوزير يحدد فيه موضوع الخلاف وتعويضات اللجنة ضمن حدود الأحكام القانونية النافذة.

ب- يحق للجنة الاستعانة بمن تراه ضرورياً من مختصين وأهل الخبرة.

ج- يمكن أن ينص في العقود الخارجية على تحديد جهة تحكيمية خاصة خلافاً للأحكام السابقة ويتحمل الفريق الخاسر نفقات التحكيم بنسبة خسارته".¹

وفي هذا التعديل أصبح بإمكان الإدارة أن تلجأ إلى التحكيم، وخاصة في العقود الخارجية دون الحاجة إلى الحصول على استفتاء من مجلس الدولة، وإنما فقط يتم الحصول على تصديق من الوزير المختص.²

وعدلت المادة (1) من قرار رئيس الوزراء رقم (9) لسنة 2002 من قيمة العقود التي

تحتاج إلى استفتاء؛ حيث جاء فيها ما يأتي:

" أ- لا تنفذ العقود الجارية وفقاً لأحكام هذا النظام والتي تتجاوز قيمتها عشرة ملايين ليرة سورية إلا بعد استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة.

ب- يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل القيمة المحددة في الفقرة (أ) عند الاقتضاء".

¹ المرسوم التشريعي، رقم (228) لسنة 1969، مشاراً إليه عند محمد وليد منصور ص 337
² حسين شحادة الحسين (2015)، التحكيم في العقود الإدارية، المؤتمر السنوي العاشر (التحكيم التجاري الدولي)، ص 373

وبوجود هذا النص، فإن نص المادة (44) لسنة 1959 يَعدُّ معدَّلاً حَكْمًا بما يتفق مع أحكام هذا النص.¹

وصدر مؤخرًا نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية السورية رقم (51) بتاريخ 2004/12/9، الذي نصت المادة (66/أ) منه على أن: "القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد"²، كما نصت على أنه يجوز أن يتم الاتفاق في العقد على أن يتم اتباع القانون الإداري السوري في حال نشوب النزاع، ويتم تشكيل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يختاره رئيس المجلس، وعضويين آخرين أحدهما يختاره الطرف الآخر للنزاع، أما الآخر فتختاره الإدارة العامة. ويرأي الباحثة أن المادة 66/أ قد أساءت فهم فكرة التحكيم حيث أنها قصرت التحكيم في العقود الإدارية على الدولة باختيارها أطرافه من مؤسساتها وبذلك قد يكون حكم لجنة التحكيم غير حيادي ومشكوك في نزاهته. ترى الباحثة أنه كان من الأفضل ترك أمر تحديد اللجنة المحكمة لأطراف العقد الإداري وذلك عند إبرامه بين أطرافه وذلك تطبيقاً لاصول الفكرة التي يقوم عليها التحكيم وتسهيلاً له ولضمان حياديته حكم التحكيم.

كما أجاز نص المادة في حالة العقد خارجي أن يتم اللجوء إلى جهة تحكيمية خاصة، وذلك بعد الحصول على موافقة الوزير المختص.

وبعد صدور نظام العقود الموحد، فإن هذا النظام أصبح مطبقاً على كل الجهات العامة الموجودة في سورية، كما أصبح نظام التحكيم بالنسبة إلى العقود الإدارية واحداً دون أن يكون هناك أي تفريق بين جهات ذات طابع اقتصادي أو جهات ذات طابع اقتصادي.

¹ حسين شحادة الحسين (2015)، التحكيم في العقود الإدارية، المؤتمر السنوي العاشر (التحكيم التجاري الدولي)، ص 372
² نظام العقود الموحد، رقم (51) لسنة 2004

وبعد ذلك صدر قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008، الذي نص صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم بالعقود الإدارية، وأحال الأمر بذلك إلى نص المادة (66) من نظام العقود الموحد رقم (51) لسنة 2004؛ حيث نصت المادة (2/2) من قانون التحكيم على ما يأتي: "2- يبقى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة /66/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم/51/ تاريخ 2004/2/9".¹

ثانياً: القضاء السوري

ظهر اتجاهين قضائيين حول إمكانية لجوء الإدارة للتحكيم في العقود الإدارية، سواء أكانت داخلية أم خارجية؛ أولهما: اعتبر أن الإدارة لا تجبر على اللجوء إلى التحكيم إلا بموافقتها ورضاها، حتى لو وقعت بالعقد على شرط التحكيم في حال نشوب نزاع بينها وبين الطرف الآخر.² وهذا الاتجاه لم يستمر طويلاً وإنما اختلف منذ أن بدأ الثاني بالظهور.

أما الاتجاه الثاني فاعتبر التحكيم عبارة عن طريقاً استثنائياً يلجأ إليه الأطراف للخروج عن الطريق العادي، ويتم اللجوء إليه بناءً على إدارة أطراف العقد، وعند اشتراط التحكيم أمام هيئة تحكيم فإنه يعد شرطاً واجب الرعاية ولا يحق للقضاء السير بالدعوى.³ وهذا الاتجاه ظهر في عام 1963 وما زال مستمراً، والقضاء يمشي عليه إلى هذه اللحظة، واعتبر أن اللجوء إلى التحكيم يتم من أجل سهولة إجراءاته وسرعته في السير بالدعوى.

¹ قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008

² حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، بجلسة 1962/9/10، قضية رقم 47 مشار إليه عند محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص 347

³ حكم محكمة القضاء الإداري رقم 149 الصادر بجلسة 1963/10/3، مشار إليه عند محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص 347

وترى المحكمة الإدارية العليا أن شرط التحكيم في العقد الإداري هو شرط واجب مراعاته كباقي الشروط الأخرى ما دام أنه صحيح وغير مخالف للنظام العام.¹

ولقد استقر اجتهاد المحكمة الإدارية العليا على أن النص في العقد على حل الخلافات المحتملة بين الطرفين عن طريق التحكيم إنما يعدّ شرطاً ملزماً للطرفين.²

وقضت المحكمة الإدارية العليا: "أن شرط التحكيم في العقود الإدارية هو كغيره من الشروط العقدية الأخرى التي تعتبر ملزمة للطرفين المتعاقدين تأسيساً على أن العقد الإداري لا يخرج عن كونه عقداً بالمعنى القانوني الدقيق، أي أن توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وليس من خصائص العقد الإداري ما يمكن أن يؤدي إلى إهدار القوة الملزمة لأي شرط من شروط التعاقدية."³

ومن خلال عرض هذه القرارات نجد أنه حتى بكلا الاتجاهين لا يوجد ما يمنع من لجوء الإدارة إلى التحكيم ولكن كان الاختلاف أن يكون اللجوء إليه برغبة من الإدارة .

ثالثاً: المعاهدات الدولية والاتفاقات الثنائية

وضمن هذا الإطار، يُشار إلى الرأي الصادر عن الجمعية العمومية في مجلس الدولة رقم 35/ تاريخ 1999/6/29 والذي جاء فيه:⁴ "من حيث انه تتحصل وقائع هذه القضية حسبما استبان من الأوراق المبرزة فيها بأنه بتاريخ 1975/8/21 تعاقد اتحاد الصناعات الهندسية

¹ المحكمة الإدارية العليا 18/93 لسنة 1967 ، مشار إليه عند محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص350

² محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص350

³ قرار 379/137 لسنة 1970 ، مشار إليه عند محمد وليد منصور، ص350

⁴ المبدأ (89) – مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة، منقولاً عن محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص341-344

والكيميائية السوري، والذي حلت محله فيما بعد الشركة العامة لصناعة الأحذية، مع شركة إنفيرش. م الفرنسية على أن تقوم هذه الأخيرة بتشديد معامل لصنع الأحذية في مواقع مختلفة من القطر العربي السوري، وفي أثناء تنفيذ العقد وبعد تشييد هذه المعامل نشبت بين الشركة الفرنسية والجانب السوري خلافات تم عرضها على لجنة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في جنيف، التي أصدرت حكمها ذا الرقم /3448/ المؤرخ في 1984/5/14 والذي فصل في الخلاف الملمع إليه ، ورتب على الشركة العامة لصناعة الأحذية دفع المبالغ الميينة فيه الى شركة إنفيرش الفرنسية، وعند عرض الحكم المذكور على محكمة القضاء الإداري بدمشق لإكسائه صيغة التنفيذ ردت المحكمة الدعوى لعلة أنها ليست المحكمة المختصة بإعطاء صيغة التنفيذ، وغنما محكمة البداية المدنية التي يراد التنفيذ في دائرتها، وتم الطعن بهذا القرار أمام المحكمة الإدارية العليا التي أصدرت قرارها المار ذكره في متن هذه القضية والذي قضت بقبول الطعن شكلاً وموضوعاً وعدم إعطاء صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي.

ثم صدر القانون ذو الرقم /10/ المؤرخ في 1996/12/23 المتضمن تصديق الاتفاق وملحقه بين الحكومة السورية والحكومة الفرنسية حول تسديد المتأخرات المترتبة على سورية تجاه فرنسا الموقع في دمشق بتاريخ 1996/6/20 ثم صدرت التعليمات التنفيذية بشأنه عن رئاسة مجلس الوزراء، واستناداً إلى ذلك قامت وزارة المالية بإبلاغ الشركة بمبالغ الالتزامات المترتبة عليها، وطلبت منها اتخاذ الترتيبات اللازمة لتطبيق أحكام القانون المذكور، ثم قام مصرف سورية المركزي بتحويل قسطين من المبلغ المترتب على الشركة العامة لصناعة الأحذية نتيجة قرار التحكيم المذكور إلى فرنسا، الأمر الذي وجد معارضة من الشركة المذكورة بحجة أن القرار التحكيمي لم يكتسب صيغة التنفيذ في سورية وطلبت بيان الرأي في مدى انطباق القرار التحكيمي

على القانون رقم /10/ لعام 1991 وبيان ما إذا كان القرار التحكيمي بوضعه الراهن مستحق التنفيذ للجانب الفرنسي.

ومن حيث أنه في معرض النظر في إعطاء الحكم التحكيمي صيغة التنفيذ، وسواء أكان التحكيم داخلياً أو خارجياً فإن المحكمة المختصة بالنظر في إكساء صيغة التنفيذ لا تتعرض لأصل الحق، وإنما تتحقق من سلامة الإجراءات وإتاحة حق الدفاع للطرفين، واستكمال الموجبات القانونية للجوء التحكيم من إذن مسبق أو غيره التي تعتبر الأركان الأساسية التي تنهض عليها صيغة التنفيذ، كما تراقب الإجراءات والشكليات التي رافقت التحكيم، أو التي يجب أن تسبقه أو تشكل لجنة التحكيم.. إلخ فالمحكمة الإدارية العليا عندما رفضت إعطاء صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي مدار البحث إنما استندت في قرارها على عدم مراعاة الإدارة لأحكام المادة /44/ من قانون مجلس الدولة ذي الرقم /55/ لعام 1959 التي تلزم الإدارات، قبل اللجوء إلى التحكيم، بالحصول على إجازة من اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، وبالتالي فإن المحكمة نظرت في الإجراءات المحيطة بطريق التحكيم، ولم تتطرق لأصل الحق أو للخلاف المعروف على هيئة التحكيم، فيبقى الخلاف حول أصل الحق قائماً بين الطرفين.

كما انه قد قضت الفقرة /ب/ من البند /2/ من المادة /6/ من اتفاقية تسديد المتأخرات المترتبة على الجمهورية العربية السورية تجاه فرنسا بأن الديون المالية الواردة في ملحق هذا الاتفاق. ومن حيث أنه بينت وزارة المالية بموجب كتابها المشار إليه أعلاه أن القرار التحكيمي الصادر لصالح شركة أنفير الفرنسية قد ورد ضمن ملحق الاتفاق المشار إليه.

