التحكيم
في منازعات العقود الإدارية

دراسة تحليلية مقارنة

إعـــداد

صدام محمد عبودي العوايشة

2019

بسم الله الرحمن الرحيم

اسم الكتاب	تصميم الغلاف
التحكيم في منازعات العقود الإدارية	قسم الجرافيك بدار المصرية للنشر والتوزيع
دراسة تحليلية مقارنة	إخراج داخلي
صدام محمد عبودي العوايشة	مكتب المصرية للصف والإخراج الفني
مقاس الكتاب: ١٧ × ٢٤	رقم الإيداع بدار الكتب المصرية: 9880 / 2018
عدد الصفحات: ١٨٠ صفحة	

1440-2019

المصرية
للنشر والتوزيع

حقوق الطبع محفوظة – الطبعة الأولى

مصر – القاهرة : ٢٩ شارع عبد الخالق ثروت – وسط البلد

تليفون: ٢٣٩٥٤١٣١ – موبايل: ٠١٢٢٩٦١٩٥٩٩

bookstore64@yahoo.com

تحذير: جميع الحقوق محفوظة للمصرية للنشر والتوزيع وغير مسموح بإعادة نشر أو إنتاج الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه على أجهزة استرجاع أو استرداد إلكترونية أو نقله بأية وسيلة أخرى أو تصويره أو أو تسجيله على أي نحو بدون أخذ موافقة كتابية مسبقة من الناشر.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾

[المائدة : ١]

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤۡمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيۡنَهُمۡ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسۡلِيمٗا ﴾

[النساء: ٦٥]

صدق الله العظيم

***

الإهداء

إلى

الرمز والقدوة والمثل الأعلى إلى من علمني معنى الرجولة والقيم والأخلاق وقدم لي كل غالٍ ونفيس... أهدي هذا العمل إلى من تقف الكلمات بوصفه والدي العزيز أطال الله عمره وحفظه.

إلى

من علمني حب العطاء.. إلى من أضاء دربي بالدعاء.. إلى نبع الحنان.. أمي الغالية.

إلى

الشموع التي أضاءت دربي بأنفاسهم الزكية.. إلى من أمدوني بالعزم والقوة للإستمرار.. إلى من كانوا سنداً لي في حياتي..

إلى:

من كتب الله عليهم محبتي ووقفوا بجانبي.. وكانت لكلماتهم أبلغ الآثر في زرع الإرادة والعزيمة.. إخواني (مالك، عبودي، فيصل، أحمد ، صلاح) وأخواتي...

إلى:

رفقاء الدرب من زملاء وأصدقاء ..

كليتي الحبيبة التي أحتضنتني في كنفاتها في جميع مراحل دراستي الجامعية

أهدي هذا العمل

الشكر

***

فهرس الموضوعات

الاهداء ٥
الملخص ١١

الفصـــل الأول

ماهية التحكيم في منازعات العقد الإداري ١٣
المبحث الأول: ماهية العقد الإداري ١٥
المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري ١٧
الفرع الأول: تعريف العقد الإداري ١٨
الفرع الثاني: عناصر العقد الإداري ٢٥
أولاً: أن تكون الإدارة أو أحد اشخاص القانون العام طرفاً بالعقد ٢٥
ثانياً: أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام ٢٦
ثالثا : أن تستخدم الإدارة أساليب القانون العام ٢٧
المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية ومعيار تمييزها ٢٩
الفرع الأول: أنواع العقود الإدارية ٣١
أولاً: عقد امتياز المرفق العام ٣٢
ثانياً: عقد الأشغال العامة: ٣٣
ثالثاً: عقد التوريد ٣٤

رابعاً: عقد المعاونة ٣٤
خامساً: الوظيفة العامة ٣٥
الفرع الثاني: معيار تمييز العقود الإدارية ٣٧
المبحث الثاني: مفهوم التحكيم في المنازعات التعاقدية ٤١
المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في المنازعات التعاقدية ٤٣
الفرع الأول: تعريف التحكيم ٤٥
الفرع الثاني: أنواع التحكيم ٤٩
الفرع الثالث: نشأة وتطور التحكيم ٥١
المطلب الثاني: معيار تمييز التحكيم وطبيعته القانونية ٥٥
الفرع الأول: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة ٥٧
أولاً: التحكيم والصلح ٥٧
ثانياً: التحكيم والقضاء ٥٨
ثالثاً: التحكيم والتوفيق ٥٩
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم ٦١
أولاً: الطبيعة العقدية ٦١
ثانياً: الطبيعة القضائية ٦٣
ثالثاً: الطبيعة المختلطة أو المزدوجة ٦٤
رابعاً: الطبيعة المستقلة ٦٥
المبحث الثالث: ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٦٧
المطلب الأول: نطاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٧١

الفرع الاول: منازعات العقود الإدارية ٧٣
أولاً: معيار السلطة العامة ٧٥
ثانياً: معيار المرفق العام ٧٦
ثالثاً: المعيار المختلط ٧٦
رابعاً: معيار الهدف ٧٧
خامساً: معيار الدولة المدِّينة ٧٧
الفرع الثاني: أصول المحاكمة التحكيمية في منازعات العقود الإدارية ٧٩
أولاً: ميعاد التحكيم ٨١
ثانياً: مكان التحكيم ٨٢
ثالثاً: لغة التحكيم ٨٣
المطلب الثاني: قيود التحكيم في العقود الإدارية ٨٥
الفرع الأول: القيود التي ترد على محل وسلطة التحكيم ٨٧
الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٩١

الفصـــل الثاني

مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وآثاره ٩٥
المبحث الأول: موقف الفقه والتشريع والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ٩٧
المطلب الأول: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ٩٩
الفرع الأول: الإتجاه المؤيد للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ١٠١
الفرع الثاني: الإتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ١٠٧

المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية. ١١٥
الفرع الأول: موقف التشريع من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ١١٧
الفرع الثاني: موقف القضاء من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ١٢٧
المبحث الثاني: مدى توافق التحكيم في العقود الإدارية مع مبدأ سيادة الدولة ١٣٣
المطلب الأول: التحكيم في منازعات العقود الإدارية و الإختصاص القضائي للدولة
..... ١٣٥
الفرع الأول: التحكيم وحصانة الدولة القضائية ١٣٧
الفرع الثاني: الدفع بالحصانة القضائية للدولة..... ١٤١
المطلب الثاني: التحكيم في منازعات العقود الادارية والقانون واجب التطبيق ١٤٧
المبحث الثالث: أثار التحكيم في العقود الإدارية ١٥٥
المطلب الأول: الآثار المادية والقانونية في التحكيم في العقود الإدارية ١٥٧
المطلب الثاني: حجية وتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية ١٦٥
الفرع الأول: حجية حكم التحكيم في العقود الإدارية ١٦٧
الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية ١٧٣

***

الملخـــــص

تناولت هذه الدراسة التحكيم في منازعات العقود الإداريـة ومـن ابـرز مـا تناولتـه هذه الدراسة في طياتها ماهية العقد الإداري من حيث العناصر والأنواع ومعيار تمييزها وتناولـت كـذلك تعريـف التحكـيم في المنازعـات التعاقديـة ومعيـار تميـيزه وطبيعتـه القانونية، كما تناولـت هـذه الدراســة موقـف الفقـه والتشـريع والقضـاء مـن اللجـوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ومدى توافقه مع سيادة الدولة واثاره، وقد قسـم الباحث هذه الدراسة لفصلين كمـايلي ، ماهيـة التحكـيم في منازعـات العقـد الإداري ويتكون الفصل الأول من ثلاثة مباحـث رئيسـية تنـاول المبحـث الاول ماهيـة العقـد الإداري، والمبحـث الثـاني مفهـوم التحكـيم في المنازعـات التعاقديـة ،والمبحـث الثالـث ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية. والفصل الثاني بعنـوان مـدى مشـروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية واثاره من خلال ثلاثـة مباحـث ، تنـاول الباحـث في المبحـث الاول موقـف الفقـه والتشـريع مـن اللجـوء إلى التحكـيم في العقـود الإداريـة والمبحث الثاني مدى توافق التحكيم في العقود الإدارية مـع سـيادة الدولـة وفي المبحـث الثالث آثار العقود الإدارية، وقد تمحورت هذه الدراسة حول إشكالية بيان مدى كفاية التشريعات القانونية في معالجتها لمسألة اللجوء للتحكيم في منازعات العقـود الإداريـة وفي بيان الآثر القانوني للجوء الدولة للتحكيم الداخلي والدولي ومدى جـواز التحكـيم في منازعات العقود الإدارية ، وتهدف هذه الدراسة لبيان ضـوابط التحكـيم في منازعـات العقود الإدارية ونطاقه وبيان اصول المحاكمات التحكيمية في منازعات العقود الإدارية

والقيود التي ترد على سلطة التحكيم وموقف الفقه والتشريع والقضاء من اللجوء للتحكيم ومدى توافق التحكيم في العقود الإدارية مع سيادة الدولة وحصانتها القضائية والقانون واجب التطبيق والاثار المادية والقانونية في التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومدى حجية الاحكام التحكيمية في منازعات العقود الإدارية وآليات تنفيذ حكم التحكيم وصعوبات التنفيذ ضد الإدارة.

***

الفصل الأول

ماهية التحكيم
في منازعات العقد الإداري

لا شك أن التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من المسائل المستحدثة على الساحة القانونية، وإذا كأن لايوجد خلاف حول التحكيم في العقود المدنية والتجارية وجوازه، فأن التحكيم في العقود الإدارية قد أثار جدلا واسعاً، نظراً لما بها من خصوصية تميزها عن غيرها من العقود نظراً لوجود الدولة أو أحد اشخاص القانون العام طرفاً فيها واتصالها بالمرافق العامة واحتوائها على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود العادية.

وإذا كانت القوانين المعاصرة تجيز مقاضاة الإدارة عن الإتفاقات التعاقدية في المحاكم المختصة، فأن التحكيم بمفهومه العام يمثل اتفاقاً بين الاطراف يُمكنهم من اختيار قاضيهم بأنفسهم وتفويضه بإصدار حكم ملزم لهم، ومن هنا فأن إرادة الأطراف في التحكيم تكون موضع إعتبار، فلا يقوم نظام التحكيم إلا على التوافق بين الاطراف، وهو أمر يدعو للتساؤل حول مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ؟

وقبل الخوض في جواز التحكيم من عدمه لا بد من بيان ماهية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لذلك ستقوم الدراسة بتسليط الضوء على مفهوم العقد الإداري ومعيار تمييزه، إضافة الى بيان مفهوم التحكيم في المنازعات التعاقدية ، وبعد ذلك ستتطرق الدراسة لضوابط اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ولهذه الغاية

قسم الباحث هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، هي :

- المبحث الأول: ماهية العقد الإداري.
- المبحث الثاني: مفهوم التحكيم في المنازعات التعاقدية.
- المبحث الثالث: ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية

***

المبحث الأول
ماهية العقد الإداري

يمثل العقد الإداري أحد أهم الوسائل التي تستخدمها الإدارة في تسيير المرفق العام إلى جانب القرار الإداري، وينشأ العقد الإداري بتوافق إرادة شخص من أشخاص القانون العام مع ارادة شخص اخر وفي هذا النوع من العقود توصف الإدارة على أنها سلطة عامة، وتكون الإدارة مقيدة ببعض القيود فهي تخضع عند تعاقدها للقوأنين والأنظمة التي تحدد مدى جواز تعاقدها مع الغير من عدمه، وتستخدم أساليب القانون العام في سبيل تحقيق النفع العام للمرافق العامة، ونظرية العقد الإداري من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الإداري والتي بدأت بالظهور في نهايات القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين[1].

ويقتضي البحث في ماهية العقد الإداري بيان مفهومه وبيان أنواع العقود الإدارية وتمييزها عن غيرها من العقود الاخرى وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين هما:

- المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري
- المطلب الثاني: أنواع العقود الادارية ومعيار تمييزها

(١) الخلايلة، محمد علي (٢٠١٥)، القانون الإداري، الكتاب الثاني، (ط٢)، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٢٦٠.

- راضي، مازن ليلو (٢٠١٢)، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، الإسكندرية : منشأة المعارف، ص٧٨.
- مرسي، لا حسام (٢٠١٢)، أصول القانون الإداري، (ط١)، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي، ص٤٠٣.

المطلـــب الأول
مفهوم العقد الإداري

لم يتطرق المشرع لتعريف واضح وشـامل للعقـد الإداري يمكـن للباحـث الإسـتناد إليه، إلا أن ذلك لا يمنع الأهمية الكبرى لتعريف العقد الإداري، ولبيان مفهـوم العقـد الإداري لابد من تعريفه وبيان عناصره من خلال الفرعين التاليين:

***

الفـــــرع الأول
تعريف العقد الإداري

العقد لغة: هو الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة، والعقد نقيض الحّل، وتـدل على الربط المعنوي بين كلامين أو متعاهدين، كقولهم: عقـدت البيـع وعقـدت العهـد، واستعملت في كل ما يعقده العاقـد ويلـزم نفسـه ويربطهـا بـه، ولـذلك سـمي اليمـين عقداً[1] ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩]

ويلاحظ مما سبق أن تعريف العقد لغة يشير إلى الإرتباط القوي والإتصال الوثيق الذي لا يمكن أنفكاكه وهذا يتفق مـع تعريـف القـانون المـدني الأردني للعقـد في المـادة (٨٧)؛ حيث جاء فيها «العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر مـن احـد المتعاقـدين بقبـول الأخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه إلتزام كل منهمـا بمـا وجب عليه للأخر»[2]، ومن هنا يرى الباحث أن تعريف العقـد لغـة وفي القـانون المـدني يتقاطعأن بإبراز الإرادة ودورها لدى المتعاقدين وهذا الأمر ينطبق على العقـود الإداريـة رغم خصوصيتها.

أما العقد في الإصطلاح: فأنه يطلق على معنيـين أحـدهما خـاص والأخـر عـام، والمعنى الخاص هو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، او ما يتم الالتزام به، على وجه

(١) الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب (١٩٩٥)، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف البقاعي، بيروت : دار الفكر، ص٢٧٢.

- ابن فارس، احمد بن فارس (١٩٦٨)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، (ط٢) بيروت : دار الجبل، ص٢٨٧.

(٢) القانون المدني رقم ٤٣ لسنة (١٩٧٦)، المنشور في عدد الجريدة الرسمية (٢٦٤٥) بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

يترتب عليه اثره الشرعي والمعنى العام للعقد ما كأن فيه الإلتزام من قبل الجانبين كالبيع والاجارة وبناءاً على ذلك؛ يمكن تعريف العقد اصطلاحاً على أنه «كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف، والإبراء ، والطلاق ، واليمين ، أم احتاج إلى ارادتين في أنشائه، كالبيع والايجار، والتوكيل، والرهن»[١]، ويرى الباحث أن المعنى الإصطلاحي للعقد لا يتوافق مع المضمون الحقيقي للعقود بصورتها العامة والتي يجب أن تكون باتفاق إرادتين حيث يتعارض ذلك مع مصادر الإلتزام التي تجعل من الإرادة المنفردة مصدراً مستقلا من مصادر الإلتزام.

وبالعودة لموضوع دراستنا نجد أن العقد الإداري ينبثق عن توافق إرادتين لأنشاء أو نقل أو تعديل أو أنهاء الإلتزام كما يتوجب أن يكون أحد اطرافه شخصاً معنوياً عاماً، وقد اختلف الفقهاء في تعريفه فرأى بعضهم أن العقد الإداري لا يختلف عن العقد المدني إختلافاً جوهرياً وعلى ذلك ينطبق عليه ما ينطبق على العقد المدني، ورأى اصحاب هذا الرأي أن العقد الإداري هو توافق بين إرادتين أو أكثر على أنشاء التزامات متقابلة، وأن اركأن العقد المدني هي ذاتها أركأن العقد الإداري[٢].

وعلى ذلك يمكن تعريف العقد بمفهومه الشامل على أنه توافق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني نتيجة لهذا التوافق[٣] ، ذلك أن اصحاب هذا الرأي ينظرون للعقود

(١) جبير، مطيع علي حمود (٢٠٠٦)، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني، القاهرة : دار النهضة العربية،ص٩.

(٢) مهنا، محمد فؤاد (١٩٧٣)، مبادئ وأحكام القانون الإداري،الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ص٧٤٠.

(٣) السنهوري، عبد الرزاق أحمد (٢٠١٥) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، (م١)، بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ص١٤٩.

- راجع في ذلك، الفار، عبد القادر(٢٠١٦)، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، (ط٨)، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٣٣.

بمنظور واحد على أنه عملٌ قانوني ذو طبيعة واحدة وأن اختلفت صوره وأشكاله، وبمجرد أنعقاده يرتب آثاره، حيث أن الإختلاف في الجهات القضائية التي تحكم العقود يمثل إختلافاً بالهدف الذي ابرمت لأجله[١].

ويرى الباحث أن هذا الرأي على وجاهته لا يخلو من النقد، فعلى الرغم من أن العقد الإداري يتشابه مع العقد المدني من حيث الأركأن والشكل إلا أنه يختلف من حيث المضمون والأطراف والمبادئ العامة التي تحكمه، كما أن الإدارة تتمتع بموجب العقد الإداري ببعض الإمتيازات في ظل القانون العام بشكل مقيد كحقها في تعديل بعض الشروط في مرحلة التنفيذ وإيقاع الجزاءات بسبب التخلف عن التنفيذ وأنهاء العقد بالإرادة المنفردة، خلافاً لما هو عليه الحال في مجال التعاقد في ظل القانون المدني[٢].

أما الجانب الآخر من الفقه فقد رأى أن العقد الإداري يختلف عن غيره من العقود، وأنه يتمتع بخصائص تميزه عن غيره، وأن الإدارة تبرم هذا العقد بوصفها سلطة عامة لتسيير المرفق العام ويخضع هذا العقد لأحكام القانون الإداري، فالعقد الإداري وفق ذلك يتمثل بالعقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ويجب أن يُظهر فيه

(١) علي، عثمان ياسين(٢٠١٥)، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دارسة مقارنة، (ط١)، بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ص٢٦.

(٢) ورد في قرار لمحكمة العدل العليا النص على ما يلي: «... للجهة الإدارية الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، غير أن سلطة الإدارة في التعديل ليست سواء في جميع العقود الإدارية فهذه السلطة تطبق في بنود التوريد دون عقود الإلتزام بإعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتسيير وإدارة المرفق نيابة عن الإدارة وكذلك في عقود الأشغال العامة بإعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد، لذا خولها المشرع في مثل هذه العقود الحق في إسناد البنود المستجدة لذات المقاول القائم بالعمل دون غيره عن طريق الاتفاق المباشر بموافقة السلطة المختصة..»

- قرار رقم ٢٠٠٢/١١٠١٦ (هيئة خماسية)، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢٦، منشورات مركز عدالة.

نيته الأخذ بأحكام القانون الإداري، أما في حال نزول الإدارة لمرتبة الأفراد العاديين فيكون العقد عادياً وليس إدارياً ويخضع لأحكام القانون المدني[١].

ويتضح ذلك من خلال تضمين العقد الإداري لبعض الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، وقد يتضمن هذا العقد السماح للمتعاقد بالاشتراك في ادارة المرفق العام[٢]، وبناء على ماسبق تم تعريف العقد الإداري على أنه ذلك العقد الذي «يبرمه احد الاشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة ، متبعا في هذا الاساليب المقررة في القانون العام بما يعني أنطوائه على نوع أو اخر من الشروط غير مألوفة الاتباع في عقود القانون الخاص»[٣]، وينشأ العقد الإداري نتيجة

(١) بن زيد، عبد العزيز محمد علي (٢٠٠٦)، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، عمان : الجامعة الأردنية، ص٥.

(٢) الطماوي، سليمان محمد (١٩٧٦)،القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، القاهرة : دار الفكر العربي، ص٢٤٧.

- صادق، سمير (١٩٩١)، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، القاهرة : الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص٩.

(٣) الذنيبات، محمد جمال (٢٠١١)، الوجيز في القانون الإداري، (ط٢)، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٢٤٤.

- كنعان، نواف (٢٠١٢)، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، (ط٤)، الشارقة : الأفاق المشرقة ناشرون، ص٢٩٤.
- العتوم، منصور ابراهيم (٢٠١٤)، الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية ، دراسة تحليلية مقارنة، الكويت : مجلة الحقوق، (ع٢)، ص٤٨٣.
- يتفق هذا التعريف مع التعريف الوارد في حكم المحكمة الكبرى المدنية البحرينية والذي جاء فيه «يلزم لإعتبار العقد إدارياً أن تكون الدولة أو ما إليها من الأشخاص العامة طرفا فيه وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تنظمها قواعد القانون الخاص علاوة على أن يكون متصلا بمرفق عام يتحقق به معنى المشاركة في تسييره».
- ورد في، الحمادي، مال الله جعفر عبد الملك (٢٠١٤)، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، (ط١)، بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ص٣٣.

توافق بين إرادة الإدارة والمتعاقد معها، ويكون ذلك بارتباط الإيجاب مع القبول الصادر عن طرفي العقد[١].

ويلاحظ الباحث أن التعريفات السابقة قد ربطت فكرة العقد الإداري بالإدارة العامة مع أن الأجهزة الإدارية المختلفة للدولة يمكن أن تتعاقد مع اشخاص القانون الخاص بصفتها شخصاً عادياً وليس سلطة عامة ، ومن الأمثلة على ذلك أن تقوم دائرة حكومية بإستأجار بيت أحد المواطنين لإقامة مركز صحي وفي هذه الحالة يكون العقد مدنياً خالصاً، ولا يمكن أن يكون عقد إدارياً رغم أن احد اطرافه من اشخاص القانون العام، فقد أغفل هذا الإتجاه مسألة مهمة وهي ربط العقد الإداري بفكرة السلطة العامة؛ فالعقد الإداري هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، والإدارة طرف في هذا العقد بصفتها سلطة عامة بحيث يتبع المتعاقدان الإجراءات المقررة في القانون العام، ويتضح ذلك من خلال الشروط التي تقيد اطراف العقد والتي هي غير مألوفة في العقود المدنية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، حيث تتمتع الإدارة بإمتيازات غير عادية عند تنفيذها لهذا العقد الأمر الذي يعطيها أفضلية على المتعاقد الأخر كونها تهدف لتحقيق المنفعة العامة، كما أنها تخضع لبعض القيود والضوابط، التي ترد على حرية التعاقد من قبل الإدارة، كلزوم الكتابة والتصديق من قبل بعض الهيئات المحاسبية والرقابية و القيود الخاصة بقواعد الإختصاص وتوافر الإعتماد المالي[٢].

ويخرج العقد الإداري عن الأصل العام في العقود والتي تجعل من العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد الإداري يقع بين طرفين لا يتعادلأن في المركز القانوني، فالإدارة في

(١) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (٢٠١٥)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، القاهرة : دار محمود للنشر والتوزيع، ص٣٤.

(٢) الخلايلة، محمد علي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٢٨٥.

- القيسي، إعاد حمود (١٩٩٨)، الوجيز في القانون الإداري، (ط١)، عمان : دار وائل للنشر والتوزيع، ص٣٢٦.

حقيقة الأمر تتمتع بمركز قانوني اقوى، ولا يمتلك الطرف الأخر أن يحدد شروط العقد واليات تنفيذه ولكن الإدارة والمشرع هما اللذأن يحددأن هذه الشروط وعلى المتعاقد معها أن يقبل هذه الشروط جملة واحدة أو أن يرفضها جملة واحدة[1]، وبناءاً على ذلك يمكن للباحث أن يعرّف العقد الإداري على أنه توافق بين طرفين أحدهما شخص من أشخاص القانون العام كحد أدنى، بهدف إدارة مرفق عام، على أن تتجلى نية الإدارة بإستخدام أساليب القانون العام.

***

(١) نجم، احمد حافظ (١٩٨١)، القانون الإداري، دراسة قانونية لتنظيم ونشاط الإدارة العامة، الجزء الثاني، (ط١)، القاهرة : دار الفكر العربي، ص٨٥.

الفـــرع الثاني
عناصر العقد الإداري

بناءً على ما سبق يتبين أنه لا بد من توافر ثلاثة عناصر لكي يعد العقد إدارياً خاضعاً للقانون العام[1]. وفيما يلي بيان وتوضيح لهذه العناصر:

أولاً: أن تكون الإدارة أو أحد اشخاص القانون العام طرفاً بالعقد[2]:

أن من اهم ما يقتضيه العقد الإداري أن تكون الإدارة او من يمثلها طرفاً فيه سواء أكانت جهة مركزية (كالوزارات) أو غير مركزية (كالمحافظات والبلديات)، وقد تتسع هذه الفكرة في بعض الأحيان لتشمل النقابات المهنية وغرف الصناعة والتجارة والجمعيات وغيرها لإعتبارها جزءاً من أشخاص القانون العام في الدولة[3].

ويعتبر هذا عنصراً بديهياً فلا يمكن أن ينشأ العقد الإداري دون أن تكون الإدارة طرفاً فيه، فالتعاقد يعتبر أحد وسائل الإدارة في تسيير المرافق العامة بهدف تحقيق منفعة عامة، وتعتبر الإدارة طرفاً في العقد في حال تعاقدها بنفسها أو أنابتها لجهة إدارية أخرى، وتطبيقاً على ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها على تحميل الجهة الإدارية الأصيلة

(١) جاء في قرار المحكمة الادارية العليا المصرية في حكم لها بجلسة ٢٠٠٥/٥/٢٤م «يعتبر العقد إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا، ومتصلا نشاطه بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص».
- ورد في، مرسي، حسام، مرجع سابق، ص٤١٨.

(٢) يعتبر هذا العنصر من العناصر الضرورية في كل من - فرنسا ومصر- ليصبح العقد من العقود الإدارية، فلا يمكن أن نصف العقد بأنه عقد إداري دون تحقق هذا الشرط، وعلى ذلك فأن العقود التي تنشأ بين الأفراد ولا تكون الإدارة طرفاً فيها لا تكون عقوداً إدارية، والمقصود بالإدارة هنا أي شخص من أشخاص القانون العام.
- الشيخ، عصمت عبد الله (٢٠٠٣)، مبادئ ونظريات القانون الإداري، بدون مكان نشر، ص٥٤.

(٣) العبادي، محمد وليد (٢٠٠١)، الإختصاص القضائي لمنازعات العقود، مجلة المنارة، (مجلد ٧)،(عدد ٣)، ص١٤.

لأثار العقد الإداري رغم أن الخصومة والتعاقد تم من جهة إدارية أخرى[١].

ومن الجدير بالذكر أنه لا يستلزم لكل عقد تكون الإدارة طرفاً فيه أن يكون من العقود الإدارية، فقد يكون العقد المبرم بين الإدارة والأفراد إدارياً أو مدنياً كما سبق وأن بينت الدراسة، كما أن العقد المبرم بين إدارتين مختلفتين قد يكون عقداً إدارياً أو مدنياً، كأن تقوم إحدى البلديات بتأجير مبنى تابع لها لمؤسسة عامة أخرى لإقامة إدارتها فيه، فتوافر هذا العنصر وحده في العقد لا يكفي لإعتباره إدارياً بل أن هذا العنصر يعتبر دالاً على أن العقد قد يكون إدارياً[٢].

ثانياً: أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام[٣]:

تقوم الإدارة بنشاطاتها من خلال القرارات والتعاقدات بهدف المحافظة على

(١) جاء في قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٥٣٨ بتاريخ ١٩٦٤/٥/٢٨ «..... وجد أن الوزير استعمل صلاحيته الممنوحة له في الفقرة (ب) من المادة ١٦ من قانون السلطة التنفيذية رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٩ عند تخويله متصرف الناصرية في التوقيع على العقد مع المدعي والإشراف على العمل من جهة الصرف عليه ومراقبة سيره وأصبح مركز المدعى عليه (المتصرف) كمركز الوزير .... وقد قام بالعمل المخول له إضافة لوظيفته فالخصومة موجهة له بهذا الاعتبار علاوة على أنه قد أكملها بدخوله الدعوى حسب التخويل الواقع إليه ثأنية من قبل وزير الداخلية .. فعدم ملاحظة ذلك من قبل المحكمة وردها الدعوى من جهة عدم توجه الخصومة غير صواب ومخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه»، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(٢) شحاته، توفيق (١٩٥٥)، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، (ط١)، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، ص٧٥٣.

(٣) يعرف المرفق العام على أنه «كل نشاط تقوم به الإدارة إما بنفسها أوبواسطة أفراد عاديين يعملون تحت إشرافها وتوجيهها بقصد اشباع الحاجات العامة للجمهور، مستخدمة في سبيل ذلك بعض امتيازات السلطة العامة» كما يعرف المرفق العام على انه «نشاط يهدف الى تحقيق نفع عام».

- للمزيد أنظر، الخلايلة، محمد علي (٢٠١٥)، الوسيط في القانون الإداري، (ط١)، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص١٣٧.

- أنظر كذلك، الصرايرة، مصلح ممدوح (٢٠١٢) القانون الاداري،(ط١)، الكتاب الاول، عمان: دار الثقافه للنشر والتوزيع، ص٣١٨.

المرفق العام وضمان سيره بانتظام واضطراد، وعلى ذلك فتعاقد الإدارة مع غيرها يجب أن يكون محله متصلاً بالمرفق العام، ويكون ذلك بعدة صور كتنظيمه واستغلاله وإدارته والمعاونة في تسييره، وتهدف الإدارة من خلال ذلك تحقيق المصلحة العامة والنفع العام، ويعتبر هذا من شروط وعناصر العقد الإداري[١].

ويرى البعض أن هذه الخاصية التي تميز العقد الإداري وتوجب اخضاعه إلى نظام قانوني خاص بغض النظر عن صفة المتعاقد معها (أهو من افراد القانون الخاص أم العام ؟) بل أن ما يميزه عن غيره محل العقد وموضوعه والغرض من أنشائه، فقد تستشعر الإدارة أن هنالك عزوف من قبل الأفراد عن التعاقد معها لا سيما إذا تعلق العقد بمسائل ضرورية لا يمكن الإستغناء عنها خوفاً من الشروط الشديدة التي تنطوي عليها وسائل القانون العام التي تُنفر الافراد؛ لذلك فأن الإدارة تلجأ للتعاقد بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الخاص[٢].

ثالثا : أن تستخدم الإدارة أساليب القانون العام:

يجب أن يتضمن العقد الإداري على بعض الشروط التي تضعها الإدارة بشكل إستثنائي والتي لايمكن أن تحتوي عليها العقود المدنية، وأن هذه الشروط تُخرج العقد عن مبدأ المساواة بين المتعاقدين، كأن ينص العقد في بنوده على إختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات التي تنشأ عنه، أو أن يتم النص في العقد على حق الإدارة في تعديل بنوده أثناء فترة سريأنه بإرادتها المنفردة أو دون موافقة الطرف الأخر[٣].

(١) الحلو، ماجد راغب (١٩٩٤)، القانون الإداري، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية، ص٥٦٦.

- أنظر للمزيد، جمال الدين، سامي (١٩٩٦)، اصول القانون الإداري، الجزء الثاني، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية، ص٧٣٣-٧٣٤.

- أنظر كذلك، الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري، ص٢٥٠.

(٢) مهنا، محمد فؤاد (١٩٥٨)، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، مصر : مطبعة نصر، ص٧٢٢.

(٣) الجبوري، محمود خلف، مرجع السابق، ص٤٥.

وتعزى الشروط الإستثنائية التي ترد في العقود الإدارية إلى ما تمتلكه السلطة العامة من امتيازات في مواجهة الغير، كحق الإدارة في التنفيذ المباشر ضد الغير، كذلك تمتلك الإدارة الأفضلية تطبيقاً لقواعد القانون العام، فقد يحتوي العقد على بعض الشروط المرتبطة بفكرة المصلحة العامة، ويرتبط أنشاء العقد الإداري وسريأنه بمدى مطابقته لقواعد القانون الإداري، كما أن الشروط التي يتم النص عليها في العقد غالباً ما تكون مرتبطة بقاعدة المصلحة العامة، ويتضح من خلال هذا أن الإدارة حين ترغب بالظهور بمظهر السلطة العامة تقوم بإستخدام بعض الشروط الإستثنائية، أما في حال عدم رغبتها بذلك فأنها تخضع للقانون الخاص[١].

ويرى بعض الفقهاء أن الإجتهاد القضائي الحديث لا يتطلب توافر شروط إستثنائية في العقد لإعتباره إدارياً، بل يمكن الإكتفاء بالجو العام للعقد، فمن الممكن أن يعد العقد إدارياً ولو لم يتضمن اي شروط إستثنائية شريطة أن يبقى غير مألوفاً في الإطار التنظيمي للقانون الخاص[٢]، ويتفق الباحث مع هذا الرأي لأن استخدام الإدارة لأساليب القانون العام ووضعها لبعض الشروط الإستثنائية عند ابرامها للعقود لا يعني بالمطلق أن العقد الذي أبرمته الإدارة من العقود الإدارية، لأن بعض العقود المدنية التي تنشأ بين الأفراد قد تحتوي على شروط إستثنائية ومع ذلك فأنها لا تخرج عن كونها عقوداً مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص.

***

(١) شحاته، توفيق، مرجع السابق، ص٧٥٥-٧٥٦.

(٢) شطناوي، علي خطار (٢٠٠٩)، القانون الإداري، الكتاب الثاني، (ط١)، عمان : دار وائل للنشر والتوزيع ، ص٢٨٥.

المطلب الثاني
أنواع العقود الإدارية ومعيار تمييزها

بعد أن تناولت الدراسة، في المطلب السابق، تعريف العقد الإداري وعناصره، سوف يبين الباحث في هذا المطلب أنواع العقد الإداري وآليات تميزه عن غيره من العقود من خلال الفرعين التاليين:

الفـــــرع الأول
أنواع العقود الإدارية

على الرغم من الشبه الكبير بين العقود الإدارية والمدنية، إلا هنالك تباين واضح بينهما نظراً للنظام القانوني المُطّبَق على كلا النوعين، وقد استأثرت العقود الإدارية على تصنيفات خاصة بها فمنها عقود مسماة بموجب القانون وأخرى غير مسماه، ومنها ما هي متراخية التنفيذ وأخرى فورية التنفيذ[١].

