التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى

دراسة مقارنة

بين مصر و فرنسا و الدول العربية

المستشار

وائل عزالدين يوسف

٢٠١٠

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

رقم الإيداع
٢٠١٠/١٤٦٧٠
I.S.B.N
978-977-04-6484-8

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لا عِلْمَ لَنَا إِلا مَا عَلَّمْتَنَا
إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

الآية ٣٢ . سورة البقرة

إهـــــداء

إلى أبى و أمى .. إلى من ربيانى صغيرا ..

إلى زوجتى الغالية ..

أهدى هذا المؤلف .

شكر وتقدير

فـــى البدايـــة لا يـــسعنى إلا أن أســـــجد لله شـــكراً و أحمـــده و أشـــكر فضله .

فالحمد لله رب العالمين الذى وفقنى لإنجاز هذا الكتاب .

و أتوجه بخالص الشكر و التقدير و العرفـــان لوالـــدى و والـــدتى و زوجتى و كل من ساعدنى لإخراج هذا المؤلف إلى النور .

كما أخـــص بالـــشكر و التقـــدير زميلـــى و صـــديقى المستـــشار / أحمد فتحى .

و أخيراً أشكر كل من ساعدنى و ساندنى و قدم لـــى العـــون يومـــاً ما فى حياتى .

مقدمة

احتل التحكيم فى الآونة الأخيرة مكانة متميزة بوصفه وسيلة لفض المنازعات فى العلاقات الاقتصادية و التجارية سواء فيما بين الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص الاعتبارية العامة و الخاصة .

و نظراً لتزايد دور الدولة فى الحياه الإقتصادية ، و ازدياد تدخلها فى العلاقات التجارية و رغبة منها فى تشجيع الاستثمار ، و دفع عجلة التنمية الإقتصادية فقد إزداد عدد العقود التى تبرمها الدولة مع أطراف أجنبية سواء كانت أشخاصاً طبيعية أم إعتبارية خاصة أو عامة .

و الدولة عندما تبرم عقودها فإنها تتعاقد بطريقتين ، إما أن يكون ذلك عن طريق التعاقد العادى أو عن طريق التعاقد الإدارى ، و للتفرقة بين النوعين أهمية بالغة .. حيث إن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص يعطى لجهة الإدارة إمتيازات خاصة تجاه المتعاقد الآخر معها كما تتضمن عقودها شروطاً استثنائية لا تتوافر فى العقود العادية ، فجهة الإدارة فى العقد الإدارى لا تتعاقد على قدم المساواه مع الطرف الأخر فى التعاقد ، و ذلك كله على عكس التعاقد العادى .

و قد إستقر الفقه على أنه يشترط وجود ثلاثة عناصر تميز العقد الإدارى ، و ذلك على الوجه التالى :

- وجود شخص معنوى عام طرف فى العقد .
- و أن يهدف العقد إلى تسيير مرفق عام .
- مستخدماً أساليب القانون العام بتضمين العقد شروطاً إستثنائية تمنح إمتيازات لجهة الإدارة .

و من ثم فإن المشرع ، و من بعده الفقه و القضاء فـي العديـد مـن الدول قد تردد كثيراً فى إجازة إدراج شـرط التحكيم فى العقد الإدارى .

و من العرض السابق تبدو أهمية هذه الدراسة من وجهين ..

الوجه الأول : تبرم الدولة هذا النوع من العقود بما لها مـن سـلطة عامة و التى تظهر فيها إمتيازات السلطة العامة من الإنهاء المنفرد للعقد إلـى غيرها من الشروط الإستثنائية الغير مألوفة فى عقود القانون الخاص و بالتالى فإن العقود الإدارية ترتبط بسيادة الدولة ، و قد يؤدى خضوع الدولة للتحكـيم إلى الإخلال بسيادتها و حصانتها السـياسية و القضائية .

أما الوجه الثانى : فيتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد الإدارى الدولى ، و ما يثيره الكيان القانونى للدولة و مدى جواز خضوعها لقانون آخر غير القانون الوطنى .

هذا فضلاً عن أن العقود الإدارية تتميز بضمانات و شروط خاصة فى إبرامها و تنفيذها ، على النحو الذى يجعل من خـضوعها للتحكـيم الـدولى أمراً يثير العديد من الصعوبات القانونية .

و قد كان من أهم دوافعى لإخراج هـذا الكتـاب و التـصدى لهـذا الموضوع بالبحث و الدراسة ..

هو أنه نتيجة لما تقدم بيانه من خصوصية العقد الإدارى ..

فقد أصبح الوضع السائد هو التردد مـا بـين تـشجيع الإسـتثمارات الأجنبية و دفع عجلة التنمية من ناحية ، و بين الحفـاظ علـى كيـان العقـد الإدارى و الإمتيازات التى يقررها للدولة تجاه المتعاقد الآخر ، و قد أدى ذلك إلى إحتدام الخلاف الفقهى و القضائى فى هذا الـصدد .. حتـى أن الفقـه و القضاء و من بعدها تشريعات العديد من الدول لا زالت تختلف فيما بينها بشأن

جواز التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى .

و نظراً لإحتياج الدول النامية و من بينها الدول العربية التى تنتمى إليها لإبرام العديد من عقود الإستثمار و التنمية مع أطراف أجنبية .

و فى الغالب الأعم يلجأ الطرف الأجنبى المتعاقد مع الدولة إلى التمسك بإدراج شرط التحكيم فى هذه العقود لأسباب متعددة تدور فى الغالب حول عدم ثقته فى حيدة قضاء الدولة أمام سلطة الدولة السياسية أو عدم معرفته بالقوانين الداخلية للدولة .

و إزاء ما تقدم جميعه ، و نظراً لعدم إستقرار الحقل القانونى على رأى فى هذا الصدد .

و نظراً لأهمية هذا النوع من العقود للدول النامية بشكل خاص على النحو السالف بيانه .

الأمر الذى دفعنى إلى التصدى لبحث هذا الموضوع لعلنى أستطيع أن أضيف إليه .

منهج البحث و خطته

حتى يتسنى لنا التعرض لموضوع هذا البحث ، فإنه يتعين علينا بداءة تعريف العقود الإدارية بشكل عام و الدولية منها بشكل خاص ـ مع بيان معايير دولية العقد الإدارى .

ثم ننتقل إلى بيان ماهية التحكيم و أنواعه .

و يكون ذلك بدراسة تحليلية لبيان ماهية كل من العقود الإدارية و التحكيم و الطبيعة القانونية لكل منهما .

و كذلك بدراسة مقارنة لتشريعات بعض الدول العربية لبيان موقفها من المسألة محل الدراسة .

و سوف نتناول فى هذه الدراسة الموضوع محل البحث فى مبحث تمهيدى و فصلين ..

حيث نتناول فى المبحث التمهيدى .. تعريف العقود الإدارية بشكل عام و الدولية منها بشكل خاص ، و كذا بيان ماهية التحكيم و أنواعه .

بينما نتناول فى الفصل الأول .. الموقف الفقهى و القضائى و التشريعى فى مصر و فرنسا و بعض الدول العربية من جواز التحكيم فى العقود الإدارية ، و كذا موقف الإتفاقيات الدولية من التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى .

و فى الفصل الثانى .. نتناول مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى مع الطبيعة القانونية للتحكيم .

وصولاً في ختام ذلك إلى تقرير مدى قابلية العقد الإدارى للتحكيم على النحو الذى سوف نستعرضه فى النتائج و التوصيات فى ختام البحث الماثل .

و ســـوف تكون خطة البحث على الوجه التالى :

المبحث التمهيدى : ماهية العقد الإدارى الدولى وماهية التحكيم .

المطلب الأول : ماهية العقد الإدارى عبر الحدود .

الفرع الأول : تعريف العقد الإدارى فى القانون الداخلى .

الفرع الثانى : ماهية العقد الإدارى عبر الحدود و معايير دوليته .

الغصن الأول : معايير دولية العقد .

الغصن الثانى : ماهية العقد الإدارى الدولى .

المطلب الثانى : ماهية التحكيم و أنواعه .

الفصل الأول : موقف التشـــريعات الوطنية و الاتفاقى مـــن التحكـــيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى .

المبحث الأول : موقف التشـــــريعات الوطنية من التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى .

المطلب الأول : الوضع فى التشريع المصرى و تشريعات بعض الـــدول العربية .

المطلب الثانى: الوضع فى فرنســـا .

المبحث الثـــانى : موقف الإتفاقيات الدولية من التحكيم فى العقـــود الإداريـــة ذات الطابع الدولى.

الفصل الثانى : مدى إتفاق النظـــام القـــانونى للعقـــد الإدارى مـــع الطبيعـــة القانونية للتحكيم .

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للتحكيم .

المبحث الثانى : مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى مع الطبيعة القانونية للتحكيم .