ومن حيث أن القوانين التي تصدر واجبة التطبيق وملزمة التنفيذ سواء للإدارات أو للأفراد، فإن صدور القانون ذي الرقم /10/ لعام 1996 بتصديق الاتفاق وملحقه بين حكومتي سورية

وفرنسا بشأن تسديد التأخيرات المترتبة على سورية اتجاه فرنسا يلزم الشركة العامة لصناعات الأحذية بتنفيذ ما يتعلق بها من هذا الاتفاق وإن الإجراءات التي قامت بها كل من وزارة المالية ومصرف سورية المركزي بتحويل قسطين من المبلغ الترتب على الشركة العامة لصناعة الأحذية إنفيرش.م الفرنسية نتيجة القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية في جنيف ذي الرقم /3448/ المؤرخ في 1984/5/14 لا تعدو كونها تطبيقاً لنصوص الاتفاق المصدق بقانون والتعليمات التنفيذية الصادرة بهذا الصدد، والتي تشكل في مجموعها حلاً تشريعياً لمسألة تسديد بعض الديون المترتبة للجانب الفرنسي مما يتصف بالإلزام القانوني.

لهذه الأسباب أقرت الجمعية العمومية الرأي التالي:

1- تلتزم الشركة العامة لصناعة الأحذية بتنفيذ ما يتعلق بها من اتفاق تسديد المتأخرات المترتبة على سورية تجاه فرنسا وملحقها المصدق بموجب القانون ذي الرقم /10/ لعام 1996 ومنها الالتزامات موضوع القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية في جنيف ذي الرقم /3448/ المؤرخ في 1984/5/14 دون النظر إلى اكتساب القرار المذكور صيغة التنفيذ أو عدمه، طالما أن القرار المذكور قد ورد في ملحق الاتفاق المذكور.

2- إبلاغ هذا الرأي إلى كل من الشركة العامة لصناعة الأحذية ووزارة المالية حسب الأصول."

الفرع الثالث: موقف المشرع الأردني

كجزء من الدولة العثمانية كانت الاردن تطبق القوانين العثمانية؛ حيث إنه كان ومازال مرجعه الأساسي بالقانون مجلة الأحكام العدلية الصادرة في سنة 1876 وقد ورد فيها بعض

النصوص عن التحكيم؛ حيث تناول الباب الرابع (بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم) (1841 - 1851) حيث نصت المادة (1841) على أنه: يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الإنسان.¹

ومن خلال هذا النص يظهر أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في جميع الدعاوى التي تتعلق بحقوق العباد والمتعلقة بالمال، والذي لا يجوز اللجوء إلى التحكيم فيه هي حقوق الله كالطلاق والميراث والزنا وغيرها من الأمور، ومعنى ذلك أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود التجارية والمدنية والإدارية؛ وذلك لأنها لا تتعلق بحقوق الله وإنما هي عبارة عن حقوق للعباد.²

وبعد أن سقطت الدولة العثمانية شكلت إمارة شرق الأردن، وكان يطبق عليها القوانين الفلسطينية، وصدر قانون التحكيم رقم (9) في 16 آذار 1926، وبعد ذلك صدر قانون التحكيم رقم (14) لسنة 1928، ثم صدر قانون التحكيم رقم (29) لسنة 1934، ومن ثم صدر قانون التحكيم رقم (63) لسنة 1946؛ حيث نصت المادة (19) في كل من قوانين التحكيم الفلسطينية على أنه:

"يسرى هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة فلسطين أحد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة"³.

ومن الواضح في هذا النص أن قانون التحكيم الفلسطيني أجاز للحكومة اللجوء إلى التحكيم؛ أي الشخص المعنوي العام، ولم يضع أي قيد سوى القيد المتعلق بأن الحكومة لا تدفع رسوم ومصاريف للدعوى، وقد كانت الأردن تقوم باتباع هذا القانون في السابق، ولكن بعد

¹سليم رستم باز اللبناني، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص 916

²مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 144

³مجموعة القوانين الفلسطينية، الجزء السادس، لسنة 1976، مشار إليه عند مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 145

الإستقلال في 1946/5/25 تم فصل القوانين ولم تعد تابعة للقوانين الفلسطينية، ثم صدر قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 الذي نصّت المادة (22) منه على إلغاء جميع التشريعات الفلسطينية التي كانت الأردن تطبقها¹.

ويعد الأردن من أولى الدول التي أصدرت قانون تحكيم منفصل، أما في مصر وسورية فتمت الإشارة إلى التحكيم بداية في قانون المرافعات المصري والسوري من خلال قانون أصول المحاكمات.

وقد جاء في نص المادة (20) من قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 ما يأتي: "يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية أحد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة".

ولم يختلف الحكم في هذا النص شيئاً عن نص المادة (19) في قوانين التحكيم الفلسطينية؛ فقد بنى النص بشكل صريح إمكانية لجوء الحكومة إلى التحكيم مهما كان نوع العقد، ووضع قيماً واحداً فقط وهو أن الحكومة لا تدفع الرسوم والمصاريف². وإن المشرع لو أراد وضع قيماً على العقود الإدارية لوضع كما وضع على قيد عدم قيام الدولة بدفع الرسوم والمصاريف فالأصل في الأمور الإباحة، وبذلك لا يجوز منع شيء دون منعه صراحةً، ومن الممكن اعتبارها إجازة ضمنية³.

وقد بين القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 في نص المادة (50) من

الأشخاص الحكيمة حيث جاء فيه أن: "الأشخاص الحكيمة هي:

¹مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص145

²مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص146

³عبد العزيز محمد علي بن زيد، مرجع سابق (رسالة ماجستير)، ص72

1- الدولة و البلديات بالشروط التي يحددها القانون و المؤسسات العامة و غيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكومية.

2- الهيئات و الطوائف الدينية التي تعترف بها الدولة بشخصية حكومية .

3- الوقف.

4- الشركات التجارية و المدنية.

5- الجمعيات و المؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون.

6- كل مجموعة من الأشخاص و الأموال تثبت لها الشخصية الحكومية بمقتضى نص في

القانون".¹

فالدولة شخص حكومي، وبذلك فإن لها الحق باللجوء إلى التحكيم و ذلك بالاستناد لنص المادة

(20) من قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953.

وقد أعطى القانون المدني للشخص الحكمي حق التقاضي، ويكون له ذمة مالية مستقلة وله

موطن مستقل وله من يعو عن إرادته.²

وقد جاء أيضاً في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 في نص المادة

(1/109) ما يأتي:

" 1- للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفع التالية

بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل خلال المدة المنصوص عليها في المادة (59) من هذا

القانون.

أ- عدم الاختصاص المكاني.

¹ القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة 1976

² أنظر نصوص المواد (51-52)، القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

ب- وجود شرط تحكيم.

ج- كون القضية مقضية.

د- مرور الزمن.

هـ- بطلان أوراق تبليغ الدعوى".¹

ومن هنا، ترى الباحثة أنه لو لم يجرز القانون اللجوء إلى التحكيم بجميع أنواع العقود لما قام باعتباره دفعا من الدفوع التي بإمكانها توقيف السير بالدعوى، وفقط اشترط قانون أصول المحاكمة المدنية بالمادة (1/109) أن يتم تقديم هذه الدفوع قبل التعرض لموضوع الدعوى.

لم يكن هناك أي قرار من محكمة العدل العليا بخصوص إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك لأن العقد الإداري لا يُعدّ من اختصاصها، وذلك حسب قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992، وإنما اعتبارها القانون كباقي العقود المدنية، ويتم النظر فيها لدى المحاكم الحقوقية.

وقد قررت محكمة التمييز في أحد أحكامها إبطال حكم التحكيم في النزاع الكامل بين حكومة المملكة الأردنية وشركة كهرباء القدس؛ استناداً إلى عدم التزام المحكمين بالاتفاق المبرم بين الشركة والحكومة؛ حيث تم الاتفاق على أن تحدد الحكومة والشركة محكمين، ثم يختار هذان المحكمان المحكم الثالث، ولكن لم يلتزما المحكمان بذلك فرأت محكمة التمييز " أن تصرف المحكمان يعتبر خروج عن شرط الاتفاق المبرم بين الحكومة و الشركة مما يجعل حكمها معيباً".²

¹قانون أصول المحاكمات المدنية، رقم (24) لسنة 1988.

²تمييز حقوق رقم (134) لسنة 1959، مشار إليه عند مازن فايز محمد مقابلة، مرجع سابق، (رسالة ماجستير)، ص70.

وهنا تجد الباحثة أن المحكمة اعتبرت أن قرار المحكمين خاطئ؛ ذلك لعدم التزامه بشروط أطراف النزاع المتعلقة بإجراءات التحكيم، كما تجد أن القضاء لم يعارض اللجوء إلى التحكيم أو قام باستنكاره، وإنما فقط قام برد القرار التحكيمي لعدم الالتزام من قبل المحكمين.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز أنه "إذا وافق المدعي بتوقيعه للعقد المبرم بينه وبين وزير المواصلات ، على أن يكون وزير المواصلات هو الحكم في الخلاف الذي ينشأ حول التعهد ، فإن سعي المدعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ذلك لأن اتفاق الطرفين هو قانونهم و لأن مثل هذا الاتفاق ليس ممنوعاً في القوانين و الأنظمة و غير مخالف للنظام العام".¹

وهنا أيضاً تجد الباحثة أن القضاء لم يعارض لجوء الحكومة للتحكيم، وإنما رد الدعوى وارجاعهم لهيئة التحكيم، وتبين المحكمة وجود الالتزام بالاتفاق بين الأطراف الذي سبق النزاع طالما أنه لا يخالف النظام العام.

- موقف القانون الأردني بالتحكيم في العقود الإدارية بموجب القانون رقم (31) لسنة 2001

إن الأردن كان من أوائل الدول العربية التي وضعت قانوناً منفصلاً فيما يتعلق بالتحكيم، إلا أنه ومع التطورات الاقتصادية ووجود العديد من الاستثمارات الأجنبية في المملكة ودخول المملكة في عدد من الاتفاقيات الدولية والثنائية التي تشجع اللجوء إلى التحكيم مثل اتفاقية عمان للتحكيم التجاري عام 1989، هذه الأمور جعلت المشرع الأردني يقوم بإصدار قانون جديد رقم (31) لسنة 2001 وبموجب هذا القانون تم وقف التعامل بقانون التحكيم السابق؛ وذلك لإجراء عدد من التعديلات على نصوص القانون السابق.

¹ تمييز حقوق رقم (283) لسنة 1968، مشار إليه عند مازن فايز محمد مقابلة ، مرجع سابق، (رسالة ماجستير)، ص70.

وقد تأثر قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 في نصوصه بقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على الرغم من أنه كان قد صدر في ذلك الوقت قانون التحكيم المصري رقم (9) لسنة 1997.

وقد تأثر كلاً منهما بالقانون النموذجي الصادر عن الأونسترال؛ حيث جاء بنص المادة (3) من قانون التحكيم الأردني ما يأتي: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع برئ أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية".¹

وتأثر المشرع الأردني بالقانون المصري رقم (27) (1994) لم يكن موفقاً؛ حيث كان الأجدر به التأثير بالقانون رقم (9) لسنة 1997؛ إذ أنه أضاف إلى نص المادة (1) فقرة ثانية نص فيها صراحة على إمكانية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على الرغم من أن النص الحالي لم يسبب مشكلات، ولكن كان من الأفضل النص صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم

بالنسبة إلى العقود الإدارية، كما تم النص صراحة في قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 في مادة (2/2) وهذا ما أُشير إليه سابقاً.