أما العقود غير المسماة فهي التي لم يرد تسمية محددة لها في القانون، لكن خصائصها الذاتية تسندها إلى القانون الإداري، ومن الأمثلة على هذا النوع إتفاق الإدارة مع احد الاشخاص على أن تقوم بتأهيله من خلال المراكز المهنية او الدراسة الجامعية على أن يلتزم بالعمل لديها بعد تخرجه لمدة من الزمن، وأما العقود المسماة فهي العقود الشائعة في القانون الإداري والتي جرى العرف على تسميتها بأسماء محددة، كعقد إمتياز المرفق العام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد المعاونة[٢].

وسيكتفي الباحث بتناول هذه العقود دون غيرها إنسّجاماً مع محددات هذه الدراسة ، وفيما يلي بيان ذلك:

(١) صبره، محمود محمد علي (٢٠٠٢)، ترجمة العقود الإدارية، مصر : المحله الكبرى : دار الكتب القانونية، ص٤٨.

- أنظر كذلك، الطهراوي، هاني بن علي (٢٠١٥)، القضاء الإداري السعودي، الرياض: منشورات مكتب المحامي كاتب بن فهد الشمري، ص١٢٥.

(٢) كنعان، نواف (٢٠١٠)، القانون الإداري، الكتاب الثاني، (ط١)، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٣٢٢.

- أنظر كذلك، كرم، غازي (٢٠١٠)، القانون الإداري، (ط١)، عمان : الافاق المشرقة ناشرون، ص٢٦١.

أولاً: عقد امتياز المرفق العام[١]

يعتبر عقد إمتياز المرفق العام أو عقد التزام المرفق العام من أهم العقود الإدارية على الإطلاق، وهو عقد «يتولى بموجبه المتعاقد الملتزم سواء أكان فردا أم شركة مع الإدارة إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها»[٢]، فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بأداء خدمة عامة للجمهور في مرفق عام على مسؤوليته مقابل استغلال هذا المرفق لمدة محددة مقابل حصوله على الأرباح على أن يتحمل نفقات المشروع[٣].

ونظراً لخطورة هذا النوع من العقود وطبيعته الخاصة التي يتسم بها يجب أن تصدر هذه العقود بموجب قانون، والسبب في ذلك أن معظم عقود الإمتياز تتعلق بإستغلال مرافق حيوية، والمرافق الحيوية عادة ما تكون باهظة الثمن وعالية التكلفة، كما أن اثارها تمتد لفئة كبيرة من المواطنين، وتمتلك الإدارة وحدها الحق في تعديل الشروط التنظيمية التي تتعلق بإدارة المرفق العام[٤].

(١) يرى جانب من الفقه القانوني أن عقود (BOT) هي إحدى عقود إمتياز المرفق العام وعقد البوت (BOT) عبارة عن «عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وأنشاء واستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع الى الجهة مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد».
- للمزيد أنظر، حماده، عبد الرزاق حماده (٢٠١٣)، عقود البوت، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة، ص١٣.

(٢) الذنيبات، محمد جمال، مرجع سابق، ص٢٥٨.

(٣) المصري، حازم بيومي المصري (٢٠١٠)، التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك - اليونسترال)، دراسة مقارنة، القاهرة : دار النهضة العربية، ص٢١.

(٤) نصت المادة (١١٧) من الدستور الأردني «كل امتياز يعطى لمنح اي حق يتعلق بإستثمار المناجم او المعادن او المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون».
- دستور المملكة الأردنية الهاشمية، نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم ١٠٩٣ تاريخ ١٩٥٢/١/٨.

ثانياً: عقد الأشغال العامة:

يعرف عقد الأشغال العامة على أنه عقد إداري يتم بموجبه التعاقد بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات ويتعهد بموجه بالقيام بعمل من اعمال البناء او الترميم او الصيأنة تحقيقاً لمنفعة عامة مقابل أجر يحدد في العقد، ويطلق على الشخص الذي يؤدي عقد الأشغال إسم (المقاول) وفق أحكام المادة (٤) من نظام الأشغال الحكومية[١]، ويتفق هذا التوجه من المشرع الأردني مع تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية، إلا أن هذه التسمية في واقعها غير دقيقة لأن عقد المقاولة هو أحد العقود المدنية الخاضعة لأحكام القانون المدني بخلاف عقد الأشغال العامة الخاضع لأحكام القانون الإداري[٢].

ولا يرد عقد الأشغال العامة في حقيقته إلا على عقار أو ما هو بحكمه، ولا يتصور ذلك في المنقولات، ويجب أن يتم ذلك لحساب شخص من أشخاص القانون العام كوزارة أو بلدية، كما يجب أن يكون الهدف من إبرام هذا العقد تحقيق النفع العام والمصلحة العامة، بل أن جانباً من القانون المقارن قد توسع في مفهوم الأشغال العامة حتى اعتبر عقود الأشغال العامة المتعلقة بإقامة الطرق وتعبيدها من العقود الإدارية ولو تم ذلك دون اتفاق مع الإدارة[٣].

(١) نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦، منشورات مركز عدالة ٢٠١٦.

(٢) القبيلات، حمدي (٢٠١٠)، القانون الإداري، الجزء الثاني، (ط١)، عمان : دار وائل للنشروالتوزيع، ص١٠٩.

- عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد الأشغال على أنه: «عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقد لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد».

- ورد في، عبد الله، عبد الغني بسيوني (٢٠٠٣)، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، الإسكندرية : منشأة المعارف، ص٥٨١.

(٣) جبير، مطيع علي حمود، مرجع سابق، ص٦٥.

ثالثاً: عقد التوريد

أن عقد التوريد من العقود التي تبرمها الإدارة مع شخص أو شركة (متعهد) يتعهد بموجبه الأخير بتوريد منقولات لازمة لمرفق عام لحساب شخص معنوي مقابل ثمن معين يتم الإتفاق عليه بموجب العقد، وبالنظر إلى طبيعة هذا العقد فقد ذهب جانب من الفقه لإعتباره عقداً مقابلاً لعقد البيع في القانون الخاص، ولا يعد عقد التوريد عقداً إدارياً بشكل دائم إلا في حال اتصاله بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية، فأن أنتفى احد هذه الشروط اصبح عقد بيع خاضع لأحكام القانون الخاص[١].

ويجب أن يرد عقد التوريد على المنقولات بخلاف عقد الأشغال العامة الذي يرد على العقارات وهذه السمة الأبرز لعقد التوريد والتي تميزه عن عقد الأشغال العامة، فأن كأن محل العقد الإداري أموالاً منقولة كأن من عقود التوريد، أما أن كأن عقارا أوأموال غير منقولة كأن عقد أشغال عامة، كما أن هذا العقد من العقود الرضائية، الأمر الذي يميزه عن ما قد تلجأ له الإدارة من اجراءات إستيلاء مؤقت أو دائم حسب مقتضى الحال وأحكام القانون، ومن الأمثلة على ذلك إتفاق الإدارة مع احدى الشركات لتوريد أغذية للمدارس والمستشفيات والسجون.

رابعاً: عقد المعاونة

يطلق على هذا العقد اسم عقد تقديم المساعدة، أو عقد المساهمة وتقوم فكرة هذا العقد على أن يقوم أحد افراد القانون الخاص بتقديم مساهمة نقدية او عينية في النفقات الخاصة بأحد مرافق الدولة أو الأشغال العامة، ويقابل هذا العقد في القانون المدني عقد الهبة، فعقد المعاونة يرتب التزامات على الواهب فقط دون أن يرتب التزامات على الإدارة[٢].

(١) راضي، مازن ليلو، مرجع سابق، ص١٢٨.

(٢) الحلو، ماجد راغب، القانون الإداري، مرجع سابق، ٥٧٦. =

ويعتبر عقد المعاونة من العقود الملزمة لجانب واحد، ولا يقوم العقد إلا بموافقة الإدارة عليه، فإذا قبلت الإدارة العرض أنعقد العقد وأصبح ملزما للمتعاقد وعليه يجب الوفاء به، ولا يجوز له الرجوع عنه، ومن الأمثلة على هذا النوع من العقود، أن يقوم أحد الأشخاص بالمساهمة في دفع نفقات بناء مستشفى عام.

خامساً: الوظيفة العامة[١]

يعتبر عقد الوظيفة العامة أو «عقد إيجار الخدمات»[٢] إتفاق بين الإدارة وأحد اشخاص القانون الخاص على أن يقوم الأخير بتقديم خدمات شخصية للإدارة مقابل عوض مالي محدد، ويعتبر عقد الوظيفة العامة إستثناءً على الأصل الذي يقتضي- أن يكون التعيين بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة، وتهدف الإدارة من خلال التعاقد أن تجذب الكفاءات الأجنبية في حال عدم توافر الكوادر الوطنية المؤهلة[٣].

وتبدأ الإدارة عادة إجراءات التعيين بموجب قرار إداري ينتهي بالتعاقد مع

= تعرف الهبة في القانون المدني وفق نص المادة (١/٥٥٧) على أنها «تمليك مال او حق مالي حال حياة المالك دون عوض»، القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(١) عرف نظام الخدمة المدنية الأردني الوظيفة العامة في المادة (٢) على أنها «مجموعة من المهام والواجبات التي تحددها جهة مختصة وتوكلها إلى الموظف للقيام بها بمقتضى احكام هذا النظام واي تشريع اخر او تعليمات او قرارات إدارية وما يتعلق بتلك المهام من صلاحيات وما يترتب عليها من مسؤوليات» - نظام الخدمة المدنية رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٣ وتعديلاته، منشور في العدد (٥٣٥٣) صفحة (٧٣٤٧) من الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٥/٨/١٦.

- للمزيد حول الوظيفة العامة أنظر،العتوم، منصور (١٩٨٤)، المسؤولية التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة، (ط١)، عمان: مطبعة الشروق ومكتبتها،ص٩-٣٧.

(٢)الطماوي، سليمان محمد (١٩٨١)، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، القاهرة : مطبعة جامعة عين شمس، ص٥٨٥.

(٣) عواضة، حسن محمد (١٩٩٧)، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، دراسة مقارنة، (ط١)، بيروت : المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص١٥١.

الأشخاص الذين ترغب الإدارة بالتعاقد معهم ، وفي حال لم يقم الموظف بأداء الواجبات الملقاة على عاتقه بموجب عقد الوظيفة العامة أعتبر مخلاً بأحكام عقد الوظيفة العامة، ويجب عليه رد ما تقاضاه من أجور جزاءاً لتخلفه عن العمل[1].

***

(١) عبد الهادي،بشار جميل (٢٠١٥)، العقد الإداري، الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، دراسة تحليلية وحلول مقترحة، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٣٤.

الفـــرع الثاني
معيار تمييز العقود الإدارية

تنبع أهمية العقود الإدارية من فكرة المرفـق العـام، وترتكـز هـذه الفكـرة علـى أحكـام قانونية وضعت خصيصاً لضمأن سير المرفق العام وإستمراره بتقديم الخدمات للمـواطنين، ونظراً لذلك فأن تمييز العقود الإدارية عن غيرها يعتبر أمراً بالغ الأهمية لا سيما في الحـالات التي لم يورد المشرع بها نص يحـدد طبيعـة العقـد والقـانون واجـب التطبيـق عليـه، ونظـراً للتشابه الكبير بين العقد الإداري والعقد المدني وارتباط كليهما بأركأن مشـتركة قـد تجعـل بعض الباحثين يعتقد أنه لا يوجد إختلاف بينهما رغم وجوده، فأن هذا الأمـر يتطلـب مـن الباحث بيان معيار التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني.

لقد اختلف فقهاء القانون في تمييز العقـد الإداري عـن العقـد المـدني، وظهـرت في ذلك عدة نظريات فقهية يقوم عليها هذا التمييز، فيرجع بعض الفقهاء إختلاف العقود الإدارية عن المدنية إلى إرتباط العقـد الإداري بمرفـق عـام (المعيـار الموضـوعي)، ورأى أخرون أن معيـار التميـيز هـو وجـود أحـد اشـخاص القـانون العـام في العقـد (المعيـار الشكلي)، كذلك ذهب البعض إلى أن إرتباط العقد الإداري بمرفق عام وإحتوائـه علـى شروط استثنائية نتيجة استخدام الإدارة لأساليب القانون العام هو المعيار المميز للعقـد الإداري عن العقـد المـدني (المعيـار المخـتلط)، ورآى جانـب اخـر أن معيـار التميـيز هـو استخدام الإدارة لأساليب القانون العام من خـلال الـنص علـى شـروط إسـتثنائية في العقد لا يمكن تصور وجودها في العقود المدنية[1].

(١) هند، حسن محمد (٢٠٠٧)، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، مصر، المحلة الكبرى : دار الكتب القانونية، ص٥٦. =

وقد ذهب جانب أخر من الفقه إلى أن معيار تمييز العقد الإداري عن العقد المدني هو إحتواء العقد على عناصر العقد الإداري الثلاث وهي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد وأن يكون العقد متصلاً بالمرفق العام أو بأحد أنشطته وأن تتخذ الإدارة وسائل القانون العام وإحتوائه على الشروط الإستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.[1]، ويرى جانب أخر من الفقه أن العقود الإدارية لا يمكن أن تكون خاضعة لأحكام القانون العام إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة[2].

ويرى الباحث أن الرأي الفقهي القائل بتمييز العقد الإداري من خلال المعيار (الموضوعي أوالشكلي أوالمختلط) لا يمييز العقد الإداري عن المدني بصورة واضحة، لأن إرتباط محل العقد بمرفق عام لا يعني دائماً أن العقد إداري، لأن المرفق العام قد يتخذ صفة أحد أفراد القانون الخاص بحيث ينزل لمرتبة قانونية تخضعه لأحكام القانون الخاص في بعض العقود التي يبرمها، ولا يجوز القياس على هذه المعايير لتحديد كون العقد إدارياً أم مدنياً، ومن الأمثلة على ذلك أن تقوم مؤسسة عامة بشراء أغذية للعاملين فيها والنص على أن المحاكم المدنية صاحبة الصلاحية في النظر بالنزاع الناشئ عن هذا العقد، فالعقد يتعلق بمرفق عام لكنه لا يعتبر عقداً إدارياً.

ويتفق الباحث مع الرأي القائل بأن معيار تمييز العقد الإداري عن العقد المدني هو توافر العناصر الثلاث الرئيسية في العقد وهي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد وأن يكون العقد متصلاً بمرفق عام أو بأحد أنشطته وأن تتخذ الإدارة وسائل القانون العام من خلال شروط استثنائية غير مألوفة، فأن أنتفى أحد هذه العناصر أصبح العقد مدنياً.

- الشخلي، عبد القادر(١٩٩٤)، القانون الإداري، عمان: دار بغدادي للنشر والتوزيع،ص٢١٣-٢١٤.

(١) للمزيد حول عناصر العقد الإداري أنظر ذات الدراسة، ص٧.

- أنظر كذلك، عبد الهادي، بشار،العقد الإداري،مرجع سابق، ص٢١.

(٢) يكن، زهدي (١٩٧٣)، التنظيم الإداري، نظرية المرافق والمؤسسات العامة، بيروت : دار الثقافة، ص٢٨٥.

كما يرى الباحث بأن الرأي القائل أن العقود الإدارية لا تكون إدارية إلا بنص القانون لا يصلح أن يكون معياراً لتمييز العقود الإدارية عن المدنية لأن النص التشريعي لا يمكن أن يكون معياراً تمييزياً للعقود الإدارية غير المسماة لأن القانون الإداري بالأساس من القوانين غير المقننة[1].

***

(١) للمزيد أنظر- كنعان، نواف، الوجيز في القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص٣٠١ وما يليها.

المبحث الثاني
مفهوم التحكيم في المنازعات التعاقدية

يعتبر التحكيم من اقدم الوسائل التي إتجهت إليها البشرية لحل المنازعات، حيث بقي التحيكم مرادفاً للأنظمة القضائية المعاصرة، وقد شهد نظام التحكيم تطورات كبيرة في وقتنا الحاضر أسهمت في التوجه إليه، وأتسع نطاقه ليشمل عدة أنواع من المنازعات ومنها منازعات العقود الإدارية، والتحكيم من الأنظمة الإختيارية، التي يلجأ لها الأطراف بمحض إرادتهم.

ويرجع التطور الكبير في التحكيم في وقتنا الحاضر للطفرة الإقتصادية والإجتماعية التي تشهدها مختلف الدول، فظهور الشركات والعقود العابرة للدول وأنتشارها على رقعة واسعة قد تضم أكثر من دولة، إضافة إلى إختلاف جنسيات المتعاقدين في بعض الآحيان وسلبيات التقاضي أمام القضاء الوطني أدى إلى إتجاههم إلى نظام التحكيم بإختيار قاضيهم بأنفسهم وجعله حكماً بينهم عند نشؤ المنازعات.

وقد ساهم في ازدهار التحكيم في المنازعات التعاقدية ما يتمتع به نظام التحكيم من ميزات تجعله أفضل من النظم القضائية التقليدية، فالمحاكم النظامية تتسم بالبطأ في الإجراءات نتيجة الكم الكبير في القضايا التي تنظرها وتعدد درجات التقاضي، وتراخي مدد التأجيل لفترات طويلة والنقص في الخبرة لدى الجهات القضائية التقليدية في بعض التعاملات التي تتطلب خبرات خاصة على نقيض التحكيم الذي يتميز ببساطة إجراءاته، وسرعة الفصل في قضاياه، والتخصصية، والسرية، وتجاوز بعض الإشكاليات التي تثار حول القضاء كالإختصاص وتنازع القوانين[1].

(١) عباس، وليد محمد (٢٠١٠)، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة=

ويرى الباحث أن نظام التحكيم من الأنظمة التي توفر الوقت والجهد في حال تطبيقها بشكل سليم من قبل الأطراف وخضوعهم لقرار المحكم، إلا أنه من الممكن أن يعتري نظام التحكيم بعض العيوب بسبب النظام القانوني السائد والذي يجعل من محكمة الإستئناف صاحبة الإختصاص في الطعون التي ترد على قرار المحكم مما يطيل من أمد النزاع[1].

كما أن التحكيم يقتضي تكاليف طائلة لأن بعض الهيئات التحكيمية تتقاضى أجوراً مرتفعة، وحتى يتمكن الباحث من بيان مفهوم التحكيم في المنازعات الإدارية قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، هما:

- المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في المنازعات التعاقدية
- المطلب الثاني:معيار تمييز التحكيم وطبيعته القانونية

***

=الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص١.

(١) نصت المادة(٢/أ) من قانون التحكيم على أن محكمة الإستئناف هي المحكمة المختصة بنظر الدعاوى الناشئة عن التحكيم. - رقم ٢٠٠١/٣١ منشور على الصفحة ٢٨٢١ في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٦.

المطلـــب الأول
التعريف بالتحكيم في المنازعات التعاقدية

يترتب على العقد عند إبرامه مسؤوليات متقابلة بحق طرفي العقد، ويعتبر العقد واجب النفاذ بحق الأطراف متى توافرت شروط صحته، وعند تخلف أحد الأطراف عن القيام بمسؤولياته تقوم المسؤولية العقدية بحقه، إلا أنه في بعض الأحيأن يكون الامتناع عن التنفيذ لخلاف ما بين الأطراف حول تفسير العقد او تنفيذه او ميعاد سريأنه، وهذا الخلاف يسمى منازعة تعاقدية عند إحالته للقضاء كون النزاع ناشئ عن علاقة عقدية[١].

وعند وقوع المنازعة بين طرفي العقد يلجأ الأطراف إلى البحث عن وسيلة لحل النزاع القائم بين الأطراف حول العقد، ومن الوسائل التي قد يلجأ لها الأطراف القضاء الرسمي أو التحكيم، فالتحكيم أحد الوسائل التي يلجأ لها الأطراف لحل المنازعات التعاقدية.

ونظراً للأهمية البالغة التي يتسم بها التحكيم فقد قامت النظم القانونية الحديثة والمشرع الوطني بوضع القوانين والأنظمة لبيان ماهية التحكيم وإجراءاته والغاية منه، ووضع الآليات الخاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن الهيئات التحكيمية، ومما يدلل على أهتمام المشرع الأردني بالتحكيم أنه قد أفرد له قانوناً خاصاً ، وسوف يعمل الباحث من خلال هذا المطلب على بيان تعريف التحكيم وتطوره وأنواعه ونشأته من خلال الفروع التالية:

(١) الفار، عبد القادر (٢٠١٦)، مرجع سابق، ص٢٨-٣٠

الفـــــرع الأول
تعريف التحكيم

يعرف التحكيم لغة على أنه «التفويض في الحكم»، ومن ذلك يقال فوضت إليه الحكم فاحتكم علي في ذلك[1]، ومن ذلك استحكم الأمر أي صار محكما في ماله تحكيماً، ويقصد في ذلك أنه جعل إليه الحكم، ويقال حكمت في الأمر أي فصلت به، وكذلك يقال حكمت عليه بكذا أي منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك[2].

وقد ورد لفظ التحكيم في القرأن الكريم حيث جاء في قوله تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ﴾ [الأنبياء: ٧٨] ، وهذه الأية تدل على أن التحكيم من الأنظمة القانونية بالغة القدم والتي عرفتها الشريعة الإسلامية كما عرفتها الشرائع القديمة، وعلى هذا النحو فقد عرفت القوانين الوضعية وفقهاء القانون الوضعي التحكيم.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في المادة (١٧٩٠) على أنه «عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة»[3]، كما جاء في نص المادة (٨) من قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ بأن عبارة التحكيم «تعني

(١) ابن منظور(١٩٩٠)، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، (ط١)، (ج١٢) ص٤٢.

(٢)الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، مرجع سابق، ص٩٨.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المكتبة الشاملة، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٢/١٦ الساعة ٦.٤٠م، رابط الموقع:

http://shamela.ws/browse.php/book-8502

الاتفاق الخطي المتضمن احالة الخلافات القائمة او المقبلة على التحكيم سواء اكأن اسم المحكم ام المحكمين مذكورا في الاتفاق او لم يكن»[١]، ولم يرد تعريف محدد للتحكيم في قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ وحسناً فعل المشرع في ذلك لأن مسألة التعريف ليست من شأن المشرع أنما من شأن الفقه[٢].

وقد عرف جانب من الفقه القانوني التحكيم على أنه «رغبة الطرفين في عدم عرض النزاع على القضاء المدني في الدولة، ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها هم بأنفسهم، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون تطبيقه فيم بينهم»[٣]، كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه مجمل الأعمال والإجراءات التي يقوم بها شخص او هيئة مختارة بهدف الفصل في نزاع بمقتضى اتفاق بين المعنيين[٤].

كما عرفه البعض على أنه «إتفاق بين طرفين او اكثر على اخراج نزاع او عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم او اكثر للفصل فيه بقضاء ملزم»[٥].

(١) قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ منشور على الجريدة الرسمية رقم ١١١٣١ بتاريخ ١٩٥٣/١/١٧ ملغي بموجب المادة ٥٥ من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

(٢) عرفت المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ «اتفاق التحكيم» على أنه «اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت او يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة،عقدية كانت أو غير عقدية».

(٣) المواجدة، مراد محمود (٢٠١٥) التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، (ط٢)،عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٢٢.

- أنظر كذلك، غلاب، صابر (٢٠١٢)، إدارة إجراءات التحكيم الجوانب القانونية والعملية في قضاء التحكيم، الدعوى التحكيمية، القاهرة : دار النهضة العربية، ص٥.

(٤)، محمد عبد الخالق(٢٠١٠)، قانون التحكيم كنظام قانوني قضائي اتفاقي من نوع خاص، (ط١)، الإسكندرية : منشأة المعارف، ص١٠.

(٥) الصانوري،مهند أحمد (٢٠٠٥)، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة، (ط١) عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٣٣.

ويرى الباحث أن هذا التعريف قد جانب الصواب في جعل الإتفاق بين الأطراف سبباً في تحديد الإختصاص القضائي لأن الإختصاص القضائي من النظام العام ولا يجوز مخالفته، وأن كأن الإتفاق بين الأطراف سبباً في أنتزاع الإختصاص فأن ذلك بقوة القانون وليس بقوة ارادة الأطراف.

كما عرفه البعض الآخر على أنه اتفاق على إحالة النزاع إلى شخص او مجموعة أشخاص ليقوموا بإصدار حكم فيه بمعزل عن المحكمة صاحبة الإختصاص قانوناً[١]، ويكون هذا الأتفاق من خلال صورتين إما شرطاً أو مشارطةً[٢]، وتم تعريف التحكيم كذلك على أنه «إحتكام المتخاصمين إلى شخص أو اكثر لفصل نزاعاتهم االقائمة او التي سوف تقوم بينهم»[٣]، كما عُرف أيضاً على أنه «حق يقرره القانون للأفراد يملكون بمقتضاه الإتفاق فيما بينهم على عرض ما ينشأ من منازعات على شخص أو أكثر يختارونه، تكون مهمته الفصل في ذلك النزاع بدلاً من عرض الأمر على القضاء المختص»[٤]، ويرى الباحث بأن التعريف الأخير هو الأقرب للصواب لإشتماله على عنصرين هامين هما إقرار القانون لمبدأ التحكيم ووضع التشريعات اللازمة لذلك، وبيان جواز الإتفاق على التحكيم من قبل الأفراد والهيئات.

(١) مشيمش، جعفر (٢٠٠٩)، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، (ط١)، بيروت : منشورات زين الحقوقية والادبية، ص٣٨.

- أنظر كذلك، التحيوي، محمود السيد (١٩٩٩)، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر، ص١٦.

(٢)عرف الفقه شرط التحكيم على أنه «الاتفاق الذي يدرج في عقد ما، يتعهد بمقتضاه طرفا العقد بأن، يحيلا إلى التحكيم في النزاع الذي قد ينشأ عن هذا العقد»، كما يمكن تعريف المشارطة على أنها «الاتفاق الذي يتم بعد قيام النزاع».

- الزعبي، محمد عبد الخالق ، مرجع سابق ، ص٥٥-٥٧.

(٣) المومني، احمد (١٩٨٣)، التحكيم في التشريع الأردني المقارن، (ج١)، (ط١)، عمان : مطبعة التوفيق، ص٥٦.

(٤) الحمادي، مال الله جعفر عبد الملك، مرجع سابق، ص٧٦٠.

أما في القضاء المقارن فقد عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم على أنه «عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما او بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددأنها، ليفصل المحكم في هذا النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المماالاة ومجردا من التحايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوأنبها التي أحالها الطرفأن إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمأنات التقاضي الرئيسية»[1].

ولا بد من الإشارة إلى أن جميع التعريفات السابقة للتحكيم قد أجمعت على كونه إتفاقاً يتم بموجبه اللجوء إليه بإرادة الأطراف وتراضيهم إلى أحد الأشخاص للقضاء فيما بينهم وفض النزاع عن طريقه، ويكون الإتفاق على التحكيم عند كتابة العقد أو عند وقوع النزاع، وعلى ذلك فأن التحكيم نظام قانوني يهدف للفصل في النزاعات.

ويطلق على التحكيم تسميات فرعية نظراً لطبيعة المنازعة فأن كأن النزاع تجاريا سمي «التحكيم التجاري» وأن كأن مدنيا سمي «التحكيم المدني» وأن كأن النزاع إداريا سمي «التحكيم الإداري» وهي مسميات تدل على القانون واجب التطبيق، وقياساً على ما سبق يرى الباحث بأنه يمكن تعريف التحكيم الإداري على أنه ذلك النوع من التحكيم الذي يتم في عقد يكون أحد اطرافه أو طرفيه شخص من أشخاص القانون العام حيث تتسم المنازعة بينهم بطابع إداري، وهو يتم في نطاق المسائل الإدارية، ويطبق عليها مبادئ القانون العام وهذا الأمر يميزه عن المنازعات الأخرى.

(١)حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ق.

- ورد في، عكاشة، خالد كمال (٢٠١٤)، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٤٢.

- يفق هذا الحكم مع ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاردنية في قرار لها والذي جاء في معبر حديثها عن التحكيم أنه «طريق استثنائي لفض المنازعات ويقتصر على ما أنصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم»، قرارتمييز رقم ١٩٩٤/١٧٧٤، منشورات مركز عدالة ٢٠١٦.

الفـــرع الثاني
أنواع التحكيم

يقسم التحكيم إلى عـدة أنـواع إسـتناداً إلى المنظـور الـذي يسـتخدمه الباحـث في رؤيته، فمن ناحية الجبر يمكن أن يقسم التحكـيم إلى نـوعين (إختيـاري، وإجبـاري)[١] فعلى الرغم من أن الأصل في التحكيم أنه اختياري إلا أن القانون قد يجبر الأطراف علـى اللجوء إلى التحكيم إبتداءاً في بعض الحالات وهذا الأمر يخالف احكام الدسـتور الأردني التي كفلت حق التقاضي للجميع[٢]. أما أنواع التحكيم من حيث أطـراف ومسـائل الـنزاع التي يتنوالها فيمكن أن تقسم إلى نوعين (داخلي، ودولي) ويقصد بالتحكيم الداخلي أنه في حال كأن موضوع وأطراف النزاع وسببه يقومون على علاقات وطنيـة داخليـة يعتـبر التحكيم داخلي، أما في حال تناوله لمسألة ذات طابع دولي أو إحتوائه على عنصر خـارج الدولة كأن دولياً[٣].

(١) للمزيد أنظر، أبو الوفا، أحمد (١٩٨٨)، التحكيم الإختياري والإجباري،(ط٥)، الإسكندرية: منشأة المعارف،ص٣٣١-٣٩٤.

(٢) الحمادي، مال الله جعفر، مرجع سابق، ص٧٨٥.

- لم يورد المشرع الأردني أي من النصوص التي تجبر الأطراف على اللجوء إلى التحكيم ابتداءاً، إلا أن بعض الفقه المقارن قد نص على ذلك لا سيما المشرع المصري في بعض القوانين، كقانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام المصري رقم ٣٢ سنة ١٩٦٦ الملغي في القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة والذي ألغي لاحقاً.
- والقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته (المواد ٥٦- ٦٦)، الملغي بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الاعمال العام الذي جعل التحكيم اختياريا وفق المادة (٤).

(٣) وبالعودة إلى قانون التحكيم الأردني نجده لم يضع قواعد تبين متى يكون التحكيم وطنياً أم دولياً، وبالعودة إلى المادة (٣) من قانون التحكيم نجده قد نص على إختصاص قانون التحكيم بأي تحكيم يجري داخل المملكة سواء من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص عقدية ام غير عقدية.

أما إذا نظرنا إلى التحكيم من ناحية الجهة القائمة عليه فيمكن أن يقسم إلى نوعين (الحر، والمؤسسي) ويقصد بالتحكيم الحر إختيار المحكمين بأنفسهم وتحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم النزاع، ويقصد بالمؤسسي ذلك النوع الذي تتولاه هيئات او مؤسسات او مراكز وطنية او دولية دائمة مختصة بالتحكيم كغرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) او مركز القاهرة الإقليمي، إستناداً إلى قواعد محددة بحيث تقوم هذه المؤسسات بإختيار المحكمين وتحديد قواعد وإجراءات التحكيم[1].

***

(١) الخضير، خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن (٢٠١١)، التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة، (ط١)، الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، ص١١٧.

الفـــرع الثالث
نشأة وتطور التحكيم

عرفت البشرية التحكيم منذ قديم الآزل، فالتحكيم أقـدم في وجـوده مـن القضـاء المعروف في وقتنا الحاضر، فقد كأن هذا النظام معروفاً لدى قدماء الرومأن، حيـث كـأن التحكيم هناك إجبارياً إذا تعلق النزاع بمـدى الحـق لا بأصـله ووجـوده، واختياريـاً إذا رغب الأطراف بذلك، كما أن قـدماء المصـريين والإغريـق عرفـوا التحكـيم كأحـد اهـم الأنظمة في الفصل في النزاعات والخصومات، فكأن من حق أي شخص ممـن يسـكنون في الأقاليم أن يلجأ الى من يثق به ليكون حكما فيما ينشأ لديهم من نزاعات[1].

كما أن التحكيم كأن معروفاً قبل الإسلام عند قـدماء العـرب فقـد كانـت العـرب مجموعة من القبائل التي يحكمها شيوخ القبائل وفي حال وقوع أي خـلاف أو نـزاع بـين هذه القبائل او حتى بين افراد هذه القبائل لجؤوا لتحكيم شيوخ قبيلة أخرى من غـيرهم ممن يثقون بحكمهم، ولعل من ابرز الأمثلة على وقائع التحكيم لـدى العـرب مـا حـدث من تحكيم زعماء قريش لرسول الله صلى الله عليه وسلم حول رفع الحجر الأسـود[2]، كما أن التحكيم من الأنظمة المعروفة في الإسلام حيث جاء في القرأن الكريم حول ذلـك قولـــه تعـــالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء: ٣٥].

(١)عكاشة، خالد كمال، مرجع سابق، ص٣٣.

(٢) احمد، محمد طه سيد(٢٠١٥)، ضمانات تنفيذ احكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية،الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص٢٠

أما في القرن التاسع عشر والذي شهد الولادة الحقيقية لنظام التحكيم بشكله الحديث، وكانت ثمرته ظهور نظام المحاكم المختلطة والتي تقوم بنظر النزاعات التي تنشأ بين الدول، ومن بعد ذلك ظهرت اتفاقيات التحكيم الدولية والتي كانت المرجع الأساسي لتشريعات التحكيم الداخلية، وفي وقتنا الحاضر إزدهر التحكيم بشكل واضح، نتيجة ظهور الشركات المتعددة الجنسيات والوكالات المتخصصة في التجارة الدولية وتنامي رؤوس الأموال العابرة للقارات، فكأن من الواجب إسناد النزاع لغير القاضي المعين من الحاكم، لذلك كأن البديل الأفضل إسناده لمحكمين متحررين من قيود الدولة والتبعية لها[1]، وقد تكللت الجهود الدولية في هذا المضمار بالنجاح من خلال وضع قواعد التحكيم الدولي أو ما يطلق عليه الأونسيترال (UNCITRAL) والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٧٦/١٢/١٥[2].