الخاتمة و التوصـــــيات .

مبحث تمهيدى

ماهية العقد الإدارى الدولى و ماهية التحكيم

تمهيد و تقسيم :

تلجأ الدولة و هى فى سبيلها لتحقيق أغراضها إلى التعاقد مع أشخاص آخرين سواء كان الطرف المتعاقد معه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ، و سواء كان هذا الطرف وطنياً أو أجنبياً ، و سوف نتعرض فى هذا المبحث لتعريف العقد الإدارى بشكل عام ، و العقد الإدارى الدولى بشكل خاص .

المطلب الأول

ماهية العقد الإدارى عبر العصور

الفرع الأول

تعريف العقد الإدارى فى القانون الداخلى

إستقر الفقه على تعريف العقد الإدارى بأنه العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام بقصد تسيير مرفق عام مستخدماً أساليب القانون العام و يتجلى ذلك إما بتضمين العقد شروطاً إستثنائية أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالإشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام (١).

و يتضح من هذا التعريف السابق أن عناصر العقد الإدارى هى ..

---

(١) د. سليمان الطماوى . الوجيز فى القانون الإدارى دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٨٨ ، ص ٢٩٩ وما بعدها .

وجود شخص معنوى عام طرف فى العقد ، و يهدف إلى تسيير مرفق عام ، مستخدماً أساليب القانون العام .

و إن كانت الشروط الإستثنائية لا تعتبر عنصراً ضرورياً من عناصر العقد الإدارى فى القضاء الفرنسى إلا فى حالة عدم إتصال العقد إتصالاً وثيقاً بمرفق عام (١).

كما إستقر قضاء مجلس الدولة على تعريف العقد الإدارى بأنه العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية وشخص عام أو خاص ، بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق و إمتيازات لايتمتع بها المتعاقد معها و ذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة و تعتمد الدولة فى إبرامه و تنفيذه على أساليب القانون العام و وسائله و ذلك بتضمينه شروطاً إستثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة فى العقد ذاته أو مقررة بمقتضى القوانين و اللوائح و قد تمنح الإدارة للمتعاقد معها حقوقاً لا مقابل لها فى روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية و يشترك معها فى إدارة المرفق العام أو تسييره أو إستغلاله تحقيقاً للنفع العام .

و للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد و توجيه أعمال التنفيذ و إختيار طريقته و حق تعديل شروطه بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة (٢).

---

(١) د.جابر جاد نصار ، الوجيز فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠ ، ص١٠٠ و ما بعدها .

(٢) أنظر تعريف العقد الإدارى ،مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى ،جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣ ص ٩٨١. و جلسة ١٩٦٣/٣/٢٥ السنة ١٠ ص ٣١٤ .

كما أن لها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد ، و حق فسخ العقد و إنهائه و لها أساليب تتبعها في إبرام العقد كالمناقصة و المزايدة و الممارسة وفق قواعد مرسومة قانوناً (١).

و ينعقد الإختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود لمحاكم مجلس الدولة ، و ذلك إعمالاً لأحكام المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢ مارس ١٩٦٨ السنة ١٣ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا ص ٦٢٥ .

الفرع الثاني

ماهية العقد الإداري عبر الحدود و معايير دوليته

تعرضنا في الفرع الأول لبيان المقصود بالعقد الإداري في القانون الداخلي ، و كنا في ضوء ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة .. و يتعين علينا في الفرع الثاني بيان المقصود بالعقد الإداري ذي الطابع الدولي او العقد الإداري عبر الحدود ، و في سبيل ذلك يتعين بيان معايير دولية العقد الإداري ، و في ضوء هذه المعايير نوضح ماهية العقد الإداري الدولي ، و ذلك على النحو التالي :

الغصن الأول : معايير دولية العقد

قبل أن نتعرض لتعريف العقد الإداري الدولي .. يثور سؤال هام هو متى يكتسب العقد الإداري الطابع الدولي .. أو بمعنى آخر ما هو المعيار الذي نتبناه حتى يتسنى لنا القول إننا أمام عقد إداري دولي و ليس عقداً إدارياً وطنياً ؟

الواقع في هذا الأمر أنه هناك عدة إتجاهات ..

فمن ناحية.. ذهب جانب من الفقه الإيطالي إلى التفريق بين العقد الوطني والعقد الدولي يكون على أساس القانون الذي يخضع له العقد فإذا كان العقد يخضع للقانون الداخلي فهو عقد وطني ..

بينما يعد في نظر هذا الرأي عقداً دولياً فيما لو أخضعه المتعاقدون لقانون آخر (١).

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠، ص ١٠٣ .

و بالمعنى ذاته أيضاً أن المعيار الذى إستقر عليه الفقه هو أن تطـرق الصفة الأجنبية إلى أى عنصر من عناصر العلاقـة القانونيـة يـؤدى إلـى إعـتبارها من العلاقات ذات الصـفة الأجنبية (١).

إلا أنه هناك رأى آخر معاصر يفضل التفرقة بخـصوص العناصـر القانونية للعقد و التى قد تتطرق لها الصفة الأجنبية بـين العناصـر الفاعلـة و المؤثرة و بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة ، و على ذلك فإذا تطرقـت الصفة الأجنبية لعنصر غيرذى بال من عناصر العقـد أى لعنـصر محايـد لا يشكل أهمية خاصة فى الرابطة التعاقديـة المطروحة فإنه لا يكفى لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة (٢).

و يؤيد الرأى السابق الإتجاه الفقهى الحديث الذى يرى وجوب توطين العلاقة القانونية محل البحث لمعرفة ما إذا كانت تتعدى نطاق النظام الـداخلى بطريقة تقتضى الإلتجاء إلى قواعد ذات صفة دولية .. فيكون المعيار إذن هو المساس بقواعد أو أنظمة تتعدى نطاق القانون الداخلى و تكون و سيلة التأكـد من ذلك هى البحث فى العلاقة عن إعتبارات تبرر تطبيق قواعد دون أخرى.

و تطبيقاً لهذا المعيار فإن الأجنبى الذى يشترى جريدة أو علبة سجائر فإنه يبرم عقداً من عقود القانون الداخلى إذ أن جنسيته عنـصر سـلبى غيـر مؤثر فى تكييف العملية العقدية (٣).

---

(١) د.إبراهيم أحمد إبراهيم .القانون الدولى الخاص . بدون ناشر . ص ٢٩٥ .

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الـدولى ، المرجـع السابق . ص ١٠٤ .

(٣) د. أحمد القشيرى . الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقـود الدوليـة ، المجلة المصرية للقانون الدولى . المجلد ٢١ سنة ١٩٦٥ ص / ٧٥

و خلاصة القول مما سبق أن العقد يكون دولياً وفقاً للمعيار القانونى إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العلاقة العقدية .. غير أنه يجب النظر إلى هذه الصفة الأجنبية بشكل موضوعى - بمعنى أن تكون العلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبى ذات فاعلية و تأثير فى الرابطة العقدية ، و ذلك حتى لا يكون إدخال أى عنصر أجنبى فى العقد الإدارى ذريعة لوضع شرط تحكيم هروباً من القضاء الوطنى للدولة المتعاقدة .

غير أنه هناك رأى آخر أو بمعنى أدق معيار آخر لدولية العقد هو المعيار الإقتصادى ..هذا المعيار يؤيده الفقه الحديث .. إذ يعد العقد دولياً إذا كان يتعلق بمصالح التجارة الدولية ، أى إذا كان ينطوى على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلى لدولة معينة ، فيترتب عليه حركة ذهاب و أياب للأموال أو الخدمات عبر الحدود (١).

و فى العقود الدولية بصفة عامة فإن جانباً كبيراً من الفقه يأخذ بالمعيار القانونى و نرى أن هذا الإتجاه جدير بالتأييد .

إلا إنه فى مجال العقد الإدارى ذى الطابع الدولى أفضل عدم الأخذ بالمعيار القانونى لعدم التوسع فى معيار دولية العقد الإدارى، و ذلك حتى لا يكون إدخال أى عنصر أجنبى فى العقد الإدارى ذريعة لوضع شرط تحكيم هروباً من القضاء الوطنى للدولة المتعاقدة .

و بهذا الصدد يكون المعيار الإقتصادى هو الأفضل لتحديد دولية العقد الإدارى .. حيث يعد العقد الإدارى دولياً إذا كان ينطوى على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلى لدولة معينة ..

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى ، المرجع السابق . ص ١٠٦

و هذا المعيار يعد أقرب لطبيعة العقد الإداري ومدعاه لعدم إصرار المستثمر الأجنبي على تضمين العقد الإداري شرط تحكيم و بالتالي الهروب من القضاء الوطني للدولة .

من واقع المعايير المتقدمة لدولية العقد الإداري .. ننتقل لبيان ماهية العقد الإداري الدولي .