وقد تم تحديد المحكمة المختصة للنظر في دعوى بطلان حكم التحكيم من قبل أحد الأطراف بمحكمة الاستئناف، وهذا النص حدد وبشكل صريح المحكمة المختصة، وهو تعديل جيد؛ حيث كان القانون السابق في نص المادة (3/18) ينص على ما يأتي:

¹قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

"تكون الأحكام الصادرة من قبل محاكم الصلح والبدائية والاستئناف بتصديق أو فسخ أو إعادة قرار المحكمين أو الفيصل خاضعة للاستئناف والتمييز طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف وتسيير الأحكام الأخرى".¹

وقد وضع بالقانون الجديد نصوص وضحت إجراءات السير بالتحكيم وبطلان حكم التحكيم وكيفية تنفيذه.²

ولم يرد بهذا الخصوص أي قرار من قبل محكمة العدل العليا بوصفها غير مختصة بالنظر بالدعوى المتعلقة بالعقود الإدارية كما تمت الإشارة سابقاً، وكذلك الأمر بالنسبة إلى المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا رقم (27) لسنة (2014)؛ حيث تم تحديد اختصاصها، وبذلك فإنه يتم نظر الدعوى المتعلقة بالعقود الإدارية أمام المحاكم الحقوقية.

وفيما يتعلق بالعقود الإدارية التي تم الاتفاق على اللجوء فيها إلى التحكيم في حال نشوب نزاع وصدور حكم هيئة التحكيم، فإنه يتم اللجوء إلى محكمة الاستئناف إما لإكساء الحكم صيغة التنفيذ أو لرفع دعوى بطلان الحكم باعتبار الحكم غير صحيح.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز رقم (557) لسنة 2013 ما يلي: " نجد أن القرار الاستئنائي المطعون فيه غير قابل للطعن تمييزاً باعتباره قراراً قطعياً وفقاً للمادة 51 من قانون التحكيم والطعن فيه مردود شكلاً".³

وجاء في قرار آخر لها رقم (3155) لسنة 2013 ما يأتي: " نجد أن المادة (49) من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 حددت على سبيل الحصر الحالات التي تقبل لإبطال حكم

¹ قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953.

² مازن فايز محمد مقابلة، مرجع سابق (رسالة ماجستير)، ص 73.

³ قرار محكمة التمييز الحقوقية رقم (557) لسنة 2013، منشورات عدالة

التحكيم، وحيث إن محكمة الاستئناف لم تجد في أسباب الطعن بحكم المحكمين أن حالة من هذه الحالات تستوجب الحكم بإبطال حكم المحكمين ما عدا ما تضمنه الحكم بالفائدة القانونية على حصة المستدعية في أتعاب المحاماة البالغة (14500) دينار فقررت إبطال هذا وتصديق الحكم فيما عدا ذلك فقد أصابت صحيح القانون مما يستوجب رد هذا السبب".¹

وفي القرارين السابقين كان أحد أطراف الدعوى هو من أشخاص القانون العام، وكان العقد إدارياً مما يعني عدم معارضة القضاء للجوء إلى التحكيم من قبل الدولة وأشخاصها المعنوية، وذلك طبقاً لما جاء في نص المادة (3) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 على الرغم من عدم ذكر ذلك صراحة فيه.

¹ انظر إقرار محكمة التمييز الحقوقية 315 لسنة 2013، منشورات عدالة

المطلب الثاني

موقف الفقه من التحكيم بالعقود الإدارية

انقسم الفقه بين مؤيد و معارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية واستند كل اتجاه إلى

أسس ومبررات قانونية، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول : الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية

ذهب هذا الاتجاه إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية؛ وذلك لتعلق تلك العقود

بالمرفق العام الذي يُعدّ من مظاهر سيادة الدولة، وكما يُعدّ تغوّلاً على السلطة القضائية الوطنية وسلباً لاختصاصها.

وأظهر هذا الاتجاه الفقهي عدة حجج وأسانيد لمعارضة لجوء الإدارة العامة إلى التحكيم

لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، والمحور الرئيسي لهذه الحجج هو أن التحكيم يتعارض

مع أسس القانون العام ويتعارض مع نظرية العقد الإداري. و ستعرض الباحثة الحجج التي يستند

إليها أنصار هذا المذهب:

أولاً : مساس التحكيم بسيادة الدولة

تُعدُّ السيادة السلطة العليا في الدولة، وتُعدُّ أيضاً عنصراً جوهرياً في تكوين الشخصية المعنوية للدولة، وهناك نوعان من السيادة¹ :

سيادة داخلية: تعني أن الدولة هي صاحبة السيادة على إقليم الدولة البري والبحري وما يعلوها من فضاء وصاحبة السيادة على الشعب ويكون لديها مركز القوة والسيطرة على إقليم الدولة. سيادة خارجية: هي أن تقف الدولة على قدم المساواة مع الدول الأخرى في المجتمع الدولي، وأن تصدر قراراتها فيما يتعلق بإقليمها من تلقاء نفسها دون تدخل أي دولة أخرى بشؤونها، وأن يتمتع إقليمها بالأمن والاستقلال.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم يمس سيادة الدولة، وذلك أن الدولة لا تخضع إلا لحكم القضاء الرسمي الذي يحكم بدوره من الدستور والقانون، ويتعارض التحكيم مع سيادة الدولة بسبب قيام التحكيم بسلب اختصاص القضاء العادي، ويظهر ذلك على نحو واضح في العقود الإدارية الدولية عندما تتعاقد الإدارة مع شخص أجنبي فإنه يتم اللجوء للتحكيم لحل النزاع في حال نشوبه، وهنا يتم استبعاد تطبيق القانون الوطني ويتم السماح للتحكيم بسلب القضاء الوطني اختصاصه في نظر النزاع وحله عن طريق تطبيق القانون الوطني، وخاصة إذا تم استعمال التحكيم بالصلح الذي يسمح للمحكّم بحل النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون الرجوع لقواعد القانون كما ذكرنا

سابقاً².

¹مراد محمود المواجدة (2015)، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط2، عمان: دار الثقافة، ص61
²خالد عبدالكريم محمود الميعان (2008) ، التحكيم في منازعات العقود الادارية (رسالة ماجستير غير منشورة) عمان جامعة عمان العربية ص 143

وبذلك فإن اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الإدارية يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة من

ناحيتين؛

الأولى تتمثل في سلب اختصاص القضاء الوطني، أما الثانية فتتجلى في السماح للمحكّم

بأن يستبعد تطبيق القانون الوطني لحل النزاع.¹

ثانياً : التحكيم في عقود الإدارة ُ اعتداء على اختصاص القضاء الوطني

يرى أنصار هذا الاتجاه التحكيم يُعدّ اعتداء على اختصاص القضاء الوطني؛ حيث إن

القضاء يعد أحد مظاهر السيادة في الدولة، وإن اللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى سلب الدولة هذا

المظهر من مظاهر السيادة، وأنه عند اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية فإنه تم خرق مبدأ

الفصل بين السلطات؛ حيث يجب على كل سلطة أن تقوم بالمهمة الموكولة إليها، وإن السلطة

القضائية المهمة الموكولة إليها هي النظر بالمنازعات، ولا يجوز أن تكون الدولة طرفاً في النزاع

ولا تقوم باللجوء إلى قضائها.²

وإنه لا يجوز أن يكون هناك نزاع من اختصاص المحاكم الجزائية و إن الخصوم يتفقوا

على نظر النزاع أمام المحاكم المدنية. ومن باب أولى أن يحظر نظر المنازعات التي بعقود الدولة

أمام التحكيم.

كما أن التحكيم ينزع اختصاص المحاكم؛ حيث إن الدولة تنتظر إلى الأشخاص الخاصة

نظرة ريبة لتركهم القضاء الوطني واللجوء إلى التحكيم فكيف هي حال الدولة والأشخاص العامة؛

¹عبدالعزیز عبد المنعم خليفة , مرجع سابق

²مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 69

حيث إنه عند لجوئهم إلى التحكيم فمن باب أولئأن يتم إغلاق المحاكم التي قامت الدولة بإيجادها؛ حيث إنه لا توجد جدوى من وجودها وأن الدولة ستقوم باللجوء إلى التحكيم.¹

ويكون التحكيم أقل تشدداً من حيث الإجراءات و أن المحكم يكون أكثر تساهلاً من القاضي بتطبيق القانون و الالتزام به، وأنه عند قيام الدولة بالتعاقد مع شخص خاص أجنبي فإنها تكون عند لجوئها إلى التحكيم قد تخلت عن قانونها الوطني، ومن الممكن أن تخسر كل شيء أو تكسب كل شيء؛ حيث إننا لا نعلم ماذا سيحدث في حال لجوئها إلى التحكيم عند نشوب نزاع بينهم؛ حيث إنه لا يمكن للدولة أن تعلم كيف سيؤثر القرار الذي سيصدره المحكم في الدولة؛ لأن المحكم يتم اختياره من قبل الأطراف، ومن الجائز انحيازه لأحدهما، أما القاضي الوطني فيقوم بمراعاة مصالح بلاده الاقتصادية.²

ثالثاً: تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام

يرى أنصار الفقه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية أن العقود الإدارية تقوم على أسس النظام العام؛ حيث يهتم بهابتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذا الشيء غير متفوّر في العقود الخاصة لأنها قائمة على المساواة بين طرفي العقد، وكل طرف يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة دون الالتفات للمصلحة العامة، وعند عرض النزاعات الإدارية على محكم فإن هذا المحكم سيتبع القواعد القانونية دون أن يراعي وجوب تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذا الشيء يتعارض مع أساس العقود الإدارية. وعلى أساس ذلك فإنه يجب رفض

¹المرجع السابق ، ص 72-73

²المرجع السابق (سالف الذكر) ، ص 71

التحكيم على منازعات العقود الإدارية لأنه عند عرض مثل هذا النزاع على القضاء فإنه يتم توزيعه وفقاً لقواعد النظام العام.¹

رابعاً: التحكيم في عقود الدولة يتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري

إن التحكيم نظام استثنائي يتم بناء على إرادة طرفي العقد، ويتم فيه تعيين المحكم ومكان إجراء التحكيم وإجراءاته وعدد المحكمين، ويسهل تطبيق التحكيم على عقد تجاري أو مدني، أما على عقد إداري فإنه يصعب ذلك لأن الدولة تكون طرفاً فيه بوصفها صاحبة سيادة وسلطان، وتقوم بوضع شروط استثنائية من أجل المصلحة العامة كما ذكر سابقاً.²

كما أن المحكم عند قيامه بالنظر في النزاع فإنه لا يقوم في الأغلب بتطبيق القانون الوطني ولا يغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة؛ حيث إنه لا يعلم خصوصية العقد الإداري واختلافه عن العقد التجاري والعقد المدني؛ فنظام العقد الإداري من صنع القضاء، ونظام التحكيم لا يعرف طبيعة هذا العقد ومراكز الدولة فيه إلا إذا اشترطت الدولة أو الشخص المعنوي العام أنها ستلجأ لشروطها الاستثنائية على الرغم من الموافقة علناً للجوء إلى التحكيم، وهذا الأمر ينجح غالباً عندما يكون العقد داخلياً أي داخل الدولة الواحدة؛ حيث إنه لا يكون هناك ما يمنع من تغليب المصلحة العامة، ويكون اللجوء إلى التحكيم من أجل السرعة.³