أما فيما يتعلق بما شهده نظام التحكيم في الاردن من تطور فقد مر ذلك بمراحل عديدة، حيث عرف النظام القانوني الأردني التحكيم منذ صدور مجلة الأحكام العدلية عام (١٩٠٧) بدايات القرن العشرين، التي أوجبت أحكامها أن يصادق على حكم المحكم من قبل القاضي المعين من قبل السلطأن أوالحاكم حتى ينفذ بحق الأطراف فأن إحتوى على ما يخالف القانون أو النظام العام رفض هذا الحكم ولم يصادق عليه ولا يعتد به بحق الأطراف[3].

وقد كانت الأردن من الدول السباقة في وضع تشريعات التحكيم في المنطقة من خلال إفرادها لتشريع خاص بالتحكيم هو القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ وكأن هذا

(١) هند، محمد حسن، مرجع سابق، ص٤.

(٢) المواجدة، مراد محمود، مرجع سابق، ص١٤.

(٣) نصت المادة (١٨٤٩) من مجلة الأحكام العدلية جاء بها «إذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه أن كان موافقا للأصول وإلا نقضه».

القانون بمثابة أول قانون مستقل للتحكيم في الأردن، وقد اوجب تصديق حكم المحكم من قبل المحكمة ويمثل هذا امتداداً لمجلة الأحكام العدلية وما شرعته سابقاً من وجوب تصديق قاضي السلطأن على ما يخلص إليه المحكم او هيئة المحكمين، وهذا الأمر يفرغ التحكيم من مضمونه[1]، كما يؤخذ على هذا القانون عدم تميزه بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء، كما أنه لم يتعرض لمسألة الدفع بوجود شرط التحكيم.

وبقي هذا القانون سارياً في المملكة الأردنية حتى حل محله القانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، والذي لا يزال ساري المفعول حتى وقتنا الحاضر، ويعتبر هذا القانون ذروة التطور الذي وصلت إليه التشريعات الأردنية الخاصة بالتحكيم وقد أستمد أحكامها من قواعد الأونسيترال النموذجي (UNCITRAL)، التي تعد بحق الشريعة العامة للقواعد القانونية الدولية التي اهتدت إليها الدول في التحكيم[2].

***

(١) جاء في المادة (١٧) من قانون التحكيم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ النص على أنه «بعد تصديق المحكمة على قرار المحكمين ينفذ بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم او قرار».

(٢) للمزيد أنظر، قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام (٢٠١٠)، صادرة بموجب قرار الجمعية العامة رقم ٦٥/٢٢.

المطلـــب الثاني
معيار تمييز التحكيم وطبيعته القانونية

في واقع الأمر أن التحكيم نظام قانوني ذو طبيعة خاصة يتميز عن غيره من الأنظمة القانونية التي يسلكها المتخاصمون لحل منازعاتهم، ورغم أن التحكيم يتشابه مع بعض الأنظمة القانونية في بعض الجوانب إلا أنه يختلف عنها في جوانب أخرى سواء إجرائية أوموضوعية، وسيقوم الباحث من خلال هذا المطلب بتمييز التحكيم عما قد يشابهه من أنظمة وتحديد طبيعته القانونية من خلال الفرعين التاليين:

***

الفـــرع الأول
تمييز التحكيم عن غيره
من الأنظمة المشابهة

أن التحكيم كنظام قانوني يخضع لأحكام القانون، وأساس معرفة أي اتفـاق عقـدي هو تكييفه القانوني، فأن كأن هذا العقد يحتوي على شرط التحكيم صراحة كـأن ذلـك بمثابة إتفاق صريح على التحكيم، ويمكن أن يتضح هذا الشرط من خـلال السـياق أو من خلال تكييف قاض له، ولا يؤثر المسمى علـى التكييـف القـانوني الـذي يطلـق علـى العقد أو غيره، ونظراً إلى أقـتراب نظـام التحكـيم مـن حيـث المنظـور القـانوني لـبعض الأنظمة القانونية كالصلح والقضاء والتوفيق والخبرة كأن لا بـد مـن تميـيزه عـن غـيره وبيان أوجه الإختلاف بينهما،

وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: التحكيم والصلح

يقصد بالصلح عقد يحسم بموجبـه الخـلاف بـين أطـراف نـزاع قـائم او محتمـل، ويقوم هذا التصالح على تنازل طرفي العقـد عـن جـزء مـن حقوقهمـا بشـكل متقابـل، ويختلف ذلك عن التحكيم الذي يفوض بموجبه الأطراف المحكم فـض الـنزاع بمـا يـراه عادلاً دون أن يملك حق التنـازل عـن أي مـن حقـوق الأطـراف، ويختلـف الصـلح عـن التحكيم ايضاً بأن ارادة الأطراف تتجه لحل النزاع بأنفسهما دون أن يحكم بينهما طـرف ثالث، كما أن الصلح يعتبر عقداً أصلياً وهو من العقود الكاشفة الـتي لا تنشـأ التزامـات جديدة بل توضح وتحدد الإلتزامات الموجودة على اطـراف العقـد، فعقـد الصـلح يجـوز الطعن به إذا اعتراه عيب من العيوب التي تمس العقد، بخلاف التحكـيم الـذي لا يجـوز

الطعن به إلا بالطرق المحددة قانوناً[١].

ويقوم الصلح على عناصر ثلاث هي[٢] وجود نزاع قائم أو محتمل الوقوع ووجود نية لحسم الخلاف لدى المتنازعين، وأن يقوم اطراف النزاع بالتنازل عن بعض حقوقهم المتقابلة، ويكمن الشبه بين التحكيم والصلح في وجود إتفاق بين الأطراف بعيداً عن قضاء الدولة الرسمي، ولا يجوز في التحكيم والصلح عرض النزاع مجدداً على القضاء الرسمي، وكلاهما يصلح للدفع بأن الأمر قد أكتسب حجية الحكم المحكوم به[٣].

ثانياً: التحكيم والقضاء

يعتبر القضاء من مرافق الدولة الحيوية ويشكل القضاء في الدولة الحديثة السلطة الثالثة، ويقوم على مرفق القضاء مجموعة من القضاة موظفين عامين لا يتقاضون أجورهم من الخصوم، ولا يملك الخصوم بحال من الأحوال إختيار قاضيهم بأنفسهم، لكنه يفرض عليهم بموجب التعليمات والأنظمة الداخلية للجهاز القضائي، بخلاف التحكيم الذي يمكن الأطراف من اختيار قاضيهم بأنفسهم، والتحكيم ينطوي على نظام قضائي مؤقت ينشأ في مواجهة حالة معينة وينتهي بأنتهاء هذه الحالة[٤].

كما أن اللجوء إلى القضاء الرسمي حق من حقوق المواطنة في الدولة ولا يحتاج الشخص فيه لإذن من الأخر حتى يقوم به، أما التحكيم فأنه اتفاق بين الشخصين وفي حال عدم وجود إتفاق على اللجوء إلى التحكيم بين الطرفين فأن التحكيم لا ينعقد ولا

(١) العصار، يسري (٢٠١٠) التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٤٢.

- أنظر كذلك، أبو الوفا، أحمد (١٩٦٤)، التحكيم بالقضاء وبالصلح،(ط١)، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص٢٠.

(٢) الشوشاري، عبد الحميد (١٩٩٦)، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص٤٦٥.

(٣) الشريف، عزيزه (١٩٩٢-١٩٩٣)، التحكيم الإداري في القانون المصري، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٨.

(٤) غلاب، صابر، مرجع سابق، ص٦-٧.

يكون حجة بحقهما، كما أن القضاء الرسمي يعمل وفق قوأنين وأنظمة وقواعد قانونية تفرضها الدولة وإجراءات يجب أن يتقيد بها القاضي لحل النزاع، أما المحكم فيمكنه أن يستخدم أي من القواعد والأنظمة القانونية التي يفرضها عليه أطراف النزاع[١].

ويرى الباحث أن المقارنة بين القضاء الرسمي والتحكيم غير ممكنة بوجه من الوجوه لأن القضاء الرسمي يمثل جهازاً متكاملاً ومستقراً، كما يمكن لأي شخص اللجوء إليه في أي وقت من الأوقات[٢]، كما تمتلك الأحكام القضائية القوة التنفيذية بمجرد صدورها ولا تحتاج لتصديق من أي جهة كانت سوى الجهة التي اصدرتها، بخلاف التحيكم الذي لا يمتلك القوة التنفيذية الا بعد تصديقه ويكون ذلك من خلال الجهاز التنفيذي لدى القضاء الرسمي.

ثالثاً: التحكيم والتوفيق

يعتبر التوفيق صورة من صور الصلح التي يلجأ إليها المتنازعون بحيث يقوم اطراف العلاقة التحكيمية بإختيار طرف ثالث لكي يقوم بتقريب وجهات النظر فيما بينهم حتى يصلوا الى اتفاق ينهي النزاع، ويختلف التوفيق عن التحكيم بأن الموفق يقوم بمهامه بشكل ودي ولا يملك سلطة إلزام أي من الأطراف كالمحكم، والاتفاق الذي يصل إليه يمثل عقداً يحق للأطراف التوقيع عليه او رفضه دون إيقاع أي جزاء عليهم، وينتشر التوفيق في التعاملات القائمة على اتفاقيات التجارة الدولية كوسيلة أولية لحل المنازعات الناشئة عنها[٣].

(١) الشيخ، عصمت عبد الله (٢٠٠٨)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٣.

(٢) نصت المادة (١/١٠١) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية «المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها».

(٣) الميعان، خالد عبد الكريم محمود (٢٠٠٨)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير: عمان: جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ص١٠.

ويجوز أن تتم الإحالة لموفق او اكثر، كما يجوز أن يكون عدد الموفقين زوجياً بخلاف التحكيم الذي يفترض أن يكون العدد وترياً، وقد درجت التشريعات العربية على إشتراط هذا الشرط في نصوص قوأنين التحكيم، كما أنه يجوز في التوفيق اجتماع الموفق مع احد الأطراف بمعزل عن الأخر، إلا أن ذلك لا يجوز بأدبيات التحكيم فأنه يدل على عدم حيادية المحكم[1].

***

(١) حداد، حمزة أحمد (٢٠١٤)، التحكيم في القوانين العربية، (ط٣)، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٥٩.

- نصت المادة (١٤) من قانون التحكيم الاردني: (أ- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد او اكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاث . ب- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلاً).

الفـــرع الثاني
الطبيعة القانونية للتحكيم

أجـاز المشـرع اللجـوء الى التحكـيم للتسـهيل علـى المتخاصـمين ولتمكيـنهم مـن الإستفادة من الميزات المتوفرة في هذا النظـام، لكـن حكـم المحكـم لا يعـدو قّـدره إلا اذا اقترن بآلية قوية للتنفيذ، تحوله من مجرد إرادة للطرفين الى نظام قوي ملزم، فـأن تعـثر التنفيذ لأي سبب من الأسباب عاد الإختصاص لسلطة المحكمة، وتنبـع قـوة أي نظـام قانوني سنداً إلى الطبيعة القانونية لهذا النظام، وما منحـه المشـرع لهـذه الطبيعـة مـن خصائص وميزات، من هنا تكمن أهمية دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم.

وقد إختلف الفقهـاء في تحديـد الطبيعـة القانونيـة للتحكـيم، فمـنهم مـن رأى أن التحكيم ذو طبيعة «عقدية» وأخرون رأوا أن التحكيم ذو طبيعة «قضائية»، كمـا رآى جانـب مـن الفقـه أن التحكـيم ذو طبيعـة «مختلطـة أو مزدوجـة» ورآى اخـرون أن للتحكيم طبيعة «مستقلة» تتميز عن اي نظام قضـائي اخـر، ونظـراً للأهميـة البالغـة لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم والتي قد تكـون معيـاراً في تحديـد ماهيـة التحكـيم وسنده القـانوني، فسـوف يقـوم الباحـث بدراسـة الطبيعـة القانونيـة للتحكـيم وفـق النظريات الفقهية سالفة الذكر من خلال النقاط التالية:

أولاً: الطبيعة العقدية

يرى أنصار هذا الإتجاه من الفقه أن التحكيم ذو طبيعة عقديـة، فـالمحكمون ليسـو بالأصل ممـن يمتلـك الولايـة القضـائية، إلا أن إرادة الأطـراف الحـرة قـد اتجهـت إلى تمكينهم من الفصل في المنازعة، كما أن ارادتهم الحرة قد اتجهت إلى الإلتزام بما سـيؤول إليه المحكمون في منازعتهم، كما أن الوظيفة القضـائية تنتفـي في عمـل المحكـم، كونهـا

تستمد آثارها وما يترتب عليها من إرادة الخصوم لا مما منح القانون من سلطة للمحكم[١].

كما تتضح الطبيعة التعاقدية للتحكيم برأي أنصار هذا المذهب من خلال ما يرمي إليه الاطراف من رغبة بحل النزاع القائم بطريقة ودية، لأنه لو كأن لهم رغبة بحل النزاع لقاموا باللجوء إلى القضاء الرسمي، كما أن الغاية من التحكيم برأي فقهاء هذا الرأي تحقيق المصلحة الخاصة للأطراف بخلاف القضاء الرسمي الذي يهدف لتحقيق المصلحة العامة، ومما يستند إليه اصحاب هذا المذهب أن المحكم في حال امتنع عن الفصل في النزاع لا يمكن اتهامه بجريمة أنكار العدالة ولا تطبق عليه قواعد اختصام القضاة وعلى ذلك فأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية[٢]، ومما يؤيد الطبيعة التعاقدية للتحكيم ما جاء من أحكام المحاكم حول هذه الصفة التعاقدية[٣].

ويؤخذ على هذا النظام أنه قد بالغ في إعمال عامل الإرادة للأطراف وإهماله لإرادة المشرع التي لولاها ما برز نظام التحكيم، فهذا الإتجاه ينكر إرادة المشرع، كذلك فقد اهتم أنصار هذا الرأي بالمعيار الشكلي للعملية التحكيمية وأهملوا المعيار الموضوعي أو ما يقوم به المحكم من أعمال لا يمكن أن يقوم بها الا من لديه سلطة ومكنة قانونية، كما أن المحكم يعمل على حماية الحقوق وتحديد المراكز القانونية[٤].

ويرى الباحث أن التحكيم لا يمكن أن يكون ذو طبيعة تعاقدية وأن كأن ظاهره

(١)الطراونة، مصلح احمد (٢٠١٠)، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، (ط١)،عمان: دار وائل للنشر،ص٤٧ وما يليها.

(٢) العطار، يسري محمد، مرجع سابق، ص٢٧.

(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٥٤/١٣٢ تمييز حقوق، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(٤) التحيوي، محمود السيد عمر (٢٠٠٣)، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص ١٩٩.

كذلك عند اتفاق الطرفين على اللجوء للتحكيم، لأن النزاع ينشأ أساساً عن علاقة تعاقدية، فكيف يكون فض النزاع بذات الوسيلة التي حدث فيها النزاع، والتي تمتلك ذات القوة القانونية، ولو افترضنا جدلاً أنه من الممكن أن ينشأ عقد جديد (التحكيم) لحل المنازعة، ماذا سيحدث لو وقعت منازعة فيه، وعلى ذلك فأن الباحث يرى أن التحكيم لا يمكن أن يكون ذو طبيعة تعاقدية إلا من حيث الشكل فقط.

ثانياً: الطبيعة القضائية

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الطبيعة القانونية للتحكيم هي طبيعة قضائية، ويستندون في ذلك إلى أن عمل المحكم يماثل عمل القاضي، كما أن حكم المحكم يماثل حكم القاضي ويحتوي على العناصر القضائية الثلاث (الادعاء، المنازعة، العضو الذي يملك صلاحية حسم النزاع)، وتتوافر هذه العناصر في التحكيم مما يدلل على أنه عمل قضائي، كما أن حكم المحكم عند صدوره يحوز حجية القضية المقضية، فيرى أنصار هذا المذهب أن التحكيم في حقيقته قضاء من نوع خاص، لذلك فأنه يتسم ببعض الخصوصية التي تميزه عن غيره[1].

وعلى ذلك فأن أنصار هذا الإتجاه قد ارتكزوا في تحديد طبيعة التحكيم إلى المعيار الموضوعي، أي أنهم قاموا بتغليب المهام التي يقوم بها المحكم دون النظر للأمور الشكلية التي ترافق ذلك، وبناءا على ذلك فأنه يجب توفر الإستقلال والحيدة لدى المحكم أسوة بالقاضي وعند تعيين المحكم يجب أن تطبق ذات الشروط التي يتطلبها التعيين في القضاء، كما أن مؤيدي هذا الرأي لا يقومون بتعميم فكرة الطبيعة القضائية على جميع اركأن العلاقة التحكيمية بل يقتصرونها على عمل المحكم والعملية التحكيمية، أما

(١) حسين، محمد احمد شحاتة (٢٠١٠)،التحكيم في الفقه والقانون المقارن، القاهرة: دار المكتب الجامعي الحديث، ص١٤١.

فيما يتعلق بالإتفاق الذي تم بين الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم فأنه ذو طبيعة عقدية[١].

ويرى الباحث أن المحكم لا يتمتع بما للقاضي من إمتيازات كالحصأنة والاستقرار، وأن القاضي يهدف لحل النزاع إستناداً إلى القانون، أما المحكم فأنه يحل النزاع بالقانون أو بغير ذلك، كما أن المحكم يستند لأحكام قضائية في التشريعات الوضعية تختلف عن التشريعات التي تحكم عمل القاضي، يضاف إلى ما سبق أن القانون يلزم القاضي بأداء اليمين وهذا لا ينطبق على المحكم، كذلك لا يتمتع المحكم بسلطة الأمر والجبر التي يتمتع بها القاضي.

ثالثاً: الطبيعة المختلطة أو المزدوجة

ذهب هذا الإتجاه من الفقه لإعتبار التحكيم ذو طبيعة مزدوجة قائمة على الربط بين الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل يتسم التحكيم بخصائص العقد أما من حيث الموضوع فأنه يتسم بخصائص قضائية، وقد حاول أنصار هذا الإتجاه التوفيق بين فكرتي العقد والقضاء، وتكمن الطبيعة العقدية بمنظورهم في الإتفاق الذي ينشأ بين الأفراد على اللجوء للتحكيم، أما الطبيعة القضائية فتكمن بالإجراءات التي يتخذها المحكم والتي تنتهي بالفصل في موضوع النزاع[٢].

ويرى الباحث أن هذا الإتجاه الفقهي مع الإحترام لم يأت بجديد علاوة عن ابتعاده عن جوهر الطبيعة القانونية للتحكيم وأنشغاله بالمسائل الثأنوية، إذ أنها لم تضف جديداً بإستنادها إلى النظريات السابقة (التعاقدية، القضائية)، وأن هذه النظرية تقسم التحكيم إلى قسيمن في حين أنه أمر واحد - فطبيعة الشيء جزء من كل شيء-

(١) أبو الوفا، أحمد، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص١٨.

(٢)، الطراونة، مصلح أحمد، مرجع سابق، ص٥٦.

فلا يمكن أن يكون عقداً في جزء منه وأن يكون عملاً قضائيا في جزء أخر، كما يؤخذ على هذه النظرية اعتبارها العقد من الطبيعة القانونية للتحكيم رغم أن العقد ليس عنصراً اصيلاً في التحكيم لوجود بعض أنواع التحكيم الجبرية والتي لا تنشأ بموجب العقود.

رابعاً: الطبيعة المستقلة

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة خاصة مستقلة عن غيره، ولا يمكن أن يتم ربطه بأي وسيلة من الوسائل التقليدية للقانون كالعقد والحكم القضائي الصادر عن الدولة، ولا يمكن أن يدمج ضمن اي منظومة قانونية بل أنه يتمتع بخصائص ذاتية تميزه عن غيره، رغم تقاطع أهدافه مع اهداف أنظمة قانونية أخرى[1].

ويرد اصحاب هذا الاتجاه على من يقول أن التحكيم «عقد»، بأن التحكيم الإجباري ينفي ذلك ويدحضه، أما من ناحية أن التحكيم نظام قضائي فأن الأطراف هم من يختارون المحكمين ويدفعون لهم الاتعاب وهم من يحدد مكان وزمأن واجراءات التحكيم وهذا ينفي الصفة القضائية، كما أن التحكيم من الناحية التاريخية أقدم من القضاء فكيف يكون التحكيم ذو طبيعة قضائية.

ويرى الباحث أن هذا الرأي هو الاقرب للصواب؛ فالتحكيم في حقيقته يمثل نظاماً مستقلاً بذاته وله خصائص مختلفة عن القضاء الرسمي، وهو نظام يحتوي على طبيعة خاصة به تجعل منه نظاماً متكاملاً لفصل المنازعات بشكل موازٍ للقضاء الرسمي.

***

(١) القواسمة، غاندي محمد (٢٠٠٣)، العلاقة بين المحكمين والمحتكمين طبيعتها وأثارها، داسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة: جامعة القاهرة، ص٤٩.

المبحث الثالث
ضوابط التحكيم
في منازعات العقود الإدارية

تهدف الدولة من خلال ما تقوم به من أعمال تسيير المرافق العامة بصورة مضطرده ومنتظمه، والعقود الإدارية هي وسيلة قانونية تستخدمها الإدارة لتحقيق ذلك، وما ستتمحور عليه هذه الدراسة النشاط الإداري الذي تستخدم الدولة فيه العقود كوسيلة لتحقيق أهدافها.

وبطبيعة الحال فقد تحدث منازعات حول بنود العقد أو تفسيره أو تنفيذه، يستطيع على أثرها صاحب المصلحة اللجوء إلى الجهة القضائية صاحبة الاختصاص للبت في مثل هذه المنازعات إلا أن بعض الأطراف يخشون من اللجوء إلى القضاء لا سيما وأن التعاقد يتم مع الإدارة وهي سلطة موازية للقضاء علاوة عما يعتري القضاء الرسمي من عيوب، لهذا السبب فقد يلجأ هؤولاء إلى تحديد شرط او مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في حال وقوع منازعة بين الإدارة وبين أطراف العقد.

وتختلفت التشريعات في مواقفها من التحكيم فيما يتعلق بالعقود الإدارية فبعضها أجاز إضافة مثل هذه الشروط والبعض الآخر رفضها أو أجازها بشروط، كما أنها ميزت بين التحكيم الداخلي والدولي فمنها من رفض التحكيم في العقود الإدارية بشكل مطلق[1] نظراً لأن هذه العقود مرتبطة بفكرة سيادة الدولة ومنها من أجاز ذلك بشكل

(١) ومن الدول التي حظرت اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية المملكة العربية السعودية لكنها أجازت ذلك في حال موافقة رئيس الوزراء، وعلى الرغم من الموافقة من قبل رئيس الوزراء إلا أن الأصل هو حظر=

مطلق[1]، ومن الدول من أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ولم يجزه في العقود الإدارية الداخلية[2].

ونظراً لما يتضمنه اتفاق التحكيم بين الإدارة وأطراف العقد الإداري من آثار بالغة

=التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، وقد نصت على ذلك المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي حيث جاء فيه «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم».

- نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ ولائحته التنفيذية الموافق عليها بخطاب رئيس الوزراء رقم ٢٠٢١/٧/م بتاريخ ١٤٠٥/٩/٨هـ.
- ومن الدول التي حظرت ذلك ايضاً التشريع التونسي وبلجيكا والمغرب والجزائر ولبنان فقد منع اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية وهذا الأصل فيحظر اللجوء للتحكم في العقود الإدارية، إلا أن هذا المنع ليس مطلقاً فقد يرد عليه بعض الإستثناءات إلا أن الأصل هو المنع والحظر.
- الخضير، خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص١٥٦.

(١) من الدول التي تجيز التحكيم في كافة العقود الإدارية مصر، وقد ورد ذلك في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتي اضيفت بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ في فقرته الثانية والتي جاء فيها «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك».

(٢)حظر المشرع الفرنسي اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية فقد نصت المادة (٢٠٦٠) من تقنين المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بقانون ٦٢٦ بتاريخ ٥ يوليو ١٩٧٢ والمعدل بالقانون الصادر ١٩٧٥/٧/٩ فأن التحكيم في المنازعات المتعلقة بالوحدات والمؤسسات العامة والذي يتضمن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة «هو الحظر، وهذا يسري ويشمل على كافة المنازعات التي تكون الاشخاص العامة طرفا فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة».

وقد قرر القضاء الفرنسي عدم سريان هذا الحظر على العقود الإدارية الدولية حيث جاء في حكم لمحكمة باريس بتاريخ ١٠ ابريل عام ١٩٥٧ أن الحظر يكون مقتصراً على العقود الإدارية الداخلية فحسب، كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أشارة إلى أن العقود الإدارية الدولية لا تخضع لذات القواعد التي تسري على العقود الإدارية الداخلية.

- رفاعي، أشرف عبد العليم (٢٠٠٣)، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية وقضائية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص٢٨٩ - ٢٩١.

الدقة، فقد حاولت النظم التشريعية المختلفة وضع قواعد تحدد نطاق هذا التحكيم وإجراءاته، فكما ذكرنا سابقاً فأن التشريعات المقارنة قد إختلفت في مدى جواز وجود شرط التحكيم في العقود الإدارية، علاوة عن تحديد بعضها لإجراءات خاصة في المسائل المتعلقة بالتعاقد مع الإدارة والإجراءات المتخذة عند وقوع نزاع بين الإدارة واشخاص القانون الخاص لا سيما في العقود الإدارية، وحتى يتمكن الباحث من بيان ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية قسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، كالتالي:

- المطلب الأول: نطاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية.
- المطلب الثاني: قيود التحكيم في العقود الإدارية

***

المطلـــب الأول
نطاق التحكيم
في منازعات العقود الإدارية

لقد تحدثنا سابقاً حول أهمية التحكيم في العقود الإداريـة والفائـدة المرجـوة منهـا وموقف الفقه القانوني من العقود الإدارية ومعيار تمييزها عن غيرها من العقود، ونظـراً لأن العقـود الإداريـة تخضـع لأحكـام القـانون العـام فأنـه يـرد فيهـا بعـض الشـروط الإستثنائية التي تقيد اللجوء للتحكـيم وتحـدد الأصـول العامـة الـتي يجـب اتباعهـا في المحاكمة التحكيمية، ولبيان القيود والضوابط التي تحـدد نطـاق التحكـيم في منازعـات العقود الإدارية، سوف يقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفـــــرع الاول
منازعات العقود الإدارية

المنازعة بشكل عام هي تصارع لمصالح متضاربة، وتعرف المنازعة الإدارية وفق الإجتهاد القضائي المقارن على أنها «إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة»[١]، فالمنازعة الإدارية تمثل الوسيلة التي شرعها القانون للأشخاص الطبيعية والمعنوية لحماية حقوقهم مقابل الإدارة عن طريق القضاء[٢]، وتعرف المنازعة الإدارية كذلك على أنها أي منازعة تثور فيما يتعلق بتسيير مرفق عام ويطبق في شأن هذه المنازعة أحكام القانون العام[٣]، ولم ينص المشرع الأردني على إختصاص المحكمة الإدارية في منازعات العقود الإدارية[٤].

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٥/١١/١٤، في الطعن رقم (٢٠٩٤) السنة ٣٠ق.
- ورد في، فهمي، مصطفى أبو زيد (٢٠٠٥)، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص٩١

(٢) بسيوني، حسن السيد (١٩٨١)، دور القضاء في المنازعة الإدارية، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص١١٢.

(٣) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (٢٠١٠)، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ص١١.

(٤) نصت المادة (٥) من قانون القضاء الإداري على اختصاصات المحكمة الإدارية حيث جاء فيها :
أ- تختص المحكمة الادارية، دون غيرها، في النظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك:
١- الطعون في نتائج أنتخابات مجالس هيئات غرف الصناعة والتجارة والنقابات والجمعيات والنوادي المسجلة في المملكة وفي الطعون الأنتخابية التي تجري وفق القوانين والأنظمة المعمول بها ما لم يرد نص في قانون اخر على إعطاء هذا الاختصاص لمحكمة أخرى.
٢- الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة او بالترفيع او بالنقل أو بالأنتداب أو بالإعارة أو بالتكليف أو بالتثبيت في الخدمة أو بالتصنيف. =

وتقسم المنازعات القضائية العقدية إلى نوعين (المنازعات القضائية الشاملة، والمنازعات المتعلقة بتفسير العقد)، ويقصد بالمنازعات القضائية الشاملة المنازعة التي يثيرها الأطراف المتنازعين حول العقد برمته (كالدعاوى التي تتعلق بالبطلان والفسخ وعدم الصحة أو عدم التوقيع)، وبناءاً على هذه المنازعة يستطيع الخصم أن يقدم ادعاءات تتعلق ببطلان العقد جملةً وتفصيلاً، والمنازعات المتعلقة بتفسير العقد وهي المنازعات التي تتناول المعنى المرجو من الشروط الواردة في العقد وما يحمله العقد من

=٣-طعون الموظفين العموميين المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأنهاء خدماتهم أو إيقافهم عن العمل.

٤-طعون الموظفين العموميين المتعلقة بأنهاء الإلغاء القرارات النهائة الصادرة بحقهم من السلطات التأديبية.

٥- الطعون الخاصة بالرواتب والعلاوات والمكافئات والزيادات السنوية والحقوق التقاعدية المستحقة للموظفين العموميين أو للمتقاعدين منهم أو لورثتهم بموجب التشريعات النافذة.

٦- الطعون التي يقدمها اي متضرر لطلب الغاء أي نظام او تعليمات او قرار والمستندة إلى مخالفة النظام للقانون الصادر بمقتضاه أو مخالفة التعليمات للقانون أو للنظام الصادر بمقتضاه أو مخالفة القرار للقانون أو النظام أو التعليمات التي صدر بالاستناد إليها.

٧- الطعون التي يقدمها أي متضرر المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية ولو كانت محصنة بالقانون الصادرة بمقتضاه.

٨-الطعون في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات إدارية ذات إختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل.

٩- الطعون التي تعتبر من إختصاص المحكمة الإدارية بموجب أي قانون أخر».

ب- تختص المحكمة الإدارية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار اللاحقة نتيجة القرارات والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة إذا رفعت إليها تبعاً لدعوى الإلغاء.

ج- تخضع الطعون المتعلقة بالضرائب والرسوم إلى طرق الطعن المبينة في القوانين الخاصة.

د- لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في طلبات أو الطعون المتعلقة في أعمال السيادة.

هـ - لا تقبل دعوى المقدمة ممن ليس له مصلحة شخصية.

- قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤ المنشور على الجريدة الرسمية صفحة ٤٨٦٦ من عدد الجريدة رقم ٥٢٩٧ بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧ ، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦ .

معنى حقيقي توافقت عليه إرادة المتعاقدين[1].

ويثير مفهوم المنازعة الإدارية الكثير من الجدل لدى الباحثين، لأن الإدارة قد تكون طرفاً في منازعةٍ ما، إلا أنها لا تعتبر إدارية، كما أن الإدارة قد لا تكون طرفاً في منازعة وتعتبر منازعة إدارية، وذلك في حال تعلقها بمرفق عام، كما أن المنازعة قد تنشأ بين وحدتين إداريتين يتبعان السلطة التنفيذية ذاتها، وفي هذه الحالة قد تلجأ الوحدة الإدارية للقيادة الإدارية العليا لحل النزاع ومن الأمثلة على ذلك أن تختصم دائرتان حكوميتان تتبعان لذات الوزارة لدى الوزير المسؤول عنهما ويقوم بإعطاء رأيه في النزاع مما يؤدي إلى الحل أو يقوم الوزير بالفصل في النزاع، وفي حال عدم التمكن من الوصول لحل المنازعة فإنه من الممكن اللجوء إلى الطرق القضائية من لجان تحقيق وهيئات تحكيم وغيرها[2].

ولتمييز المنازعة الإدارية ظهرت مجموعة من المعايير الفقهية، كما يلي:

أولاً: معيار السلطة العامة

تقسم أعمال الإدارة إلى نوعين من الأعمال هي (أعمال السلطة، وأعمال الإدارة المدنية)، ويقصد بأعمال السلطة العامة الأعمال التي تظهر فيها الإدارة ما لديها من امتيازات وسلطات، أما أعمال الإدارة المدنية فهي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة بوصفها شخصاً عاديا من أشخاص القانون الخاص، ويقصد بمعيار السلطة العامة أن

(١) فوديل، جورج، ودلفولفيه، بيار (٢٠٠١)، القانون الإداري، (ج١)، (ط١)،ترجمة منصور القاضي، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص٣٦٠.

- للمزيد أنظر، السويسي، فاطمة (٢٠٠٤)، المنازعات الإدارية، لبنان، طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، ص٤١-٥٤.

(٢) العبادي، محمد الرصيفان (٢٠١٣)، مبادئ القانون الإداري، قانون محكمة العدل العليا الأردنية، دراسة مقارنة، (ط١)، عمان: دار جليس الزمان للنشر والتوزيع، ص٤١٤.

تقوم المنازعة بسبب عمل من أعمال السطة العامة التي أظهرت الإدارة من خلالها السلطات والأمتيازات العامة التي خولها القانون، أما في حال استخدام الإدارة للتصرفات التي يمارسها الاشخاص الإعتياديون فأن المنازعة لا تكون إدارية [١].