الفصل الثاني : ماهية العقد الإداري الدولي

يرى البعض أن العقد الإداري الدولي أو ما يُطلق عليه عقد الدولة هو عقد يبرم بين دولة و شخص أجنبي لتحقيق سبب التعاقد سواء كان يتعلق بالتجارة الدولية أم بغيرها .

و في ضوء ما تقدم إقترح الفقه عدة تعريفات للعقد الإداري الدولي..

حيث عرفه اللورد MC NAIR بما أسماه عقود التنمية الإقتصادية ، و هو عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جهة ، و بين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية و يتعلق بإستغلال الموارد الطبيعية و يمتع الطرف الأجنبي بحقوق غير مألوفة في العقود الداخلية و يخضع العقد في بعض جوانبه للقانون العام و جوانب أخرى للقانون الخاص

و يتضمن شرط تحكيم .

و قد تبعه كثير من فقهاء الفقه القانوني الغربي في تبني المعني ذاته .

كما عرفها الأستاذ /DUPUY في تحكيم TEXACO بأنها عقود تنمية إقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة و تخلق نوعاً من التعاون الطويل بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي و تحرص على إبراز الضابع التعاقدي بين الدولة و الأجنبي من خلال وجود نصوص تهدف إلى تحقيق

الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و إخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة (١).

بينما يعرفها الفقه المصري بأنها العقود التي تبرم بين دولة و شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي أو يتخذ مركز أعماله في الخارج (٢).

و عرفها البعض الأخر بأنها العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية (٣).

أو بأنها عقود للإستثمار والتنمية الإقتصادية ، و هي عقود تستتبع حركة دولية لرؤوس الأموال مع توافر العنصر الأجنبي (٤).

و من كل ما سبق يمكن القول إن العقد الإداري الدولي هو العقد الذي تبرمه الدولة بإعتبارها سلطة عامة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من رعايا الدول الأخرى مثل عقود إمتياز المرافق العامة التي يتطلبها تسيير هذه المرافق و العقود التي تسند الدولة بمقتضاها إستغلال ثرواتها الطبيعية إلى إحدى الشركات الأجنبية أو عقود نقل التكنولوجيا أو العقود التي تسند فيها الدولة إلى إحدى الشركات الأجنبية

---

(١) د. محمد عبد العزيز بكر. فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، رسالة دكتوراه جامعة حلوان .يناير ٢٠٠٠، ص ٥٤ .

(٢) د. عزالدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص،الجزء الأول ، القاهرة ، هيئة الكتاب، الطبعة الحادية عشر . ١٩٨٦ ، ص / ٤٦٤ .

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة ، العقود الدولية للإستثمار و التنمية الإقتصادية ، القاهرة، ١٩٨٤ .

(٤) د. هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية .منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٩٥ ،ص/٢٥٠.

المتخصصة إنشاء المطارات أو غيرها من المشاريع الضخمة بنظام الـ B.o.t مثلاً .. و غيرها من أنواع و أشكال العقود التى ينطبق عليها التعريف المتقدم .

و يلاحظ على هذه النوعية من العقود أنها تشبه عقود القانون العام .. حيث إن طرفها الدولة بصفتها و شخص طبيعى أو إعتبارى من جهة أخرى .

كما أن الدولة تتمتع فى هذه العقود بالحصانة القضائية أمام الطرف المتعاقد معها الذى لا يتمتع بهذه الحصانة بالرغم من أن الطرف الآخر قد يكون على قدر لا بأس به من القوة الإقتصادية .

كذلك فإن هذه العقود تختلف عن العقود التى تبرمها الدولة مع طرف أجنبى فى نطاق القانون الخاص أى تتعاقد فيها الدولة بوصفها شخصياً عادياً .

المطلب الثاني

ماهية التحكيم و أنواعه

أولاً : المقصود بالتحكيم :

قبل أن نتعرض لمسألة مدى قابلية العقد الإدارى الدولي للتحكيم ..

ففي البداية يتعين أن نبين ماهو المقصود بالتحكيم !

و للتحكيم معنيان أحدهما واسع و هو المعنى اللغوى و الأخرضيق و هو المعنى الإصطلاحى القانونى .

وما يهمنا فى هذا الصدد هو المعنى الإصطلاحى .. ويقصد به إتفاق أطراف النزاع - إتفاقاً يجيزه القانون - على إختياربعض الأشخاص للفصل فيه - بدلاً من القضاء المختص - و يكون القرار الصادر فى هذا الشأن ملزماً لهم (١).

و فى ذات المعنى يذهب جانب من الفقه إلى (أن المقصود بالتحكيم أنه نظام قضائى خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم و يعهدون إليهم بمقتضى إتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التى قد تنشأ أو نشأت بالفعل بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية و التى يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون و العدالة و إصدار قرار قضائى ملزم لهم) (٢).

من التعريف المتقدم بيانه و بتفنيد عناصره و فى إطار الحرية التى نشأ فيها نظام التحكيم - يمكننا القول أن مسألة قبول مبدأ التحكيم فى العقود

---

(١) د. ماجد راغب الحلو . التحكيم و العقود الإدارية . دار الجامعة الجديدة . طبعة ٢٠٠٤. ص/ ١٦٢ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة .التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية و الدولية . دار النهضة العربية . طبعة ٢٠٠٦ . ص / ١٩ .

الإدارية هى مسألة أثارت خلافاً كبيراً فى الفقه و القضاء فى العديد من الدول ، كما أثارت جدلاً واسعاً قبل أن تعترف بها بعض التشريعات و تنكرها البعض الأخر حيث أن التحكيم يرتبط فى الأصل بمعاملات التجارة الدولية و التى كانت ترتبط فى الغالب بأشخاص القانون الخاص ، كما أن التحكيم لا يلتزم بذات الإجراءات المعهودة فى النظم القضائية .. لا سيما و أن الشخص القائم بالتحكيم قد يكون أجنبياً و قد يطبق قانوناً أجنبياً أيضاً .. الأمر الذى قد يبدو متعارضاً مع طبيعة العقد الإدارى الذى يكون أحد أطرافه الدولة أو أحد أشخاصها الإعتبارية بما لها من سيادة و حصانة قضائية وما يرتبط بذلك من إلتزامها بتطبيق نظام قانونى و قضائى مختلف يتولد من طبيعة شروط العقد الإدارى بل يصل الأمر إلى ضرورة الإلتزام بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، و كلها مسائل قد ترتبط بشكل أو بآخر بالنظام العام للدولة .. مما يعيدنا إلى القول بتعارض فكرة التحكيم كنظام نشأ يرتبط بحرية و إرادة الأطراف مع فكرة العقد الإدارى التى ترتبط بنظم و قواعد الدولة .

ثانياً : أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع .. على الوجه التالى :

١. **التحكيم بالقانون و التحكيم الطليق** (١):

و أساس التفرقة بينهما تكمن فى تطبيق القانون .. ذلك أن الثابت فى مختلف النظم القانونية أن محاكم قضاء الدولة هى الأمينة على تطبيق القانون ، و قضاة تلك المحاكم وظيفتهم الأولى و الأخيرة هى أداء العدالة و تطبيق القانون الذى وضعته السلطة التشريعية .

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة .التحكيم فى المعاملات المدنية الداخلية و الدولية . المرجع السابق . ص /٦١ و ما بعدها .

و بتلك المثابة و بهذه الصفة فقط يُعتبر قضاة المحاكم القضائية خدمة أو سدنة القانون ، و لأجل هذا الغرض وجد مرفق القضاء الذى تهيمن عليه الدولة و تعتبره من مظاهر سيادتها .

و إذا كان التحكيم قرين القضاء فى وظيفة حسم النزاعات ، إلا أنه أوسع سلطة من القضاء ، و الدليل على ذلك أمران :

الأول : أن التحكيم بحسب الأصل يتم بتطبيق قواعد القانون الموضوعى و الإجرائى إلا أن القانون المطبق ليس قانون دولة محددة بالذات ، بل هو قانون قد يختاره الأطراف و قد تختاره هيئة التحكيم ذاتها ، و العلة فى ذلك تكمن فى أن التحكيم نظام قضائى إرادى يهمه حسم المنازعات بنحو يضمن إستمرار التعامل بين أطرافه و لو كان ذلك على حساب التطبيق الجامد لقواعد القانون .

كما أن التحكيم لا يهمه تطبيق قانون وطنى معين ، و ليس هناك من سلطة نظامية عليا تلزمه بتطبيق هذا القانون أو ذاك ، و إنما يستطيع فى سبيل تحقيق غايته تفادى تطبيق قواعد قانون الدولة التى قد يراها غير ملائمة .