ولكن عندما يكون العقد بين الدولة أو الشخص المعنوي العام مع شخص خاص أجنبي فإنه في هذه الحالة لا تستطيع الدولة إعمال شروطها الاستثنائية على الرغم من لجوئها إلى التحكيم؛ وذلك

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 75-76

² مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 74

³ مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 76

لأن المتعاقد الآخر يحرص على اللجوء إلى التحكيم وبيتعد عن النظام القانوني والقضائي للدولة المتعاقدة.¹

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

أيد هذا الاتجاه التحكيم في العقود الإدارية؛ وذلك كون التحكيم جزءاً من النظام القضائي للدولة، كما أن التحكيم لا يتعارض مع سلطة الدولة ولا ينقص من سيادتها. وأبدى هذا الاتجاه الفقهي تأييده للجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لفض النزاعات الإدارية، منطلقين منحجج وأسانيدستعرضها الباحثة تباعاً :

أولاً : عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة وسيادتها

يرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي أن قضاة الدولة في بعض المسائل يستعينون بالخبراء، وذلك لأن القاضي لن يكون متخصصاً بجميع المسائل الفنية التي تتعلق بالنزاع، وعند لجوء القاضي إلى الخبراء فإنه يوقف النظر بالدعوى إلى حين صدور تقرير الخبير، وبذلك سيكون من الأفضل اللجوء من الأصل على شخص أو أشخاص لديهم خبرة؛ وذلك لتوفير الوقت والجهد وتوفير نفقات اللجوء إلى الخبير.²

على الرغم ضمن أن التحكيم يسلب اختصاص قضاء الدولة فإنه لا يمكن اللجوء إليه دون سماح القانون بذلك؛ إذ يجب أن يتم بموافقة القانون على ذلك؛ حيث إن هناك بعض المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها كالطلاق والميراث والزواج، حتى لو اتجهت إرادة طرفي النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم فإنه لا يجوز ذلك؛ لأن القانون يمنعه. كما أن القضاء يتدخل بالرقابة أو الإشراف على

¹المرجع السابق(سالف الذكر), ص 76

²عبد العزيز عبد المنعم خليفة , مرجع سابق , ص 72

عملية التحكيم، ويحق أن تحتفظ الدولة أو الشخص المعنوي العام بشروط استثنائية حتى عند اللجوء إلى التحكيم بالاتفاق مع الطرف الآخر.¹

إن التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي يُعدّ استثناءً، ولا يوجد هناك شيء يجبر الدولة على الموافقة على شروط التحكيم الذي يتم خارج إقليم الدولة عند قبولها بشرط التحكيم، فإنها تكون على علم بما سيحدث في حال نشوب النزاع، وأن سيادتها لن يكون لها دور في ذلك إلا إذا وضعت شروطاً استثنائية ووافق عليها الطرف الآخر، وقد أصبحت الدولة في الآونة الأخيرة تدخل في الصفقات التجارية والاقتصادية؛ وذلك لتشجيع الاستثمار فيها وإن موافقتها على شرط التحكيم يكون ضمن الحدود المناسبة للدولة.²

ثانياً: عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة واختصاص القضاء الوطني

لقد زاد في السنوات الأخيرة تدخل الدولة في الأنشطة التجارية وبعد التحكيم بواسطة الوسيلة المثلى لحل النزاعات في حال نشوبها؛ وذلك لأن التحكيم موجود قبل نشوء قضاء الدولة، وخاصة في التجارة الداخلية، ويكاد التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي أن يصبح نظاماً قضائياً عالمياً متكاملًا يكمل قضاء للدول.³

إن لجوء الدولة إلى التحكيم لا يعني إلغائها لقضاء الدولة وعدم صلاحيتها للنظر بما ينشأ من نزاعات، وأنها من أجل توفير الوقت والجهد فإنه يتم اللجوء إلى التحكيم، كما أن الدولة لا تكون هي الطرف الوحيد في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وإنما يكون هناك شخصية خاصة أجنبية، وعادة الطرف الآخر يفضل اللجوء إلى لتحكيم خوفاً من تعسف قضاء الدولة وعدم

¹ المرجع السابق، ص 72-73

² مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 82-84

³ مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 85

حياديته؛ حيث إنه يجد أن المحكم يكون حيادياً أكثر ويوفر الوقت والجهد ويساوي بين أطراف النزاع ولا يعمل على تغليب المصلحة العامة للدولة كما سيفعل قضاء الدولة.¹

وعند صدور حكم التحكيم فإنه لا يُعد نافذاً إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ من قبل القضاء، وفي حالة استيفائه لجميع الشروط وقيامه على نحو صحيح، وهناك فرق أمر القاضي عند إصداره لأي حكم فإنه ينفذ بمجرد صدوره وذلك بعكس المحكم.²

ويجوز للدولة أن تشترط تطبيق القانون الوطني من قبل المحاكم في حال نشوب نزاع بين الأطراف، ولكن في حال اتفاق الدولة مع الطرف الآخر على أن يتم تطبيق قانون أجنبي في حال نشوب نزاع فهنا تكون الدولة قد تنازلت تنازلاً صريحاً عن اختصاص قضائها الوطني.³

ثالثاً: عدم وجود أصل قانوني يبرر رفض فكرة التحكيم في عقود الدولة

إن عدم النص صراحة على عدم جواز لجوء الدول أو الأشخاص المعنوية العامة عند إبرامها للعقود إلى التحكيم، فإنه لا يجوز منعه وحظره؛ ذلك لأن الأصل في الأمور الإباحة، وطالما أن المشرع لم يمنع ذلك صراحةً ولا ضمناً فإنه لا يجوز منعها طالما أنه لا يتعارض مع النظام والآداب العامة في الدولة.⁴

¹ عبد العزيز محمد علي بن زيد، مرجع سابق، (رسالة ماجستير)، ص 54

² مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص 87

³ المرجع السابق (سالف الذكر)، ص 88

⁴ عبد العزيز محمد علي بن زيد، مرجع سابق، (رسالة ماجستير)، ص 53-54

وفي حال وجود نص في التشريع الوطني يحظر اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة وقامت هذه الدولة باللجوء إليه فإن قيامه بذلك يُعدّ صحيحاً؛ وذلك لأنهاهي من قامت بوضع هذا الحظر ولها الحق بالتخلي عنه في أيوقت تشاء.¹

وتؤيد الباحثةالاتجاه المؤيد للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وخاصة في العلاقات الدولية؛ حيث إن الدولة والشخص المعنوي العام على دراية بمصلحة الدولة، كما أن الزمان يتغير ولايمكن حصر دور الدولة وسيادتها فقط بالأمن والأمان، وإن الدولة بحاجة إلى الاستثمار من قبل أشخاص خاصةً أجنبية؛ وذلك لتمويل الاقتصاد، كما أن الدولة على دراية بمصلحتها ولايمكن أن تتنازل عن سيادتها، ولكنها عند قبولها للتحكيم فإن ذلك يكون حفاظاً على اقتصادها وتجاريتها، وهي تدرس الشروط ولاتقبل بأي شيء إلا بعد تأكدها بعدم إضرار هذا الشرطوتأثيره سلّبا في سيادتها.

¹مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص89

المبحث الثاني

التحكيم بالعقود الإدارية الدولية

بعد أن تم التعرض في المبحث السابق لموقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وبيان موقف كل من القانونو القضاء المصري والسوري والأردني بالنسبة إلى التحكيم في تلك العقود، فإن الدراسة سنتناول الآن الحديث عن التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وبحث إمكانية ذلك إذا كانت العقود الإدارية ذات طابع دولي؛ وذلك لأهمية مناقشة هذا الموضوع الذي يندرجتحت موضوع الدراسة وهو التحكيم في العقود الإدارية وفي هذا المبحثسيُ عوّف العقد الإداري الدولي ونطاقه من خلال استعراض موقف كل من القانون المصري والسوري والأردني. وعليه، فقد قسّم المبحث إلى مطلبين؛ أولهما: تعريف العقد الإداري الدولي، وثانيهما: موقف التشريعات من التحكيم بالعقود الإدارية الدولية.

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري الدولي

لقد عُرِفَ العقد الإداري الدولي بأنه: "عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة، مع شخص طبيعي أو معنوي، من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية بالدولة."¹

وُعرفَ أيضاً بأنه: "العقد الذي يبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وشخص أجنبي خاص، بهدف إنشاء التزامات تعاقدية، وقد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة وقد لا تستخدمها."²

وترى الباحثة أن العقد الإداري الدولي ما هو إلا: عقد يبرم بين طرفين تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفاً آخر فيه، ويكون ذلك بهدف تشجيع الاستثمارات الأجنبية بالدولة من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية أو من أجل تعديل أو إنشاء مرفق عام.

يتبين من التعريفات السابقة أنه حتى نكون أمام عقد إداري دولي فيجب أن يتوفر أمران:

1- أن يكون دولياً

2- أن يكون إدارياً

وحتى يكون العقد إدارياً يجب أن تتوفر فيه ثلاثة عناصر، هي:³

1- أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد الإداري باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 129

² مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 49

³ بشار عبد الهادي، مرجع سابق، ص 21 - 22

2- أن يسعى العقد لتسيير واستغلال مرفق عام.

3- أن تضع الإدارة شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وقد تمت الإشارة إلى هذه العناصر سابقاً في الفصل الثاني من الدراسة.

ولكن، متى يكون للعقد صفة دولية؟

لقد اختلف الفقه على معيار تحديد صفة الدولية للعقد الإداري، فمنهم من أخذ بالمعيار القانوني

ومنهم من أخذ بالمعيار الاقتصادي، وهناك جانب آخر أخذ بالمعيار المختلط.

1- المعيار القانوني:¹

يرى أصحاب هذا المعيار أنه حتى يعد العقد الإداري دولياً فيجب أن يحتوي على عنصر

أجنبي، وأن يتصل هذا العنصر بطرفي العقد أو بموقع المال أو بمكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه.

2- المعيار الاقتصادي:²

يرى أصحاب هذا المعيار أن العقد الإداري حتى يعد دولياً فيجب أن يتعلق بمصالح التجارة

الدولية، بحيث يتعدى الاقتصاد الداخلي للدولة ويصبح اقتصاداً دولياً، ويترتب على ذلك انتقال

الأموال والخدمات بين الدول، وليس داخل الدولة الواحدة.

¹ خالد عبد الكريم محمود الميعان، مرجع سابق (رسالة ماجستير)، ص55

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص131

3- المعيار المختلط:¹

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب أن يتوفر عنصر أجنبي في العقد، وأيضاً يجب أن يتصل العقد بالتجارة الدولية؛ حيث أنه يُعدّ كل عنصر على حدٍ غير كافٍ لاعتبار أن العقد إداري دولي؛ فانتقال الأموال والخدمات بين الدول لا يكون إلا نتيجة لتصرف قانوني.