ثانياً: معيار المرفق العام

يعتبر معيار المرفق العام نتاج الفقه الفرنسي- على يد كل من الفقهاء (ديجي وبونارد وجيز)، فقد رأوا أن القضاء الإداري بأكمله قائم على أساس هذه النظرية، والمنازعة لا تكون إدارية وفق هذا المعيار إلا إذا ارتبطت بمرفق عام، وعلى ذلك فأنها تدخل ضمن إختصاص القضاء الإداري.[٢]

وقد وجه جانب من الفقه الإنتقاد لهذا المعيار بحجة أنه لم يعد يكفي لتمييز المنازعة الإدارية، فمن الممكن أن يكون المرفق العام طرفاً في منازعة، وبذات الوقت لا تكون هذه المنازعة إدارية، ومن الأمثلة على المرافق العامة التي لا تخضع للقانون الإداري في نشاطها المرافق الصناعية التي تخضع لأحكام القانون الخاص.[٣]

ثالثاً: المعيار المختلط

يجمع هذا المعيار ما بين معياري السلطة العامة والمرفق العام، وبموجب هذا المعيار تكون المنازعة إدارية إذا كانت متعلقة بمرفق عام، وبذات الوقت قد استخدمت الإدارة فيها ما تمتلك من سلطات وامتيازات ممنوحة لها، أما في حال اختلال شرط من هذين الشرطين اعتبرت المنازعة غير إدارية، وقد اكد القضاء الإداري المصري على ذلك في أحد أحكامه بقوله «من حيث أن الرأي المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة ومحكمة

(١) الظاهر، خالد خليل (١٩٩٩)، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء - قضاء التعويض، دراسة مقارنة، عمان، دون ناشر، ص١٢٦.

(٢) الطهراوي، هاني علي (١٩٩٨)، القانون الإداري، الكتاب الأول، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص١٠٠.

(٣) الخضير، خالد بن عبد الله، مرجع سابق، ص١٣٢.

التنازع في فرنسا من مدة طويلة وحتى الأن، وهو ما يتعين الأخذ به في مصر، والمتمثل في أن المنازعة تكون إدارية إذا توافر فيها عنصران الأول اتصال المنازعة بسلطة إدارية، أي تكون السلطة الإدارية أحد الخصوم في الدعوى، والثاني هو اتصال المنازعة بنشاط مرفقي تباشره السلطة العامة الإدارية بوسائل القانون العام، أي أن يكون موضوع المطالبة بأثر من الآثار المترتبة على علاقات القانون العام»[1].

ويتفق الباحث مع هذا الرأي لأنه لا يمكن تحديد طبيعة المنازعة الإدارية إلا بالنظر إلى أطرافها، فإن تضمنت المنازعة أحد أشخاص القانون العام واستخدم ما لديه من سلطات وامتيازات في العلاقة التعاقدية وتعلق موضوع المنازعة بأحد المرافق العامة، أعتبرت المنازعة إدارية بحته.

رابعاً: معيار الهدف

نظر هذا المعيار إلى ما ينتج عن العمل الإداري، وطبيعة النتيجة المرجوة من ما تقوم به الإدارة من أعمال، فوفق هذا المعيار تكون المنازعة إدارية في حال تعلق موضوعها بتحقيق المصلحة العامة، ونظراً لأن مفهوم المصلحة العامة من المفاهيم الفضفاضة التي يصعب الإتفاق عليها، فأن القضاء لم يأخذ بهذا المعيار من حيث التطبيق[2].

خامساً: معيار الدولة المدِّينة

تكون المنازعة إدارية وفق هذا المعيار في حال تعلق موضوعها بإلزام الدولة بأداء مبالغ مالية مستحقة عليها، ويؤخذ على هذا المعيار عدم تمييزه لأصل الدين فيما إذا كأن عملا من اعمال السلطة العامة أم عملا من اعمال الإدارة العادية، وفي حال

(١) القرار الصادر من محكمة القضاء الإداري المصرية الدائرة الإستئنافية في الطعن رقم ٢١١ لجلسة ١٩٧٧/٤/٢٥م.

(٢) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (٢٠١٥)، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، (ط١)، القاهرة: دار المكتب الجامعي الحديث، ص١٨٨.

الأخذ بهذا المعيار فأن ذلك يؤدي لإتساع اختصاص المحاكم الإدارية بحيث تشتمل على القضايا المدنية[1].

ويرى الباحث أن المنازعة الإدارية يمكن أن تظهر بشكل جلي من خلال المعيار المختلط، فهو الأقرب للصواب، حيث يجب أن يتوفر شرطين لكي تكون المنازعة إدارية وهما أن تتعلق المنازعة بمرفق عام وأن تستخدم الإدارة ما لديها من سلطات عامة، فلا يمكن بحال من الأحوال تحديد طبيعة منازعة ما دون النظر إلى أطرافها ومحلها معاً، حيث يجب من خلال هذا المعيار النظر إلى أطراف النزاع فإن توفر شخص السلطة العامة، وكان محل المنازعة المرفق العام أعتبرت المنازعة إدارية.

***

(١) الحلو، ماجد راغب (١٩٧٧)، القضاء الإداري، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ص١٤٤.

الفـــرع الثاني
أصول المحاكمة التحكيمية
في منازعات العقود الإدارية

إن التحكيم من الأنظمة القضائية التي تحتوي على إجراءات يجب أن تتفق مع بعض الأصول والضوابط، فبمجرد إتفاق الأطراف على التحكيم وموافقة المحكم أنعقدت المحاكمة التحكيمية، وتتمثل بمجموعة من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها المحكم وتنتهي بصدور الحكم والفصل في النزاع المعروض لديه، فالتحكيم الإداري كالقضاء الرسمي يحتوي على أصول يجب الأخذ بها عند القيام بالعملية التحكيمية.

وعلى الرغم من الشبه الكبير القائم بين الأصول القضائية التقليدية مع الأصول المتبعة في التحكيم، إلا أن هنالك إختلاف كبير بينهما من الناحية العملية لأن مصدر القواعد التي تنظم الخصومة تختلف بين التحكيم والقضاء، فمصدر الأصول المتبعة في التحكيم هو إتفاق الفرقاء صراحة أو ضمناً، أما في القضاء فأن مصدر الأصول المتبعة القوانين الإجرائية التي تحدد أصول المحاكمات[١].

وقد أنتهج المشرع الأردني في قانون التحكيم إتجاهاً يؤيد ما بينته الدراسة سابقاً من أن مصدر الأصول المتبعة يمكن وضعه من خلال الأطراف المتنازعة، ففي المنازعة الإدارية يمكن للإدارة والطرف الأخر أن تضع نصوصاً تحدد القوانين التي يجب على المحكم إستخدامها، وكذلك طبيعة الطعون التي من الممكن تقديمها خلال المحاكمة

(١) خليل، أحمد (٢٠٠٣)، قواعد التحكيم، دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص٩٠.

التحكيمة وغير ذلك من الأصول[١]، ولكن الإشكالية تثور في حال عدم تعرض الخصوم لأصول المحاكمة التحكيمة الإدارية أو القواعد واجبة التطبيق على النزاع[٢].

لقد عالج المشرع الأردني هذه المسألة من خلال نص المادة (٣٦/ب) من قانون التحكيم، حيث جاء فيها «إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع»، كما يجب على هيئة التحكيم بمقتضى الفقرة (ج) أن تراعي شروط العقد وموضوعه وطبيعة النزاع مع أخذها بالأعراف الجارية في مثل هذه التعاملات[٣].

وأن كان مصدر أصول المحاكمة التحكيمية الإدارية هو إتفاق الأطراف بهدف تحقيق السرية والسرعة في حل النزاع، فقد أجاز التشريع للأطراف تحديد الأصول واجبة الإتباع بحيث تحقق الغاية من التحكيم، إلا أن المشرع قد وضع عددا من الأصول التي يجب إتباعها في حال تجاهل الأطراف لها أو عدم إتفاقهم عليها، ومن هذه الاصول

(١) نصت المادة (٢٤) من قانون التحكيم على أنه «لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون».

- نصت المادة (٣٦/أ) من قانون التحكيم «تطبق هيئة التحكيم على هيئة النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين».

(٢) الناصري،مصطفى مطلوب (٢٠١٣)، المحكم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (ط١)، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ص١٠٧.

(٣) نصت المادة (٣٦/ج) من قانون التحكيم على أنه «في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ بالاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين».

مكان وميعاد بدأ اجراءات التحكيم واللغة التي يجب أن يكون التحكيم بها، وفي ذلك وضع قانون التحكيم بعض الأصول، كما يلي:

أولاً: ميعاد التحكيم

قد يكتسب ميعاد التحكيم أهمية لأنه قد يترتب عليه آثار بالغة لا سيما إذا تعلق الأمر بحسابات مالية مرتبطة بما سينتج عن اتفاق التحكيم، وقد يؤثرميعاد التحكيم في إجراءاته كمواعيد تبادل اللوائح بين الأطراف، وقد يترتب عليه تحديد موعد الفصل في المنازعة التحكيمية، ومن الأمثلة على ذلك أن يتفق الأطراف على وجوب صدور الحكم خلال مدة ستين يوماً من قبل المحكم[١].

والأصل أن يبدأ التحكيم عند اكتمال هيئة التحكيم وتمام تشكيلها، والإستثناء أن يتفق الأطراف على موعدٍ أخر لإنطلاق المحاكمة التحكمية، وقد نص المشرع الأردني على ذلك في المادة (٢٦) من قانون التحكيم[٢]، فقد جعل من تشكيل هيئة التحكيم ميعاداً لبدأ المحاكمة التحكيمية، ويرى الباحث أن موقف المشرع الأردني على الرغم من إصابته في تحديد ميعاد أنطلاق المحاكمة التحكيمية بتشكيل هيئة التحكيم، إلا أن

(١) الزعبي، محمد عبد الخالق، مرجع سابق، ص١٦٢.

- نصت المادة (٣٧) من قانون التحكيم الأردني على أنه: (أ- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان فأن لم يوجد اتفاق وجب
- يصدر الحكم خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدأ اجراءات التحكيم وفي جميع الاحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على أن لا تزيد على ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

ب- إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (أ) من هذه الداة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمر لتحديد موعد إضافي او اكثر أو أنهاء اجراءات التحكيم فإذا صدر القرار بأنهاء تلك الإجراءات يكون لأي من الطرفين رفع دعواه الى المحكمة المختصة اصلا بنظرها».

(٢) نصت المادة (٢٦) من قانون التحكيم «تبدأ اجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحيكم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك».

النص التشريعي لم يحدد ما المقصود بتشكيل هيئة التحكيم، وكان أجدى بالمشرع النص على وجوب إعتبار موافقة هيئة التحكيم جزءاً من تشكيلها، فيجب على المشرع أن يربط ما بين تشكيل هيئة التحكيم وموافقتها على إجراء التحكيم كميعاد لبدأ المحاكمة التحكيمية.

أما في التشريع المقارن فقد جاء موقف المشرع المصري مخالفاً، فقد جعل من تبلغ المدعى عليه موعداً لأنطلاق التحكيم[١]، ويرى الباحث أن موقف المشرع المصري جانب الصواب ذلك أنه من الممكن أن يتم تبادل اللوائح دون تبليغ موعد انطلاق المحاكمة التحكيمية وقبل تشكيل هيئة التحكيم، مما يثير إشكاليات على الصعيد العملي، فهل يعتبر تبادل اللوائح جزءاً من المحاكمة التحكيمية أم لا ؟ كما أن تبادل طلبات التحكيم ما بين الأطراف يؤدي إلى استغراق المحاكمة التحكيمية لوقت طويل.

ثانياً: مكان التحكيم

لقد جعل المشرع الأردني الحق للأطراف في إختيار مكان التحيكم، حتى وأن كأن خارج حدود المملكة وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة[٢] ونص المادة (٢٧)[٣]، وتماشياً مع قرارات محكمة التمييز[٤]، إلا أن معظم الأطراف يغفلون النص على هذا الأمر رغم

(١) نصت المادة (٢٧) من قانون التحكيم المصري على أنه: «تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر».

(٢) الأحدب، عبد الحميد (٢٠٠٨)، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، (ط٣)، الكتاب الاول، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص١١٢.

(٣) نصت المادة (٢٧) من قانون التحكيم الأردني على أنه: «لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة او خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم، مع مراعاة ظروف الدعوى، وملائمة المكان لاطرافها، ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في اي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع اطراف النزاع او الشهود او الخبراء او الاطلاع على مستندات او معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك».

(٤) جاء في قرار لمحكمة التمييز رقم ٢٠٠٤/٣٣٥ والذي جاء فيه «... أما عن القول عن تخلي المحاكم الأردنية

أهميته الكبيرة، وفي هذه الحالة يتوجب على هيئة التحكيم تحديد مكان التحكيم على أن يكون المكان ملائماً لهيئة التحكيم والأطراف، كما يمكن لهيئة التحكيم الأنتقال وعقد جلساتها في أي مكان تراه مناسباً، كأن تقوم بمعاينة البضاعة أو الأنتقال لسماع الشهود وغيرها من الإجراءات الضرورية للفصل في المنازعة.

ويترتب على تحديد مكان التحكيم أهمية كبيرة خاصة فيما يتعلق بالإجراءات اللاحقة على صدور حكم المحكم وما يحوزه من حجية، فأن صدر الحكم داخل المملكة كأن حكما داخلياً ويمكن تنفيذه بسهولة وله حجية مطلقة داخل المملكة، أما في حال صدوره في دولة أجنبية فأن ذلك يرتب صعوبة كبيرة في التنفيذ، ويصعب تنفيذه داخل المملكة، إلا في حال كانت الدولة موقعة على إتفاقية نيويرك الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين، كما يتم الطعن في بطلأن قرار التحكيم أمام محاكم الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم[1].

ثالثاً: لغة التحكيم

أن الأصل أن يكون التحكيم باللغة العربية حسب نص المادة (٢٨)[2]، إلا أن

عن صلاحية النظر في الدعاوى المعروضة عليها لصالح محكمة تحكيم أجنبية فيه مخالفة للنظام العام فأن المادة (٢٧) من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ النافذ المفعول قد أجازت لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها وعليه وفي ضوء هذا النص يجوز الاتفاق على أن يتم التحكيم في بلد أجنبي»، تمييز حقوق رقم ٢٠٠٤/٣٣٥ بتاريخ ٢٠٠٤/٧/٥، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(١) عناني، وليد (٢٠٠٣)، محاضرات في التحكيم،محاضرات مؤتمر مراكز التحكيم العربية الذي أنعقد تحت إشراف كلية الحقوق، بيروت، جامعة بيروت، دمشق: المكتبة القانونية، ص٥٤.

(٢) نصت المادة (٢٨) من قانون التحكيم الأردني على أنه: (أ- يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الإتفاق أو القرار على لغة البينات، والمذكرات المكتوبة، وعلى المرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه الهيئة، أو رسالة توجهها، أو حكم تصدره، ما لم ينص إتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

ب- ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المتعملة في التحكيم، وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها».

المشرع قد منح الحق للأطراف في إختيار لغة أخرى، وينطبق ذلك على جميع إجراءات ولوائح الدعوى التحكيمية، ومما لا شك فيه أن اللغة من المسائل التي يمكن تجاوزها من خلال أنتخاب المترجمين، إلا أن هذا الأمر ينطوي على صعوبة بالغة؛ فقد يقع المترجمون في أخطاء في الترجمة أو أنهم لا يقفون على المعنى الحقيقي لبعض المصطلحات الفنية التي تتطلب خبرة في مجال معين، كما أن الترجمة تستنزف الوقت والجهد والمال وتطيل آمد المحاكمة التحكيمية، فمن البديهي أن يختار الأطراف محكماً يستخدم نفس اللغة التي كتب بها العقد الإداري وشروطه، وفي حال إهمال الأطراف النص على مسألة اللغة يتم إعتماد لغة العقد[1].

***

(١) الزعبي، محمد عبد الخالق، مرجع سابق، ص١٧٦.

المطلـــب الثاني
قيود التحكيم في العقود الإدارية

في الواقع أن التحكيم قـد شـرع للتسـهيل علـى أطـراف الـنزاع، لكنـه كـأي إتفـاق يفترض أن تتوافر فيه بعض الشروط والقيـود الـتي تقـع علـى جميـع أطـراف العلاقـة التحكيمية من متنازعين ومحكمين، فقد اوجب المشرع في قانون التحكـيم أن لا يخـالف إتفاق التحكيم النظام العام، وأن تتوفر الأهلية القانونية في أطرافه، كما قد حدد بعـض الشروط والقيود التي يجب أن تتوفر في هيئة التحكيم والـتي يجـب أن تلـتزم بهـا، وحـتى يتمكن الباحث من بيان قيود التحكيم في العقود الإدارية قسـم هـذاالمطلب إلى فـرعين رئيسيين، هما:

***

الفـــرع الأول
القيود التي ترد على محل وسلطة التحكيم

أولاً: القيود على محل التحكيم:

ورد النص في المادة (٩) على أنه «لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح»[١]، ويتضح من سياق هذه المادة أن المشرع قد أشترط في محل إتفاق التحكيم وأطرافه عدة شروط، هي:

١. الأهلية في التعاقد:

أن طرفي اتفاق التحكيم في العقود الإدارية هي الإدارة، واحد اشخاص القانون الخاص أو أن تشكل الإدارة طرفي العقد، ويقصد بالاهلية صلاحية طرفي النزاع لإحالته إلى التحكيم، وينظم القانون المدني أحكام الأهلية بالنسبة لأشخاص القانون الخاص[٢]، وبالرجوع لأحكام القانون المدني نجد أن فاقد الأهلية لا يمكن أن يقوم بالإتفاق على التحكيم لأنه لا يملك حق التصرف[٣].

(١) ورد في قرار لمحكمة التمييز رقم ٢٠١٠/١٧٨٣ «يستفاد من المادة (٩) من قانون التحكيم....فيما يتعلق بالشخص الطبيعي فيتوجب أن يكون متمتعاً بالاهلية وليس محجورا عليه أما الشخص الإعتباري فيتوجب أن تكون لديه الأهلية لإبرام العقد إلا اذا كان محجوراً عليه»، تمييز حقوق، هيئة خماسية، تاريخ ٢٠١٠/١٠/٦، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(٢) حددت المواد من (١١٦-١٣٤) من القانون المدني الأردني أهلية التعاقد لدى الأشخاص الطبيعيين والمعنويين ضمن القانون الخاص.

(٣) للمزيد أنظر، المعماري، محمد حسن جاسم (٢٠١٤)، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ص٥٤-٦٣.

أما فيما يتعلق بأهلية الإدارة للتعاقد فأنه يجب العودة لقواعد القانون الإداري، والتي نجد فيها أن الإدارة كشخص معنوي عام يمارس أعماله من خلال موظفين، ويمكن للإدارة الإتفاق على التحكيم بواسطة موظفيها بموجب القانون، فأنه يشترط بهم ذات الشروط المنصوص عليها في القانون المدني، إضافة إلى شرط الإختصاص الخاضع لأحكام القانون الإداري، ويقصد بشرط الإختصاص أن يكون القانون قد خول الموظف صلاحية إحالة النزاع للتحكيم، أما المشرع المصري فقد أضاف إلى ذلك وجوب موافقة الوزير المختص بدلالة المادة (٢٧) من قانون التحكيم المصري[١].

وفي حال قيام موظف غير مختص بإبرام اتفاق تحكيم شاب هذا التعاقد «عيب عدم الإختصاص» لأنه لا يمتلك القدرة القانونية على ذلك، ويجب إثارة هذا الدفع من قبل أي من الأطراف وفي حال إحالة النزاع إلى المحكمة فعلى القاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه[٢]، وقد يصح التعاقد في بعض حالات عدم الإختصاص حسب نظرية «الموظف الفعلي»[٣].

٢. عدم مخالفة إتفاق التحكيم للنظام العام:

نصت المادة (٤٩/ب) على أنه «تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلأن حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها»، ويعتبر هذا النص مكملاً لنص المادة (٩) والتي منعت التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها[٤].

(١) البطوش، عبد الله محمد (٢٠١٤)، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، عمان: جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ص١١٣.

(٢) لطفا إنظر الخلايلة، محمد علي، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٢٧٨.

(٣) للمزيد حول نظرية الموظف الفعلي أنظر، الذنيبات، محمد جمال، مرجع سابق،ص١٥٤ وما يليها.

(٤) يعتبر من النظام العام حسب نص المادة (٣/١٦٣)على أنه: «الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية=

ويرى البعض أن العقود الإدارية من المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، مما يعني أن الإتفاق على التحكيم فيها غير جائز، وهذا الأمر لا يجري على إطلاقه إلا في العقود التي لا يوجد أي نزاع على تنفيذها، وقد أكد على هذا الرأي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية، نظراً لأن العقود الإدارية ليست من قبيل النظام العام مما يعني جواز الصلح فيها.[1]

ويرى الباحث أن العقود الإدارية ليست من قبيل المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، في حال كانت طبيعة النزاع قائمة على مسائل حسابية، أما في حال كون هذه العقود واضحة المعالم وقد تم حسابها بصفة نهائية، وأن التحكيم المرمي الإتفاق عليه هو بمثابة محاولة للطعن بعقد لا لبس فيه، أعتبر العقد من المسائل التي لا يجوز الصلح فيها والطعن به مخالف للنظام العام.

ثانياً: القيود على سلطة التحكيم (المحكم)[2]:

يتفق التشريع والفقه على أن وظيفة التحكيم أقرب ما تكون لوظيفة القضاء، وللأطراف الحرية المطلقة في إختيار محكميهم وتحديد ما لديهم من سلطات في إدارة النزاع، ولا يمكن للأطراف منح المحكم سلطة مطلقة فيما يخالف القانون والنظام العام، إلا أن التشريع لم يمنح للمحكم صلاحيات مطلقة فوضع قيوداً على المحكم يجب أن يلتزم بها في إدارة وتنظيم إجراءات التحكيم.

=كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقت وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في ظروف استثنائية».

(١) ورد في، الشريف، عزيزة، مرجع سابق، ص٣٣.

(٢) عرفت المادة (٢/أ) من قانون التحكيم الأردني هيئة التحكيم على أنها «هيئة التحكيم: الهيئة المشكلة من محكم واحد واكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم وفق لأحكام هذا القانون».

ومن أهم هذه الشروط والضوابط الواجب توافرها الإلتزام بما إتفق عليه ألأطراف، وينبع هذا الأمر من مبدأ سلطأن الإرادة، فلا يجوز للمحكم التوسع في نظر النزاع او إصدار الأحكام في نطاق واسع لأن التحكيم في جوهره استثناء يرد على القضاء صاحب الولاية العامة، كما يجب على المحكم أن يحترم المبادئ الأساسية في التقاضي التي تؤدي إلى ضمأن حسن سير العدالة في المجتمع، فيجب على المحكم أن يحترم بعض المبادئ الموجودة في الأنظمة القضائية الإعتيادية، كحق الخصوم في تقديم دفوعهم واعتراضاتهم وتفنيد ما يرونه مخالفاً للوقائع[1].

ويجب على المحكم الإلتزم بأحكام القانون والنظام العام فلا يحق له أن يتعدى من خلال حكمه على أي قاعدة قانونية أمرة أو أن يكون محل التحكيم مخالفاً للنظام العام، فلا يجوز أن يستخدم المحكم في تحكيمه ما يخالف النظام العام وإلا أعتبر التحكيم برمته باطلاً، كما لا يستطيع المحكم أن يفرض على الأطراف جزاءات أو غرامات في حال إخلالهم، وذلك بخلاف القضاء الرسمي الذي يستطيع إيقاع الجزاءات على الشهود والخبراء والخصوم، ولا يحق للمحكم أن يعين محكماً أخر في مكانه أو حتى لمساعدته إلا بالإتفاق مع الخصوم[2].

ويرى الباحث أن القيود التي تفرض على المحكم هي نوعأن من القيود (قيود إتفاقية، وقيود قانونية)، ويقصد بالقيود الإتفاقية القيود التي يضعها الأطراف على المحكم وسلطته، كميعاد بدأ المحاكمة التحكيمية، والقانون واجب التطبيق عليها، وأن يباشر التحكيم بنفسه ومن يستطيع معاونته في ذلك، أما القيود القانونية كالإلتزام بالحياد والنزاهة وعدم مخالفة الأحكام الموضوعية للقانون والنظام العام.

(١) مشيمش، جعفر، مرجع سابق، ص١١٣.

(٢) الزعبي، محمد عبد الخالق، مرجع سابق، ص١٥٣.

الفـــرع الثاني
إجراءات التحكيم
في منازعات العقود الإدارية

قبل الخوض في إجراءات التحكيم لا بد من الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا كأن باطلاً، وهذا ما أكدت عليه المادة (١٠) من قانون التحكيم والإجتهادات القضائية لمحكمة التمييز الأردنية[١]، ويستوي في ذلك أن يكون الإتفاق سابقاً على النزاع أم أن الإتفاق قد تم بعد وقوع النزاع[٢]، وقد إختلفت التشريعات المقارنة في الهدف من الكتابة فمنهما ما ينص على أنها وسيلة لإثبات إتفاق التحكيم كالمشرع الفرنسي والكويتي واللبنأني، في حين ينص التشريع الأردني على أنها شرط للإنعقاد[٣].

في الواقع أن المحاكمة التحكيمة تتكون من مجموعة من الإجراءات المترابطة والتي

(١) تمييز حقوق رقم ٢٠١٢/١٣٣٢، هيئة خماسية، ٢٠١٢/٧/٩ «يجب على المحكمة وفي حال وجود اتفاق تحكيم بين اطراف النزاع أن ترد الدعوى لوجود اتفاق التحكيم على أن يكون ذلك الإتفاق المتعلق بالتحيكم مكتوبا وأن يتم الدفع به من قبل أحد الاطراف قبل الدخول في أساس الدعوى وذلك وفقا لاحكام المادة (١٠) و(١٢) من قانون التحكيم».

(٢) أنظر نص المادة (١١) من قانون التحكيم الأردني.

(٣) نصت المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني: (أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه مستند ووقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس او التلكس وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق. ب-ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كالإحالة في العقد إلى أحكام العقد النموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد).

تنتهي عادة بصدور القرار التحكيمي، وقد يتفق الأطراف من خلال اتفاق التحكيم على هذه الإجراءات، إلا أن القانون قد حدد الإجراءات الواجب اتباعها في حال إغفال ذلك من قبل أطراف التحكيم، ويعتبر أول الإجراءات التي نص عليها قانون التحكيم الاردني هو تشكيل هيئة التحكيم حسب نص المادة (٢٦) من قانون التحكيم الأردني.

بعد أن يتم تشكيل هيئة التحكيم وموافقة هذه الهيئة على القيام بإجراءات التحكيم يتم إخطار الأطراف بموعد المحاكمة وقد حدد قانون التحكيم في المادة (٦)[١] الإجراءات التي يجب اتباعها لتبليغ الاطراف والإجراء المتبع في حالة عدم القدرة على تبليغ أحد الأطراف ويعتبر التبليغ من أهم الإجراءات القانونية التي يترتب عليها آثار بالغة الأهمية، ويجب أن يكون التبليغ قبل فترة كافية من عقد الجلسات بنظر النزاع التحكيمي، ويجوز كذلك عقد جلسات التحكيم مرافعة أو تدقيقاً،[٢] وقد اكدت على ذات المعنى المادة (٣٢) من قانون التحكيم[٣].

أما فيما يتعلق بتبادل اللوائح والمستندات فقد نظمت المادتان (٢٩، ٣٠) ذلك، فقد

(١) نصت المادة (٦) من قانون التحكيم الاردني:

(أ- ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم يتم تسليم أي تبليغ إلى من يراد تبليغه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل اقامته المعتاد أو إلى عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في اتفاق التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

ب- إذا تعذر معرفة اي من العناوين بعد إجراء تحريات جادية يعتبر التبليغ منتجا لأثاره إذا تم تسليمه بكتاب مسجل إلى أخر مقر عمل او محل اقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف للشخص المراد تبليغه).

(٢) عكاشة، خالد كمال، مرجع سابق، ص٣٥٨.

(٣) نصت المادة (٣٢) من قانون ا لتحكيم الأردني في الفقرات (أ، ب) على أنه: «أ- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

ب- يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والإجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة».

أوجبتا إرسال الصور والمستندات والبينات للطرف الأخر وهيئة التحكيم، ويجب أن يتم تدوين جميع الإجراءات التي يقوم بها المحكم خلال جلسة التحكيم وتزويد الأطراف بصورة عنها، كما نصت المادة (٣٢) من قانون التحكيم على أن يتم سماع الشهود والخبراء وتحليفهم اليمين وفق الصيغة التي تراها هيئة التحكيم مناسبة، الفقرات (ج، د، هـ)[١].

ويفترض في جلسات التحكيم أن تكون سرية كأصل عام، ما لم يتفق الطرفأن على غير ذلك، ويكون لهيئة التحكيم الحق في قبول الأدلة او رفضها والحق في وزنها وتقدير أنتاجيتها ومن ثم إصدار حكم فيها، وتنتهي المحاكمة التحكيمية وفق قانون التحكيم الأردني حسب نص المادة(٤٤) في الحالات التالية:

١. صدور الحكم المنهي للخصومة كلها.
٢. صدور الأمر بأنهاء إجراءات التحكيم لعدم تقديم المدعي للائحة بدعواه.
٣. أن تتفق إرادة الأطراف على أنهاء الخصومة موضوع التحكيم.
٤. إذا ترك المدعي خصومة التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم، بناءا على طلب المدعى عليه أن له مصلحة جدية في استمرار الاجراءات حتى يحسم النزاع.
٥. إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب أخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته.

(١) نصت المادة (٣٢) في الفقرات (ج، د، هـ) على أنه: «ج- تدون وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة عنه إلى كل من الطرفين.
د- يكون سماع الشهود والخبراء بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقررها هيئة التحكيم.
هـ - يجوز لهيئة التحكيم قبول اداء اليمين بشهادة خطية مشفوعة بالقسم أمام اي جهة معتمدة في البلد الذي تم فيه تأدية تلك الشهادة حسب قانون ذلك البلد».

٦. عدم توفر الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم.

ويرى الباحث أن الإجراءات التي نص عليها قانون التحكيم قريبة من الإجراءات التي وضعها المشرع للقضاء الرسمي، مع إعمال المشرع لمبدأ سلطأن الإرادة بحيث يمكن للأطراف تحديد ما يريدون تطبيقه من أحكام وإجراءات قانونية على المنازعة التحكيمية، مع تمييز المشرع للتحكيم كنظام قانوني ذو طبيعة خاصة بحيث يتوافق مع أهدافه كالسرعة والمرونة والمحافظة على خصوصية الأطراف.

ولم ينص المشرع الاردني على إجراءات خاصة بالإدارة أو أشخاص القانون العام في حال كونها طرفاً من أطراف الخصومة التحكيمية، الأمر الذي يدل على أن الإجراءات وضعت لصالح الأطراف بشكل عام دون النظر للمركز القانوني لهم، إلا أنه يفترض في الشخص المعنوي العام أن يمثل بواسطة من يفوضه وأن يكون هذا التفويض صحيحاً خالياً من عيوب الإختصاص، كأن يقوم أحد الموظفين غير المختصين بتمثيل الإدارة في محاكمة تحكيمية مما يترتب على ذلك بطلأن التحكيم.

***

الفصل الثاني

مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وآثاره

تباينت مواقف التشريعات والنظم القانونية من مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، فبعضها أجاز ذلك وبعضها لم يجز، ويعود ذلك لطبيعة نظام التحكيم، فالتحكيم نظام يسلب الولاية القضائية من الدولة والتي تعتبر إحدى مظاهر السيادة، ويسندها لأشخاص وهيئات لا يحملون اي صفة رسمية، فالقضاء يعد من سلطات الدولة الثلاث، والتحكيم من الأنظمة الموازية له، وهذا يجعل من التحكيم سلطة عامة مشابهة للسلطة القضائية، وذلك في مكنونه إعتداء على سيادة الدولة.

إن إتخاذ التحكيم لمرتبة قانونية موازية لإحدى سلطات الدولة، لا تمثل العقبة الوحيدة التي تواجه التحكيم في العقود الإدارية وتجعله في مواجهة مبدأ السيادة، بل إن تعلق موضوع التحكيم بعقود تكون الدولة طرفاً فيها يمثل المشكلة الحقيقية والأساسية لذلك، فالإدارة التي تمثل الدولة عندما تكون طرفاً في منازعة معروضة للتحكيم أمام أفراد عاديين أو هيئة أجنبية حتى وإن كانت محايدة تمثل إنتهاكاً لسيادة الدولة، لسلبه إختصاص القضاء الوطني وسماحه للمحكم بإستبعاد القانون الوطني من التطبيق على المنازعة.

ولا تقتصر مشروعية التحكيم في العقود الإدارية على مبدأ السيادة والمواقف الفقهية والتشريعية والقضائية، بل إن ذلك يتضمن مدى حجية حكم المحكم في

مواجهة الجميع وإمكانية تنفيذه والأثار القانونية المترتبة عليه، كما يؤدي حكم المحكم في العقود الإدارية لأثار مادية وقانونية بالغة الأهمية، فيسعى الأطراف من خلال التحكيم لإستحصال قرار تحكيمي وأن ينتقل حكم المحكم من إطاره النظري الى الإطار العملي، بحيث يصبح أمراً ملموساً بشكل فعلي من خلال طرحه للتنفيذ بالطرق المتاحة قانوناً.

وحتى يتمكن الباحث من بيان مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وأثاره قسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث رئيسية، هي:

- المبحث الأول: موقف الفقه والتشريع والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية
- المبحث الثاني: مدى توافق التحكيم في العقود الإدارية مع مبدأ سيادة الدولة
- المبحث الثالث: أثار التحكيم في العقود الإدارية

***

المبحـــث الأول

موقف الفقه والتشريع والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

شهد نظام التحكيم توسعاً كبيراً في المسائل المدنية حتى أصبح منافساً للقضاء الرسمي، إلا أنه لم يشهد ذات الإزدهار في المسائل الإدارية، فلا يزال التحكيم في العقود الإدارية من المستجدات على الساحة القانونية، فهو ينطوي على خصوصية لأن أحد أطرافه الدولة، كما يمثل إعتداءاً على إختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية وغيرها من الإشكاليات، ونظراً لكثرة هذه الإشكاليات والعقبات التي تحيط بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية فقد أثار جدلاً واسعاً في الفقه والتشريع والقضاء.