أما الأمر الثانى : فهو أن بإستطاعة هيئة التحكيم ألا تتقيد بقاعدة قانونية محددة ، و أن تفصل فى النزاع وفق مبادئ العدل و الإنصاف و مبادئ حُسن النية ، و هذا ما يسمى التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم الطليق .

و مما تقدم فإنه يقصد بالتحكيم بالقانون التحكيم الذى تلتزم فيه هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع وفقاً لقواعد القانون الموضوعى أو الاجرائى الذى يتم تحديده من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف .

أما التحكيم بالصلح فيقصد به التحكيم الذى لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعى عند الفصل فى النزاع حيث يمكن الفصل فيه وفقاً لقواعد العدالة والانصاف ولو أدى ذلك الى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق .

والأصل أن التحكيم يتم تطبيقاً لقواعد القانون بينما التحكيم بالصلح هو الاستثناء ويترتب على ذلك وجوب النص عليه فى الاتفاق صراحة ويفسر الاتفاق عليه تفسيراً ضيقاً (١).

وقد جاء نص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ٩٤ مسايراً لهذا الاتجاه .

و نستفيد من هذه التفرقة إنه يترتب على إلتزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون إنه يمكن الطعن على حكمها سواء بالإستئناف أم بدعوى البطلان وفقاً للنظام القانونى الذى يقرر ذلك .. فى حالة إذا ما إستبعدت هيئة التحكيم تطبيق القانون الذى إختاره الأطراف أو خالفت القواعد الإجرائية الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم أو بضمانات التقاضى .

كما أن إلتزام هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع وفقاً للقانون يجد أساسه فى أن المحكم و هو بشر بحاجة إلى ما ينير طريق العدالة أمامه و يضبط سلوكه فقد لا تسعفه ملكاته الشخصية من تحرى سبيل الحق ، بل إن أسعفته فقد يقوده شطط إجتهادى إلى التحكم و تنكب جادة الصواب .

فإلتزام المحكم قواعد القانون هو ضمانة ليس فقط للخصوم أنفسهم بل هو كذلك للمحكم من هوى نفسه (٢).

---

(١) د. السيد عبد ربه . إتفاق التحكيم ، محاضرات فى الدورة العامة لإعداد المحكم ، مركز حقوق عين شمس للتحكيم . ٢٠٠٨ ، ص ٣٠ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة. التحكيم فى المعاملات المدنية الداخلية و الدولية. المرجع السابق . ص ٦٥ .

٢. التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي (١):

التحكيم الحر هو التحكيم الذى تنعقد فيه هيئة التحكيم لحسم نزاع محدد أى حالات فردية وفيه يقوم أطراف النزاع بتنظيم عملية التحكيم منذ بدايتها حتى نهايتها بصدور حكم التحكيم بمعنى أن الطرفين يتوليان ابرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده ويختاران أعضاء هيئة التحكيم ويحددان زمانه ومكانه ولغته والقواعد الاجرائية التى تحكم خصومة التحكيم والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك كله دون الخضوع لأشراف مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم .

أما التحكيم المؤسسى ففيه يتفق الطرفان على أن يتم التحكيم فى اطار مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيمية دائمة سواء كانت وطنية أو دولية فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز واجراءاته .

وللتحكيم المؤسسى مزايا عديدة فمن ناحية يوجد بهذه المراكز أو المؤسسات قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين فى مختلف المنازعات ومن ناحية أخرى يوجد لديها لوائح اجرائية للتحكيم كما تقدم خدمات ادارية لعملية التحكيم .

و يرى الفقه أن التحكيم المؤسسى هو الأكثر شيوعاً فى مجال تحكيم منازعات العقود الدولية ، و سائر عمليات التجارة الدولية عبر الحدود(٢) .

و يرجع ذلك إلى أن مراكز و هيئات التحكيم الدائمة لها من التسهيلات و المزايا ما يجعلها تستقطب غالباً المنازعات الناشئة عن عمليات

---

(١) د. السيد عبد نابل . إتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة .التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية و الدولية . المرجع السابق . ص ٦٥ .

التجارة الدولية نظراً لما تتمتع به تلك المراكز من توافر اللوائح و النظم الداخلية المستقرة التى صقلتها التجربة العملية بشكل يمكنها من تنظيم عملية التحكيم من بدايتها إلى نهايتها بحنكة ومهارة .

أما التحكيم الحر أو العارض فهو إن كان يترجم مبدأ حرية المحتكمين .. إلا أن تلك الحرية قد تذهب سدى و تتحطم لدى إصطدامها بأول العقبات و هى عديدة فقد لا يتعاون أحد الطرفين فى تسمية و تعيين محكمه ، و قد يتنازع الطرفان حول القواعد الإجرائية واجبة الإتباع ، أو حول القانون المختص بحكم النزاع .

٣. <u>التحكيم الوطنى و التحكيم الدولى</u>(١) :

<u>التحكيم الوطنى :</u>

هو الذى يتعلق بعلاقات وطنية داخلية فى جميع عناصرها الذاتية موضوعاً وأطراف وسبباً . ووفقاً لنص الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصرى ، بمفهوم المخالفة يعد حكم التحكيم اجنبياً ولا يخضع لأحكام هذا القانون اذا جرى فى الخارج ولم يتفق أطرافه على اخضاعه لأحكام القانون المصرى . وحكم التحكيم الأجنبى تثار مسألة تنفيذه فى مصر وفقاً لقواعد قانون المرافعات .

ويكون <u>التحكيم دولياً</u> وفقاً لنص المادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى (إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية فى الأحوال الآتية :

أولاً : اذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت ابرام اتفاق التحكيم . فاذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم واذا لم يكن

(١) د. السيد عيد نايل . إتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٨ .

لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتاد .

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

ثالثاً : اذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

رابعاً : اذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من الطرفين يقع فى نفس الدولة وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة .

١. مكان اجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم .

٢. مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين

٣. المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

ويسرى قانون التحكيم المصرى على كل تحكيم يجرى فى مصر سواء كان وطنياً خاضعاً أو دولياً تم فى مصر أو فى الخارج واتفق على اخضاعه لأحكام القانون المصرى .

وتظهر التفرقة بين التحكيم الدولى والتحكيم الوطنى من نواحى عديدة :

- تحدد المادة ٩ من قانون التحكيم المحكمة المختصة بنظر المسائل التى تدخل فى اختصاص القضاء المصرى بطريقة مختلفة حسب نوع التحكيم

فاذا كان التحكيم وطنياً كانت المحكمة المختصة هى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما اذا كان التحكيم دولياً تم فى مصر أو فى

الخارج واتفق على اخضاعه للقانون المصرى فتختص محكمة استئناف القاهرة أو أى محكمة استئناف يختارها الخصوم ، أما اذا كان التحكيم دولياً ولم يتفق الطرفان على اخضاعه للقانون المصرى فانه يعد حكماً أجنبياً .

- المحكمة المختصة بدعوى البطلان تكون هى محكمة استئناف القاهرة أو أى محكمة استئناف يختارها الطرفان اذا كان التحكيم دولياً وتكون هى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اذا كان التحكيم وطنياً .

و تبدو أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى و التحكيم الدولى .. من ناحية مبدأ سلطان إرادة المحتكمين ، فالملاحظ أن تلك القدرة تضيق فى مجال التحكيم الوطنى .. هذا بخلاف التحكيم الدولى ، حيث يمتد مبدأ سلطان إرادة المحتكمين إلى أقصى مدى (١).

و من ناحية معاملة حكم التحكيم .. فإن عدم تسبيب حكم التحكيم فى التحكيم الداخلى قد يبطله أو على الأقل يعرقل تنفيذه .. حيث تستلزم اكثر من النظم القانونية أن يكون حكم التحكيم مسبباً ، هذا على عكس الحال فى التحكيم الدولى ، حيث لا يلزم تسبيب حكم التحكيم طالما إتفق الأطراف على ذلك ، و هذا ما يعترف به القانون النمطى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ ، و قواعد اليونسترال لعام ١٩٧٦ ، و إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى لعام ١٩٨٧ .

كما أن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه بالإستئناف فى التحكيم الداخلى لدى بعض النظم القانونية ، و هذا أمر غير جائز لدى غالب النظم القانونية فى شأن التحكيم الدولى .

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة .التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية و الدولية . المرجع السابق . ص/ ٧٨ و ما بعدها .

و من العرض المتقدم لأنواع التحكيم المختلفة تبدو لنا أهميـــة و أثـــر تلك التفرقة على موضوع التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الـــدولى .. فمن جهة قد يكون إلتزام هيئة التحكيم بالتحكيم وفقاً لقواعـــد القـــانون بمثـــل ضمانة مهمة للدولة طرف التحكيم فى العقد الإدارى .