ويرى جانب من الفقه أن المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد لا يتعارض من المعيار القانوني لدولية العقد؛ حيث أن كلاهما يكمل الآخر، وأنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون هناك عنصر أو أكثر أجنبي يجمع بين طرفي العقد، وإن من الممكن أن يكون من هذه العناصر ما يتصل بالتجارة الدولية، مثل انتقال الأموال التي تعد عملة مستخدمة، وهذه العملة على الرغم من اعتبارها عنصراً من عناصر التجارة الدولية فإنها تعدّ أيضاً عنصراً أجنبياً حيث تتصل بأكثر من نظام قانوني.²

¹ خالد عبد الكريم محمود الميعان، مرجع سابق (رسالة ماجستير)، ص 55-56

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 131

المطلب الثاني

موقف التشريعات من التحكيم بالعقود الإدارية الدولية

في ضوء ما تقدم ذكره عن موقف التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية وتعريف العقود الإدارية الدولية، فإنه سيتم بحث موقف هذه التشريعات سابقة الذكر بالنسبة إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية تباعاً.

أولاً : موقف القانون المصري

نصت المادة (3) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 على ما يأتي¹: "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:
أولاً : إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم.
انفاق التحكيم.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقط خارج هذه الدولة:

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

¹قانون التحكيم المصري, رقم (27) لسنة 1994, نص المادة (3)

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

ج-المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

وقد بين هذا النص أن المشرع المصري وضع معياراً عاماً لما يعتبر تحكيمياً دولياً وهو ما يتعلق بالتجارة الدولية، ووضع له عدة صور. وكان من الأجدر به أن يتركه معياراً عاماً.¹

والآن، سنتطرق الدراسة إلى مدى جواز اللجوء للتحكيم بالعقود الإدارية الدولية.

لقد نصت المادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على ما يأتي:

"مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

وبعد ذلك صدر قانون التحكيم رقم(9) لسنة 1997 المعدل لنصوص القانون رقم (27)

لسنة 1994، الذي عدل نص المادة (1) و أضاف إليها ما يأتي:

".....، و بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة و لا يجوز التفويض في ذلك." ²

و قد أضاف المشرع عند تعديل نص المادة (1) أنه يشترط عند اللجوء إلى التحكيم في

عقود الإدارة ذات الطابع الدولي الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه

¹ عبد الكريم الميعان، مرجع سابق (رسالة ماجستير) ص61
² قانون التحكيم المصري رقم (9) لسنة 1997

بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، وبذلك لا يجوز للدولة أو أشخاصها الاعتبارية أن تتضمن عقودها على التحكيم أو مشاركة التحكيم إلا بعد الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص العامة، كما أنه لا يجوز أن يتم تفويض شخص آخر للقيام بمهام الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص العامة.¹

من خلال عرض هذه النصوص يتبين للباحثة على نحوٍ صريحٍ إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بالإضافة إلى دخول الدولة المصرية إلى عدد من الاتفاقيات الثنائية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي ومنها اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية واشنطن لسنة 1965.

ثانياً : موقف القانون السوري

عند صدور قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 فإنه تم النص على نحوٍ صريحٍ وواضحٍ على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي؛ حيث نصت المادة (2) من القانون على ما يأتي:

1- مع عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجمهورية العربية السورية، تسري أحكام هذا القانون على أي تحكيم يجري في سورية، كما تسري على أي تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج، إذا اتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

2- يبقى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة /66/ من نظام العقود

الصادر بالقانون رقم /51/ بتاريخ 2004/12/9.²

¹مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص121
²قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008

وعند الرجوع إلى نص المادة (66/ج) من نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية

السورية، نجد أنه نص على ما يأتي:

"ج- يمكن أن ينص في العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة خلافاً لأحكام البند (ب)".

ومن خلال استعراض النصوص السابقة، نجد أن القانون السوري أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية، ولكنه قد وضع قيدين؛ أولهما متمثل بشرط موافقة الوزير المختص على اللجوء إلى التحكيم في العقود الخارجية، وثانيهما متمثل بأنه يجب أن يكون التشريع السوري هو المرجع الوحيد للمحكمن في كل ما يتعلق بالعقد من حيث التأكد من صحة العقد أو بطلانه أو لتفسير أحكامه أو فسخه.¹

ثالثاً : موقف القانون الأردني

جاء في قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 في المادة (3) ما يأتي:

"تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجرى في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاريين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية أكانت أم غير عقدية".²

لقد تمت الإثارة سابقاً إلى أن النص يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وبينتها بعض قرارات المحاكم التي أجازت ذلك وأيدت لجوء الإدارة إلى التحكيم، ولكن بالنسبة للعقود الدولية فإن المشرع الأردني في قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 لم يصرح بإمكانية اللجوء للتحكيم

¹ محمد وليد منصور، مرجع سابق، ص 339-340
² قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

بالعقود الدولية وأي قانون واجب التطبيق؛ حيث إن نص المادة بين ويشكل صريح أن القانون يسري على كل تحكيم اتفاقي يجري داخل المملكة.¹

نلاحظ بأن القانون لم يتطرق للعقود الدولية، وعلى الرغم من ذلك فإن المملكة الأردنية الهاشمية قد انضمت لعدد من الاتفاقيات الثنائية والمعاهدات الدولية فيما يتعلق بالتحكيم، ويعني مجرد انضمامها قبولها للتحكيم الدولي من خلال العلاقات التجارية الدولية. حيث إنه لا يوجد أي معنى لانضمامها للاتفاقيات طالما أنها لا تريد التحكيم الدولي، فقد انضمت إلى اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في 1972/11/12 وهذه الاتفاقية وضعت أساساً من أجل تسوية النزاعات التي تنشأ بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها، وأيضاً توقيع الأردن على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى لعام 1974 في 1974/6/10 .

نرى بأن دخول الأردن وتوقيعها على هذه الاتفاقيات ما هو إلا دليل يبين أنها لا تمنع التحكيم بالعقود الإدارية، ولكننا نمنى النفس أن تظهر هذه اللامانعة في نصوص القانون الداخلي للدولة الأردنية حيث لا يكفينا انضمامها للمعاهدات الدولية فقط. وترى الباحثة أيضاً ضرورة تعديل قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 ووضع نص يبين بشكل صريح إمكانية اللجوء للتحكيم الدولي وبيان ما إذا كان هناك شروط وقيود معقولة و قابلة للتطبيق على أرض الواقع مثل تلك التي وضعها القانون المصري والقانون السوري للتحكيم.

¹ عبد الكريم الميعان، مرجع سابق (رسالة ماجستير)، ص 69

الفصل الرابع

آلية التحكيم في العقود الإدارية

بعد أن تم توضيح إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في كل من القانون المصري والقانون السوري والقانون الأردني ، فإنه يجب الآن بيان آلية التحكيم، وذلك بحسب نصوص القانون؛ حيث إن ما يطبق على العقد التجاري والمدني يطبق على العقد الإداري باعتبار أن كلا من القانون المصري والسوري قد وضح وبشكل صريح إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وأيضاً بيان إمكانية اللجوء إليه بالنسبة إلى القانون الأردني.

لذلك سيقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: تسمية المحكمين

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم

المبحث الثالث: إصدار حكم التحكيم و تنفيذه

المبحث الأول

تسمية المحكمين

إن تسمية المحكم هي من الأمور الواجب القيام بها في اتفاق التحكيم؛ لأن المحكم يعد عنصرًا جوهرياً في اتفاق التحكيم، ولا يتم السير في إجراءات التحكيم دون وجود المحكم .

وعليه، يُقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها بالمحكم.

المطلب الثاني: الجهة التي تعين المحكم

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها بالمحكم

لا يتم تعيين أي شخص ليكون محكماً حيث إن المحكم يجب أن تتوفر فيه عدة شروط قانونية، وإلا كان التعيين في حد ذاته باطلاً، ويجوز ذلك للطرف الآخر أن يتقدم للمحكمة المختصة برد المحكم. فالمحكم لا يجب أن يكون قاصراً؛ أي يجب أن يتمتع بأهلية أداء وأهلية وجوب كاملة، وذلك بحسب قانون بلاده للمحكم؛ حيث إن أهلية الأداء تختلف من قانون دولة إلى أخرى فمنها من جعل أهلية الأداء تكون عند إكمال الثامنة عشرة سنة شمسية كالقانون

الأردني، كما لا يتوجب أن يكون المحكّم من المحجور عليهم إما لذاته بسبب الجنون والعتة، أو ممن تم الحجر عليه بسبب ارتكابه جناية أو جنحة.¹

بعد الإطلاع على نصوص كلّ من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم السوري وقانون التحكيم الأردني² تجد الباحثة أن كلاً من القانون المصري والسوري والأردني في الفقرة الأولى قد اتفقوا على أنه لا يجوز تعيين محكّم قاصر أو محجور عليه أو محروم من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة أو بسبب إشهار إفلاسه، ولكن القانون المصري والسوري أجازا أن يكون المحكّم ممن حُجر عليه أو حُكم بجناية أو جنحة أو أشهر إفلاسه إذا رُدّ اعتباره، أما القانون الأردني فلم يُجز ذلك حتى ولو رُدّ للشخص اعتباره.

وترى الباحثة أن موقف القانونيين المصري والسوري أصوب؛ حيث إنه من الممكن أن يتعرض شخص للإفلاس وبعد ذلك يردّ اعتباره، على أن تتوفر في هذا الشخص صفات المحكّم، وحتى لو كان الشخص محكّماً عليه بجناية أو جنحة أو تم الحجر عليه؛ حيث إنه لا يجب الحكم على الشخص وحرمانه من أن يكون محكّماً في حال رُدّ إليه اعتباره؛ وذلك لأن الشخص الذي يردّ إليه اعتباره لا يُحرم من حقوقه المدنية.

وفي الفقرة الثانية اتفق كل من القانون المصري والسوري والأردني على أنه لا يشترط أن يكون المحكّم من جنسية معينة أو أن يكون من جنس معين إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف على غير ذلك. وفي القانونين المصري والأردني أُضيفت عبارة أو نصّ القانون على غير ذلك، أما القانون السوري فقد تركها لاتفاق الأطراف.

¹ حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 212
² راجع نص المادة (16) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994
 و نص المادة (13) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008
 و نص المادة (15) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

ولقد اكتفى القانون السوري بهاتين الفقرتين، بينما قام القانون المصري والأردني بوضع فقرة
ثالثة، نصّت على أنه يجب على المحكّم عند قبوله بأن يصبح محكّمًا بأن يقبلها كتابه، وذلك لأنه
منذ لحظة قبوله لمهمة التحكيم يبدأ حساب مدة التحكيم. وبينت الفقرة أيضًا انه يجب أن يفصح
عما إذا كان له أي صلة بأي طرف، وإذا كان من الممكن أن يؤثر ذلك في قراره.

المطلب الثاني

الجهة التي تعين المحكّم

تشكل هيئة التحكيم إما من محكّم واحد أو أكثر، ولكن بشرط أن يكون عددهم وتراً، ويقوم
الأطراف بتعيينهم، هذا بالنسبة إلى التحكيم في العقود التجارية أو المدنية¹. ويعدّ التحكيم باطلاً إذا
كان عدد المحكّمين زوجياً؛ حيث نصت القوانين على وجوب أن يكون عدد المحكّمين وتراً في حال
تعدد المحكّمين، حتى يَعدّ التحكيم صحيحاً؛ لأنّ التحكيم يصبح باطلاً لمخالفة شرط من الشروط
التي تم النص عليها بالقانون.²

ولكن بالنسبة إلى طريقة تعيين المحكّم في العقد الإداري فإن القانون السوري رقم (4) لسنة
2008 نص في المادة (2/2) على ما يأتي: "2- يبقى التحكيم في منازعات العقود الإدارية
خاضعاً لأحكام المادة /66/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ تاريخ 2004\12\9"³.