وعلى الجانب الآخر فإن التحكيم في منازعات العقود الإدارية يوفر العديد من المزايا التي يطمح طرفي العلاقة لتحقيقها، كالسرعة في إجراءات التقاضي والحيادية التي قد يفتقر لها النظام القضائي نظراً لوجود الدولة، وقد إتخذت الأنظمة التشريعية إتجاهات مختلفة في التعبير عن رأيها بالتحكيم في العقود الإدارية، فقد إنقسمت مواقف الدول في مسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بين مؤيد ومعارض.

ونظراً لأن معظم التشريعات المقارنة لم تنص على موقف صريح من التحكيم في العقود الإدارية ومنها المشرع الأردني، فقد تباينت مواقف الفقهاء تبعاً لذلك، ويعود ذلك لعدة إعتبارات كأطراف العلاقة التحكيمية وموضوعها ومحلها وآثرها على سيادة الدولة ومصالحها العليا، فنظام التحكيم لا يأخذ بذات الإعتبارات التي يأخذ بها القضاء.

ونظراً للأهمية البالغة للتحكيم في مجال العقود الإدارية، وإختلاف المواقف الفقهية والتشريعية والقضائية في هذا المضمار، كان لزاماً على الباحث التطرق لها بالبحث، وعليه قسمت هذه الدراسة المبحث الى مطلبين هما:

- المطلب الأول: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.
- المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

***

المطلـــــب الأول
موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

انقسمت مواقف الفقهاء في مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقـود الإداريـة إلى مذهبين، أحدهما يؤيد اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية والآخر يرى خـلاف ذلك ، ولكل منهما أسانيده وأسبابه التي يرتكز إليها، وتختلف منطلقات مواقـف الفقـه في هذه المسألة نتيجة لإعتبارات تتعلق بمبدأ السيادة أوالسرعة في الإجـراءات وغيرهـا، حيث يرى جانب من الفقه المقارن «أنه لا يجوز للدولة ولغيرهـا مـن أشـخاص القـانون العام اللجوء للتحكيم لحسم أية منازعـة مـن المنازعـات الإداريـة دون وجـود تشـريع يخولها هذا الحـق بـنص صـريح، لأن اللجـوء للتحكـيم في أيـة منازعـة مـن المنازعـات الإدارية سيترتب عليه إستبعاد هذه المنازعة مـن نطـاق ولايـة القضـاء الإداري الـذي يستمد إختصاصه للفصل في المنازعات الإدارية من نصوص التشريع»[1]، وبنـاءاً علـى ما سبق يتبين أن الأصل أنعقاد ولاية النظر في المنازعة الإدارية للقضـاء الإداري وذلـك بموجب تشريع خاص بذلك، فكيف يمكن لنظام التحكيم ان يسـلب هـذا الإختصـاص دون وجود تشريع ؟ وقد أحدث هذا الأمر جدلاً فقهياً واسعاً ما بـين مؤيـد ومعـارض له، وسوف يقوم الباحث ببيان هذين الإتجاهين ثم تقييمهما وذلك من خلال ثلاثة فروع كما يلي:

(١) ورد في، المغربي، محمود محمود، مرجع سابق، ص٣٦٢.

الفـــرع الأول
الإتجاه المؤيد للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن نظام التحكيم من الأنظمة التي لا يمكن تجاهلها أو الإستغناء عنها، كنظام بديل لحل المنازعات على جانب من الأهمية بحيث يعادل قضاء الدولة الرسمي، ولا يمكن الإستغناء عنه في حل المنازعات ومنها المنازعات الإدارية، بل إن الدولة قد تكون المستفيد الأكبر من اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية، ويستند أصحاب هذا الرأي على الإعتبارات التالية:[١]

أولاً: عدم وجود ما يمنع اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

حيث لا توجد نصوص قانونية صريحة تحظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، على الرغم من أن التشريعات قد تضمنت نصوصاً لحظر التحكيم في بعض المسائل[٢]، فالتحكيم في المنازعات الإدارية لا يتعارض مع أي تأصيل تاريخي أو فكري أو سياسي أو اجتماعي أو إقتصادي، ولا يخالف أي من القواعد الأمرة، بل إن التردد الفقهي في تأصيل أساس حظر اللجوء للتحكيم يؤكد مشروعيته وجوازه[٣].

ويرى الباحث صواب هذا الرأي فعلى الرغم من أن قانون التحكيم قد وضع بعض الشروط والضوابط لمحل التحكيم بصورة عامة إلا أنه لم ينص على ذلك في مجال

(١)عبد الهادي بشار جميل (٢٠٠٥)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة، (ع٤)، (ط١)، عمان: دار وائل للنشر، ص٤٥.

(٢)حماده، عبد الرزاق حماده (٢٠١٣)، التحكيم في عقود البوت، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص١٥٤.

(٣) الخضير، خالد بن عبد الله، مرجع سابق، ص١٧٥.

العقود الإدارية، ومما يدل أن قانون التحكيم الأردني قد حظر صراحة التحكيم في بعض المسائل، ولم يورد الحظر على التحكيم في العقود الإدارية، ومن الأمثلة على ذلك نص المادة (٩) من قانون التحكيم الأردني[١] التي حظرت التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وأن النصوص الخاصة بجواز التحكيم مثل المادة (٣) جاءت على إطلاقها مما يعني جوازه.

ثانياً: لا يجوز تقييد الإدارة بطريقة الفصل في النزاع

للإدارة كامل الحرية في إختيار طريقة الفصل في نزاعاتها، فلا يجوز تقييد الدولة في طرق حل منازعاتها، فهي تمتلك الحق بإسقاط الدعوى والتنازل عنها أمام القضاء الإداري أو حتى الصلح مع الطرف الأخر، ولا يحق للقضاء الإداري إجبار الإدارة على الإستمرار في الدعوى حتى صدور حكم حاسم فيها، وإن كانت الإدارة تمتلك ذلك فيمكنها أن تختار النظام القضائي الذي يسري على منازعاتها[٢].

كما أن الإدارة تمتلك القوة السياسية والقانونية والإقتصادية والإجتماعية التي تؤهلها لإختيار الوسيلة المفضلة لها من أجل حل نزاعاتها، ومن ضمن هذه الوسائل التحكيم ما دام التحكيم يحقق مصالحها، وبما أن الدولة تمتلك الحق بإجراء العديد من التصرفات، كالتعاقد والتعيين، فما الذي يمنعها من اللجوء لتصرف قانوني مشابه ينتهي بحل المنازعة الإدارية عن طريق التحكيم[٣]، ويرى الباحث أن الإدارة لها الحق بإختيار وسيلة حل منازعاتها، فمن يمتلك الأكبر يمتلك ما دونه فإن كان من حق الإدارة التنازل عن الدعوى بأكملها فمن حقها أن تختار وسيلة الفصل بها.

(١) نصت المادة (٩) من قانون التحكيم على أنه «لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيبعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح».

(٢) بن زيد، عبد العزيز محمد علي، مرجع سابق، ص٥٤.

(٣) البطوش، عبد الله محمد سلامه، مرجع سابق، ص١٠٣.

ثالثاً: التحكيم لا يعني تنازل الدولة عن حصانتها القضائية أو النزول عن هيبتها

إن التحكيم من التصرفات القانونية المعروفة عالمياً والتي تمتلك خصائص وصور وشروط تميزه عن غيره من التصرفات التي لا يجوز للدولة الإنجرار إليها كونها تؤثر على سمعة وهيبة الدولة والتعامل بها يعني نزول الدولة عن جزء من هيبتها وسيادتها، فالتحكيم يختلف عن (الخبرة، والوساطة، والصلح، والتوفيق)، فهذه التصرفات تتسم بالودية والتنازل المتقابل من الطرفين عن جزء من حقوقهما[1].

ويرى الباحث أن التحكيم في جوهره قضاء من نوع خاص موجود بحكم القانون، ووجوده لا يعد بديلاً عن القضاء الرسمي للدولة، بل إن التحكيم يخضع في الغالب للقضاء الرسمي للدولة، ولا يمكن بحال من الأحوال إعتباره تصرفاً من التصرفات التي لا يمكن للإدارة اللجوء إليها وإن فعلت ذلك فإنه لا يعني إنتقاصاً من هيبة ووقار الدولة، وبالمحصلة لا يؤثر ذلك على سيادة الدولة.

رابعاً: المحكمين عادة ما يكونون من أصحاب الخبرة، إضافة لإستفادة الدولة من مزايا التحكيم

أكد أنصار هذا الإتجاه على أن المحكمين في الأعم الأغلب -يكونون متخصصين في مسائل فنية لا يمتلك القضاة الرسميون دراية واسعة فيها، وعادة ما يتجاوز القضاة هذه الإشكالية من خلال الإستعانة بخبير فني يتوقف أمر الفصل بالدعوى عليه مما يتطلب وقتاً ومالاً، ويمكن إختصار ذلك كله بتحكيم محكم أو هيئة تحكيم من أهل الدراية والخبرة في موضوع النزاع إبتداءاً مما يختصر الوقت والتكاليف لإنهاء النزاع[2].

(١) حماد، أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص٥٤ وما يليها.

(٢) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص٩٥.

كما أن لجوء الدولة لنظام التحكيم يجعلها تستفيد من المزايا التي يتصف بها التحكيم عن غيره من الأنظمة القضائية، ولعل من أهم مزايا التحكيم ما يلي:[١]

١. السرعة في فصل المنازعة، فإن إطالة أمد المحاكمة يؤدي إلى تعطيل المرفق العام، أو الحد من إنسيابية العمل به.

٢. الخبرة والدراية الكافية للمحكمين نتيجة إختيارهم من قبل أصحاب العلاقة والذي يختارونهم بناءاً على معرفتهم بموضوع النزاع.

٣. السرية في إجراءات المحاكمة فإن الدولة تفضل أن لا يعلم أي طرف في بعض القضايا لأنها تقلل من الثقة والإئتمان بها لدى الجمهور.

٤. البساطة والمرونة والسهولة في الإجراءات القضائية ويمكن للدولة أن تستفيد من حرية إختيار المحكم الذي يتصدى للمنازعة، وتجنب فكرة تنازع القوانين والاختصاص القضائي.

خامساً: قد تقتضي الضرورة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

إن الدولة قد تلجأ لنظام التحكيم تلبية لبعض الضرورات العملية، فكما ذكرنا سابقاً أن الدول لا تلجأ للتحكيم إلا تلبية لرغبات المستثمرين ورغبةً منها بجلب الأفراد وتشجيعهم على التعاقد معها، فالدولة قد تضطر للتعاقد مع الأفراد في مجلات معينة تشهد عزوفاً عن الإستثمار بها، و تحاول الدولة تشجيعهم عن طريق إنزال نفسها منزل الأشخاص العاديين، بهدف المحافظة على سير المرفق العام بانتظام وإطراد، فالدولة

(١) الجبران، صادق محمد محمد(٢٠٠٦)، التحكيم التجاري الدولي، وفقاً للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧، بحث في قانون التجارة الدولية، (ط١)، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص٢٢.

- انظر كذلك، سامي، فوزي محمد(٢٠١٢) ، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لاحكام التحكيم التجاري الدولي، (ط٦)، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ١٦ ومايلها.

- أنظر كذلك، الميعان، خالد عبد الكريم محمود، مرجع سابق،ص٢٠ وما يليها.

تتجاوز عزوف المتعاقدين وبطأ إجراءات التقاضي من خلال اللجوء لنظام التحكيم كبديل عن القضاء الرسمي للدولة[1].

وبالمحصلة النهائية يمكن للباحث أن يصل إلى نتيجة أن الأراء التي استند إليها الفقهاء المؤيدون، كانت اعتماداً على ما يحققه نظام التحكيم من منافع تعود على الدولة، كما أنهم قد استندوا إلى عدم وجود أي تنافر ما بين نظام التحكيم والقوانين والأنظمة والنظام العام للدولة، ويرى الباحث أن الإعتماد على الحجج السابقة دون لفت النظر للمصلحة العامة للدولة أمر غير مقبول، ولا يصح أن يكون أساساً لإباحة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لأن الأساس القانوني المتين يجب أن يرتكز إلى قواعد وأصول قانونية ونصوص تشريعية واضحة لا يمكن معها التأويل، فمن غير المقبول الإقدام على تصرف دون ان يكون له سند قانوني، لهذا وجب البحث عن السند القانوني الذي يدفع الإدارة للجوء للتحكيم.

وعلى ذلك فإن الباحث يرى أن الرأي الفقهي المؤيد قد بني على فرضيات وهذا أمر غير كافٍ، ومن الدلائل على هذا الإحتجاج بسرعة المحاكمة التحكيمية، فهذا الأمر لا يسري على إطلاقه، فعلى الرغم من أن ذلك هو الطابع العام للتحكيم إلا أنه على خلاف ذلك فقد يكون شديد البطأ في بعض الحالات، وهذا يفند الحجج التي ساقها أنصار هذا الإتجاه، ويرى الباحث أن الأساس الذي يجب أن يستند إليه الفقهاء في تأييد لجوء الدولة لنظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا بد أن يعتمد على معيار المصلحة العامة والتي تمثل النظام العام في القانون الإداري، ومن هذا المنطلق فالتحكيم قد يكون جائزاً أو غير جائز تبعاً لما يحقق من مصلحة عامة للدولة ويعود تقدير ذلك للإدارة العامة ذاتها.

(١) شهاب، عاطف بيومي محمد(٢٠٠١)، الإختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، القاهرة: جامعة عين شمس، ص٨٠.

الفـــرع الثاني
الإتجاه المعارض للتحكيم
في منازعات العقود الإدارية

تتمحور فلسفة الإتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى فكرة مفادها أن قواعد العقود الإدارية تستند إلى القانون الإداري وهي في حقيقتها تختلف عن قواعد القانون المدني الذي يستند إليه نظام التحكيم بأكمله ذلك أن قواعد القانون الإداري ذات خصائص وسمات تميزها عن غيرها من القواعد القانونية، بحفاظها على مبدأ سيادة الدولة والمحافظة على هيبتها وسموها، وإستمرار العمل في المرافق العامة بإطراد وانتظام.

وقد بنى هذا الإتجاه الفقهي رأيه على مجموعة من الحجج والأسانيد القائمة على الأسس والإعتبارات التالية[1]:

أولاً: إن اللجوء للتحكيم يتطلب إرادة من المشرع والخصوم

من المسلم به أن إرادة الخصوم على الإلتجاء للتحكيم في القانون الخاص أو العام لا يمكنها أن تحدث أثراً دون وجود إرادة من قبل المشرع، فيرى هذا الجانب من الفقه أن التحكيم يقوم على ركنين أساسيين، الأول «إتفاق التحكيم» والثاني «إرادة المشرع» وتتضح إرادة المشرع بإقراره لإرادة الخصوم بالإلتجاء للتحكيم صراحة فإن سكت عنها أو لم يذكرها أعتبر التحكيم غير مشروع، فلا تستشف إرادة الشارع ضمناً، ولا يوجد أي نص صريح يقر إرادة الإدارة والطرف الأخر بالإلتجاء للتحكيم في العقود الإدارية[2].

(١) جبير، مطيع علي حمود، مرجع سابق، ص٧٨٧.

(٢) بن زيد، عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص٤٤.

ثانياً: التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة

إن السيادة برأي هذا الجانب من الفقه من المسائل الجوهرية التي لا يمكن لدولة من الدول التنازل عنها جزئياً أو كلياً، وعلى ذلك فإن نظام التحكيم لا يمكن أن يكون جائزاً كون الإدارة برآيهم تفقد حقها في التصرف الملائم للمصلحة العامة، فقد ينم حكم التحكيم عما لا يتلائم مع المصلحة العامة ويجب على الإدارة الأخذ به لإلتزامها بحكم المحكم، الذي لجأت إليه بإرادتها حتى وإن كان مجحفاً بحقها،[1] ويكون المساس بسيادة الدولة من خلال التحكيم بناءاً على جانبين الأول في سلب الإختصاص القضائي للدولة والثاني في استبعاد القانون الوطني من التطبيق[2].

ويرى الباحث أنه من الممكن الرد على أنصار هذا الإتجاه بأنه وعلى فرض أن التحكيم يسلب الإختصاص القضائي للدولة إلا أن ذلك قد تم بموجب قانون صادر عن هذه الدولة مما يعني أنها لازالت تحافظ على سيادتها، كما أن القانون الوطني لا يمكن إستبعاده بشكل دائم من التطبيق بل إن القواعد المكملة بالغالب هي التي تستبعد، بينما أن المحكم يلتزم بالقواعد القانونية الأمرة.

ثالثاً: إن اللجوء للتحكيم يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات والإعتداء على النظام العام

إن اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية وفقا لما يراه أصحاب هذاالإتجاه يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطتين (التنفيذية، والقضائية) بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فالتحكيم يمثل نظاماً قضائياً خاصاً يؤدي بالمحصلة النهائية للفصل بالدعوى وذلك شبيه بعمل السلطة القضائية، فالإدارة يمكنها أن ترفض عرض

(١) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص٥٠.

(٢) للمزيد أنظر ذات الدراسة ص٨٤.

الدعوى الإدارية على القضاء المدني فكيف لها أن ترفض القضاء المدني وتقبل بنظام التحكيم، والذي يقوم عليه اشخاص عاديون، علاوة على أن الإدارة عندما تختار نظام التحكيم وتستبعد القضاء الرسمي ففي هذه الحالة تكون الإدارة قد غلت يد السلطة القضائية عن نظر الدعوى، وتدخلت في إختصاصها الولائي[١].

وقد ذهب جانب من الفقه المقارن إلى ان اللجوء للتحكيم يخالف أحكام الدستور والنظام العام، ويفسر أصحاب هذا الرأي فكرة النظام العام في القواعد الإدارية على أنها تحقيق المصلحة العامة وتغلبها على المصلحة الخاصة[٢]، وعلى ذلك فلا يجوز اللجوء للتحكيم برآيهم إلا بموجب نص صريح لأنه يخالف فكرة النظام العام في القواعد الإدارية، فالمنازعة العقدية التحكيمية التي تعرض على هيئة التحكيم تتساوى بها الأطراف ولا تستفيد الإدارة من فكرة المصلحة العامة للدولة[٣].

ويرى الباحث أن هذا الرأي قد جانب الصواب لأن فكرة المصلحة العامة هي فكرة نسبية، فقد تكون الإدارة ذات مصلحة في اللجوء للتحكيم، ويمكنها تقدير ذلك، ففي بعض الآحيان تطمع الإدارة بالإستفادة من ميزات التحكيم المختلفة، وعندما تستفيد الإدارة من هذه الميزات فإنها تحقق المصلحة العامة، وهذا يفند الرآي القائل بمخالفة التحكيم في منازعات العقود الإدارية للنظام العام في القانون الإداري.

رابعاً: إن اللجوء للتحكيم يتعارض مع مبدأ المشروعية ويقلل الثقة بالقضاء الوطني

إن اللجوء للتحكيم في المنازعات العقدية الإدارية دون وجود نص قانوني أو تشريع

(١) ساري، جورجي شفيق، مرجع سابق، ص١٠٧ وما يليها.

(٢) الشريف،عزيزه، مرجع سابق، ص١١٤.

(٣) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص٥٤.

يغطي ذلك، الأمر الذي يؤدي للمساس بالقواعد المتعارف عليها فالأصل أن كل تصرف قانوني يجب أن يتوفر سند له، فاللجوء إلى التحكيم يعتبر تغير في قواعد الولاية القضائية، وتصرف يفتقر للسند القانوني أو حتى إن توافر ذلك في التحكيم فهو لا يمتلك القوة القانونية المعادلة لقواعد الولاية القضائية التي وثقتها أغلب دساتير العالم.[١]

وقد رآى جانب من الفقه أن اللجوء للتحكيم من قبل الدولة التي تملك قضاء رسمياً له مؤسساته وكيانه المستقل ينم عن عدم ثقة الدولة بقضائها الرسمي مما يولد شعوراً لدى المواطنين بأن القضاء ضعيف، كما أن ذلك قد يقلل إهتمام هيئات الدفاع في الحفاظ على مصالح الدولة العامة، فالقضاء الإداري عادة لا يكون محايداً بل إن درجة حياديته تنتهي عند المصلحة العامة للدولة، أما نظام التحكيم فإنه يحاول التوفيق ما بين مصالح الخصوم[٢].

خامساً: تتمتع الإدارة بأهلية مقيدة

إن الجهات الإدارية في الدولة تقوم بإبرام العقود، ويشترط أن تكون الدولة متمتعة بالأهلية للقيام بالتصرف القانوني، وفي حالة الدولة فإن أهليتها تكون مقيدة بتوافر النصوص التشريعية التي تجعل من تصرفاتها مشروعة مكتملة الأهلية القانونية، ففي حال عدم جود نص داخل التشريع يدل على جواز التحكيم في العقود الادارية، فإن ذلك يدل ضمناً على أن التشريع قد حظره[٣].

(١)جبير، مطيع علي حمود، مرجع سابق، ص٧٩٠.

- نصت المادة (١٠٢) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية «تمارس المحاكم النظامية في المملكة الاردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الاشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء الى محاكم دينية او خاصة بموجب احكام هذا الدستور او اي تشريع اخر نافذ المفعول».

(٢) احمد، محمد طه سيد، مرجع سابق، ٧٢ وما يليها.

(٣) الكحلاوي، رجب محمد السيد، (٢٠١٠) حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود=

ويرى الباحث أن وجود نص قانوني يجيز اللجوء للتحكيم ليس أمراً وجوبياً لإنعقاد أهلية الإدارة بإجراء التصرف القانوني، بل إن أهلية الإدارة تنعقد ضمناً في الحالات التي لم يقم القانون بالتعريج عليها وذكرها، فالأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد ما يثبت عكسها، وعلى ذلك فإن الباحث يرى أنه من الجائز للإدارة الإتفاق على التحكيم رغم عدم وجود نص يبيح ذلك.

سادساً: عدم توافر الضمانات الكافية في نظام التحكيم[1]

إن احد أهم اسباب رقي وتطور نظام التحكيم هي الحيدة والإستقلال عن غيره لكن هذا الأمر يزيد الوضع خطورة، فبالغالب الأعم تكون الشركات التي تتعاقد معها الدولة من الشركات العملاقة التي تمتلك الأموال والأصول التي تؤهلها لكي تقدم مبالغ للمحكمين والموظفين من أجل مخالفة الحقيقة، فقد يقوم احد المستثمرين او دولة طرف في منازعة إدارية بالضغط على المحكم بأي وسيلة من أجل ان يقوم بتغيير قرار حكمه[2].

ويرى الباحث أن هذه الحجة غير صحيحة فالدولة وإن تعاقدت مع بعض المستثمرين أو بعض الشركات المتنفذة إلا أن هذه الشركات والمستثمرين يمكنهم أن يمارسوا الضغوط ذاتها على قضاة المحاكم الرسمية، فيمكنهم تقديم المبالغ المالية والنقدية لهم بحيث يتلاعبوا بقرارات الأحكام، ولا يمكن التذرع بأن القاضي الرسمي أكثر التزاماً وعليه رقابة اشد من المحكم، لأن هذا ما هو إلا معيار شخصي نسبي يختلف من شخص لآخر.

=الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، سابق، ص٧٨.

- في ذات الموضوع ورد في قرار لمجلس الدولة في مصر «أن اهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف بالاعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوط بها تحقيقها، إنما هي أهلية محددة تنظمها القوانين المنشئة لها».

- ورد في حماد، أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص٤١.

(١) ساري، جورجي شفيق ساري، مرجع سابق، ص٨٣ وما يليها.

(٢)جبير، مطيع علي حمود، مرجع سابق، ص٧٩١.

سابعاً: وجود تنافر ما بين التحكيم في منازعات العقود الإدارية والنظام العام

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه يوجد تعارض أو تنافر ما بين التحكيم في العقود الإدارية والنظام العام[1]، كما يرى جانب آخر من الفقه أن العقود الإدارية بحد ذاتها من النظام العام الذي لا يجوز الصلح به، ويتمثل النظام العام في الجانب الإداري في المصلحة العامة، و فكرة الصالح العام والصالح الخاص الذي يعدّ جوهر الإختلاف بين العقود المدنية والإدارية[2].

ويرى الباحث أنه يمكن الردّ على ذلك بأن مسألة النظام العام في القانون الإداري تختلف عن مثيلتها في القانون المدني إلا أن نظام التحكيم في حقيقته يجمع ما بين المصلحتين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، الأمر الذي يدفع الباحث لترجيح جوازه لإتفاقه مع النظام العام في القانون الإداري، فتقدير المصلحة العامة يعود للإدارة ووفقا لذلك لا يمكنها اللجوء للتحكيم إلا إذا كان أصلح لها ويحقق المصلحة العامة.

وفي المحصلة النهائية يرى الباحث أن كلا الإتجاهين الفقهيين قد وضع من الحجج والأسانيد ما يكفي لتأييد رآيه، إلا أن الباحث يميل إلى الرأي القائل بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، تماشياً من الإدارة مع روح العصر والثورة الإقتصادية الحاصلة والإنفتاح المتسارع بين الدول والأفراد، لذلك حاولت الدول تشجيع الأفراد على التعامل معها بثقة دون خوف من إنحياز القضاء الرسمي أو تغليبه لمصلحة عامة على مصلحة خاصة، وكذلك سرعة الفصل لدى هيئات التحكيم.

كما أن الباحث يؤيد اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية نظراً لعدم وجود

(١) ساري، جورجي شفيق (٢٠٠٥)، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مدجال العقود الإدارية، (ط٢)، القاهرة: دار النهضة العربية، ص١٦٤.

(٢) الشريف، عزيزة، مرجع سابق، ص١١٤.

أي مانع قانوني يحظر على الإدارة اللجوء للتحكيم، كما أن تقييد الإدارة بسلوكٍ معين لحل منازعاتها يعتبر أمراً مخالفاً للقانون والمنطق، كما يشار إلى أن لجوء الدولة للتحكيم لا يعتبر تنازلاً منها عن سيادتها وحصانتها وهيبتها في مواجهة الأفراد لأن ذلك يتم بموجب قانون التحكيم الوطني، ومما يعزز رأينا أن المحكمين في الغالب يكونون من أصحاب الخبرة الفنية العالية وهذا الأمر يخدم في سرعة وجودة الفصل في المنازعة التحكيمية، كما يمكننا الملاحظة أن فكرة التحكيم لا تتعارض مع فكرة النظام العام لأن التحكيم المحايد يؤدي لتحقيق المصلحة العامة من خلال إحقاق الحقوق وإعادتها لأصحابها وهذا بدوره يؤدي للحفاظ على النظام العام.

***

المطلـــــب الثاني
موقف التشريع والقضاء
من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

في الحقيقة أن إختصاص النظر في المنازعات الناشئة عن العقـود الإداريـة ينعقـد للمحاكم الإدارية بموجب القانون[1]، ونظراً لذلك فقد أثار التحكيم في منازعات العقـود الإدارية تجاذبات في التشريع والقضاء المقارن، وانعكست هذه التجاذبات علـى التشـريع والقضاء الوطني، وسيقوم الباحث ببيان موقف التشريع والقضاء الوطني والمقـارن مـن مسألة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال الفرعين التاليين:

***

(١) ومن التشريعات المقارنة التي نصت على إختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية القانون المصري حيث نص في المادة (١٠) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بخصوص مجلس الدولة «... حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد أداري آخر».

الفـــــرع الأول
موقف التشريع من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يستند التحكيم بشكل عام كنظام لحل المنازعات إلى إرادة أطراف العلاقة التعاقديةً، فالتحكيم نشأ أصلاً كنظام لحل المنازعات قبل ظهور القضاء، إلا أن الأمر يصبح اكثر تعقيداً بالنسبة للعقود الإدارية، فرغم الأهمية البالغة لنظام التحكيم إلا أن التشريع المقارن قد أنقسم حول إجازته في العقود الإدارية فمنهم من حظره أو من أجازه بشكل مطلق ومنهم من أجازه بشكل مقيد، ولكل دولة من هذه الدول ما يكفيها من الأسباب لذلك، وسوف يقوم الباحث بتناول موقف التشريع المقارن والتشريع الوطني من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال البندين التاليين:

أولاً: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع المقارن

لقد ظهر إتجاهان تشريعيان في مسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد أجازت بعض التشريعات صراحة أو ضمناً اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الادارية ومن هذه الدول(المملكة العربية السعودية، الأردن، مصر، العراق، البحرين، سوريا)، وعلى صعيد آخر فقد حظرت كل من(فرنسا، بلجيكا، تونس، الجزائر، لبنان) اللجوء للتحكيم من قبل أشخاص القانون العام.

أ- الإتجاه المؤيد:

لقد أجاز المشرع المصري اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا أنه اشترط موافقة الوزير المختص ولا يجوز التفويض في ذلك، وقد نصت على ذلك المادة

(١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري «... وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك»، فالتشريع المصري من التي تؤيد اللجوء إلى التحكيم.

إلا أن البعض يرى أن التشريع المصري في حقيقته يعارض فكرة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ويستند أنصار هذا الرأي لقانون مجلس الدولة المصري[١]، والذي حصر النظر في المنازعات الإدارية بمجلس الدولة المصري، ومما يؤكد على ذلك برآيهم نص المادة (١٧٢) من الدستور المصري والذي اكد على اختصاصات مجلس الدولة ومنها الفصل في المنازعات الإدارية[٢] وعلى ذلك فلا يجوز المساس بإختصاصات المجلس في حال من الأحوال كون ذلك قد ورد بنص الدستور والقانون[٣]،وقد شهد التشريع المصري عدة مراحل تراوحت ما بين الجواز والحظر، حتى استقر على إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية[٤]، ويشترط المشرع المصري لجواز التحكيم في

(١) نصت المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة على إختصاصاته ومنها النظر في المنازعات الإدارية دون غيرها حيث جاء فيها «...المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام او الاشغال العامة او التوريد أو أي عقد إداري أخر».

- قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ منشور على الجريدة الرسمية رقم ٤٠ في ١٩٧٢/١٠/٥، منشورات مركز عدالة.

(٢) نصت المادة ١٧٢ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على أن «مجلس الدولة هيئة قضائية، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى الإدارية ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى».

- دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١، منشروات مركز عدالة.

(٣) المغربي، محمود محمود، مرجع سابق، ص٣٧٥.

(٤) لقد مر التشريع المصري بثلاثة مراحل متعاقبة في تطوره بالنسبة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، كما يلي:

المرحلة الأولى: تميزت هذه المرحلة بصمت المشرع المصري وعدم تناوله فكرة التحكيم في المنازعات الإدارية=

منازعات العقود الإدارية موافقة الوزير المختص وأخذ رأي الجمعية العمومية لقسم الفتاوى والتشريع لمجلس الدولة، والإستمرار في تنفيذ العقد[1].

وقد أنتهج المشرع العراقي ذات النهج بإجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث نصت المواد من (٢٥١) حتى (٢٧٦) على التحكيم بشكل عام، وقد نصت المادة

=بشكل مطلق، فلم يتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ذلك بين طياته بشكل صريح، وقد شهدت هذه المرحلة تباين في الآراء الفقهية بين من يرى ان سكوت المشرع إجازة ومن رآى أن سكوت المشرع يمثل حظراً للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة صدور القانون رقم ٩٤/٢٧ والتي شهدت تعميق النزاع ما بين الفقه المؤيد والفقه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع المصري حيث صدر القانون رقم ١٨ لعام ١٩٩٤ والذي نص في المادة (١) منه على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التتحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا يجري في الخارج واتفق اطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون»، وقد ظهر خلال هذه المرحلة إتجاهان فقهيان الأول أيدته محكمة إستئناف القاهرة والآخر يعارض التحكيم في منازعات العقود الإدارية وأيدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

المرحلة الثالثة: مرحلة صدور القانون رقم ٩٧/٩ وقد تم في هذه المرحلة حسم الخلاف حول التحيكم في منازعات العقود الإدارية، فقد نص القانون رقم ٩٧/٩ في المادة (١) على أنه «تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية، نصها الآتي: وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك»، ويدل هذا النص بشكل واضح على تبني المشرع المصري لنهج يؤيد اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية وأن الوزير بإستطاعته أن يقوم بذلك دون السماح له بتفويض هذه الصلاحية لغيره.

- عباس، وليد محمد، مرجع سابق، ص١٧٦ وما يليها، جبير، مطيع علي حمود، مرجع سابق، ص٧٨٦ وما يليها، والمصري، حازم بيومي، مرجع سابق، ص٢٥٥ وما يليها، والرفاعي، أشرف عبد العليم، مرجع سابق، ص٣٨٥ ومايليها .

(١) أنظر كذلك، خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (٢٠١٤)، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكماً، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص٣٦٩ومايليها .

(٢٥١) منه على إجازة إتفاق التحكيم بشكل عام دون ان تقيده بنوع معين من التحكيم، ويستشف من هذا القانون ضمناً أن المشرع العراقي يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وقد أجاز المشرع العراقي في قوانين خاصة أخرى اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية مثل قانون التعاون رقم (٢٠٢) لسنة ١٩٧٠[١].

أما بالنسبة لموقف المشرع السعودي من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية فقد أجازت المادة (٣) من المرسوم م/٤٦ اللجوء للتحكيم في المنازعات الادارية حيث جاء بها النص على انه «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم»، ويمكن الإستدلال من خلال هذا النص إلى ان المملكة العربية السعودية، قد أجازت التحكيم واشترطت موافقة رئيس مجلس الوزراء[٢].

أما بالنسبة لمملكة البحرين فقد شهد نظام التحكيم فيها تطورات متلاحقة فقد كانت بداية التحكيم في البحرين (بالمجلس العرفي) والذي أنشأ لحل الإشكاليات المتعلقة بإستكشاف المياه الجوفية، ومن ثم تطور الأمرحتى نظمت البحرين التحكيم ضمن مواد قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بموجب قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ ضمن المواد (٢٣٣) لغاية (٢٤٣)، وفيما يتعلق بموقف المشرع البحريني من التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإنه لم يورد أي نص صريح يجيز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، إلا أن هيئة التشريع والإفتاء القانوني أجازت ذلك، حيث جائت النصوص عامة واستخدمت عبارات فضفاضة مثل «الخصوم» و«الأطراف»

(١) علي، عثمان ياسين، مرجع سابق، ص٧١.