كما أن التحكيم المؤسسى قد يكون أفضل و أكثر إتـــساقاً مـــع العقـــد الإدارى الدولى .. فقد ترى الدولة طرف العقد الإدارى الدولى أن من صالحها أن يكون التحكيم فى إحدى مراكز التحكيم المعتمدة سواء منهـــا الوطنيـــة أو العربية أو الدولية .

الفصل الأول

موقف التشريعات الوطنية و القانون الإتفاقى

من التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى

تمهيد و تقسيم :

سبق أن تعرضنا لبيان المقصود بالعقد الإدارى و ما يتضمنه من شروط إستثنائية و تقرير إمتيازات معينة لجهة الإدارة .

و العقود الإدارية بهذا المعنى تخضع لنظام صارم فى إبرامها ، و يحرص المشرع فى أغلب الدول إلى إصدار القوانين التى تنظم عملية إبرام العقود الإدارية ، و تحديد كيفية التعبير عن إرادة جهة الإدارة .. بل قد يتدخل المشرع و يضع ضوابط معينة يجب إحترامها عند ابرام بعض العقود الإدارية .

و سوف نتناول فيما يلى موقف التشريعات الوطنية من التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى .. فى (مبحث أول) .

و كذا موقف الإتفاقيات الدولية من التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى .. فى (مبحث ثانى) .

المبحث الأول

موقف التشريعات الوطنية من التحكيم

في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

المطلب الأول

الوضع فى التشريع المصرى و تشريعات بعض الدول العربية

سوف نتناول فى هذا المطلب موقف المشرع المصرى من جواز التحكيم فى العقود الإدارية فى مصر ، و بعض الدول العربية ، و ذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

الوضع فى مصر

١. الوضع قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

كان يحكم نظام التحكيم فى مصر مواد الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .. و قد نصت المادة رقم ٥٠١ من القانون المذكور على أنه يجوز الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الإتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين .

و المستفاد من النص المتقدم أن المشرع أجاز التحكيم فى كافة أنواع العقود بدون تحديد .

و في الوقت الذي كان فيه هذا القانون سارياً .. كانت الدولة تقبل تضمين العقد شرطاً باللجوء إلى التحكيم .. إلا أنها في حال إذا ما أثير نزاع حول تنفيذ هذا العقد كانت تدفع بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بغية التهرب من شرط التحكيم

و في هذا الوقت إنقسم الفقه و القضاء إلى رأيين :

الرأي الأول .. يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إستناداً إلى([1]):

- أن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة .. الذي يتمثل من ناحية في قيام التحكيم بسلب إختصاص قضاء الدولة الذي هو أحد مظاهر سيادتها و من ناحية أخرى فإن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطني و يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي ([1]).
- أن إقرار مبدأ التحكيم في العقود الإدارية يعتبر سلباً لإختصاص محكمة القضاء الإداري المنصوص عليه قانوناً بنظر هذه المنازعات ، و ذلك إعمالاً لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، و المادة رقم ١٧٢ من الدستور المصري .
- أن المحكمة الإدارية العليا قد ذهبت في أحكامها إلى عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، و ذلك في حكمها الصادر في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق بجلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ بالرغم من أن بنود العقد محل النزاع قد تضمنت شرطاً باللجوء إلى

([1]) راجع : د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٧ ، ص٥٦ و ما بعدها .

([1]) راجع : د. محسن شفيق . التحكيم التجاري الدولي . دراسة في قانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ص ٤٠ .

التحكيم فى حالة نشوء نزاع عن تنفيذ هذا العقد (١).

الرأى الثانى .. يرى جواز التحكيم فى العقود الإدارية .. إستناداً إلى صراحة النص الوارد بحكم المادة رقم ٥٠١ من قانون المرافعات سالفة البيان و ذلك بشرط تطبيق الحظر الوارد بعدم جواز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح .. كما يؤيد هذا الرأى ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى و التشريع بمجلس الدولة (٢).

و قد ذهب جانب من الفقه إلى أن الإستناد إلى نص المادة ٥٠١ سالفة البيان إستناد غير سديد ، فالتحكيم يعتبر عدواناً على إختصاص القضاء و لا يجوز إلا بنص تشريعى صريح .

و نرى فى هذا الصدد أنه وفقاً لنص المادة رقم ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية ، و التجارية - و التى أجازت التحكيم فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود بصفة عامة - و بالتالى يكون من بينها العقود الإدارية ، و لا يمكننا القول بعدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية ، و على أي حال فقد أصبح هذا الخلاف لا جدوى منه نظراً لصدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية و التجارية و الذى سوف نعرض له فى النقطة التالية.

٢. الوضع بعد صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

نظراً للتطور الذى لحق بالحياه الإقتصادية و رغبة من المشرع فى تشجيع الإستثمار الأجنبى ، و تلافى النقص التشريعى خاصة فيما يتعلق

---

(١) راجع : د. جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص٥٩ و ما بعدها .

(٢) راجع : د. جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، المرجع السابق . ص ٦٧ و ما بعدها .

بموضوع بحثنا و هو مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية .. فقد أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية و التجارية ناصاً فى مادته الأولى على : أنه تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .

و مع ذلك فإن نص المادة الأولى سالفة البيان لم يقدم الحل المرجو .

و قد أثار النص المذكور خلافاً فقهياً حول تفسيرها ، حيث ذهب جمهور الفقه المصرى إلى أن هذا النص قد أجاز التحكيم فى العقود الإدارية مستنداً فى ذلك إلى أن عبارة النص التى جرت بسريان أحكام قانون التحكيم على أشخاص القانون العام .. هذا من ناحية ، و من ناحية أخرى فإن المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور قد حسمت بما لا يدع مجالاً للشك خضوع كافة أنواع العقود لأحكامه (١).

بينما ذهب رأى آخر معارض إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية ، و ذلك راجع إلى خطورة المشكلة و تشعبها و تعدد جوانبها، و من ثم يصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التى وردت فى المادة الأولى من هذا القانون .. فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة و خارقة للشريعه العامة ، و هى قواعد القانون الإدارى . و هى فى معظمها قضائية من خلق القضاء الإدارى .. يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذى لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه (٢).

---

(١) راجع د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى ، المرجع السابق ص ١٧٧ و ما بعدها .

(٢) د.جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

و فى رأيى فإن نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالفة البيان قد جاء نصها غير سديد و غير محدد و لا يقطع بخضوع العقود الإدارية للتحكيم ، و حيث أن مشكلة مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية قد أثارت خلافاً كبيراً قبل صدور قانون التحكيم فقد كان حرياً بالمشرع أن ينص صراحة على خضوع العقود الإدارية للتحكيم بلفظ صريح و قاطع و لا يدع مجالاً للخلاف فى الرأى .

لا سيما و أن هذا النص غير القاطع قد دفع الجمعية لقسمى الفتوى و التشريع بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٨ أن تصدر فتواها فى - معرض مراجعة مشروع العقد المزمع إبرامه بين كل من المجلس الأعلى للآثار ، و شركة جلستر سلفر نايت الإنجليزية - بعدم صحة شرط التحكيم الوارد فى مشروع التعاقد حيث ورد فى نص الفتوى [و بالنسبة لخضوع منازعات العقد الإدارى للتحكيم المنظم بالقانون رقم ١٩٩٤/٢٧ .. فإن هذا القانون فى أى من مراحل إعداده و حتى صدر لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع للعقود الإدارية لهذا القانون] .

و انتهت الجمعية العمومية إلى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية.

٣. الوضع بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

نظراً للجدل الفقهى السابق بيانه ثم ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى و التشريع بمجلس الدولة بعدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية. الأمر الذى حدا بالمشرع أن يسارع بإصدار القانون رقم٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ليكون نصها كالتالى :

..... و بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة و لا يجوز التفويض فى ذلك ..

كما جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا التعديل ..

..... و رغبةً فى حسم هذا الخلاف بنص فاصل لا تتوزع معه الأراء .. تلتقى عنده و تستقر كل الإجتهادات و بالنظر إلى أن العلاقات القانونية ذات الطابع الإقتصادى قد اتسعت و تشعبت مع مراحل النمو و الإصلاح التى تخطوها البلاد

و تتعاظم مسيرتها حيناً بعد حين ، و تشارك الدول و غيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة فى قيام تلك العلاقات بالقدر اللازم لدفع عجلة التنمية و تشجيع الإستثمار و تحقيق أهدافها بما فى ذلك إبرام عقود إدارية وثيقة الصلة بالمرافق العامه مع أطراف محلية و أجنبية ، و إذا كان اللجوء إلى التحكيم إتفاقاً لتسوية منازعات هذه العقود مما يُنتدب إليه فيها و تستمسك به تلك الأطراف فى حالات عديدة كسباً لمزايا هذا الأسلوب فى التسوية ، لهذا رُئى إدخال تعديل بالإضافة على المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سلف الذكر يقرر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية (١) .