¹ راجع نص المادة (15) من قانون التحكيم المصري رقم (9) لسنة 1997
و نص المادة (12) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008
و نص المادة (14) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001
² حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 219
³ قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008

وتنص المادة (66/ب) من نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية السورية رقم (51) لسنة 2004 على ما يلي:

"يجوز أن ينص في دفاتر الشروط الخاصة و العقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري، و تشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس

الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة و عضوين تختار أحدهما الجهة العامة و يختار المتعهد

العضو الآخر.¹

لا يمكن أن ينظر في النزاع المتعلق بالعقد الإداري محكم أحادي؛ لأن النص الذي جاء

في المادة (66) من النظام الموحد السالف الذكر، هو نص أمر ولا يجوز مخالفته؛ حيث اشترط

أن يكون رئيس هيئة التحكيم مستشاراً من مجلس الدولة وبشكل حصري، ويتم اختيار محكم من

قبل الجهة العامة ومحكم آخر يختاره المتعاقد الآخر. ولا يوجد ما يمنع من أن يكون محكم الإدارة

أو المتعهد من قضاة القضاء العادي، ولكن يجب أن يتم الالتزام بما ورد في نص المادة (8) من

قانون السلطة القضائية؛ حيث إذا كان محكم للمتعهد فيجب أن يحصل القاضي على موافقة مجلس

القضاء الأعلى، أما إذا كان محكمًا للإدارة فإن مجلس القضاء الأعلى يتولى اختيار القاضي

المحكم.²

أما بالنسبة إلى القانونين المصري والأردني فإنهما لم يضعوا أي شروط خاصة بالنسبة إلى

تعيين المحكمين وإنما يتم إتباع الطرق العادية التي تم النص عليها بقانون التحكيم المصري وقانون

التحكيم الأردني. ويتم تعيين هيئة التحكيم باتفاق طرفي النزاع إما أن تكون مشكلة من محكم واحد

أو أكثر بشرط أن يكون العدد وِتراً، وإذا لم يتم الاتفاق على عدد المحكمين فيكون العدد ثلاثة.

¹ نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية السورية رقم (51) لسنة 2004

² محمد أديب الحسيني، إجراءات التحكيم في نزاعات العقود الإدارية، مجلة نقابة المحامين السورية، السنة 77-2012

وبالنسبة إلى تعيين المحكّم الثالث الذي يُنصّب دائماً لرئاسة هيئة التحكيم، ويتم تعيينه من قبل المحكّمين الآخرين، وإذا لم يتم تعيينه خلال مدة معينة فإن المحكمة المختصة هي التي تقوم بتعيين محكّم ثالث بناءً على طلب أحد الأطراف.¹

وترى الباحثة أن المشوّع السوري كان موفقاً أكثر من المشرع المصري والمشرع الأردني بهذا الخصوص؛ لأن العقد الإداري له خصوصيته؛ حيث إن الدولة تكون طرفاً فيه ويجب أن تكون هناك طرق خاصة لتعيين المحكّمين وأن لا يكون كتعيين أي محكّم بالنسبة لأي عقد؛ حتى لا تتعرض الدولة لأية أضرار. على الرغم من أن الدولة قد أجازت التحكيم بعقود الإدارة، ولكن يجب أن يكون هناك ضوابط حتى يتم السيطرة على وضع التحكيم.

¹راجع نص المادة(15)من قانون التحكيم المصري رقم(27)لسنة 1994 و نص المادة (16)من قانون التحكيم الأردني لسنة2001

المبحث الثاني

إجراءات التحكيم

بعد أن يتم تعيين المحكمين فإنه يجب التحدث عن إجراءات التحكيم بالنسبة إلى العقود الإدارية، هل اختلفت عن العقود الأخرى أم يتم اتباع نفس الإجراءات؟ وسنبحث ذلك من خلال استعراض نصوص القانون المصري والقانون السوري والقانون الأردني.

لذلك سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تحديد إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة بالجلسات

المطلب الأول

تحديد إجراءات التحكيم

لم يرق أي من القوانين المصري أو السوري أو الأردني بوضع طريقة خاصة لإجراءات التحكيم بالنسبة إلى العقد الإداري. وتبدأ إجراءات التحكيم بالنسبة إلى القانونين المصري والسوري من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم¹، أما المشرع الأردني فقد كان موقفاً أكثر. حيث عدّ أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي تكتمل فيه هيئة التحكيم². ومن عدم الصواب أن يجعل اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه أو باليوم الذي يليه طلب التحكيم من المدعى، وذلك لأن هذه المدة لن تبدأ فيها إجراءات التحكيم؛ حيث إن المدعى عليه سيقوم باختيار محكم، وعلى المحكمين الاتفاق على محكم ثالث، وإذا لم يتم الاتفاق فإن المحكمة المختصة هي من ستعيّنه، وبعد الانتهاء من ذلك يتم تحديد ميعاد الجلسة الأولى³. وبذلك تجد الباحثة أن موقف المشرع الأردني كان أفضل من موقف كل من القانون المصري والسوري؛ وذلك لإتاحة المجال للمحكّمين حتى يتمكنوا من إتمام عملية التحكيم والوصول إلى القرار المناسب في ما يتعلق بالنزاع، خلال المدة المحددة ويحق لطرفي التحكيم الاتفاق على إجراءات التحكيم التي يروها مناسبة، التي يتعيّن على هيئة التحكيم الالتزام بها واتباعها. وفي حال عدم قيام طرفي النزاع بالاتفاق على الإجراءات، فإنه يكون لهيئة التحكيم الحق باختيار الإجراءات المناسبة، وهذا تم النص عليه صراحة في كل من قانون التحكيم المصري والسوري والأردني⁴. وترى الباحثة أنه يجب أن يكون أن يكون للتحكيم في العقود الإدارية خصوصية؛ وذلك لما لها من أهمية في اقتصاد الدولة، سواء أكان التحكيم داخلياً أم دولياً،

¹ راجع نص المادة (27) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

و نص المادة (26) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008

² راجع المادة (26) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

³ حسن عبد الباسط جميعي، (د.ت)، انعقاد خصومة التحكيم في ضوء أحكام القانون المصري رقم (27) لسنة 1994 (بحث منشور)، سلسلة إصدارات التحكيم التجاري، إتحاد المحامين العرب، الجزء الأول

⁴ راجع نص المادة (25) من قانون التحكيم المصري ونص المادة (22) من قانون التحكيم السوري ونص المادة (24) من قانون التحكيم الأردني

فإنه يُفضل أن يكون التحكيم مؤسسياً بأن تكون هناك منظمة تحدد جميع الإجراءات المتعلقة بالتحكيم، وما على الأطراف إلا عند نشوب نزاع اللجوء إليها، وهي تتصرف بما يتوافق مع المصلحة العامة، وذلك مع عدم الإضرار بمصلحة الطرف الآخر؛ حيث إن الهيئة التحكيمية لا تكون منحازة لأي طرف، وإنما تنتبه لبعض الأمور التي قد تغفل عنها الإدارة.

وبالنسبة إلى مكان التحكيم، فإنه يحق للأطراف الاتفاق على المكان الذي سيجري فيه التحكيم، وفي حال عدم قيام طرفي النزاع باختيار المكان فإنه يحق لهيئة التحكيم اختيار مكان التحكيم، ولا يشترط أن يكون في إقليم أحد الأطراف، كما أنه إذا تم تحديد مكان التحكيم وقامت الهيئة بعقد جلساتها بمكان آخر ولم يعترض طرفي التحكيم، فُعتكأنهم قد وافقوا ضمناً.

وترى الباحثة أن مواقف المشرعين المصري والسوري والأردني¹ كانت متقاربة إلى حد كبير، ولكن المشوّع السوري ذكر أمراً مهماً غفل عنه المشرعان المصري والأردني ألا وهو أنه على هيئة التحكيم إذا أرادت الاجتماع بأي مكان آخر بقصد سماع الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على مستندات فإنها يجب أن تبلغ الأطراف بمكان الاجتماع قبل وقت كافٍ حتى يتسنى لهم الحضور، وإن تحديد أطراف النزاع لمكان التحكيم أمر سيء بالنسبة إلى العقود الإدارية، وكما أُشير سابقاً فقد كان من الأفضل لو أُخذ بالتحكيم المؤسسي فيما يتعلق بالعقود الإدارية.

لغة التحكيم هي اللغة المتبعة في إجراءات التحكيم من سماع شهود واللوائح والدفع والحصول على تقرير الخبير باللغة المختارة. وبالنسبة إلى اللغة المتبعة في إجراءات التحكيم في تبادل اللوائح والدفع فإن القوانين السابقة قد أخذت باللغة العربية إلا إذا اتفق الأطراف على غير

¹راجع نص المادة(28)من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 و نص المادة(23) من قانون التحكيم السوري رقم(4) لسنة 2008 و نص المادة(27) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

ذلك¹. ويتبين من النصوص السابقة أن اللغة المتبعة هي اللغة العربية إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك، وقد يكون اتفاق الأطراف إما صراحةً أو ضمناً؛ إذا تم اتباع لغة غير العربية ولم يعترض طرفي التحكيم فإن ذلك يُعدّ موافقةً ضمنيةً منهما.

وترى الباحثة أن التحكيم يجب أن يكون باللغة العربية، ويمكن أن يتم ترجمته للغة أخرى، وتجد أيضاً أن موقف المشرع السوري كان أفضل من موقف المشرع المصري والأردني؛ حيث رأى أنه يحق لهيئة التحكيم أن تطلب إرفاق ترجمة للوثائق المكتوبة كما طلب المشرع المصري والأردني، إلا أنه طلب أن تكون نسخ الترجمة محلّفة؛ أي لا يمكن أن يتم التلاعب بها ولا بأي شكل من الأشكال، وترى الباحثة أنه يفضل أن يأخذ المشرع المصري والأردني بهذا الأمر.

¹أنظر المادة (29) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 ونص المادة (24) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 ونص المادة (28) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

المطلب الثاني

الإجراءات المتبعة بالجلسات

بعد أن يتم تعيين المحكم/المحكمين وبيان الإجراءات التي على هيئة التحكيم اتباعها، فإنه يتم مباشرة جلسات التحكيم؛ وذلك لتمكين الأطراف من تقديم حججهم ودفعهم لهيئة التحكيم، ومن الممكن أن يتم ذلك مرافعةً أو استناداً لما تم تقديمه من مستندات وأدلة من قبل طرفي التحكيم.¹

ويتم عقد محضر لكل جلسة حتى يتم تدوين ما جرى فيها، كما يتم تسليم طرفي التحكيم نسخة من هذا المحضر إلا إذا تم بينهما الاتفاق على غير ذلك، حسب ما ورد في كل من قانون التحكيم المصري والسوري والأردني.²

وترى الباحثة أن هناك عدة اختلافات في نصوص القوانين المصري والسوري والأردني المتعلق بجلسات التحكيم؛ إذ ذكر المشرعان المصري والأردني بداية أن الجلسات تعقد مرافعة، أما القانون السوري فلم يبين ذلك، وكان بإمكان المشرعين المصري والأردني ذكر أن هيئة التحكيم تعقد جلساتها مرافعة؛ حيث إنه شرح موضوع الدعوى وعرض الحجج والأدلة تكون مرافعة، وهذا النص ليس أمراً وإنما جوازياً؛ حيث يحق للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك.