(٢) للمزيد أنظر، الخضير، خالد بن عبد الله (١٤٣٢هـ)، التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، الرياض: مجلة القضائية، (ع١)، ص١٣٤-١٥٦.

والتي يستشف منها إجازة اللجوء للتحكيم في منزعات العقود الإدارية[١].

أما المشرع المغربي فقد أتخذ موقفاً معارضاً لتحكيم بموجب القانون ٣٠٦ لسنة ١٩٩٤ إلا أنه عاد وأجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ضمن شروط بموجب الفصل (٣١٠) من قانون المسطرة المدنية المغربي، حيث جاء فيها «.... بالرغم من أحكام الفقرة الثانية من الفصل ٣١٧ أدناه، يمكن ان تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم، في دائرة التقييد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليهما في نصوص التشريعية او التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المعنية»[٢].

ب- الإتجاه المعارض:

تزعمت فرنسا الإتجاه التشريعي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية، فقد أتخذت موقفاً متشدداً من لجوء الدولة للتحكيم[٣]، ويتضح هذا الموقف من خلال القانون المدني الفرنسي رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٧٢ فقد نص في المواد ٢٠٦٠ و ٢٠٦١ على الحالات التي لا يجوز فيها اللجوء للتحكيم، ومن ضمنها المنازعات الإدارية حيث جاء النص فيها على أنه «لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأن مسائل الحالة وأهلية الأشخاص، بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق وبالإنفصال الجسدي، أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة، وعموماً في المسائل جمعيها التي تتعلق بالنظام العام»، اما المادة ٢٠٦١ قد نصت على بطلان أي شرط تحكيم ما لم ينص على إجازته القانون صراحة[٤].

(١) أنظر، الحمادي، مال الله جعفر عبد الملك، مرجع سابق، ص٨٨١ وما يليها.

(٢) قانون المسطرة المدنية المغربي رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٤ منشور بالجريدة الرسمية عدد ٣٢٣٠ مكرر، بتاريخ ١٣ رمضان ١٣٩٤ هـ ٣٠ سبتمبر ١٩٧٤ صفحة ٢٧٤١، بموجب التعديل الصادر بتاريخ ٢٠ مارس ٢٠١٤.

(٣) الكحلاوي، رجب محمد السيد،مرجع سابق، ص٧٥ وما يليها.

(٤) ورد في، البطوش، عبد الله محمد سلامه، مرجع سابق، ص٨٧.

يستفاد من المواد ٢٠٦٠و٢٠٦١ أن المشرع الفرنسي يحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا في حالات إستثنائية وضمن شروط ولا يجب التوسع بها، مع وجود نص قانوني يجيز ذلك صراحة، ويعود سبب إنتهاج المشرع الفرنسي لهذا النهج حماية لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية، وحرص المشرع الفرنسي- على الحفاظ على النظام العام وما تحتويه المصلحة العامة [١].

وعلى الرغم من هذا الحظر الصريح والواضح للتحكيم في المنازعات العقود الإدارية الفرنسية إلا أن إجتهادات الفقه والقضاء قد رأت أن مضمار الحظر ينحصر في مجال التحكيم الداخلي وأن التحكيم الدولي لا يشمله الحظر، ونظراً لذلك فقد تطور الموقف التشريعي الفرنسي بحيث أصبح أكثر توازناً ونص على بعض الإستثناءات في مجال التحكيم الإداري مثل الإستثناء الوارد على مرفق البريد والاتصالات والذي مكن هذا المرفق من اللجوء للتحكيم بتاريخ ٢ يوليو ١٩٩٠ [٢].

أما في لبنان فقد انتهج المشرع اللبناني المنهج الفرنسي- في حظر التحكيم الإداري الداخلي وإجازة التحكيم الإداري الدولي، وقد نص على ذلك في المادة ٨٠٩/٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الصادر١٩٨٣حيث جاء فيها « يحق للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العامين اللجوء إلى التحكيم الدولي»، ورغم هذا الحظر إلا أن المشرع اللبناني عاد وقيد هذا الحظر أي أنه لم يجعله على إطلاقه بل وضع عليه إستثناءات وردت في القانون رقم ٤٤٠ لعام ٢٠٠٢ حيث نصت المادة (٧٦٢/٢) على أنه «.. لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذا في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في

(١) جواد، محمد علي (٢٠١٠)، العقود الدولية، مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، (ط١)، ص٢٢٤.

- أنظر كذلك، حماد، اشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص٨٨.

(٢) العصار، يسري محمد، مرجع سابق، ص١٠٤.

مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام»[1]، وعلى ذللك يتبين أن المشرع اللبناني قد أجاز التحكيم الدولي دون التحكيم الداخلي[2].

بعد أستعراض موقف التشريعات المؤيدة والمعارضة للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، يمكن للباحث أن يستنتج أن التشريعات المؤيدة والمعارضة، قد وضعت الأمر في موقع متوسط دون أن تحسمه، فالتشريعات المؤيدة لم تؤيد اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية بشكل مطلق بل قيدت ذلك ببعض الشروط كموافقة رئيس الوزراء أو الوزير، وأشترط بعضها موافقة مجلس الدولة وغيرها، كما أن الدول التي منعت التحكيم في المنازعات العقدية الإدارية، قد حظرت ذلك وفق ضوابط وشروط ووضعت إستثناءات على حظرها، كوجود نص قانوني يمنع اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وعلى ذلك فإن الباحث يرى بأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية أمر لا غنى عنه وإن كانت بعض الدول قد أجازته أو منعته بإستحياء إلا ان الفريقين لا يمكنهما الإستغناء عنه، كما بينت آنفاً.

ثانياً: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الأردني

في حقيقة الأمر لم يرد في قوانين التحكيم الأردنية المتعاقبة[3] النص على إجازة

(١) القانون المدني اللبناني رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢ منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٣، بتاريخ ٢٠٠٢/٨/١.

(٢) الشيخ، عصمت عبد الله، مرجع سابق، ص٢٠٣.

- للمزيد حول ذلك أنظر، المغربي، محمود محمود، مرجع سابق، ص٣٩٩-٤١٣.

(٣) كانت الأردن من الدول العربية السباقة التي أفردت تشريعاً مستقلاً للتحكيم في حين كانت معظم الدول العربية تفرد فصولاً خاصة بالتحكيم في تشريعاتها المدنية أو قوانين أصول المحاكمات المدنية، حيث أصدر المشرع الأردني أول قانون للتحكيم عام ١٩٥٣ وهو القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ والذي تم تعديله بموجب القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ المنشور على صفحة الجريدة الرسمية رقم ٢٧٢ من العدد ١٦٠٣ بتاريخ ١٩٦٢/٣/١ وبقي ساري المفعول حتى ألغي بموجب القانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١. =

التحكيم في منازعات العقود الإدارية أو حظره، وهذا الأمر لا ينكر إحتياج الإدارة له لا سيما في تعاملاتها مع المستثمرين، فالمستثمرين غالباً ما يفضلون اللجوء للتحكيم، والإدارة تحاول تلبية إحتياجات المرفق العام من خلال تشجيع المستثمرين من خلال إخضاع العلاقة التعاقدية للتحكيم، وقد دفع ذلك الإدارة إلى تفسير صمت المشرع عن النص الصريح بإجازة أو حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على أنه موافقة وإجازة[1].

وعند صدور قانون التحكيم الأخير رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ بقي الحال على ما هو عليه[2]، حيث نصت المادة (٣) فيه على أنه «تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أم غير عقدية»، يمكننا الملاحظة من خلال النص السابق أن المشرع الأردني لم يحسم موقفه من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وعلى الرغم من هذا إلا أن جانباً من الفقه يرى بأن نص المادة (٣) قد جاء على إطلاقه بحيث يشمل جميع أفرع القانون ومن ضمنها القانون الإداري، وأن ذكر المشرع لعبارة «أشخاص القانون العام أو القانون الخاص «تعني بأن الإدارة يمكنها أن تكون طرفاً في التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لأن معظم التصرفات العقدية التي تكون الإدارة طرفاً فيها تكون منازعات عقدية إدارية ولا تكون مدنية أو تجارية فحسب[3].

=- للمزيد أنظر، الجازي، عمر (٢٠٠٢)، إتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني الجديد لعام ٢٠٠١، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، (ع٢٢)، ص٢٣ وما يليها.

(١) شطناوي، علي خطار (١٩٩٢)، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤته، (ع٥)، ص٨٨ وما يليها.

(٢) لم يرد في القانون السابق للتحكيم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ نص صريح على جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.

(٣) عبد الهادي بشار جميل (٢٠٠٥)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٨.

ومما يعزز هذا الرأي ما ورد في المادة (١٧) من قانون استقلال القضاء حيث نصت على جواز التحكيم في العقود الإدارية بقولها: «يجوز أن يعين القاضي محكما بطلب من مجلس الوزراء بناء على تنسيب المجلس اذا كانت الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة طرفا في النزاع المطلوب فصله بطريق التحكيم او كأن النزاع ذا صفة دولية ويعود للمجلس الحق في تقدير بدل اتعابه»[١].

كما نصت المادة (٤٣) من قانون الإستثمار الأردني على أنه «تسوى نزاعات الإستثمار بين الجهات الحكومية والمستثمر ودياً خلال مدة أقصاها ستة أشهر، وبخلاف ذلك لطرفي النزاع اللجوء للمحاكم الأردنية أو تسوية النزاعات وفقاً لقانون التحكيم الأردني أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات بإتفاق الطرفين»[٢]، فقد أجازت هذه المادة للجهات الحكومية والمستثمرين اللجوء للتحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني.

وقد دفع إمتناع المشرع الأردني عن إيراد نص صريح يحظر التحكيم في العقود الإدارية العديد من المؤسسات والدوائر الرسمية والأجهزة الإدارية والحكومية وجهات عامة أخرى على إيراد شرط التحكيم صراحة في العقود التي تبرمها مع افراد القانون الخاص، كما أن بعضها نص على اللجوء للتحكيم قبل الذهاب الى القضاء الرسمي في عقودها، وذلك من باب أن الأصل في الأمور الإباحة.[٣]

(١) قانون استقلال القضاء رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٤ المنشور على الصفحة ٦٠٠١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٣٠٨ بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٦، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(٢) قانون الإستثمار الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٤ منشور على الصفحة رقم ٦٠٢٣ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٣٠٨ بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٦، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(٣) شطناوي، علي خطار (١٩٩٢)، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤته، (م٧)، (ع٥)، ص٨٨ وما يليها.

ويرى الباحث أنه كان من الأجدى بالمشرع الأردني وضع مادة صريحة تجيز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التعاقدية الإدارية كما فعل المشرع المصري الذي أورد نصاً صريحاً يفيد بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (١) من قانون التحكيم المصري النص على أنه «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض بذلك».

***

الفـــــرع الثاني
موقف القضاء من اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

تباينت مواقف القضاء المقارن من مسألة اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد أيدت بعض النظم القضائية ذلك وحظرته أخرى، وسأتناول فيما يلي موقف القضاء المصري والفرنسي، وسيتم أيضاً بيان موقف القضاء الوطني من اللجوء للتحكيم:

أولاً: موقف القضاء المقارن (مصر، فرنسا)

لقد كان موقف القضاء المصري دائراً بين التأييد والمعارضة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، نظراً لعدم وجود تشريع واضح يعالج المسألة، ففي البداية إتجه قضاء مجلس الدولة المصري لرفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية واعتباره بمثابة إعتداء على الإختصاص الولائي للقضاء الإداري المصري، كما أنه استند إلى أن أهلية الشخص العام في التصرف تكون بوجود نص قانوني يستند إليه، إلا أن هذه الفتوى تغيرت وأصبح مجلس الدولة يؤيد اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إستناداً لنص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة والذي يلزم الإدارة بعدم الاتفاق على اللجوء للتحكيم في الدعاوى التي تزيد على خسمة ألاف جنيه إلا بعد أخذ رأي مجلس الدولة في ذلك.[١]

(١) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص٩٦ وما يليها.

وقد نصت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية جائز كوسيلة من وسائل تسوية النزاع وذلك طبقاً لنص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات، وقد أكدت المحكمة على أن وجود مثل هذا الشرط يؤدي إلى عدم سماع المحكمة للدعوى ابتداءاً لوجود شرط التحكيم، ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف القاهرة إلى إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية[١]، وقد أكدت على ذات الأمر محكمة القضاء الإداري المصري[٢] إلا أن المشرع المصري قد تدخل ليحسم النزاع ويضبط الأمر لاحقاً بإصداره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي نص صراحة على جواز التحكيم بموافقة الوزير[٣].

أما في فرنسا فيعتبر القضاء الإداري الفرنسي- في طليعة الإتجاه المعارض للجوء

(١) يظهر موقف محكمة الإستئناف المصرية من خلال الحكم الصادر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ تعقيبا على فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ حيث تتلخص وقائع هذه الدعوى بأن المجلس الاعلى للآثار أبرم عقدا مع شركة جلتسير سيلفر نايت الإنجليزية للمقاولات بخصوص بناء وتنسيق الموقع الخارجي لآثار النوبة بمحافظة آسوان، وقد اتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم في حالة حدوث نزاع، وقد طعنت الحكومة المصرية بإتفاق التحكيم إستنادا لنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة، والمادة (١١) من قانون التحكيم المصري، وقد ردت محكمة الإستئناف المصرية الطعن المقدم من الشركة والتي ترفض به التمسك بشرط التحكيم.

أنظر أيضاً، حماده، حماده عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، مرجع سابق، ص١٥٤ وما يلها.

(٢) يتضح ذلك من خلال حكم للمحكمة الإدارية المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩٦/١/٢٨ «في الدعوى التي اقامها وزير الأشغال العامة والموارد المائية ضد مجموعة شركات الأوروبية التي تقوم بتنفيذ مشرع قناطر إسنا الجديدة والتي يطلق عليها إسم (الكونسومتيوم) والتي طلب من خلالها إبطال حكم هيئة التحكيم الصادر بتاريخ ١٩٩٤/١/١٥ في القضية التحكيمية رقم ١٩٩٢/٢٩ المرفوعة من المدعي أمام مركز القاهرة للتحكيم التجاري والدولي».

- ورد الحكم في، البطوش، عبد الله محمد سلامة، مرجع سابق، ص٩٥.

(٣) نصت المادة (٢/١) من قانون التحكيم المصري على أنه «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك».

للتحكيم في منازعات العقود الإدارية منذ فترة طويلة وقد كان أولى قرارات مجلس الدولة الفرنسي التي تحظر اللجوء للتحكيم عام ١٨٢٤ في قضية (أوفرار) وقد تقرر في هذه القضية عدم جواز اللجوء للتحكيم من قبل الإدارة، ثم تلى هذا الحكم في قضية (بوير) والتي اكدت على ذات المعنى وقد زاد مجلس الدولة الفرنسي من نطاق الحظر ليشمل جهات وعقود إدارية أخرى[١].

أما بالنسبة لأحكام القضاء المدني الفرنسي فقد أتخذت موقفاً مشابهاً لموقف مجلس الدولة الفرنسي في مسألة التحكيم الإداري الداخلي من حيث الحظر المطلق له، أما على صعيد التحكيم الدولي، فقد أجاز ذلك حتى وإن لم يكن هنالك إتفاق دولي او قانون يجيز ذلك، ويتضح ذلك ايضاً من حكم لمحكمة إستئناف باريس صادر بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٩٤، حيث قضت به على أن الحظر مقصور على التحكيم الداخلي دون التحكيم الخارجي[٢].

وعلى ذلك فإن القضاء الفرنسي بشكل عام قد أتخذ موقفاً متشدداً من اللجوء للتحكيم، وقد بين مجلس الدولة الفرنسي سبب الحظر حيث قال مجلس الدولة أن الوزراء ومن يمثلهم لا يستطيعون اللجوء للتحكيم لمخالفته لنص المادة (١٠٠٤) و (٨٣) من قانون الإجراءات المدنية، كذلك نقص أهلية الجهات الإدارية والتي تعني عدم وجود نص قانوني يمكن الإستناد إليه من جهة الإدارة عند قيامها بالتصرف القانوني[٣].

(١) ساري، جورجي شفيق(٢٠٠٥)، مرجع سابق، ص١٢٨.

(٢) ورد في حكم لمحكمة استئناف باريس أن «الحظر الواردعلى الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا ما كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية، ولا يعد ها الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي، والذي يحظر على الشخص العام المتعامل في التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من أتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقاً».

– مشار إليه لدى، حماد، أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص٤٤.

(٣) الشيخ، عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٦٨.

ثانياً: موقف القضاء الأردني من اللجوء للتحكيم

لقد استقر موقف القضاء الأردني على إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك في ظل قانون التحكيم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣، ويتضح ذلك من موقف محكمة التمييز ذات الولاية في النظر بالدعاوى الخاصة بالتحكيم، ومن أبرز أحكامها في هذا المضمار ما نصت عليه بخصوص قانون الجمارك رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٨ [(١)]، حيث جاء في متن القرار «إن المادة ٧٨/ب من قانون الجمارك على أنه إذا ما تم خلاف ما بين الدائرة وأصحاب العلاقة حول مواصفات البضاعة أو منشئها يحال الأمر إلى المدير فإذا لم يقبل صاحب العلاقة بالقرار الصادر فله الحق في اللجوء إلى التحكيم»[(٢)]، ويستشف من القرار السابق ونص المادة الوارد فيه أن محكمة التمييز لم تعلق على لجوء الدائرة والأطراف للتحكيم في حال وجود خلاف مما يدل على جوازه.

وقد تبنى قضاء محكمة العدل العليا منهج النأي بالنفس عن النظر في منازعات العقود الإدارية لأن إختصاصاتها وردت على سبيل الحصر، الأمر الذي أدى لفتح الباب على مصراعيه أمام التحيكم في منازعات العقود الإدارية، لأن طرفي العقد سيخضعان للمحاكم العادية المدنية والتي سوف تتعامل مع جميع الأطراف بمساواة دون تغليب لمصلحة الإدارة على الأفراد، ومن هنا نرى بأن محكمة العدل العليا لم تعارض أو تؤيد اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية صراحة لعدم دخولها في الموضوع ورد ما يردها من دعاوى لعدم اختصاصها الولائي بنظرها.[(٣)]

---

(١) لقد تم النص على التحكيم في قانون الجمارك الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته في الفصل الرابع، وقد تم إلغاء هذا القانون بموجب قانون الجمارك ٢٠ لسنة ١٩٩٨ .

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٩٨/١٥٩٧، هيئة خماسية، تاريخ ١٩٩٩/٢/٢٨، منشورات مركز عدالة.

(٣) ورد ذلك في قرار لمحكمة العدل العليا حيث جاء فيه «وبما أن إختصاص المحكمة الإدارية ينعقد في المسائل المنصوص عليها في المادة (٥) من قانون القضاء الإداري والتي ليس من بينها منازعات العقود الإدارية فإن أمر النظر في هذا النزاع يخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية ويدخل ضمن إختصاص=

وتعتبر التطبيقات القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الأردن قليلة للغاية إلا أن الأمر لا يخلو من بعض الحالات التي عرضت على محكمة التمييز والمحكمة الإدارية ومحكمة الإستئناف، ومنها القضية المتكونة فيما بين وزارة التربية والتعليم وشركة أنشور أنترناشيونال بتاريخ ٢٠٠١/١١/٢٥ والتي تناولت إتفاقية تحكيم مبرمة ما بينهما، وقد طعنت وزارة التعليم في قرار التحكيم لدى محكمة الإستئناف إلا أن محكمة الإستئناف قد ردت الطعن شكلاً وقررت بأن جميع إجراءات التحكيم صحيحة ولا يجوز الطعن بإجراءات التحكيم من قبل الطرفين ما لم تنتهي ويكون ذلك بإقامة دعوى البطلان[1].

***

=محاكم القضاء النظامي وتكون دعوى المستدعية مستوجبة الرد شكلاً لعدم الإختصاص».

- قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٢٠١٤/١٧٤، هيئة ثلاثية، ٢٠١٤/٧/١٠، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

كما ورد في قرار محكمة العدل العليا رقم، النص على عدم اختصاص محكمة العدل العليا بنظر الدعاوى الناشئة عن منازعات العقود الإدارية، حيث جاء فيه «إذا اكانت الاتفاقية في حقيقتها عقدا اداريا بين المستدعية والادارة فإن النزاع موضوع هذه الدعوى ناتج عن تطبيق أحكام وشروط هذا العقد وحيث أن محكمة العدل العليا لا تختص بنظر المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية فإن أمر النظر في هذه الدعوى يغدو خارجا عن اختصاص محكمة العدل العليا مما يوجب رد الدعوى شكلاً".

- قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠١٢/٤٢، هيئة خماسية، تاريخ ٢٠١٢/٥/٢١، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

كما ورد في قرار محكمة العدل العليا النص على أنه « لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في العقود الإدارية وفسخها لأن اختصاص محكمة العدل محدد بالمادة ٩ من قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ والتي خلت من صلاحيتها برؤية الطعون المتعلقة بالعقود الإدارية أو فسخها».

- قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠١/٣٠٤، هيئة خماسية، بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٤، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(١) تم الإشارة إليه في، العبادي، محمد وليد (٢٠٠٧)، بحث بعنوان أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، (م٣٤)، (ع٢)، ص٣٥٧ وما يليها.

المبحث الثاني
مدى توافق التحكيم في العقود الإدارية مع مبدأ سيادة الدولة

على الرغم من توافر عناصر المشروعية في اتفاق التحكيم بصورة عامة إلا أن وجود الدولة كأحد أطراف الإتفاق التحكيمي في العقود الإدارية، آدى لظهور العديد من الإشكاليات القانونية، فالدولة لا يمكن لها ان تقبل بإتفاق التحكيم إلا نزولاً على رغبة المتعاقد معها، لأن قبول الدولة اللجوء للتحكيم لدى شخص أو هيئة اجنبية يعني ضمناً أنها تعترف بعدم إختصاص قضائها وأنها تشكك في استقلاليته، ويعني ذلك لدى البعض يمثل إنتقاصاً لهيبة القضاء الوطني واعتداء على سيادة الدولة.

وتبرز في هذا المجال مشاكل قانونية آخرى نظرا لطبيعة العقود الإدارية، فالدولة عندما توافق على إتفاق التحكيم فإنها تمنح للمحكم صلاحية إختيار القانون واجب التطبيق، وقد يؤدي ذلك لنظر المنازعة التي يجب أن يطبق عليها القانون الإداري بموجب قانون أخر، وسوف يؤدي ذلك إلى حرمان الدولة من الإستفادة مما يمتلكه القانون الإداري من إمتيازات، وفي ذلك إنتقاص لسيادة الدولة.

ويقصد بسيادة الدولة تلك السلطة العليا التي تسمو فوق جيمع السلطات ولا يوجد سلطة توازيها، وهي تنفرد عن غيرها من السلطات بأصالتها، فهي اصل السلطات حتى وإن تعددت فإن هذا بحقيقته تعدد للإختصاصات وليس للسيادة، فالسيادة أمر لا يمكن تجزئته، وتقسم مظاهر السيادة للدولة إلى مظهرين «مظهرداخلي» يتمثل بفرض سلطان الدولة على أقاليمها كافة بحيث يكون لها السلطة الأمرة فيها، و«مظهر خارجي»

يعني عدم خضوع الدولة لسلطان دولة أجنبية أخرى[١].

ويتعارض التحكيم في نظر بعض الفقهاء مع مبدأ سيادة الدولة الداخلي والخارجي للخطر من خلال خضوع الدولة لأحكامه، فالتحكيم في حقيقته سلطة موازية للقضاء الرسمي ويعد خضوع الدولة لسلطة غيرها إنتقاص من سيادتها، فهو يسلب الإختصاص القضائي للدولة، الأمر الذي يؤدي للإضرار بمصالح الدولة العليا، فقد تطلب هيئة التحكيم من بعض المسؤولين الإدلاء بشهاداتهم أمام هيئات التحكيم، وقد يزداد الأمر خطورة عندما تطلب هيئة التحكيم من الدولة إظهار بعض الوثائق التي تمس بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، مما يتسبب بأزمات سياسية للدولة أو وقوعها بالحرج أمام المجتمع الدولي أو أمام غيرها من الدول[٢].

إلا أنه من الممكن الرد على من يدعي مساس التحكيم بمبدأ السيادة، أن قضاة الدولة قد يكونوا غير متخصصين في بعض الالجوانب الفنية، وحتى وإن كان التحيكم يسلب الإختصاص القضائي إلا أن ذلك يكون بموجب قانون[٣]، وحتى يتمكن الباحث من بيان مدى توافق التحكيم في العقود الإدارية مع مبدأ سيادة الدولة، قسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، هما :

- المطلب الأول: التحكيم في منازعات العقود الادارية و الاختصاص القضائي للدولة.
- المطلب الثاني: التحكيم في منازعات العقود الادارية و القانون واجب التطبيق.

(١)الخطيب، نعمان أحمد (٢٠٠٨)، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري،(ط١)، الإصدار الرابع، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٣٣ وما يليها.

(٢) الكحلاوي، رجب محمد السيد، مرجع سابق، ص٦٣.

(٣) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص٥١.

المطلـــب الأول
التحكيم في منازعات العقود الإدارية و الإختصاص القضائي للدولة

إن من مقتضيات سيادة الدولة تحديد إختصاصها القضائي وولايتها على إقليمها الوطني، فالمشرع يقوم بتحديد ولاية القضاء في مجال الأحكام الدولية والوطنية، وقد يستثني المشرع من الولاية القضائية بعض تصرفات الدولة ومن بينها العقود التي تحتوي على اتفاق خاص بالتحكيم.

فمن الجائز لأي من الأطراف الدفع «بعدم الاختصاص» في أي مرحلة من مراحل التقاضي، لعدم خضوع النزاع لولاية القضاء الرسمي من خلال وجود اتفاق للتحكيم مبرم بين الدولة وغيرها، ويمكن للباحث أن يبين ماهية الحصانة القضائية وأوجه الدفع بها وإمكانية ذلك من خلال الفرعين التاليين:

***

الفـــرع الأول
التحكيم وحصانة الدولة القضائية

ينشأ التحكيم أثراً سالباً للإختصاص القضائي، بحيث يخرج النزاع من ولاية القضاء الرسمي ويسنده لولاية المحكمين، وعند صدور القرار التحكيمي على فرض جوازه فإنه يصطدم بما تمتلكه الدولة من حصانة قضائية، عندما تكون طرفاً في علاقة تعاقدية، وتستمد الدولة هذه الحصانة مما تمتلكه من سيادة، فلا يجوز لدولة أن تختصم دولة أخرى أمام قضائها الوطني بحال من الأحوال لأن ذلك يعد مساساً بسيادتها[1].

فالأصل أن الدولة وما يتصل بها من أشخاص إعتبارية لا تخضع لقضاء دولة اخرى بشكل مطلق، وإن كانت الدولة لا تخضع لقضاء دولة أخرى فمن باب أولى أن لا تخضع لحكم فرد أو هيئة من الأفراد العاديين تماشياً مع مبدأ السيادة، فالدولة تتمتع بحصانة قضائية تغطي كافة مظاهر الوظيفة القضائية في جميع مراحل التقاضي المختلفة بحيث تّحول الحصانة القضائية دون ممارسة أي نشاط قضائي في مواجهة الدولة، ولا يقتصر الأمر على الدعوى وإجراءاتها بل إن أثر الحصانة يمتد ليشتمل الإجراءات القضائية والتنفيذ[2].

وفي ظل تطور فكرة تنازع القوانين والنظم القضائية، وتحول العالم لقرية صغيرة

(١) منير، محمد كمال الدين (١٩٩١)، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء الاختياري للتحكيم في العقود الإدارية تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٠، مجلة العلوم الإدارية (ع١)، ص٨٦.

(٢) التحيوي، محمود السيد عمر (٢٠١١)، الحصانة القضائية، والحصانة التنفيذية المعترف بها للأشخاص الإعتبارية الدولية أمام القضاء الأجنبي وقضاء التحكيم، دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة، (ط١)، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ص٥٠ وما يليها.

وظهور الشركات متعددة الجنسيات وتحول دور الدولة من دولة حارسة تقوم بمهام تقليدية إلى دولة متدخلة تنخرط في المشاريع المالية والإقتصادية بينها وبين الأفراد، وذلك الأمر جعل من الدولة على إتصال دائم من خلال هذه التعاملات بالشركات والافراد، ولم يعد مبدأ الحصانة القضائية للدولة كالسابق يسري على إطلاقه[1].

فالدولة عندما ارتضت أن تقوم بمنافسة الأفراد والتعامل معهم في المجالات التجارية المختلفة، كان من العدالة والانصاف أن تخضع للأنظمة القضائية والتحكيمية أسوة بالأفراد العاديين في حال وقوع منازعة مع طرف آخر ولا يمكن إعتبار ذلك تنازلاً عن سيادتها سواء أكان مصدر القرار القضائي تحكيمياً أم رسمياً صادراً عن جهات رسمية أو غير رسمية، وطنية أو أجنبية.

وعلى الرغم من موافقة الدولة على اللجوء للتحكيم إلا أن الواقع العملي يثبت أن الدولة تحتج بحصانتها القضائية في مواجهة غيرها في حال وقوع منازعة تحكيمية، وفي ذلك إضرار بالمستثمرين اللذين ما كانوا ليوقعوا العقود مع الدولة إلا بموجب ضمانة التحكيم الدولي، والذي يحقق النفع لكلا الطرفين ويلزم الدولة، فإحتجاج الدولة بحصانتها القضائية يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات، فالتحكيم يكون موضع إعتبار الطرف الأخر في التعاقد ولولا وجود شرط أو مشارطة التحكيم ما تعاقد المستثمر مع الدولة[2].

وإن كانت الحصانة القضائية بمثابة حق ممنوح للدولة بهدف الحفاظ على سيادتها وإستقلالها في مواجهة غيرها من الدول، فإن من الجائز أن تتنازل عنها

(١) المغربي، محمود محمود (٢٠١٠)، «الإستوبل» في قانون التحكيم، لبنان، طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، ص٣٥٩.

(٢) حماد، أشرف محمد خليل (٢٠١٠)، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية،(ط١)، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص٢٨٢.

بمحض إرادتها، ويعتبر تنازل الدولة عن الحصانة القضائية بمثابة عمل من الأعمال القانونية التي تتشابه مع الإرادة المنفردة في القانون المدني، فبموجب ذلك تترك الدولة حقها من تلقاء نفسها، ويكون تنازل الدولة عن حصانتها القضائية بشكل صريح أو ضمني[١].

ويكون التنازل الصريح بعدة طرق كأن يرد في العقد أو في القانون او الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة، وقد يكون قبل نشوء النزاع أو عند نشوئه ولا يجوز سحبه إلا إذا نص على ذلك صراحة، ويرى جانب من الفقه أن مجرد لجوء الدولة للتحكيم يعد موافقة ضمنية على التنازل عن الحصانة القضائية[٢]، لذلك فإنه يفترض في التنازل أن يكون واضحاً وصريحاً، فالدولة يمكنها الاحتجاج بحصانتها القضائية في مواجهة إتفاق التحكيم وما يصدر عن المحكم وقد تتمسك الدولة بما تتمتع به من حصانة قضائية[٣].

ولا يوجد أي اشكالية في حال توافر تنازل صريح من قبل الدولة، إلا أن التنازل الضمني عن الحصانة القضائية يستفاد بسياق الدعوى في حالة عدم إثارة الدفع بالحصانة القضائية، مما يعبر عن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية[٤]، إلا أن هنالك من يرى أن الدولة لا تتنازل عن حصانتها عند الاتفاق على التحكيم، فالحصانة

(١) الشاوي، سما (٢٠٠٦)، الحصانة القضائية للدولة في الميدان التجاري، (ط١)، رسالة ماجستير، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٨٤.

(٢) القصبي، عصام الدين (١٩٩٣)، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٩٨.

(٣)مقابلة، مازن فايز محمد (٢٠٠٥)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الأردن: جامعة آل البيت، ص٣٩ وما يليها.

(٤)عبد الرحمن، عبد الحكيم مصطفى (١٩٩١)، مشكلة الحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن، القاهرة: مكتبة النصر، ص٢٤٧.

القضائية برأيهم لا تكون إلا في الأعمال التي تتعلق بالسلطة العامة وتحقق النفع العام، أما الأعمال التي تحاول من خلالها الإدارة تحقيق النفع الخاص فيمكن أن تخضع للتحكيم[1].

***

(١) حماد، أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص٢٨٥.

الفـــرع الثاني
الدفع بالحصانة القضائية للدولة

لقد أثارت مسألة دفع الدولة بحصانتها القضائية جدلاً فقهياً واسعاً، فهل يجوز للدولة أن تدفع بحصانتها القضائية في مواجهة هيئة التحكيم ومواجهة قضاء أي دولة أخرى ؟ ولحل هذه الإشكالية ظهر إتجاهان فقهيان أحدهما يؤيد تمسك الدولة بسيادتها في مواجهة إتفاق التحكيم ويجيز لها الدفع بذلك، وأخر يرفض، ويكون الدفع بالحصانة القضائية بهدف إظهار عدم صلاحية هيئة التحكيم للنظر في الدعوى.