ويُلاحظ أن هذا التعديل قد تضمن جانبين أحدهما تفسيرى لنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك بتأكيد مبدأ جواز التحكيم فى العقود الادارية أما الجانب الثانى فقد أضاف الى نص المادة تحديد السلطة المختصة بالاذن فى التحكيم فى العقود الادارية

(١) ملحق مضبطة مجلس الشعب . الجلسة الستين . فى ١٩٩٧/٤/٢٣ .

وهو الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك .

كما يلاحظ على هذا التعديل انه قد شمل جميع منازعات العقود الادارية سواء كانت فى مرحلة ابرام العقد أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من اثار كما أن هذا النص ينطبق حكمه على كافة أنواع العقود الادارية فلم يخصص المشرع عقوداً معينة وخصها بجواز التحكيم فيها كما أنه لم يستبعد من نطاق التحكيم أى عقد ادارى ، وهذا فى رأى كثير من الفقه أمر غير محمود من المشرع وذلك على النحو الذى سوف نتناوله تفصيلاً فيما بعد وهوما يؤيده الباحث .

أما عن شروط تطبيق هذا التعديل فقد نص على ضرورة توافر شرطين لجواز التحكيم فى العقود الادارية وهما شرطان يتصلان بالجهة التى تأذن بالتحكيم فى العقود الادارية.

أما عن الشرط الأول فهو موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، والغرض من هذا الشرط هو ضبط استعمال سلطة الاتفاق على التحكيم فى العقود الادارية حرصاً على الصالح العام للدولة .

و أما عن الشرط الثانى فمفاده أنه لا يجوز للوزير المختص التفويض فى ممارسة اختصاصه وغنى عن البيان أن الغرض من هذا الشرط هو أهمية العقود الادارية وخطورة شرط التحكيم فيها من جهة ومن جهة أخرى فان عدم التفويض يعنى حصر المسئولية عن تضمين العقد شرط التحكيم للوزير المختص (١).

(١) أنظر : د. جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص ٩٠ و مابعدها.

كذلك أورد المشـــرع المصرى شرطاً ثالثاً فى نص المادة رقـــم (٤٢) من قانون المناقصات و المزايدات رقم ٨٩ لـــسنة ١٩٩٨ ، و التـــى جرى نصها بأنه يجوز لطرفى العقد عند حدوث خلاف أثنـــاء تنفيـــذه الإتفاق على تسويته بطريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد .

و بهذا النص أضاف المشـــرع شرطاً آخر لتـــضمين العقـــد الإدارى شرط التحكيم فى منازعات العقود الإداريـــة .. و مقتـــضاه وجـــوب إستمرار طرفى العقد فى تنفيذ التزاماتهما التعاقدية ، و هـــذا الـــشرط تبدو أهميته فى وجوب إدراجه فى بنود العقد الإدارى الدولى و نحـــن بصدد إدراج شرط التحكيم ، و ذلك حتـــى يكـــون الطـــرف الآخـــر (المتعاقد الأجنبى) على بينة من هذا الشـــرط .

و أخيراً يُلاحظ أن التعديل سالف البيان فيما يتضمن النص صـــراحة على جواز التحكيم فى العقود الإدارية قد شـــابه بعض المآخذ التـــى توجه إليه و التى سوف نتناولها فيما بعد .

الفرع الثاني

الوضع فى بعض الدول العربية

بعد أن إنتهينا من بيان الوضع القانونى لمدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية الدولية فى مصر .. ننتقل إلى بيان موقف بعض الدول العربية من مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية .

و الواقع يبين أن الدول العربية بصفة عامة قد ترددت طويلاً بشأن مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية .. فهناك دولاً عربية يبدو أنها لم تتخذ قراراً فى هذا الشأن و خلت تشريعاتها من بيان ماإذا كان يجوز حسم العقود الإدارية عن طريق التحكيم من عدمه ، و لما كان إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية يتطلب وجود نص صريح يجيز ذلك ، ومن ثم فإن موقف هذه الدول هو عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

و هناك دولاً عربية أخرى تضمنت نصوصها صراحةً جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

و أخيراً تبنت دولاً أخرى موقفاً وسطاً حيث أن فى نصوصها ما يمكن تفسيره على أنه يجيز الإلتجاء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية .. الأمر الذى أثار خلافاً فى تلك الدول .

و سوف نتناول بشئ من التفصيل المواقف المختلفة لبعض الدول العربية من جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية ، و ذلك على النحو التالى :

أولاً : فى المملكة العربية السعودية

تعتبر المملكة العربية السعودية من الدول العربية التى تبنت موقف جواز الإلتجاء الى التحكيم لحسم منازعات العقود الادارية إلا أن هذا الموقف لم يأت إلا بعد تردد طويل ومر بمرحلتين أساسيتين ، و ذلك على الوجه التالى :

- **المرحلة الأولى .. مرحلة صدور قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٨ بتاريخ ١٣٨٣/١/١٧ هـ ..**

قبل الحديث عن هذا القرار من الأفضل أن نوضح الظروف و الملابسات التى صاحبت إصداره .. حيث كان لقرار التحكيم الصادر فى قضية أرامكو ضد المملكة العربية السعودية فى ١٩٥٨/٨/٢٣ أثر هائل على نظام التحكيم بشكل عام فى المحكمة ، و على منازعات العقود الإدارية بشكل خاص.

و نتيجة لقرار التحكيم المذكور..

فقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٨ الى نص على أنه (لا يجوز لأى جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى قد تنشب بينها و بين أى فرد أو شركة أو هيئة خاصة ، و يستثنى من ذلك الحالات التى تمنح فيها الدولة إمتيازاً هاماً و تظهر لها مصلحة قصوى فى منح الإمتياز متضمناً شرط التحكيم) .

ومفاد هذا القرار أن المشرع السعودى قد إتخذ موقفاً رافضاً تجاه إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية مفاده عدم جواز لجوء إلى الجهات الإدارية إلى التحكيم كوسيلة لحل منازعاتها العقدية سواء تعلق الأمر بتحكيم وطنى أو دولى .. إلا أنه مع ذلك أورد إستثناءاً على هذه القاعدة يتمثل فى جواز إدراج شرط التحكيم فى عقود الإمتياز التى تتضمن مصالح حيوية للبلاد .

و يتلاحظ على هذا النص إن نطاق حظر التحكيم فى العقود الإدارية قد جاء بصيغة عامة ، و من ثم فهو يشمل التحكيم الوطنى و التحكيم الدولى على السواء .

كما يتلاحظ على الإستثناء الوارد بالنص ملاحظتان .. أولاهما .. أنه لم يحدد نوعاً معيناً من الإمتيازات مما يعنى شموله لجميع أنواع عقود الإمتياز التى تبرمها الدولة دون إستثناء ما دامت تتضمن مصالح حيوية للبلاد ، و ثانيتهما .. ضرورة الحصول على إذن مسبق من الدولة قبل إدراج شرط التحكيم فى عقود الإمتياز لأنها هى وحدها التى لها الحق فى تحديد مصالحها الحيوية .

- **المرحلة الثانية : مرحلة صدور نظام التحكيم السعودى الحالى و لائحته التنفيذية ..**

تنص المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودى على أنه (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الأخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، و يجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم) .

و مفاد نص المادة أن المشرع السعودى قد عدل عن موقفه و أجاز اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية التى تبرمها جهة الإدارة و ذلك بشرط يتمثل فى ضرورة الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء قبل إدراج شرط التحكيم فى العقد الإدارى .

و مما لاشك فيه أن أهمية هذا الشرط تكمن فى إتاحة الفرصة للسلطات العليا فى الدولة للتأكد من أن طبيعة النزاع المراد عرضه على التحكيم لا تتعارض مع إعتبارات المصلحة العامة أو النظام العام فى الدولة ..

و يتلاحظ هنا أن نص المادة قد أجاز التحكيم فى كافة العقود الإدارية فلم يخص عقوداً معينة بجواز اللجوء إلى التحكيم بشأنها كما لم يستبعد من نطاق تطبيقها عقوداً معينة .

مما تقدم ننتهى إلى أن نظام التحكيم السعودى قد عدل عن موقفه الرافض للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية و إنتهى إلى إجازة إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية ، و ذلك إستجابة منه لمقتضيات

و واقع إبرام العقود مع الجهات الأجنبية و تشجيعاً للإستثمار الأجنبى .

إلا أنه أحاط ذلك بضمانة - هى إتجاه محمود منه - بضرورة الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء على إدراج شرط التحكيم فى العقد الإدارى (١).