وقد بين المشرع السوري أنه يحق إبلاغ الأطراف بموعد الجلسات؛ وذلك لحضورها من قبل طرفي النزاع أو وكلائهم، والمشرع المصري والأردني لم يوضّحاً إذا كان هناك إمكانية للوكلاء بحضور الجلسات أم أنها حصراً لطرفي النزاع، وكان من الأفضل توضيح ذلك في النص مثلما

¹ حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 332

² راجع المادة (33) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 ونص المادة (29) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 ونص المادة (32) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

فعل المشرع السوري؛ حيث بين إمكانية وكلاء طرفي النزاع بحضور الجلسات دون حضور طرفي النزاع للجلسات.

وبالنسبة إلى سماع الشهود وتقديم الخبراء آراءهم في ذلك، فقد اختلف رأي كل تشريع عن الآخر، فقد بين قانون التحكيم المصري أن سماع الشهود والخبراء يكون من غير أداء اليمين القانونية، أما قانون التحكيم السوري فقد نصّ على تحليف الخبير يمينا قبل أداء مهمته، وتحليف الشهود أيضاً قبل الإدلاء بشهادتهم، ولكن جعلت لطرفي التحكيم الحق في الاتفاق على غير ذلك.

أما قانون التحكيم الأردني فقد أشار إلى وجوب تحليف الشاهد قبل أداء شهادته والخبير قبل قيامه بمهمته. ومن وجهة نظر الباحثة في القانون الأردني كان موفقاً أكثر من القانونين المصري والسوري وذلك لاشتراط أداء اليمين القانونية قبل مباشرة الخبير مهمته وقيام الشهود بتقديم شهادتهم؛ وذلك حتى يكون لأقوالهم مصداقية أكبر مع قيامهم بحلف اليمين القانونية؛ حيث إنه يفضل اتباع الأسس العامة الواردة في نصوص القانون في ما يتلق بالشهادة والخبرة.

المبحث الثالث

إصدار حكم التحكيم و تنفيذه

بعد قيام المحكمين بإجراءات التحكيم والانتهاء من سماع الشهود والاطلاع على الأدلة والبيانات،

فإنه يجب عليهم إصدار الحكم التحكيمي وسيتناول هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: المدة التي يجب أن يصدر حكم التحكيم خلالها.

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم.

المطلب الأول

المدة التي يجب أن يصدر حكم التحكيم خلالها

إن حكم التحكيم يكون حكماً نهائياً تصدره هيئة التحكيم بحسب ما تراه مناسباً بالنسبة إلى المستندات والمعطيات المقدمة للهيئة،¹ وقد حدد كلٌّ من قانون التحكيم المصري والسوري والأردني المدة التي يجب أن يصدر خلالها الحكم المنهي للخصومة إذا لم يتفق الأطراف على مدة لذلك.²

وترى البلخنة أن القانون السوري كان الأكثر توفيقاً في نص المادة من القانونين المصري والأردني؛ حيث جعل حكم الفصل في النزاع في حال عدم تحديده من قبل طرفيه يجب أن يصدر خلال 180 يوماً من تاريخ انعقاد أول جلسة، وفي حال عدم الفصل في النزاع خلال المدة المحددة من قبل طرفيه أو المدة التي حددها القانون يجوز تمديد المدة لا تتجاوز 90 يوماً، ويكون ذلك لمرة واحدة، أما كلٌّ من القانونين المصري والأردني فقد ترك الأمر في حال عدم تحديده من قبل طرفي النزاع؛ إذ حدد القانون أنه يجب أن يصدر الحكم خلال 12 شهراً وفي حال عدم صدوره يجوز تمديد المدة لا تتجاوز 6 أشهر، إلا إذا اتفق الطرفان على مدة أطول.

وترى الباحثة أن كلاً من القانونين المصري والأردني جعل مدة التحكيم طويلة جداً حيث إنها تتجاوز السنة، والأصل في اللجوء إلى التحكيم أنه يعتبر طريقاً سهلاً وسريعاً بالنسبة إلى المحاكم العادية. وترى أن المشرع السوري كان الأفضل بتقصير المدة.

وترى الباحثة أيضاً أن قيام المشرع السوري بوضع مدة 10 أيام بعد انتهاء المدة المحددة للفصل في النزاع لتمكين طرفي النزاع من اللجوء إلى المحكمة المختصة؛ وذلك لتمديد مدة

¹ حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 381

² أنظر المادة (45) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 و المادة (37) من قانون التحكيم السوري و المادة (37) من قانون التحكيم الأردني

الفصل بالنزاع أو لإنهاء الخصومة التي لا يجوز أن تتجاوز 90 يوماً، ولمرة واحدة أفضل من موقف المشرع المصري والمشرع الأردني، اللذين لم يحددا مدة لطرفي النزاع للجوء إلى المحكمة المختصة، وكان الأجدر بهما تحديد مدة معينة؛ وذلك حتى لا يكون الطريق مفتوحاً أمام طرفي النزاع باللجوء إلى المحكمة لتمديد المدة بأي وقت. وفي حال انتهاء المدة ولم يتم الفصل بالنزاع فإنه يجوز لأي من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، والمحكمة المختصة في كلٍّ من مصر وسورية هي محكمة القضاء الإداري، أما بالنسبة إلى الأردن فإن النظر في مسائل العقود الإدارية من اختصاص المحاكم الحقوقية وليس من اختصاص القضاء الإداري.

المطلب الثاني

تنفيذ حكم التحكيم

تنتهي مهمة هيئة التحكيم عند كتابة الحكم والتوقيع، ويجب أن يصدر الحكم بالإجماع أو بالأكثرية، وتتمتع أحكام المحكمين بحجية الأمر المقضي به، ولكن هذه الأحكام لا تدخل حيز التنفيذ إلا بعد أن يتم إكساء القرار صيغة التنفيذ من قبل المحكمة المختصة، ويكون لحكم التحكيم جميع الآثار القانونية التي تترتب عند صدور أي حكم من قبل القضاء العادي، ما عدا ما يجعله مشمولاً بالصيغة التنفيذية؛ حيث إن ذلك يكون لأجل التنفيذ وليس الثبوت¹. هذا الأمر متفق عليه في كل من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم السوري وقانون التحكيم الأردني؛² وذلك لأن

¹ محمد أديب الحسيني، مرجع سابق

² أنظر المادة (55) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

المادة (53) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008

المادة (52) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

حكم التحكيم صادر عن جهة خاصة، وليس عن جهة قضائية مختصة، وبذلك لا يمكن إجبار الأفراد على تنفيذ هذا القرار.¹

وترى الباحثة أن موقف المشرع السوري كان موقفاً وبالنسبة إلى عدم قبول طلب التنفيذ إلا بعد مضي الموعد المحدد لرفع دعوى بطلان الحكم، التي تبدأ من اليوم التالي لتبليغ المحكوم عليه حكم التحكيم خلال 30 يوماً؛ حيث فلا يجب أن يتم النظر في دعوى إكساء الحكم صيغة التنفيذ ودعوى بطلان حكم التحكيم ولم ينقضي موعدها أو أنها لا زالت مقامة، أي أن يتم السير في الدعوتين معاً، وعند الانتهاء من دعوى بطلان حكم تحكيم إذا قضت المحكمة المختصة بتأييده فإن القرار يدخل حيز التنفيذ ويصبح قطعياً ولا يكون هناك حاجة إلى تقديم طلب آخر لإعطاء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، أما إذا قضت ببطلان حكم التحكيم فإنه لا يتم تنفيذ القرار. ولكن من هو المرجع المختص بإعطاء حكم التحكيم بالنسبة إلى العقود الإدارية صيغة التنفيذ؟

إن المشرع المصري لم يضع مرجعاً مختصاً في ما يتعلق بالعقود الإدارية؛ حيث جعله للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وهي محكمة القضاء الإداري، والمشرع جعل محكمة الاستئناف هي المختصة بإكساء الحكم صيغة التنفيذ مهما كان نوع العقد، أما المشرع السوري فقد جعل المرجع المختص لإعطاء صيغة التنفيذ هو رئيس محكمة القضاء الإداري، "وعملت المحكمة الإدارية العليا ذلك بأن محكمة القضاء الإداري قد أعطيت بنص القانون اختصاص النظر في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية، و بالتالي فإن رئيس محكمة القضاء الإداري يملك تبعاً لهذا الاختصاص النظر في إعطاء صيغة التنفيذ لأحكام لجان التحكيم الصادرة بالنزاعات الناشئة عن العقود الإدارية."²

¹ حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 505
² محمد أديب الحسيني، مرجع سابق

وإن طلب إكساء صيغة التنفيذ يقدم لمحكمة القضاء الإداري السورية، ولكن القرار إكساء الحكم صيغة التنفيذ يصدر من رئيس محكمة القضاء الإداري و ليس عن محكمة القضاء الإداري.

بعد انتهاء المدة المحددة لتقديم دعوى بطلان حكم التحكيم وعدم قيام أي من طرفي التحكيم بتقديم دعوى البطلان، فإنه يكون على المحكوم له تقديم طلب تنفيذ حكم التحكيم، والمحكمة المختصة لا

تأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التأكد منعدة أمور بينتها نصوص قانون التحكيم المصري والسوري والأردني.¹

وفي حال وجود أي شائبة متعلقة بالتحكيم فإنه لا يتم إكساء الحكم صيغة التنفيذ، كمخالفة النظام العام، بأن لا يكون قد تم تبليغ المدعى عليه تبليغاً صحيحاً، وفي بعض التشريعات أن لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من قضاء الدولة.

وترى الباحثة أن موقف المشرعين المصري والسوري كان أفضل من موقف المشرع الأردني؛ حيث منع قبول تنفيذ أي حكم تحكيمي معارض لحكم سبق صدوره من محاكم الدولة بنفس موضوع النزاع، وأن أي حكم فيه مخالفة للنظام العام لا يجوز تنفيذه، ولكن المشرع الأردني أجاز تنفيذه إذا كان من الممكن تجزئته. ومن الأفضل منع تنفيذه بشكل كامل حتى لو كان من الممكن تجزئته مثلما فعل المشرعان المصري والسوري.

¹راجع المادة (2/58) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994
نص المادة(2/56) من قانون التحكيم السوري رقم(4) لسنة 2001
نص المادة(1/54) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

ولا يجوز أن يتم الطعن بقرار المحكمة المختصة فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم، ولكن في حال رفض التنفيذ يجوز ذلك، غير أن القانونين المصري والأردني اختلفا حول الذي يقدم إليه هذا الطعن؛ حيث نصت المادة (3/58) من قانون التحكيم المصري على ما يأتي :

"3- و لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (9) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره."¹

حيث نصت المادة (54/ب) من قانون التحكيم الأردني على ما يأتي:

"ب- لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الحكم الصادر برفض التنفيذ محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ، ويرتب على تصديق القرار الصادر برفض الأمر بتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم."²

ولم يرد مثل ذلك النص في قانون التحكيم السوري.

وتجد الباحثة أن موقف القانون المصري أفضل من موقف القانون الأردني؛ وذلك لأنه لم يتم الطعن إلا أمام المحكمة المختصة، أما القانون الأردني فقد أجاز الطعن أمام محكمة التمييز، وذلك خيار غير موفق؛ حيث إن المحكمة المختصة هي محكمة الاستئناف فقط.

¹ قانون التحكيم المصري رقم (28) لسنة 1994
² قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً : الخاتمة

قد هدفت هذه الدراسة للتعرف على ماهية التحكيم في العقود الإدارية وبيان مدى إمكانية اللجوء للتحكيم كوسيلة ناجعة لفض المنازعات التي قد تنشأ في العقود الإدارية في القانون الأردني، ومقارنته مع موقف القانونين المصري والسوري باعتبار التحكيم وسيلة لفض النزاعات تمتاز بالسرية والسرعة قد يلجأ إليها الأطراف لتفادي الصعوبات التي قد ترافق فض النزاع إذا ما تم اللجوء للقضاء لعله.