ويمكن تكييف الدفع بالحصانة القضائية على أنه أحد الدفوع الولائية التي ترفع يد هيئة التحكيم أو المحكمة عن النظر في الدعوى، ويؤدي ذلك لعدم قبول الدعوى التحكيمية إبتداءاً، الأمر الذي يخرج الدعوى من الإختصاص العام لقضاء الدولة وجميع هيئات التحكيم، فبموجبه تكون جميع محاكم الدولة وهيئات التحكيم فيها غير مختصة بنظر النزاع، لوجود حصانة قضائية للدولة فلا يجوز مقاضاتها بحال من الأحوال بصفتها صاحبة سيادة ولا ولاية لهيئة التحكيم عليها[1]، وقد حدد المشرع الأردني في المادة (٢١) أحكام الدفوع القضائية بحيث يجب أن يكون الدفع بعدم الإختصاص قبل الدخول في موضوع المحاكمة التحكيمية ولا يجوز التمسك بالدفع لمدة تزيد عن موعد تقديم اللائحة الجوابية[2]، ويكون موعد تقديم اللائحة الجوابية حسب نص المادة (٢٩/ب) حسب

(١) التحيوي محمود السيد عمر، الحصانة القضائية، مرجع سابق، ص١٥٠

(٢) نصت المادة (٢١) من قانون التحكيم على أنه: (أ- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. ب- يجب التمسك بهذه الدفووع لمدة لا تتجاوز موعد تقديم اللائحة الجوابية وفقا لأحكام=

الإتفاق بين الطرفين أو الموعد الذي تحدده هيئة التحكيم[1].

فقد رآى جانب من الفقه أنه من الممكن للدولة أن تدفع بحصانتها القضائية في مواجة إتفاق التحكيم حفاظاً على سيادتها، ويعود السبب في ذلك أن معظم المنظمات والهيئات القائمة على التحكيم «أجنبية»، ويقصد بأنها أجنبية أي أن مقر تواجدها في دولة أجنبية أو أنها تضم أعضاء من دول أجنبية، وكما هو معلوم فإن سلطة القضاء محصورة بيد الدولة وحدها، ولا يجوز بموجب الدستور أن تتولى السلطة القضائية غير المحاكم الوطنية[2].

=الفقرة (ب) من المادة ٢٩ من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الشتراك في تعيينه، سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الأخر من مسائل أثناء نظر النزاع يجب التمسك به فورا وإلا سقط الحق فيه ويجوز في جميع الاحوال ان تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت ان التأخير لمعذرة مشروعة أو سبب مقبول . ج- لهيئة التحكم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا، وإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفق أحكام بطلان حكم التحكميم الواردة في هذا القانون».

- يقابل المادة (٢١) من التشريع الأردني المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث جاء فيها (١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع.

٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليف في الفقة الثانية من المادة (٣٠) من هذا القانون ولا ترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم او الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع).

(١) نصت المادة (٢٩/ب) على أنه «ويرسل المدعى عليه خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي ولكل واحد من المحكمين لائحة جوابية مكتوبة بدفاعه ردا على ماجاء بلائحة الدعوى، وله أن يضمن هذه اللائحة أي طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو ان يتمسك بحق ناشئ عنه الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر ذلك».

(٢) شتا، احمد محمد عبد البديع (٢٠٠٤)، شرح قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته، (ط٢)، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ص١٢٥.

ومما يدل على ذلك نص المادة (٢٧) من الدستور الاردني حيث جاء فيه أن «السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر جميع الاحكام وفق القانون بإسم الملك»، فقد حصر الدستور الأردني سلطة التقاضي بالمحاكم الأردنية، ولم يشر إلى الهيئات التحكيمية أو القرارات التحكيمية للمحكمين، وبالنتيجة فإن إخضاع الدولة لهذه المنظمات والهيئات مساس بسيادة الدولة ومخالفة لأحكام الدستور، فخضوع الدولة لقضاء غيرها سواء أفراد أو هيئات أمر يتعارض مع فكرة السيادة.

إلا أن الجانب الفقهي الذي يعارض تمسك الدولة بحصانتها القضائية، يرى وجوب خضوع الدولة لهيئة التحكيم، فلا يجوز للدولة الإحتجاج بوجود حصانة قضائية لها، كون ذلك يجافي المنطق والإتفاق، فالقضاء التحكيمي لا يعطي الدولة أي ميزة بإعتباره قضاء من نوع خاص ولا يخضع لأي دولة من الدول، فلا يؤثر التحكيم على سيادة الدولة؛ لأن الدولة قد وافقت على تعيين محكم للنظر في المنازعة الإدارية، وبذلك فإنها فهي تخضع لأحكام التحكيم بمحض إرادتها، وليس من المنطق أن توافق الدولة على الخضوع للتحكيم وأن تحتج بعدم جواز خضوعها للتحكيم وفي ذلك معاظلة في المنطق[١].

اما فيما يتعلق بخضوع الدولة لأحكام هيئات التحكيم الأجنبية فإن الدولة ما كانت لتوافق على التحكيم إلا نزولاً على مبدأ المساواة بين الدول؛ فجميع الدول ذات السيادة يمكن أن تخضع بمحض إرادتها لأي قضاء رسمي أو تحكيمي في دولة أخرى من باب المعاملة بالمثل، وإن ما يصدر عن الدولة من قرارات ما هو إلا تعبير عن سيادتها، فالدولة لم تقم باللجوء للتحكيم جبراً أو خروجاً عن مبدأ سلطان إرادتها[٢].

(١) حماد، أشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص٢٩٠ وما يليها.

(٢) عثمان، ناصر عثمان محمد (٢٠٠٦)، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٢٧٦.

ويرى جانب من الفقه أن الدفع بعدم الإختصاص يكون على جانبين أحدهما ولائي والآخر الإختصاص الدولي، كأن يتمتع المدعى عليه بالحصانة القضائية ففي هذه الحالة يجب على هيئة التحكيم أن تقوم برد الدعوى من تلقاء نفسها مالم يكن المدعى عليه قد تنازل عن الحصانة القضائية بصورة صريحة وإرادة حرة، كذلك يرى بعض الباحثين أن التحكيم لا يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، ولا يعني تنازل الدولة عن سيادتها بحال من الأحوال، حتى وإن تصدت له هيئات اجنبية المقر فذلك لا يعني أن هذه الهيئات جزء من قضاءالدول الأجنبية، فهي لا تخضع لسيادة أي دولة بإعتبارها هيئات قضائية إتفاقية من نوع خاص، ومما يدلل على ذلك أن التنازل عن السيادة لا يتم إلا في مواجهة سلطة قضائية مكافئة، كما أن حكم المحكم لا يصدر بإسم دولة معينة بل بموجب الرضا المستحصل من قبل طرفي التحكيم، وبما أن الدولة قد وافقت على التحكيم بإرادتها لدى تلك الهيئات لا يمكنها الإحتجاج بسيادتها في مواجهة رضاها[1].

كما أن التحكيم الداخلي الذي تكون الإدارة طرفاً فيه لا يتعارض مع فكرة سيادة الدولة، بل إنه يعززها بإعتباره نظاماً قضائياً معمولاً به بموجب أحكام التشريعات والقوانين والأنظمة الداخلية التي أقرتها الدولة، ولا يتضمن ذلك تخلياً من الدولة عن سلطاتها القضائية الداخلية، كما لا يؤثر على الرقابة القضائية للمحاكم على أحكام التحكيم، فيمكن للقضاء الرسمي التابع للدولة أن يقوم بالتحقق من الحكم التحكيمي ومدى موافقته للأصول والنظام العام في الدولة، مما يعطي دوراً كبيراً للنظام القضائي في الدولة[2].

(١) أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى (٢٠٠٥)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، أطروحة دكتوراه، القاهرة: جامعة القاهرة، ص١٨٩.

(٢)خويرة، بهاء الدين مسعود سعيد (٢٠١٤)، أثر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مبدأ=

إلا أن التحكيم الدولي يثير إشكالية أن الدولة وإن وافقت على التنازل عن حصانتها القضائية في مواجهة هيئة التحكيم إلا أنها لا تتنازل عنها في مواجهة القضاء الوطني لأي دولة أجنبية، وهذا يخالف التطبيق العملي حيث يعد القضاء الوطني لدولة هيئة التحكيم هو المختص بنظر الطعون والتحقق من الإجراءات التي تقوم بها هيئة التحكيم، وهذا يجبر الدولة الطرف في اتفاق التحكيم على الإنصياع للقضاء الوطني لدولة المقر الأجنبية، ويرى جانب من الفقه بأن موافقة الدولة الصريح على اللجوء للتحكيم يعتبر تنازلاً ضمنياً عن هذه الحصانة في مواجهة هيئة التحكيم والقضاء الأجنبي لدولة مقر هيئة التحكيم[1].

ويتفق الباحث مع الرأي القائل بأن التحكيم الداخلي لا يؤثر على مبدأ سيادة الدولة وحصانتها القضائية، لكون التحكيم يقوم مقام التقاضي في الدولة، ويخضع لرقابة القضاء الرسمي إن كان داخلياً، أما التحكيم الخارجي فإنه يعتبر إنتهاكاً لمبدأ سيادة الدولة حتى وإن تم بموافقة منها، وذلك كون التحكيم الخارجي لا يخضع لرقابة القضاء الرسمي الداخلي، ولا يمكن للدولة أن تتحقق من صحة إجراءاته وموافقتها للأصول المعمول بها، إلا وفق التشريعات المعمول بها في الدولة الأجنبية.

ومن التطبيقات القضائية المقارنة على مبدأ سيادة الدولة تجاه الأحكام التحكيمية قضية هضبة الأهرام والتي تعتبر من أوائل القضايا التي يتم بطلان حكم التحكيم فيها لتعارضه مع سيادة الدولة، وتتلخص أحداثها بأن المؤسسة المصرية العامة للسياحة قد تعاقدت مع شركة أمريكية على إنشاء مشروع سياحي بالقرب من الأهرامات المصرية، وقد تم النص في الإتفاقية على إختصاص هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية

=سيادة الدولة ومبادئ ونظريات القانون الإداري، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، عمان: الجامعة الأردنية، ص١٦١.

(١) القصبي، عصام الدين، مرجع سابق، ص١٠١.

في باريس (ICC) في النظر في أي منازعة تنشأ عن الإتفاق، وتم توقيع الإتفاقية من قبل وزير السياحة المصري عام ١٩٧٤[١].

ونظراً للضغوط الشعبية الشديدة على الحكومة المصرية والتي اعتبرت أن هذا المشروع سوف يؤدي إلى تدمير منطقة الأهرام الأثرية، قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها على هذا المشروع، وبناءاً على ذلك لجأت الشركة لهيئة التحكيم الدولية في باريس، وقد قامت الحكومة المصرية بالطعن بعدم إختصاص الهيئة بنظر المنازعة في مواجهة الحكومة المصرية، لأن الوزير الموقع على الإتفاق لا يمثل الحكومة المصرية بل إن المتعاقد هو المؤسسة العامة المصرية للسياحة والفنادق[٢].

وعلى الرغم من دفع الحكومة المصرية بتمتعها بالحصانة القضائية، إلا ان المحكمة التحكيمية لم تأخذ بهذا الدفع، وأعتبرت توقيع وزير السياحة موافقة ضمنية على التحكيم، وردت طعن الحكومة المصرية بعدم الإختصاص، وبعد ذلك تقدمت الحكومة المصرية بطعن لدى محكمة إستئناف باريس بإعتبارها دولة المقر التحكيمي، وقد قامت محكمة الإستئناف الفرنسية بقبول الطعن ورد الحكم التحكيمي سنة ١٩٨٤، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف عام ١٩٨٨[٣].

(١) راشد، سامية (١٩٨٤)، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٣٤٥.

(٢) شتا، أحمد محمد عبد البديع، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٣) خويرة، بهاء الدين مسعود سعيد، مرجع سابق، ص١٦٣.

- إنتهت قضية هضبة الأهرام بصدور حكم من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار لم يأخذ بكل تلك الحجج، وأصدر حكما لحل النزاع من الناحية الموضوعية عام ١٩٩٢ قضى بمسؤولية جمهورية مصر العربية عن فسخها للعقد وإلغائها للمشروع، وإلزامها بدفع مبلغ ٢٧.٦٦١ مليون دولار إضافة إلى فوائد بقيمة ١٧.٥ مليون دولار. - لطفا أنظر، التحيوي، محمود السيد عمر، الحصانة القضائية، مرجع سابق، ص٢١١.

المطلب الثاني
التحكيم في منازعات العقود الادارية والقانون واجب التطبيق

تعتبر مسألة القانون واجب التطبيق من المسائل الحيوية والهامة التي يتحدد من خلالها مصير وإتجاه الدعوى التحكيمية الذي سيسلكه المحكم في تحقيق العدالة، والنتائج التي سوف يصل إليها، والقانون واجب التطبيق على المنازعة التحكيمية يعطي النصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعالج النقص في العقود الإدارية ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسير العقد، وتعتبر مسألة القانون واجب التطبيق من أصعب المسائل التي تواجه المحكم في المنازعات الإدارية، خاصة إن كان أحد أطراف هذا العقد الدولة.

وقد تناولت المادة (٣٦/أ) من قانون التحكيم الأردني إتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق حيث جاء فيها «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين»[1]، فقد منح المشرع الحرية للأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق على المنازعة الإدارية، إلا أن المشرع قد وضع قيداً على حرية الأطراف فيما يتعلق بالقواعد القانونية واجبة التطبيق على المنازعة، حيث قُيد ذلك بالقواعد الموضوعية دون القواعد المتعلقة بتنازع القوانين،

(١) تقابل المادة (٣٦/أ) من قانون التحكيم المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري « تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك».

وأوجب أن يتم تطبيق القواعد القانونية التي تحكم العقد، وفي حال عدم وجود قانون ينتمي إليه العقد يمكن تطبيق أحكام وقواعد القانون الإداري او القانون الأقرب للعقد[١]

وقد نصت المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني على أنه «تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية أو غير عقدية»، ويلاحظ الباحث للوهلة الأولى أن هنالك تعارض ظاهري بين نص المادة (٣) والمادة (٣٦) فالاولى أوجبت تطبيق قانون التحكيم على كل تحكيم يجري على أرض المملكة، حيث أستخدم المشرع لفظ "كل تحكيم اتفاقي"، أما المادة الثانية فجعلت من الإتفاق أساساً لتطبيق القوانين، وفي حال الإتفاق يتم اتباع القواعد الموضوعية فحسب، أما قانون التحكيم فهو واجب التطبيق على القواعد الإجرائية.

ويرى الباحث أنه لا إختلاف فعلي بين المادتين (٣) و(٣٦) من قانون التحكيم، فمن حيث المبدأ لا يجوز أن يتم تحكيم على أرض المملكة بموجب قانون أجنبي أو دون خضوعه لقانون التحكيم الأردني بموجب المادة(٣) من حيث الإجراءات وتنازع القوانين، إلا أنه يجوز أن يتفق الأطراف على القواعد الموضوعية لحل النزاع وإن أشتملت هذه على قواعد من قانون أجنبي وعلى ذلك فإن المادة (٣) قد جعلت من قانون التحكيم واجب التطبيق على كل تحكيم على أرض المملكة وذلك يدل على أن الدولة تحافظ على مظاهر سيادتها الداخلية من خلال جعل أي تحكيم يتم على أرض المملكة تحت سلطانها وخاضعاً لقانونها، وإن تم تطبيق قواعد موضوعية من قانون أجنبي على إتفاق تحكيمي على أرض المملكة فإن ذلك يستند لأحكام قانون التحكيم الأردني.

(١)الزعبي، محمد عبد الخالق، مرجع سابق، ص٢٨٢.

مما سبق وقياساً على موقف المشرع الأردني يمكن الملاحظة أن الدول لا تفضل الخضوع لقوانين غيرها كتعبير عن سيادتها، فهي تسعى لأن يتم السير بإجراءات الدعوى والفصل بها وفق قوانينها الخاصة، وأن لا تطبق عليها قوانين دول أخرى حفاظاً على سيادتها، وعلى النقيض من ذلك فإن الأفراد يفضلون التحاكم لقوانين دول أخرى غير المتعاقدين معها، لأن ذلك ينفي الحياديه والاستقلال وتحقيق العداله فلا يعقل ان تكون خصما وحكما في ذات الوقت، وقد برز هذا الإتجاه في عصرنا الحديث ضمن قواعد الإستثمار العالمية التي جعلت من القوانين المحايدة صاحبة إختصاص بنظر النزاع التحكيمي[1].

أن إشكالية القانون واجب التطبيق وأثرها على سيادة الدولة تثور في الإتفاقات التحكيمية المتعلقة بعلاقة تحكيمية دولية لأنها تؤدي إلى استبعاد القانون الوطني غالباً[2]، والمقصود بالتحكيم الدولي أن يكون أحد أطرافه على الأقل أجنبياً بالنسبة للقاضي المختص، أو أن يكون موضوعه أو مكان إبرامه في الخارج، وفي هذه الحالة قد يطبق على النزاع التحكيم بعض الإتفاقيات الدولية والمعاهدات بالإضافة إلى القوانين الوطنية، ولا يتصور أن تثور مثل هذه الإشكالية في التحكيم الداخلي، لأن الأصل فيه تطبيق القانون الوطني للدولة[3].

وعلى ذلك فإن من حق الأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاقهم التحكيمي، فهي تمثل المعيار المعتمد لإختيار القانون واجب التطبيق، وهي تسمو لتصل

(١) رضوان، أبو زيد (١٩٨١)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار الفكر العربي، ص١٢٧-١٢٨.

(٢) لطفا انظر المواجدة، مراد محمود، مرجع سابق، ص٦٥.

(٣) خليفة، عمرو محمد ابراهيم (٢٠٠٤)، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، دراسة في التشريع المصري والفقه المقارن، أطروحة دكتوراه، القاهرة: جامعة القاهرة، ص٨٧.

لمرتبة القانون حتى تصبح بديلاً له، ويكون ذلك إما ضمناً أو صراحة، وقد رفض جانب من الفقه أن يتم التعبير عن القانون واجب التطبيق بصورة ضمنية نظراً لأهمية مسألة القانون واجب التطبيق التي لا يجوز التعبير عنها إلا صراحة[1].

ويكون الإتفاق صريحاً إذا تم النص عليه في العقد او ملحقه، وإن النص على القانون واجب التطبيق في إتفاق التحكيم بشكل صريح من الأمور المنطقية، لأن ذلك يجنب المتعاقدين الوقوع في المشكلات والعقبات التي يصعب حلها لاحقاً، فمن الأهمية بمكان تحديد القانون واجب التطبيق في العقود الإدارية لا سيما ذات الطابع الدولي، فالدول تسعى جاهدة لإعمال قانونها الوطني في المنازعة حرصاً منها على مصالحها والحفاظ على سيادتها، لأن القانون الوطني يحمي المصلحة العامة للدولة في الدرجة الأولى، كما أن معظم العقود التي تتم بين الدولة والمستثمرين تتعرض للمراجعة وفق أحكام القوانين الوطنية لها[2].

وبذات الوقت فإن المحكم يستطيع أن يقوم بأي إجراء يراه مناسباً للفصل في المنازعة التحكيمية شريطة ألا يتعارض ذلك مع إرادة الخصوم والنظام العام والنظام الإجرائي المعتمد في الدولة، لكن على المحكم ان يلتزم بالضوابط المحددة للمنازعة وقانون الدولة التي يجري بها التحكيم، فقد تنص قواعد هذه الدول والإتفاقات الدولية على بعض الإجراءات التي يجب على المحكم الإلتزام بها، فعلى سبيل المثال جعلت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الإستثمار لعام ١٩٦٥ من إرادة الأطراف

(١) حداد، حمزة أحمد، مرجع سابق، ص٣٦٦.

- في حالة عدم أختيار الخصوم لقانون وطني بشكل صريح فإنه من الممكن إكتشاف نيتهم المفترضة من خلال عدة مؤشرات يستعين بها المحكم كالقانون محل ابرام العقد - وقانون محل تنفيذ العقد - ومحل إقامة المتعاقدين - وموضوع العقد - ومكان التحكيم.

- الشيخ، عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابق الدولي، مرجع سابق، ص٢٥٧.

(٢) الحمادي، مال الله جعفر عبد الملك، مرجع سابق، ص٨١٣.

أساساً لتحديد القانون واجب التطبيق على المنازعة وفي حال عدم وضوح هذه الإرادة فإن القانون الوطني للدولة الطرف في المنازعة التحكيمية واجب التطبيق على المنازعة وفي ذلك منح ميزة للدولة على الفرد[١].

ومما أستقرت عليه المبادئ الدولية في مجال منازعات العقود الإدارية أن القانون واجب التطبيق ليس القانون الدولي العام بل إن ما يطبق عليها له أساس في القوانين الدولية الخاصة والتي تنبع من القانون الداخلي الخاص حين عالج مسألة العقود الإدارية، وعلى ذلك فمن غير الممكن تطبيق قواعد القانون العام على المنازعة بل يجب تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص وما يتبعها من تنازع القوانين وقواعد الإسناد الدولية، التي تسند كل مسألة إلى قانون خاص يتولى حلها وتأصيلها[٢].

والفقه الحديث يؤيد تطبيق القانون الدولي الخاص دون النظر إلى أطراف العلاقة التعاقدية، ويجب النظر فقط إلى موضوع النزاع وطبيعة العلاقات التي يحكمها، ويعامل اطراف العقد بموجب مبدأ سلطان الإرادة لدى ألأشخاص الخاصة، فالدولة أيضاً تتمتع بحرية الإختيار للقانون واجب التطبيق، ولا يتعارض إختيار الدولة تطبيق قانون أجنبي مع سيادتها رغم أن الأغلبية العظمة من الدول لا تحبذ تطبيق قوانين غيرها عليها وإن كانت أفضل لها في المنازعة القائمة[٣].

وبناءاً على ما تقدم فإن إختيار القانون الأجنبي لكي يطبق على المنازعة التحكيمية لا يعتبر إختياراً للقانون الأجنبي ذاته بل إنه يمثل إختياراً للقواعد الموضوعية

(١) نصت المادة (٤٢) من اتفاقية نيورك على أنه «....وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القواني الخاصة بها، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي».

(٢) سامي، فوزي محمد (٢٠١٢)، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٨٩ وما يليها.

(٣) حماد، اشرف محمد خليل، مرجع سابق، ص٢٩٨ وما يليها.

والإجرائية، وأن هذه القواعد الواردة في القانون الأجنبي ما هي إلا إمتداد لعقد التحكيم وجزء من الإتفاق، وعلى ذلك فإن التحكيم إن كان داخلياً فإنه لا يؤخذ بالقانون الأجنبي إن كان فيه ما يتعارض مع القانون والنظام العام للدولة[١].

ويعتبر القانون والنظام العام للدولة من القيود التي وضعتها بعض التشريعات على حرية إختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق والمقصود في النظام العام للدولة هنا النظام العام الداخلي وليس الدولي، إضافة إلى وجود ضابط لإختيار التشريع واجب التطبيق فلا يجوز إختيار تشريع لا علاقة له بالموضوع، وهذه الشروط إن التّزم بها المتعاقدين فإنهم يختارون القانون واجب التطبيق نزولاً عند مبدأ سيادة الدولة، فأساس الإختيار نابع مما منحت الدولة للأفراد من حق من خلال تشريعاتها[٢].

وفي محاولة للتوفيق بين القانون واجب التطبيق ومبدأ السيادة الذي قد ينثلم نتيجة تطبيق قانون اجنبي على دولة وطنية، ظهرت مراكز دولية للتحكيم تتبنى قانوناً إجرائياً مستقلاً لا يخضع لأي دولة، ومستبعداً إستخدام النظم القانونية الإقليمية للدول والقوانين الوطنية الخاصة بها، والغاية من هذه المراكز تجاوز إشكالية القانون واجب التطبيق وتسهيل أعمال المستثمرين وتشجيعهم على الإستثمار دون خوف من إحتجاج الدولة بسيادتها القضائية والقانونية، وكذلك إرضاءاً للدولة ونزولاً على رغبتها بعدم تطبيق قوانين دول أخرى موازية لها مما يقدح في سيادتها[٣].

ومن أشهر التطبيقات القضائية التحكيمية على القانون واجب التطبيق، قضية أرامكو (ARMCO) بين المملكة العربية السعودية وشركة آرامكو نتيجة نزاع حول

(١)خويرة، بهاء الدين مسعود سعيد، مرجع سابق، ص٢٠١.

(٢) المواجدة، مراد محمود، مرجع سابق، ص١٨٦.

(٣) عبد المجيد، منير (١٩٩٧)، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص١٤٤.

إستغلال عقد نقل البترول على أراضيها، وتتلخص أحداث هذه القضية بتعاقد المملكة العربية السعودية مع أحد الأشخاص لنقل البترول الخام عبر أراضيها، إلا أن شركة آرامكو قد أعترضت على هذا العقد لأنه يمس بحقوقها بموجب العقد المبرم عام ١٩٣٣، وقد اتفق الطرفان (السعودية، و شركة آرامكو) على أن يحيلا أي نزاع بينهما لمحكمة التحكيم، وقد ورد في اتفاق التحكيم النص على وجوب تطبيق القانون السعودي على المسائل التي تم النص عليها به، كما يحق للمحكمة التحكيمة تطبيق القانون[١].

وقد طبقت هيئة التحكيم قواعد القانون الدولي العام لعدم وضوح المقصود بالإختصاص القضائي للقانون السعودي، وعدم كفاية الأحكام القانونية السعودية لمعالجة المسألة موضوع النزاع، فالقانون السعودي يتبع الفقه الحنبلي الإسلامي، ولا يوجد قواعد محددة بالإمتيازات التعدينية في الفقه الحنبلي مما حذا بهيئة التحكيم إلى تطبيق نصوص القوانين الدولية المتعلقة بالتعدين والإمتيازات البترولية[٢].

وقد استندت هيئة التحكيم في حكمها على إرادة المحتكمين بإختيار القانون واجب التطبيق والمختار صراحة من قبل الأطراف، وفي حال غياب ذلك يطبق القانون المفترض على الواقعة، وقد أشار الحكم إلى أن العقود التي تقوم الدول بإبرامها تخضع لقانون هذه الدول، ما لم يثبت العكس، وقد انتهجت هيئة التحكيم هنا إلى إخضاع المسائل المتعلقة بالقانون العام للقانون السعودي وما يتعلق بصناعة البترول لقوانين العالمية الأخرى[٣].

(١) الأحدب، عبد الحميد(٢٠٠٨)، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، (ط٣)، الكتاب الثاني، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص٤٢٥.

(٢) الصانوري، مهند أحمد، مرجع سابق، ص١٤٧ وما يليها.

(٣) عباس، وليد محمد، مرجع سابق، ص٦٣٧.

ويرى الباحث أن هيئة التحكيم في هذه القضية لم تكن لتعبر عن الإرادة الحقيقية للخصوم فمن الواضح أن المملكة العربية السعودية عندما أوردت نصاً على وجوب تطبيق القواعد القانونية السعودية على النزاع مع شركة أرامكو فإنها لا تعني بحال من الأحوال أنها تطبق القانون السعودي في جزء من المنازعة وتترك الأمر لهيئة التحكيم في جزء أخر، بل إن الإرادة الحقيقية للسعودية إتجهت لإعمال قوانينها على جميع أجزاء المنازعة دون أن تستثني أياً من قواعدها القانونية.

فالأصل أن تقوم هيئات التحكيم بتطبيق قوانين الدول الأطراف في العقود الإدارية بخصوص القواعد الأمرة أما فيما يتعلق بالقواعد المكملة فيمكنها أن تطبق قواعد القانون الدولي وغيرها من الدول، وقد أكدت على ذلك المادة (٤٢) من إتفاقية نيويورك، إلا أن هيئات التحكيم لا تلتزم بذلك في حل منازعاتها وفي ذلك إعتداء على سيادة الدول، ولعل أكبر مثال على ذلك قضية هضبة الأهرام التي ذكرناها آنفاً والتي عملت هيئة التحكيم على تطبيق قواعد القانون الدولي الأمرة والقانون المصري بشكل مكمل[1].

***

(١) شتا، احمد محمد عبد البديع، مرجع سابق، ص١٣٤.

المبحث الثالث
أثار التحكيم في العقود الإدارية

إن التحكيم في منازعات العقود الإدارية أمرلا غنى عنه لأي دولة من الدول، لكن الحكم التحكيمي إذا لم يجد القوة القانونية التي يستند إليها وتؤدي لنفاذه إتجاه الخصوم و الغير، فإن ذلك يجعل من التحكيم الإداري بمثابة إضاعة للوقت والجهد، فلا يختلف الحكم التحكيمي الإداري عن الحكم القضائي، فهو يحتاج للقوة التنفيذية والحجية أمام الجميع حتى يصبح ذو قوة مادية ويعيد الحقوق لأصحابها.

فالحكم التحكيمي في مضمونه يماثل الحكم القضائي ويرتب اللجوء إليه آثاراً مهمة كإستنفاذ ولاية هيئة التحكيم وتمتع الحكم بحجية الأمر المقضي به وقابلية الحكم للتنفيذ الجبري والعيني وتمتعه بقوة ثبوتية في حال الإحتجاج به، وتبدأ اثار التحكيم بمجرد صدور الحكم التحكيمي أو في الوقت الذي ينص الإتفاق التحكيمي عليه كموعد سريان الحكم التحكيمي، ولغايات بيان الأثار المترتبة على الحكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، كما يلي:

- المطلب الأول: الآثار المادية والقانونية في التحكيم في العقود الإدارية
- المطلب الثاني: حجية وتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية

***

المطلـــب الأول
الآثار المادية والقانونية
في التحكيم في العقود الإدارية

بمجرد صدور الحكم التحكيمي فذلك يعني أنه يترتب على الحكم التحكـيمي عـدة آثار قانونية ومادية في مواجهة هيئة التحكيم وأطراف النزاع الإداري، و ذلك يعود لكونه نظام قضائي مشابه للقضاء الرسمي، فيترتب على حكم التحكيم أثرٌ مـن ناحيـة وجـود الحق، كأن يكشف حقاً أو أن ينشأ حقاً موجوداً أو أن يلزم الخصوم بأمر معين، كمـا أن التحكيم ينشأ أثراً في الحفاظ على الحق فالتحكيم يقطع التقادم[١].

ويترتب على صدور الحكم المنهي للخصومة التزامات علـى عـاتق هيئـة التحكـيم، فإن إنتهاء إجراءات التحكيم لا يعني إنتهـاء مهمـة الهيئـة بـالمطلق، فإسـتنفاذ الهيئـة التحكيمية لولايتها إتجاه طرفي النزاع يرتب على هيئة التحكـيم إلتزامـات بإتمـام جميـع الإجراءات التي أوجبها القـانون كتزويـد طـرفي الـنزاع بصـورة عـن الحكـم خـلال المـدة المحددة قانوناً لإجراء الطعون وطلبات التفسير[٢].

وينتج عن صدور الحكم التحكيمي آثرين هامين في مواجهة هيئة التحكـيم، أولهمـا الإلتزام بتسليم صورة عن الحكم التحكيمي والثاني رفع يد المحكمين عـن نظـر الـدعوى، وسيقوم الباحث بتناول ذلك من خلال النقاط التالية:

(١) احمد، محمد طه السيد، مرجع سابق، ص٢٠٩.

(٢)داود، أشجان فيصل شكري (٢٠٠٨)، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، نابلس: جامعة النجاح، ص٥٨.

أولاً: تسليم صورة عن حكم التحكيم

يتوجب على هيئة التحكيم الإلتزام بتسليم الأطراف صورة عن حكم التحكيم خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره[١]، والتسليم يكون بأي وسيلة كانت[٢] ولا يشترط أن يتم النطق بالحكم في مواجهة الخصوم أو بحضورهم أسوة بالمحاكم النظامية، بل يمكن للمحكم أن يقوم بتسليم ورقة للخصوم يكتب عليها الحكم دون حضورهم، وتعتبر المدة المشار إليها في القانون مدة تنظيمية يجوز الخروج عليها إن أقتضت الضرورة ذلك، أو نص الإتفاق على ذلك[٣]، ويقصد بصورة الحكم أن تقوم هيئة التحكيم بتسليم صورة من الحكم موقع عليها من هيئة التحكيم وفق أحكام المادة (٤١)[٤]

(١) نصت المادة (٤٢/أ) من قانون التحكيم على أنه «تسلم هيئة التحكيم لكل من الطرفين صورة عن حكم التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره».

– تقابل هذه المادة في قانون التحكيم المصري المادة (٤٤/١) حيث جاء فيها «تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعه من المحكيمن الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره».

(٢) يمكن القياس في مسألة تسليم قرار الحكم التحكيمي على ما ورد في المادة (٦/أ) والتي تناولت التباليغ وتبادل اللوائح في المحاكمة التحكيمية حيث جاء فيها «ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم يتم تسليم اي تبليغ إلى من يراد تبليغه شخصيا او في مقر عمله او في محل اقامته المعتاد او إلى عنوانه البريدي المعروف للطرفين او المحدد في اتفاق التحكيم او في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم».

(٣) المنشاوي، عبد الحميد(١٩٩٥)، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص٦٨.

(٤) نصت المادة (٤١) من قانون التحكيم (أ- يتم تدوين حكم التحكيم كتابة، ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحيكم من أكثر من محكم يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين، بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

ب- يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.

ج- يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم، وعناوينهم، وأسماء المحكمين، وعناوينهم، وجنسياتهم،=

والتي نصت على ماهية ومحتويات قرار الحكم التحكيمي.

ويكتسب تسليم قرار الحكم التحكيمي أهمية بالغة للخصوم فهو يعطي الأطراف فرصة للإطلاع عليه وتقديم طلبات التفسير، وتصحيح الأخطاء المادية أو إزالة الغموض الذي يدور حول الحكم ومشتملاته، والتأكد من أن المحكم قد قام بالفصل في جميع الطلبات التي تحتوي عليها لائحة الدعوى، فقد منح القانون الحق للأطراف للطلب من هيئة التحكيم بعد الفصل بتصحيح الاخطاء المادية وإزالة الغموض المحيط بها[1].

ثانياً: إستنفاذ ولاية المحكيمن

يعتبر إستنفاذ ولاية المحكمين في الدعوى التحكمية من أهم الأثار المباشرة التي تترتب على الحكم التحكيمي وتتعلق بهيئة التحكيم، فلا يجوز للمحكم الرجوع عن حكمه بصورة قطعية لأي سبب كان، أو أن يعيد افتتاح الجلسات في الدعوى التحكيمية أو أن يقوم بتعديل قراره بعد الفصل به، فولاية المحكم تستنفذ بعد صدور الحكم التحكيمي، وتصبح هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع مرة أخرى بشكل عام إلا في حال تعلق الأمر بحكم تحضيري أو ابتدائي لم ينهي النزاع بشكل كامل[2].

ويرى الباحث أن إستنفاذ الولاية لدى المحكم بعد صدور الحكم أمر غاية في الأهمية، ولا يمكن الإستغناء عنه بحال من الأحوال، لأنه لو أفترضنا أن الحكم التحكيمي لم يستنفذ وأن يد المحكم لم ترفع عن نظر الدعوى التحكيمية المفصولة، فإن

=وصفاتهم، وموجز عن اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، وتاريخ ومكان إصداره، وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً، على أن يتضمن الحكم تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الأطراف).

(١) البطوش، عبد الله محمد، مرجع سابق، ص١٧٧.

(٢) الطراونة، مصلح، مرجع سابق، ص١٢٣.

ذلك سوف يخلق حالة لا متناهية من القلق والتردد لدى المحكم والخصوم على قدم السواء، كما أن ذلك لا يؤدي إلى الإستقرار في الأحكام القضائية والتحكيمية، لذلك وجب أن تعمل هذه القاعدة القضائية بحيث تنقضي السلطة القضائية أو التحكيمية في حال فصل الدعوى لديها.

وعلى الرغم من رسوخ هذه القاعدة القانونية وثباتها والأخذ بها في نظام التحكيم أسوة بالقضاء الرسمي، إلا أن بعض الباحثين يرون بأن اللجوء للتحكيم بذات المنازعة المفصولة جائز بإتفاق الخصوم، فيمكن الإتفاق على إعادة النزاع المفصول لذات هيئة التحكيم لنظره من جديد بإرادة الأطراف، كما أن هنالك بعض الإستثناءات كتصحيح الخطأ المادي والتفسير في بعض النقاط الغامضة، ويكون ذلك ضمن مدة معينة وفي حال إنتهاء هذه المدة يكون إختصاص تعديل وتصحيح وتوضيح هذه الأخطاء من إختصاص القضاء الرسمي ولا يجوز للمحكم التعديل او التصحيح او التوضيح إلا ضمن المدة القانونية[1]، ووفق الحالات التي سمح بها القانون، كالتالي:

أ- تفسير الحكم التحكيمي:

يتم في بعض الأحيان ظهور بعض العبارات التي تحتوي على غموض في الحكم التحكيمي وقد يأولها كل من الأطراف حسب مصلحته وفائدته من الحكم التحكيمي، وفي هذه الحالة يجوز لأي من الطرفين أو كلاهما أن يطلب من المحكم توضيح ما غمض عليهم من عبارات، وقد نصت المادة (٤٥) على ذلك[2]، تقابلها المادة (١/٤٩) من

(١) الاحدب، عبد الحميد (٢٠٠٨)، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص٤٨٣ وما يليها.

(٢) نصت المادة (٤٥) من قانون التحكيم على أنه «أ- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير تبليغ الطرف الآخر نسخة من هذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.
ب-يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم، ويجوز لها=

قانون التحكيم المصري[1].

ويكون حكم التحكيم منصباً على توضيح وتحديد ما قامت به هيئة التحكيم من تقدير وبناءاً عليه قامت بإصدار حكمها، ويشترط لصحة التفسير أن يكون هنالك غموض في منطوق الحكم، ويكون هذا الغموض من الناحية اللغوية والمنطقية أو من خلال استخدام بعض العبارات التي تثير الشك، كما يجب تقديم طلب من قبل أحد الأطراف في الدعوى التحكيمية، ويشترط كذلك أن يقدم الطلب خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ الفصل في المنازعة التحكيمية، ويجب على هيئة التحكيم أن لا تتجاوز في تفسيرها حدود القرار التحكيمي، كما يجب أن يبلغ الخصم بطلب التفسير قبل شروع هيئة التحكيم في تفسيره[2].

ويعتبر حكم هيئة التحكيم الصادر بتفسير الحكم متمماً للحكم الأصلي، وقد نصت على ذلك المادة (٤٥/ج) من قانون التحكيم، ويعني متمماً أي أن القرار التفسيري تسري عليه أحكام وأثار الحكم التحكيمي الأصلي من حيث المدد والطعون ودعوى بطلان الحكم التحكيمي، وقد أكدت على ذات المعنى محكمة التمييز الأردنية في حكم لها[3].

=تمديد المدة خمسة عشر يوما أخرى إذا رأت ضرورة لذلك .

ج- ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه».

(١) نص قانون التحكيم المصري في المادة (٤٩/١) على أنه «يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمها حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الأخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم».

(٢) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٣) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠٠٥/٧٩٩ النص على أنه «يستفاد من منطوق المادة ٤٥/ج من قانون التحكيم بأن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه أي يقبل الطعن به خلال ثلاثين يوماً وتبتدئ المدة في هذه الحالة من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار وليس من تاريخ تقديم طلب التفسير كما ذهبت إلى ذلك محكمة الاستئناف في استئنافا بتاريخ=

ب- تصحيح الأخطاء المادية:

إن من الإستثناءات التي ترد على قاعدة إستنفاذ ولاية المحكمين تصحيح الأخطاء المادية، وقد ورد النص على ذلك في المادة (٤٦) من قانون التحكيم[١]، ويلاحظ من خلال المادة سالفة الذكر أنه يمكن للمحكم أن يتصدى لتصحيح الأخطاء المادية التي تشوب قرار حكمه التحكيمي ويكون ذلك خلال المدة القانونية وهي ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم، أو بناءاً على طلب أحد الأطراف وعلى هيئة التحكيم أن تجري التصحيح خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً[٢].

أما في حالة إغفال هيئة التحكيم إصدار حكم في أحد الطلبات التي قدمت في الدعوى التحكيمية أن تصدر حكما خلال ثلاثين يوماً وبناءاً على طلب من أحد الأطراف في الطلبات التي تم إغفالها من قبل هيئة التحكيم، حيث اكدت على ذلك المادة (٤٧) من قانون التحكيم[٣] ويشترط أن يتم ذلك بعد تقديم طلب من أحد

=٢٠٠٤/٣/٢٣ أي ضمن المدةى فيكون قرار المحكمة الاستئناف برد الطلب شكلاً واقعاً في غير محله».

- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠٠٥/٧٩٩، تمييز حقوق، بتاريخ ٢٠٠٥/٩/٢٨، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(١) نصت المادة (٤٦) من قانون التحكيم على أنه (أ- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحته، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم، وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح حسب مقتضى الحال.

ب- ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم، ويبلغ إلى الطرفين خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح يجوز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام هذا القانون).

(٢) الطراونة، مصلح، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٣) نصت المادة (٤٧) من قانون التحكيم على أنه: (أ- يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء موعد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم اصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الاجراءات واغفلها حكم التحكيم ويجب تبليغ هذاالطلب إلى الطرف الأخر قبل تقديمه.

الخصوم في الدعوى التحكيمية.

أما في مواجهة الخصوم فإن إنتهاء المحاكمة التحكيمية يرتب أثاراً بالغة الأهمية تتنوع فيما بين الحجية والنفاذ بحق الأطراف، فلا يحق للخصوم عرض النزاع مجدداً أمام القضاء لأن الحكم يتمتع بحجية القضية المقضية منذ صدوره، ويكتسب الحكم حجية تجاه الخصوم وتجاه الغير في حال إتحاد المحل والسبب في الخصومة، فإن كان السبب في الخصومة واحد حاز الحكم التحكيمي على حجية القضية المقضية[1]، وسوف يقوم الباحث بتناول الحجية والتنفيذ في قرارات التحكيم في منازعات العقود الإدارية في المطلب الثاني.

ويرى الباحث ان المشرع لم يعالج بعض المشاكل الإجرائية التي قد تعتري مسألة التفسير والتصحيح، ومن هذه المشكلات هو إنحلال هيئة التحكيم، ففي القضاء الرسمي يكون الاختصاص بالتفسير والتصحيح للمحكمة ذاتها وليس للقضاة، فإن انتقل القاضي او تم استبداله يقوم القاضي الجديد بتفسير القرار، ولكن ذلك يصعب في هيئات التحكيم لإرتكازها على العنصر الشخصي للمحكم، كما أن الحكم التحكيمي المطعون به بدعوى البطلان يخرج عن ولاية هيئة التحكيم ويدخلها في ولاية القضاء الرسمي، ولم يعالج المشرع هذه الإشكاليات.

***

ب- تصدر هيئة التحكيم حكمها الإضافي خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها تمديد هذه المدة لثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

(١) يونس، محمود مصطفى (١٩٩٨)، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، (ط١)، القاهرة: دار النهضة العربية، ص١٠٠.

المطلـــب الثاني
حجية وتنفيذ حكم التحكيم
في العقود الإدارية

تعتبر الحجية من أهم الأثار التي تترتب على فصل المحكم في المنازعة العقدية الإدارية، فبمجرد صدور الحكم التحكيمي يصبح حجة في مواجهة الجميع، فيجب على اطراف الدعوى التحكيمية الإلتزام بما خلص إليه المحكم من نتيجة بخصوص النزاع المعروض عليه، ومن ناحية أخرى فإن ما يترتب على الفصل بالنزاع من قيمة قانونية يجب أن يتم تنفيذه لكي يحوز على قوة مادية فعلية على أرض الواقع، وحتى يتمكن الباحث من بيان حجية حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية وآليات تنفيذه خاصة في مواجهة الدولة، قسم هذا المطلب لفرعين سوف يقوم بتناول الحجية والتنفيذ بهما.

***

الفـــرع الأول
حجية حكم التحكيم في العقود الإدارية

في حقيقة الأمر إن الحكم التحكيمي يتشابه مع الحكم القضائي لدرجة كبيرة، فالتحكيم في جوهره عمل قضائي وهذا ما أكدت عليه أحكام محكمة التمييز[١] وهذا هو المبدأ العام، فالقضاء والتشريع يعامل التحكيم على أنه عمل قضائي يترتب عليه ذات الآثار التي تترتب على العمل القضائي، ومن أهم ما يميز القضاء حيازته على حجية الأمر المقضي به.

ويقصد بالحجية أن الأمر الذي تم عرضه على القضاء سابقاً لا يمكن أن يتم عرضه على القضاء مجدداً إلا ضمن الطرق والإطار الذي حدده القانون لذلك[٢]، ويكتسب الحكم التحكيمي حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، ودون حاجة لتنفيذه[٣]،

(١) ورد في قرار لمحكمة التمييز الأردنية النص على أنه «استقر الإجتهاد على أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامة الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ويقتضر على ما تنصرف اليه ارادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم، ولا يجوز التوسع في تفسير العقد فيما يتعلق في التحكيم ولا التوسع في تتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم وبناءا على ذلك فإن مطالبة أحد الشركاء بتعيين (قيم) لحفظ أموال الشركة وإدارتها وبالنتيجة فسخ الشركة لا يجيز للمحكم القيام بذلك رغم ورود شرط في عقد الشركة على إحالة أي خلاف يقع بين الفريقين إلى التحكيم لأن هذا الشرط يقصر ولاية المحكم على بحث المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام العقد والمتعلقة به وليس على فسخ الشركة».

– تمييز حقوق، رقم ٢٠٠٢/٢٩٢٣، هيئة خماسية، تاريخ ٢٠ /١/ ٢٠٠٣، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(٢) الكيلاني، ليث عبد الله «محمد سعيد»(٢٠١٢)، حجية قرارات المحكمين المحلية، دراسة مقارنة،رسالة ماجستير، نابلس: جامعة النجاح الوطنية، ص١٨.

(٣) المنشاوي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص٧٨.

فالفقه الحديث يرى أن الحجية مركز قانوني إجرائي ينتج عن عمل قضائي، وينتج عن هذا المركز القانوني تقييد الأطراف بمنطوق الحكم، كما أن ذلك يلزم أي جهة قضائية بعدم الفصل مجدداً بذات النزاع، والحجية تسمو على النظام العام في بعض التشريعات[١].

وقد نصت على ذلك المادة (٥٢) حيث جاء فيها «تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه»، كما نصت المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري على أنه «تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي، وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الاحكام المنصوص عليها في هذا القانون»[٢].

وقد أثارت هذا المسألة جدلاً فقهياً واسعاً حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن أحكام المحكمين لا تحوز حجية القضية المقضية، وقد بنى هذا الجانب الفقهي رأيه على أن المحكمين ليسوا قضاة وما يصدر عنهم من قرارات ليست أحكاماً قضائية ويرى ذات الإتجاه الفقهي أن الحكم التحكيمي لا يحوز قوة القضية المقضية حتى وإن تم تنفيذه، لأنه يستند لإرادة الأطراف وليس لقوة القانون والولاية القضائية، وقوة القضية المقضية لا يمكن أن تعطى إلا بموجب القانون[٣].

(١) الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت (٢٠٠٦)، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ص٤٣١.

(٢) تقرر هذه المادة الحق بطلب التنفيذ لمن كسب الدعوى والمدد القانونية المقررة لدعوى البطلان وإن اقيمت دعوى البطلان فإنه يحق لمن اكتسب الحق أن يقوم بالتنفيذ مجدداً، كما أنه يكتسب الحق بالدفع بأن القضية مقضية ولا يجوز تجديدها أمام أي قاضي اخر او هيئة تحكيم.

- للمزيد أنظر، الدسوقي، عبد المنعم(١٩٩٥)، التحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تشريعا وفقها وقضاءاً،القاهرة: مكتبة مدبولي، ص٢٦٣ وما يليها.

(٣) الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت، مرجع سابق، ص٤٣٣.

ويذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الحكم التحكيمي لا يكتسب حجية الأمر المقضي إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه[١]، ويرى جانب آخر أن الحكم التحكيمي يسقط إذا قضي ببطلانه بموجب دعوى البطلان، وهذا دليل على أن الحكم التحكيمي لا يحوز قوة القضية المقضية من تلقاء نفسه[٢].

ولم يوضح المشرع الأردني نطاق حجية حكم التحكيم إلا أنه قد نص على مدى نطاق حجية الأحكام القضائية، حيث جاء في المادة (١/٤١) من قانون البينات، حيث جاء فيها «الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيها من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً»[٣]، وقد أشارت لذلك محكمة التمييز الأردنية[٤].

(١) المنشاوي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص٧٩.

(٢) الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص٤٨٥.

(٣) قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٧٠٩ بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١ الصفحة ٢١٨٨.

(٤) نص قرار لمحكمة التميز الأردنية على أنه «من المقرر قانوناً بمقتضى المادة ٤١ من قانون البينات أن الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية بإكتسابها الدرجة القطعية قرينة قانونية لا تقبل أي دليل عكسي، لأن الحكم هو عنوان الحقيقة ولأن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعية فإذا فصل من مرجع مختص في نزاع معين فلا يجوز لإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة تجديد النزاع وحتى يكون للاحكام التي حازت الدرجة القطعية حجية بما فصلت فيه لا بد من توافر شروط معينة في الحكم وأخرى في الحق المدعى به إذ يجب أن:

أن يكون الحكم صادر عن مرجع مختص.

يكون الحكم قطعياً، ويعتبر قطعيا عندما يتعرض لموضوع النزاع ويبت فيه.

توافر وحدة: أ- الخصوم لأن الحكم لا يتمتع بقوة القضية المقضية إلا بالنسبة للخصوم الذين صدر بمواجهتهم ولا أثر له بالنسبة للغير.

ب- المحل، بان يكون موضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم هو نفس موضوع الدعوى الثانية. =

يتضح من خلال نص المادة السابقة أنه يتطلب توافر ثلاثة شروط لإعتبار قرار الحكم الصادر في الدعوى قطعياً، ويصبح حجة في مواجهة الجميع، وقد اكد بعض الباحثين أنه يشترط لإعتبار حكم المحكم قطعياً ثلاثة شروط[١]، وهي:

١. أن يكون الحكم صادراً من مرجع مختص.

٢. أن يكون الحكم قطعياً.

٣. توافر وحدة الخصوم المحل والسبب.

أما بخصوص الدفع بأن القضية مقضية فقد آثار ذلك جدلاً فقهياً كذلك، فقد رآى بعض الفقهاء بأن هذا الدفع في المسائل التحكيمية المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية متعلقة بالنظام العام، وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه أم أنه دفع غير متعلق بالنظام العام ويجب على الأطراف إثارته، وفي هذه الحالة فإنه يخالف الأحكام القضائية العادية، وحيث أن التشريعات المختلفة لم تنص على كون الحجية من النظام العام أم لا فإن الراجح انها ليست من النظام العام لأن الأصل في الأشياء الإباحة[٢].

أما فيما يتعلق بنطاق الحجية فمن حيث الموضوع لا تقوم حجية للحكم التحكيمي إلا إذا تعلق بذات موضوع النزاع (محلاً وسبباً)، ويتحدد ذلك بوحدة المسألة المحكوم بها،

=ج- السبب، أي وحدة المصدر القانوني للحق المدعى به سواء أكان واقعة مادية أو تصرف قانوني».

- قرار محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم ٢٠٠٧/٧٨٦، هيئة خماسية، بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٢، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(١) العدواني، محمد سعد فالح(٢٠١١)، مدى الرقابة القضائية على حكم التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، المفرق: جامعة آل البيت، ص٤٤.

(٢) مطر، وئام مصطفى محي الدين (٢٠١٤)، آثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، غزة: جامعة الأزهر، ص٣٣.

وحدود النزاع الذي فصل به أمام هيئة التحكيم ولا يجوز أن يزيد على ذلك، ومن حيث الأشخاص فإن الحكم التحكيمي لا يمكن أن يحتج به إلا من صدر الحكم لصالحه أو من صدر الحكم عليه ويقتضي النطاق الشخصي وحدة الخصوم في الدعوى التحكيمية الواحدة[1].

ويرى الباحث أنه من الأفضل أن يتم النص صراحة على إعتبار الأحكام التحكيمية من النظام العام، وذلك لإضفاء الإحترام عليها، وجعلها في مرتبة قانونية مساوية لمرتبة الأحكام القضائية الرسمية التي تصدر عن المحاكم الوطنية، فإنه وعلى الرغم من نص المشرع على أن الأحكام التحكيمة لها حجية القضية المقضية في المادة (٥٢) إلا انه لم يبين أنها من النظام العام ولا يجوز مخالفتها بأي وسيلة كانت.

***

(١) الكيلاني، ليث عبد الله «محمد سعيد» زيد، مرجع سابق، ص٢٢.

الفـــرع الثاني
تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية

إن الهدف الرئيسي من اللجوء للقضاء أو التحكيم هو تنفيذ القرار التحكيمي طوعاً أو جبراً في مواجهة الطرف الأخر، فلا قيمة لحكم التحكيم إن لم يحتوي على القوة التنفيذية اللازمة لإحالته إلى واقع يلمسه الخصوم، فمن حيث المبدأ يجب أن يتم تنفيذ أحكام المحكمين بصورة إختيارية وبرضا الطرفين، فكما لجأ الأطراف بمحض إرادتهم لنظام التحكيم فإنهم يلتزمون بتنفيذ مكنون قرار التحكيم، ويسمى هذا النوع من التنفيذ «التنفيذ الرضائي».

ويكون التنفيذ الرضائي لأسباب ذاتية تنبع من ذات المحكوم عليه كخوفه على سمعته وإعتباره، كما أنه قد يؤدي لإكتساب المحكوم عليه بعض الأرباح من خلال تقليل الخسائر نتيجة مفاوضة المحكوم له، كما أن البعض يعمل على تنفيذ الأحكام رضائيا خوف من الجزاءات التي قد ترافق التنفيذ الجبري[1]، إلا أنه من الناحية العملية قد تواجه بعض القرارات التحكيمية بالطعون المنصوص عليها بالقانون فيستوجب الإنتظار لغايات صدور حكم قضائي قطعي يؤكد الحكم او يفسخه، ومن الممكن أيضاً أن يتعنت الطرف الخاسر ويمتنع عن التنفيذ (الأفراد أو الإدارة)، لذا وجب إقران القرارات التحكيمية بقوة قضائية، توجب على الطرف الخاسر المثول للحكم التحكيمي ولو كان ذلك جبراً بما تمتلكه السلطة القضائية العادية من مقومات للتنفيذ العيني والجبري على المحكوم عليه.

(١) احمد، محمد طه سيد، مرجع سابق، ٣٣٧ وما يليها.

أولاً: إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي في منازعات العقود الإدارية

تختلف التشريعات المقارنة فيما بينها حول تنفيذ أحكام المحكمين فمنها من أوجب تنفيذ حكم المحكم بشكل مباشر ودون حاجة لأي إجراء من قبل الإدارة أو السلطة العامة، ومنها ما يتطلب إجراءات شكلية كالإشارة على متن قرار الحكم التحكيمي من قبل موظف إداري كالقانون، وبعضها يستوجب صدور أمر بالتنفيذ من قبل السلطة القضائية كأغلب قوانين الدول العربية[1].

أما في التشريع الأردني فقد ورد النص في المادة (٥٣) النص على أنه :

أ- لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

ب-يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة المختصة مرفقا بما يلي:

١. صورة عن اتفاق التحكيم.

٢. أصل الحكم أو صورة موقعة عنه.

٣. ترجمة لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية إذا لم يكن ذلك الحكم صادراً بها».

وقد تناولت هذه المادة تقديم طلب التنفيذ للحكم التحكيمي، فقد اشترط المشرع الأردني أن لا يتم تقديم طلب التنفيذ إلا بعد انقضاء المدة القانونية وهي ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ حكم التحكيم، وذلك لإتاحة المجال أمام الخصوم لإقامة دعوى البطلان في مواجهة الحكم التحكيمي، ويجب أن يتم تقديم صورة عن إتفاق التحكيم وقرار التحكيم، وفي حال كان قرار التحكيم بلغة اجنبية أن يتم ترجمته للغة العربية.

(١) سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، ص٣٥٨.

كما يمكن أن يلجأ أي من الأطراف لتنفيذ القرارات الفرعية والإجرائية في المحاكمة التحكيمية قبل البت في التحكيم بشكل نهائي حيث نصت المادة (٢٣/ب) على أنه «وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر ان تأذن لهذا الطرف في إتخاذ الاجراءات اللازمة لتنفيذه، بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ».

بالرجوع إلى نص المادة (٥٤)[١] نجد أنه يقدم طلب التنفيذ بعد إستكمال مرفقاته لمحكمة الإستئناف المختصة[٢] وتقوم المحكمة بإصدار قرارها المتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي من عدمه، وقد ضّمن المشرع الأردني من خلال المادة السابقة شرطين هما عدم مخالفة الحكم للنظام العام، وأن يكون المحكوم عليه قد تبلغ الحكم التحكيمي بشكل صحيح، وقد أضاف المشرع المصري شرطاً ثالثاً مع الشرطين السابقين وهو أن لا يتضمن حكم التحكيم ما يتعارض مع حكم قضائي صادر عن المحاكم المصرية[٣].

ويرى الباحث أن المشرع الأردني قد أحسن صنعاً بعدم نصه على هذا الشرط لأن

(١) نصت المادة (٥٤) على أنه (أ- تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً وتأمر بتنفيذه إلا إذا تبين لها:

١- أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، وإذا أمكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام العام جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي.

٢- أنه لم يتم تبليغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً.

ب- لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوا من اليوم التالي للتبليغ، ويترتب على تصديق القرار الصادر برفض الأمر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم).

(٢) يرى جانب من الفقه أن الإختصاص يكون لقاضي الامور المستعجلة بإصار الأمر بالتنفيذ.

- للمزيد أنظر، الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص١٠٢٠.

(٣) البطاينة، عامر فتحي (٢٠٠٨)، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (ط١)، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٢٢٣.

في لجوء الأطراف للتحكيم مع وجود حكم قضائي بخصوص المسألة يعني تنازلاً منهم عن المراكز القانونية التي أوجدها القرار القضائي والذي ترتب عليه لجوئهم للتحكيم.

ولا يجوز الطعن في قرار المحكمة بتنفيذ الحكم التحكيمي[1] أما قرار الإمتناع عن التنفيذ فإنه من الجائز أن يتم الطعن فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبلغ به[2]، فقرار الأمر بالتنفيذ في حقيقته يمتلك مقومات ذاتية تجعل منه قراراً مستقلاً عن القرار التحكيمي ذاته، والدليل على ذلك أنه في حال إسقاط التنفيذ لسبب من الأسباب فإن ذلك لا ينعكس على الحكم التحكيمي أو أن الإسقاط يشمل الحكم التحكمي بل إن الإسقاط يكون للقضية التنفيذية فحسب[3].

ومن الممكن أن يتم أيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي بعد استصدار الأمر بتنفيذه وقيده في دائرة التنفيذ في بعض الحالات، كوقف التنفيذ لوجود استشكال تنفيذي، أو في حال وجود طعن مقدم على قرار التحكيم بعد قيده في دائرة التنفيذ، ولم يتضمن التشريع الأردني نصوصاً تبين أحكام الإستشكال التنفيذي بخصوص تنفيذ الأحكام

(١) وقد أكدت على هذا المعنى محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم ٤٣٠/٢٠١٢ حيث جاء فيه «يستفاد من المادة ٥٤/ب من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ أنه إذا قضت محكمة الإستئناف بتصديق قرار التحكيم وأمرت بتنفيذه فيكون قرارها والحالة هذه قطعياً غير قابل للطعن تمييزاً مما يستوجب رد الطعن شكلا».

- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٤٣٠ لسنة ٢٠١٢، هيئة خماسية، بتاريخ ٢٠١٢/٤/٢٤، منشورات مركز عدالة، ٢٠١٦.

(٢) وقد اكدت على ذلك محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم ٤٦٦/٢٠١٢ حيث جاء فيه «يستفاد من المادة ٥٤ من قانون التحكيم انه لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالامر بتنفيذ حكم التحكيم اما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على تصديق القرار الصادر برفض الأمر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكمي وحيث ان القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في هذه القضية تضمن رد الدعوى وتأييد قرار المحكمين والأمر بتنفيذه فإن مثل هذاالقرار لا يقبل الطعن فيه امام محكمة التمييز مما يستوجب رد الطعن شكلاً».

(٣) يونس، محمود مصطفى، مرجع سابق، ص١٣١.

التحكيمية في منازعات العقود الإدارية، لذلك تطبق القواعد العامة التي نص عليها قانون اصول المحاكمات المدنية وقانون التنفيذ، كما لم يتضمن التشريع النص على وقف التنفيذ في حال إقامة دعوى البطلان.

ويرى الباحث أنه كان من الأجدى على المشرع الأردني إيراد نصوص خاصة بوقف التنفيذ في حال وجود طعون أو استشكالات على الحكم التحكيمي أسوة بالمشرع المصري حيث تناول هذا الموضوع في المادة (٥٧) من قانون التحكيم المصري التي لم توجب على المحكمة في حال إقامة دعوى البطلان ايقاف التنفيذ إلا إذا رأت المحكمة ذلك[١].

ثانياً: صعوبات التنفيذ على الإدارة في منازعات العقود الإدارية

في الواقع إن وجود الإدارة كطرف في الحكم التحكيمي يطفي صعوبة في التنفيذ لأن الوسائل الجبرية التي تدفع الإدارة للرضوخ للحكم التحكيمي تختلف عن مثيلاتها لدى الأشخاص العاديين، فتنفيذ الأحكام الإدارية يختلف من دولة لآخرى في الحدود التي وضعها المشرع لضمان إستمرار الإدارة في تأدية وظيفتها وواجباتها تجاه المواطنين، فالتنفيذ الجبري في مواجهة الإدارة يصطدم بما لديها من حصانة تنفيذية.

وتعرف الحصانة التنفيذية على أنها «دفع تسعى الأشخاص الإعتبارية الدولية وأعضائها المعتمدين من خلاله إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي يريد المحكوم له بحكم تحكيم أو بحكم قضائي أن يتخذها ضدها، فتستطيع بذلك أن ترفض إصدار الأمر

(١) نصت المادة (٥٧) من قانون التحكيم المصري على أنه «لا يترتب على رفع دعوى البلطان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة للنظر، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البلطان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر».

بتنفيذ حكم التحكيم وبالتالي تمنع دائنيها من التنفيذ جبرا على اموالها»[١]، فالإدارة إضافة لإمتلاكها الحصانة التنفيذية بحيث لا يجوز التنفيذ عليها[٢] فإنها تمتلك القدرات المادية التي من شأنها أن تجبر الأشخاص على التنفيذ ولكن إن إمتنعت الإدارة ذاتها عن التنفيذ فكيف يمكن للأشخاص العاديين أن يقوموا بإجبارها على تنفيذ ما عليها من أحكام ؟ ويكون الإمتناع عن التنفيذ إما كلياً أو جزئياً[٣].

لقد وضع المشرع مجموعة من الوسائل التي من الممكن أن يستخدمها الأشخاص العاديون لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات التحكيمية في منازعات العقود الإدارية، ومن هذه الوسائل ما يلي[٤]:

١- دعوى الغاء القرار السلبي بالإمتناع عن تنفيذ الحكم

يقصد بدعوى الإلغاء «هي دعوى قضائية يقيمها صاحب المصلحة أمام القضاء الإداري يطلب فيها إعدام قرار إداري لعدم مشروعيته وتتميز هذه الدعوى بأنها دعوى قضائية وليس تظلما إدارياً»[٥] وفي هذه الحالة يحق للمتضرر اللجوء للقضاء الإداري في

(١) ورد في، التحيوي، محمود السيد عمر، الحصانة القضائية، مرجع سابق، ص٣٢٢.

(٢) نصت المادة (٢٧) من قانون التنفيذ رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧ على أنه: «لا يجوز التنفيذ على ما يلي: أ- الأموال العامة و أموال الوقف.

ب- أموال السفارات الأجنبية والهيئات الدبلوماسية التي تتتمتع بالحصانة القضائية

جـ- الامتيازات والرخص الممنوحة من الدولة».

- قانون التنفيذ الاردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧ منشور على الصفحة ٢٢٦٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٨٢١ تاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦.

(٣) العنزي، فواز فاحس (٢٠٠٧)، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام في كل من المملكة الأردنية الهاشمية والمملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير: الكرك: جامعة مؤته، ص٥٩.

(٤) أحمد، محمد طه السيد، مرجع سابق، ص٥٨٨.

(٥) العتوم، منصور أبراهيم (٢٠١٣)، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، (ط١)، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ص٧٥.

الدولة لدفع الإدارة على تنفيذ حكم التحكيم وإلغاء قرارها بالإمتناع عن تنفيذه[١].

وتتميز دعوى الإلغاء بأنها دعوى قضائية عينية موضوعية وتنتمي لقضاء المشروعية ولا تقام هذه الدعوى إلا من صاحب مصلحة [٢]، ومن الأمثلة على ذلك أن تقوم إحدى إدارات الدولة بالإمتناع عن تنفيذ قرار تحكيمي بقرار من إدارتها فيقوم الطرف الأخر برفع دعوى لإلغاء قرارها الإداري السلبي بالإمتناع عن تنفيذ الحكم التحكيمي.

٢- المسؤولية المدنية عن الإمتناع عن تنفيذ الحكم

وتفترض هذه الحالة أن يقوم المتضرر جراء إمتناع الإدارة عن التنفيذ بإقامة دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء امتناع الإدارة عن التنفيذ، وتقوم المسؤولية المدنية في هذه الحالة على الخطأ و الضرر وعلاقة السببية، فإن قام بإثبات أنه وقع عليه ضرر وجب له تعويض يعادل الضرر الذي لحق به جراء إمتناع الإدارة عن التنفيذ.

وتقوم مسؤولية الإدارة المدنية من مبدأ عدم مشروعية القرار الإداري، فلو كان القرار الإداري السلبي المتخذ من قبل الإدارة بالامتناع عن تنفيذ الحكم التحكيمي صحيحاً لما لزم التعويض، ويكون غير صحيح في حال شابه عيب في الشكل أو الاختصاص أو ومخالفة القانون وإنحراف السلطة[٣].

(١) رمضان، شعبان أحمد (٢٠٠٩)، اثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري، القاهرة: دار النهضة العربية، ص١٩.

(٢)العتوم، منصور أبراهيم (٢٠١٢)، أثر زوال المصلحة على سير المصلحة في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات القضاء الإداري الأردني والمقارن، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، (ع٤٩)، ص١٧٣ وما يليها.

(٣) الطماوي، سليمان محمد(١٩٧٧)، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، الكتاب الثاني، القاهرة: دار الفكر العربي، ص٣٩٦.

٣-تجريم الامتناع السلبي عن تنفيذ الأحكام

إن الإدارة بمفهومها العام تتكون من مجموعة من الموظفين وإن الإمتناع عن تنفيذ الحكم التحكيمي يجب أن يصدر عن موظف عمومي، وقد نصت قوانين العقوبات على تجريم هذا الإمتناع وإيقاع عقوبة على الموظف عن جريمة "الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية»[١]، وقد نص قانون العقوبات في المادة (١/٤٧٣) على أنه "يعاقب بالحبس حتى اسبوع او بالغرامة خمسة دنانير أو بكلتا العقوبتين من أمتنع عن تنفيذ أي قرار تصدره أية محكمة نظامية من أجل القيام أو عدم القيام بأية فعل ويعاقب بالعقوبة ذاتها من يمنع منعاً فعلياً إقامة ابنية قد صدر الترخيص من السلطات المختصة بشأنها»[٢].

ويرى الباحث أن التنفيذ الجبري على الإدارة أمر غاية في الصعوبة لأن الدولة تمتلك مقومات تجعل جميع القوى المادية بيدها، وعلى ذلك فإن الجزاءات والعقوبات والإجراءات التي من الممكن أن يتخذها المتضرر من تعنت الإدارة قد لا تكون كافية لدفعها للرضوخ للأمر القضائي في تنفيذ حكم التحكيم، وأن التنفيذ يجب أن ينبع من إرادة الإدارة ذاتها بالخضوع لأحكام قانون التحكيم والتنفيذ.

***

(١) احمد، محمد طه سيد، مرجع سابق، ص٦٠٦.

(٢) قانون العقوبات الأردني وتعديلاته رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، منشور في الجريدة الرسمية رقم ١٤٨٧ بتاريخ ١٩٦٠/١/١