في الحقيقة إن المشرع الأردني وكما لوحظ في هذه الدراسة قد نظم التحكيم كوسيلة لفض النزاعات ضمن قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1955، حيث بين المشرع الأردني إجراءات الواجب إتباعها للجوء للتحكيم وشروطه، وأنواع التحكيم (اختياري - إجباري). إلا أنه وبعد حدوث العديد من التطورات الاقتصادية ودخول المملكة الأردنية الهاشمية بالعديد من الاتفاقيات فقد تم تعديل قانون التحكيم السابق وصدر قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 حيث تم إضافة العديد من النصوص ومنها على سبيل المثال ما قد عالج إشكالية إصدار حكم التحكيم ودعوى بطلان التحكيم.

في هذه الدراسة، لقد تناولت الباحثة مفهوم التحكيم والعقد الإداري، والشروط الواجب تحققها لضمان صحة التحكيم في العقود الإدارية وذلك في حال كانت الإدارة قد تعاقدت بصفقتها شخصاً عادياً أم بصفقتها العامة. وقد خلصت الباحثة إلى أن هناك اتجاهين متعارضين في جواز التحكيم

في العقود الإدارية، الاتجاه الأول معارض للتحكيم في العقود الإدارية بخلاف الاتجاه الآخر الذي ذهب إلى تأييد التحكيم في العقود الإدارية وجواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية والعامّة للتحكيم لفض النزاعات الإدارية. وفي هذا الشأن فإن الباحثة تتفق مع الاتجاه الثاني المؤيد لجواز التحكيم في العقود الإدارية وخاصة تلك العقود ذات الطابع الدولي وذلك مع ضرورة مراعاة الإدارة لتصياغة العقود التي تبرمها ولشروط التحكيم الذي يتخللها والتأكد أيضاً من عدم مساس شرط التحكيم بسيادة الدولة التي تنتمي إليها الجهة الإدارية المعنية.

وقد تبين للباحثة أيضاً خلال هذه الدراسة بأن هنالك خلافاً قضائياً وفقهياً يدور حول جواز التحكيم في العقود الإدارية. وعلى الرغم من أن القانون الأردني لم يجز اللجوء للتحكيم بكافة أنواع العقود صراحة إلا أنه لا يوجد في القانون نفسه ما يمنع من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية. هذا ما قد أيدته محكمة التمييز الأردنية التي لم تعارض لجوء الإدارة في المرافق العامة للتحكيم لوجود التزام تعاقدى صحيح متفق عليه بين الأطراف يلزمهم باللجوء للتحكيم في حال نشوب نزاع ما دام أن اللجوء للتحكيم غير مخالف للنظام العام.

لقد عرضت هذه الدراسة أبرز التطبيقات القضائية المقارنة المتعلقة بمفهوم التحكيم ونطاق تطبيقه في العقود الإدارية وبيان إمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية وكما بينت الدراسة أيضاً آلية التحكيم في هذه العقود الإدارية؛ وكل ذلك قد تم حسب موقف التشريع المصري والتشريع السوري والتشريع الأردني. ومن خلال ذلك فقد توصلت الباحثة للنتائج والتوصيات التي سوف تعرضها تباعاً في الصفحات القليلة التالية.

ثانياً: النتائج

وقد توصلت الباحثة للنتائج الآتية:

1. إن التحكيم ليس بالأسلوب الجديد فقد عرفته الحضارات القديمة، وفي منتصف القرن العشرين تم الأخذ به كوسيلة لفض المنازعات؛ حيث أنه أصبح نظام عالمي وقد وضعت العديد من الإتفاقيات والمعاهدات الثنائية والدولية المتعلقة بالتحكيم، وبدأت المنازعات التي يشملها التحكيم بالإتساع إلى أن أصبح يشمل منازعات العقود الإدارية.
2. إن هنالك اتجاهين فقهيين فيما يتعلق بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية حيث أن الاتجاه الأول ذهب لعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بخلاف الإتجاه الآخر الذي وجده حاجة ضرورية وملحة.
3. إن القانون الأردني لم يجز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية صراحة إلا أنه لا يوجد ما يمنع من اللجوء للتحكيم في هذه العقود وهذا يتفق مع ما جاءت به القوانين المصرية والسورية في هذا الصدد.
4. إن القانون السوري أجاز بشكل صريح اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الإدارية، وقد وضع لها أحكام في قانون التحكيم، ولكن القانون السوري قد ضيق النطاق بالنسبة للعقود الإدارية كأنه لا يرغب باللجوء للتحكيم فيما يتعلق في العقود الإدارية حيث جعل هيئة التحكيم برئاسة مستشار من الدولة يسميه رئيس المجلس أو قاضٍ يعينه وزير العدل، ويكون الشخص الذي تحدده الإدارة أيضاً من أشخاص الدولة، وهذا الأمر يجعل التحكيم أشبه بالقضاء العادي حيث يكون أطرافه ممن يعملون بالدولة.

5. إن العقد الإداري الدولي هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامه أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى ويجب أن تتوفر في هذا العقد ما يجب توافره من عناصر العقد الإداري بشكل عام. وكما الحال في العقود الإدارية فإن المشرع الأردني والسوري والمصري قد أجازوا التحكيم في العقود الإدارية الدولية ولو كان ذلك بشكل ضمني.

ثالثاً : التوصيات :

أما فيما يتعلق بالتوصيات التي خلصت إليها الباحثة من خلال هذه الدراسة فتتمثل في ما يلي:

1. توصي الباحثة بتعديل قانون التحكيم الاردني بحيث تدرج نصوص تبين على نحو صريح

وواضح إمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية بشكل عام، والعقود الإدارية الدولية

بشكل خاص مبينة الشروط والقيود التي قد تحكمها مثل تلك التي وضعها المشرعين

المصري والسوري. وعليه وعلى سبيل المثال فأنا نقترح تعديل نص المادة 3 من قانون

التحكيم الاردني ليصبح كالآتي:

"تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة بما فيها

العقود الادارية والادارية الدولية ويتعلق بنزاع بري أو تجاري بين أطراف من أشخاص

القانون العام أو القانون الخاص أيا كان طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع عقدية

كانت أم غير عقدية".

2. توصي الباحثة الإدارة العامة بتوخي الحذر عند صياغة العقود الإدارية التي تبرمها بشكل

عام ولشروط التحكيم الذي يتخللها بشكل خاص والتأكد من عدم مساس شرط التحكيم

بسيادة الدولة التي تنتمي إليها هذه الجهة الإدارية .

3. تتمنى الباحثة على المشرع الأردني إيراد نص خاص يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية

الدولية يتوافق مع ما جاءت به الاتفاقيات الدولية التي انضم إليها الأردن ومثال ذلك

اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

4. توصي الباحثة الجهات المسؤولة عن المرافق العامة عقد ورش عمل وندوات تتعلق بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات، وآلية صياغة وإبرام العقود الإدارية التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها وتتعلق أيضاً بالمشكلات القانونية التي قد تظهر جراء اللجوء للتحكيم؛ بهدف نشر الوعي حول خصائص التحكيم الإداري وأحكامه، وخصوصاً لهؤلاء الأشخاص العاملين في المؤسسات العامة والشركات وكذلك للقضاء المختص.

رابعاً: قائمة المراجع والمصادر.

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

- 1.التحويي،محمود السيد(1999).التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية. الإسكندرية:دار الجامعة الجديدة للنشر.
- 2.التحويي،محمود السيد(2007).التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية.ط1.الإسكندرية:دار الفكر العربي.
3. الحداد،حفيظة السيد(2004).الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي.ط1.بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
4. حداد،حمزة أحمد(2014).التحكيم في القوانين العربية.ط3.عمان:دار الثقافة.
5. الحلو،ماجد راغب(2004).العقود الإدارية و التحكيم.الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
6. الحمادي،مال الله جعفر عبد الملك(2014).حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة و التحكيم في العقد الإداري.ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
7. الخلايلة،محمد علي(2012).القانون الإداري.ط1. عمان: دار الثقافة.
8. خليفة،عبد العزيز عبد المنعم(2006).التحكيم في منازعات العقود الإدارية.ط1. الإسكندرية: دار منشأة المعارف.
- 9.سامي،فوزي محمد(2012).التحكيم التجاري الدولي.ط6. عمان:دار الثقافة.
10. سيد،نجلاء حسن(2004).التحكيم في المنازعات الإدارية.ط2. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر.

11. الشريف، عزيزة (1993). التحكيم الإداري في القانون المصري. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر.

12. الطماوى، سليمان محمد (2012). الأسس العامة للعقود الإدارية. ط6. القاهرة: دار الفكر العربي.

13. العداوى، ريم إحسان محمد (2011). وسائل إبرام العقود الإدارية و صورها. ط1. المنصورة: دار الفكر والقانون.

14. الفار، عبد القادر (2006). مصادر الالتزام. ط1. عمان: دار الثقافة.

15. اللبناني، سليم رستم باز (2010). شرح المجلة. ط1. عمان: دار الثقافة.

16. منصور، محمد وليد (2007). التحكيم في العقود الإدارية. دمشق: لجنة طباعة القوانين الأساسية في فرع نقابة المحامين في دمشق.

17. منظور، ابن (د.ت). لسان العرب. القاهرة: دار المعارف.

18. المواجدة، مراد محمود (2015). التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي. ط2. عمان: دار الثقافة.

19. عبد الهادي، بشار جميل (2015). العقد الإداري. ط1. عمان: دار الثقافة.

20. أبو الوفا، أحمد (د.ت). التحكيم في القوانين العربية. ط1. الإسكندرية: دار منشأة المعارف.

ثانياً: الرسائل والدوريات

1. بن زيد، عبد العزيز محمد علي (2006). **التحكيم في العقود الإدارية**. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان الأردن.
2. الحسين، حسين شحادة (2015). **"التحكيم في العقود الإدارية"**. المؤتمر السنوي السادس عشر **عن التحكيم التجاري**. الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات.
3. الحسيني، محمد أديب (د.ت). **"إجراءات التحكيم في نزاعات العقود الإدارية"**. مجلة نقابة **المحامين**. السنة 77-السنة 2012. www.syrianbar.org/index.php?news=1031.
4. جميعي، حسن عبد الباسط (د.ت)، **"انعقاد خصومة التحكيم في ضوء أحكام القانون رقم 27 لسنة 1994. سلسلة إصدارات التحكيم التجاري**. إتحاد المحامين العرب. الجزء الأول.
5. عمار. صابر محمد (د.ت)، **"التحكيم التجاري"**. سلسلة إصدارات التحكيم التجاري. إتحاد المحامين العرب. الجزء الأول.
6. مقابلة، مازن فايز محمد (2005). **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة آل البيت. المفرق الأردن.
7. الميعان، خالد عبد الكريم (2008). **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عمان العربية للدراسات العليا. عمان الأردن.

ثالثاً : القوانين والنشرات:

1. قانون أصول المحاكمات السوري رقم(112) لسنة 1953.
2. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم(24) لسنة1988.
3. قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953.
4. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.
5. قانون التحكيم السوري رقم(4) لسنة 2008.
6. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.
7. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
8. قانون السلطة القضائية رقم (89) لسنة 1961.
9. القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.
10. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
11. قانون المرافعات المصري رقم (77) لسنة 1949.
12. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ملحق رقم(2) لسنة 1985.
13. نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية السورية رقم (51) لسنة 2004.