(١) أنظر د. وجيه محمد عباس . التحكيم فى المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية . رسالة دكتوراه جامعة عين شمس . عام ٢٠٠٨ ص / ٢٩٤ و ما بعدها .
و أنظر كذلك : - عصمت عبد الله الشيخ . التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى . المرجع السابق . ص/ ١٨٨ و مابعدها.

ثانياً : في دولة قطر

لا يختلف الوضع في قطر عن باقي الدول العربية التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية و لكن بعد تردد طويل ، و هذه الإجازة لا تتم في الغالب إلا بعد المرور بعدة مراحل متدرجة من الناحية التشريعية ، و هذا هو ما حدث في قطر .

في البداية نوضح أن المشرع القطري قد إعترف بنظام التحكيم بصفة عامة و ذلك بمقتضى المواد أرقام من (١٩٠ إلى ٢١٠) من قانون المرافعات المدنية و التجارية القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠ (١).

إلا أن هذا القانون لم يرد به نص يجيز صراحة إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية .

و نظراً للمتغيرات الإقتصادية التي تبلورت في هذه الفترة ، و نزولاً من المشرع القطري على مقتضيات تشجيع الإستثمار فقد حرص المشرع القطري و هو بصدد إصدار القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٥ بشأن المناقصات و المزايدات على أن يضمن المادة العاشرة منه نصاً على النحو التالي :

(يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف بينهما ناشئ عن العقد ، الإتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بعد موافقة وزير المالية مع إستمرار كل طرف في تنفيذ إلتزاماته الناشئه عن العقد .)

و يتلاحظ هنا أن نص المادة قد أجاز التحكيم في كافة العقود الإدارية فلم يخص عقوداً معينة بجواز اللجوء إلى التحكيم بشأنها كما لم يستبعد من نطاق تطبيقها عقوداً معينة .

---

(١) أنظر د. ولد محمد عدنن . التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية . المرجع السابق . ص / ٢٩٩.

كما يتلاحظ أن المشرع القطرى قد إشـترط لجـواز إدراج شـــرط التحكيم فى العقود الإدارية الشروط التالية :

فمن ناحية إشـترط موافقة وزير المالية على حسم النزاع عن طريق التحكيم .

و من ناحية أخرى إشترط إستمرار كل من طرفى العقـد فـى تنفيـذ إلتزاماته الناشئه عن العقد الإدارى حتى فى حالة إحالة النزاع إلى التحكيم .. و غنى عن البيان أن مقصد المشـرع من الشرط الأول هو ضمانة مهمة لعدم إسـاءة إستعمال السلطة فى إدراج شرط التحكيم فى العقد الإدارى ، و لتحديد المسـئولية عن إدراج هذا الشـرط .

أما عن الشرط الثانى فهو ضمـانة لحسن سـير العمـل بـالمرافق العامة - و التى تكون مرتبطة بالعقـد الإدارى محـل النـزاع - بإنتظـام و إطراد .

مما تقدم ننتهى إلى أن المشرع القطرى قد أجاز أخيـراً إدراج شـرط التحكيم فى العقود الإدارية مع إشتراط ضمانة مهمة و هـى موافقـة وزيـر المالية ، و إن كانت تلك الضمانة غير كافية ، و ذلك على النحو الذى سـوف نتعرض له تفصيلاً فيما بعد .

ثالثاً : في دولة الكويت (١)

في البداية نوضح أن القانون الكويتي يعرف نوعين من التحكيم ، الأول وهو التحكيم العادي الذي ينظمه قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ وتعديلاته وذلك في مواده من ١٧٣ الى ١٨٨ وقد نظم المشرع الكويتي التحكيم في هذه النصوص باعتباره وسيلة رضائية لحسم المنازعات التي يتفق ذوي الشأن على عرضها عليه .

أما النوع الثاني .. فهو التحكيم القضائي ، و يقصد به التحكيم الذي تقوم به هيئة تتكون من عنصر قضائي (ثلاثة من رجال القضاء) ، و عنصر غير قضائي (إثنان من الأشخاص العاديين) و قد جاء به القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية و التجارية .

وسوف نتناول فيما يلي مدى خضوع منازعات العقود الادارية للتحكيم بنوعيه .

١. مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم العادي في الكويت (٢)

أما عن خضوع العقود الادارية للتحكيم العادي فقد نصت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على انه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن

---

(١) د. وليد محمد عباس . التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية . رسالة دكتوراه .جامعة عين شمس . المرجع السابق ص / ٢٧٠ و ما بعدها .

(٢) أنظر د. داوود الباز ، إتجاهات القضاء الكويتي بشأن التحكيم في العقود الإدارية ، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي . بدون سنة النشر .

و أنظر كذلك د. وليد محمد عباس . التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية. رسالة دكتوراه .جامعة عين شمس . المرجع السابق ص/ ٢٧١ و ما بعدها .

تنفيذ عقد معين ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح.

وقد حددت المادة ٥٥٤ من القانون المدنى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح بأنها المسائل المتعلقة بالنظام العام .

وقد اتجه جانب كبير من الفقه أن مفاد هذا النص أن التحكيم غير جائز فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ومنها المنازعات الادارية ويضاف الى ذلك أن قواعد توزيع الاختصاصات القضائية تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى لا يجوز مخالفتها أو تعديلها بموجب اتفاق بين الأطراف وكل تعديل فيها يمثل اعتداءً على اختصاص الدائرة الادارية بالمحكمة الكلية صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الادارية المعقود لها بمقتضى نص المادة ١٦٩ من الدستور الكويتى .

٢. مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم القضائى فى الكويت :

أما عن خضوع العقود الادارية للتحكيم القضائى فقد ساد الخلاف حول مدى جواز اللجوء الى التحكيم القضائى لحسم منازعات العقود الادارية فذهب اتجاه تتزعمه محكمة التمييز الى رفض ذلك أما الاتجاه الآخر فيرى جوازه.

قبلت الجهات الادارية فى الكويت تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الادارية التى تبرمها عن طريق اللجوء الى التحكيم الاتفاقى أو الاختيارى مع عرض الأمر على ادارة الفتوى والتشريع عند مراجعتها القانونية للعقود الادارية التى تزمع الجهات الحكومية ابرامها . وسوف نبين الموقف من التحكيم القضائى فى العقود الإدارية وفقاً لقانون التحكيم القضائى رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ على نحو ما سنبينه فيما يلى :

فى النهاية يتعين أن نورد نص المادة الثانية من قانون التحكيم القضائى رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ و ذلك فى فقرتيها الثانية و الثالثة .. حيث تنص على أنه تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية :

١. الفصل دون غيرها فى المنازعات التى تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الإعتبارية العامة و بين الشركات التى تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات .

٢. الفصل فى طلبات التحكيم التى يقدمها الأفراد أو الأشخاص الإعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة فى المنازعات التى تقوم بينهم ، و تلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء .

و سوف نتناول فيما يلى إتجاهات القضاء الكويتى بشأن مدى جواز التحكيم القضائى فى العقود الإدارية :

اتجاهات ادارة الفتوى والتشريع :

يتبلور اتجاه ادارة الفتوى والتشريع فى رفض التحكيم القضائى فى منازعات العقود الادارية والتأكيد على اختصاص القضاء الكويتى بالفصل فى منازعات تلك العقود وعدم اختصاص هيئات التحكيم القضائى المشار اليها فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بالفصل فى هذه المنازعات . وهذا الاتجاه يستخلص بوضوح من الفتاوى العديدة التى صدرت عن ادارة الفتوى والتشريع فى هذا الشأن نختار من بينها الفتوى التالية :

الفتوى المتعلقة بعقود وزارة المالية (١) :

طلبت وزارة المالية من ادارة الفتوى والتشريع ابداء الرأى القانونى حول مدى جواز تضمين العقود التى تبرمها مع الأفراد والمؤسسات شرط

---

(١) أنظر د. خالد فلاح عواد العنزى ، التحكيم فى العقود الإدارية فى الكويت ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٧ ، ص ٢٩٨ .

التحكيم أمام هيئات التحكيم المنصوص عليها في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بناءً على طلب وزارة العدل تضمين تلك العقود هذا الشرط .

وتحقيقاً لطلب وزارة العدل وضعت الادارة القانونية بوزارة المالية ضوابط لتضمين عقودها هذا الشرط استناداً الى ما ورد في المادة الثانية من القانون المذكور ، فرقت فيها بين نوعين من المنازعات هما :

النوع الأول : المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص المعنوية العامة فيما بينها أو بين هذه الأشخاص والشركات التي تكون مملوكة للدولة بالكامل.

وهذه المنازعات تفصل فيها هيئة التحكيم وحدها .

النوع الثاني : المنازعات التي تقوم بين الجهات الحكومية وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو الأفراد . وفي هذا النوع يفرق بين حالتين :

الأولى : حالة اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم وهنا يكون الاختصاص لهيئات التحكيم المذكورة في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ .

والثانية : في حالة عدم اتفاق الأطراف على التحكيم وفي هذه الحالة يكون لأحد الطرفين أو كليهما الحق في أن يلجأ للتحكيم .

وقد انتهت ادارة الفتوى والتشريع في فتواها الى عدم التزام الوزارة بتضمين عقودها الادارية شرط التحكيم أمام هيئات التحكيم المذكورة في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ استناداً الى أن المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ حددت اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك . وأوردت ادارة الفتوى في تبرير رأيها القول

بأنه (..... ومن حيث أنه يستفاد مما تقدم أن القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ قد جاء مقصوراً على المنازعات التى تدخل فى اختصاص القضاء المدنى والتجارى فقط وبالتالى تخرج المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية من نطاق تطبيق أحكامه . ويؤكد ما تقدم أن المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بانشاء دائرة ادارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الادارية تنص على أن تختص الدائرة الادارية وحدها بنظر المنازعات التى تنشأ بين الجهات الادارية والمتعاقد الأخر فى عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أى عقد ادارى آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل) .

وقد اتبعت وزارة المالية رأى ادارة الفتوى والتشريع الذى قصر الاختصاص بنظر منازعات العقود الادارية على الدائرة الادارية وحدها .

اتجاه هيئات التحكيم القضائى (١)

أجازت هيئات التحكيم القضائى بمحكمة الاستئناف التحكيم فى المنازعات الناشئة عن العقود الادارية وخصوصاً فيما يترتب عليها من حقوق مالية لأطراف تلك العقود وبشرط عدم المساس بطبيعة العقد الادارى ، وقبلت بناءً على ذلك طلبات التحكيم التى تقدمت اليها والمتعلقة بمنازعات ناشئة عن عقود ادارية .

وقد أسست هيئات التحكيم هذا الاتجاه على الأسباب الآتيه :

---

(١) لنظر د. خالد فلاح عواد العنزى . التحكيم فى العقود الإدارية فى الكويت . المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .

السبب الأول : الاجازة الصريحة من المشرع

وقد وردت تلك الاجازة في المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية اذ أجاز المشرع بمقتضى هذا النص للوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تكون طرفاً فيها ، بل وألزمها بعرض المنازعات التي تثار فيما بينها ، أو بينها وبين الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها على هيئات التحكيم القضائي طبقاً للمادة الثانية . ولم يقف الالتزام عند هذا الحد بل تعداه الى حالة تقديم أشخاص القانون الخاص طلب تحكيم الى هيئة التحكيم القضائي للفصل فيما ينشأ بينها وبين أشخاص القانون العام من منازعات .

ولا يعترض على ذلك بما جاء في القانون الفرنسي من عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام الى التحكيم الا في الحالات التي يوجد فيها نص خاص يسمح بذلك ، حيث لا يصح قياس القانون الكويتي على القانون الفرنسي .

السبب الثاني : عدم تعارض التحكيم مع طبيعة العقود الادارية

وبيان ذلك أن نطاق التحكيم في العقود الادارية انما يكون مقصوراً على الحقوق المالية الناشئة عن تلك العقود و هي حقوق يجوز الصلح فيها ، و من ثم يجوز فيها التحكيم من باب أولى فضلاً عن أن هذه الحقوق المالية ليست متعلقة بالنظام العام كما هو حال شروط العقد الإداري و إمتيازات الإدارة بصدده.

أما إذا كان الفصل في الحقوق المالية يؤدي بالضرورة إلى التطرق لطبيعة العقد الإداري و شروطه و الإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة إزاء المتعاقد معها فإن المنازعه تخرج من ولاية هيئة التحكيم القضائي .

تطبيق هيئات التحكيم القضائى لاتجاهها (١)

صدر عن هيئات التحكيم القضائى العديد من الأحكام التى جاءت تطبيقاً لإتجاهها العام الذى تبنته بشأن التحكيم فى منازعات العقود الادارية نختار من بينها الحكم التالى :

حكم المؤسسة العامة للرعاية السكنية

يمثل هذا الحكم تطبيقاً مباشراً لاتجاه هيئات التحكيم القضائى فى وقت تال مباشرة لصدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وتتلخص واقعاته فى نزاع قام بشأن عقد ادارى أبرم بين المؤسسة العامة للرعاية السكنية وبين احدى شركات التجارة العامة والمقاولات تقوم بمقتضاه الشركة بانشاء وانجاز وصيانة عدد ٤٢٠ وحده سكنية ضمن المشاريع السكنية للمؤسسة ، وتوفير الخدمات الأساسية لتلك الوحدات .

وقد طلب ممثل الجهة الادارية (المؤسسة العامة للرعاية السكنية) فى دفاعه عن المؤسسة الحكم بصفة أصلية بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع على أساس أنه من اختصاص الدائرة الادارية بالمحكمة الكلية وبصفة احتياطية عدم جواز التحكيم فى العقود الادارية .

ورداً على الطلب الأصلى للجهة الادارية المحتكم ضدها ذهبت هيئة التحكيم الى أنه دفع فى غير محله لأن النص الوارد فى المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بانشاء الدائرة الادارية بالمحكمة الكلية والذى جعل الاختصاص بنظر المنازعات الادارية مقصوراً عليها وحدها انما ينصرف الى ما دون الدائرة الادارية من الدوائر العادية بالمحكمة الكلية ولا يطال التحكيم

---

(١) أنظر د. داوود الباز ، إتجاهات القضاء القضاء الكويتى بشأن التحكيم فى العقود الإدارية ، المرجع السابق .

القضائي باعتباره طريقاً استثنائياً لفض المنازعات لرتأى المشرع سلوك طريقة لاختصار الوقت والجهد هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان تحديد دائرة معينة دون غيرها لنظر نوع من المنازعات لا علاقة له بجواز التحكيم عموماً أو بعدم جوازه ولا يعني سوى أن هذه الدائرة أكثر ملاءمة من غيرها لحسم النزاع بخلاف التحكيم الذي يرغب أطرافه في حل النزاع بعيداً عن المحاكم (١).

أما بالنسبة للطلب الاحتياطي للمؤسسة الذي يتمثل في الحكم بعدم جواز التحكيم في العقود الادارية والذي دفع به ممثل الجهة الادارية (المحتكم ضدها) طلب المحتكم (شركة التجارة والمقاولات) فقد ردت عليه هيئة التحكيم القضائي بأنه ولئن كان صحيحاً أن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تخضع للصلح وبالتالي لا تخضع للتحكيم ذلك أن المادة ٥٥٤ من قانون التحكيم القضائي وان نصت على عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام فانها أجازته على الحقوق المالية المترتبة عليها .

ومفاد ذلك أنه اذا كان التحكيم غير جائز فيما يمس طبيعة العقد الإداري و شروطه و سلطات الإدارة و إمتيازاتها ، إيثاراً من المشرع للصالح العام و تقديمه على الصالح الخاص فإن ما ينشأ عن العقد الإداري من حقوق مالية بحتة لا يتأبى على التحكيم القضائي ، و ليس هناك ما يحول دون أن تكون محلاً للتحكيم ، و أنه إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد أبطل الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا أجازه المشرع صراحة ، فإن ثمة فارقاً بين الإتفاق على التحكيم الذي هو محظور كقاعدة عامة ، و بين حق الإدارة في التصالح و هو أمر جائز ، و بناء على ماسبق ، و استناداً إلى ما قرره المشرع الكويتي من إلزام أشخاص القانون العام بالتحكيم القضائي بمقتضى

---

(١) أنظر د. خالد فلاح عواد العنزي . التحكيم في العقود الإدارية في الكويت . المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .

قانون التحكيم القضائى فإن طلب التحكيم يكون مقبولاً .. إذ ليس فيه أية مخالفة للنظام العام ، و لا يتعارض مع جوهر العقد الإدارى موضوع طلب التحكيم فيما يولده من حقوق مالية قصرت المحتكمة طلباتها عليها .

إتجاه محكمة التمييز (١)

إتجهت محكمة التمييز إلى تقرير عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية فى النظام القانونى لدولة الكويت و انتهت أيضاًإلى عدم إختصاص هيئات التحكيم القضائى بنظر منازعات العقود الإدارية و هو إتجاه يعارض ما انتهت إليه هيئات التحكيم القضائى ، و يتفق مع ما تبنته إدارة الفتوى و التشريع من رأى فى هذا الصدد ، و قد إستندت محكمة التمييز فى رأيها إلى السببين الآتيين :

السبب الأول : أن نطاق التحكيم مقصور على المنازعات المدنية و التجارية ، و بالتالى فلا يمتد إلى منازعات العقود الإدارية لأن المشرع أناط بالدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية الإختصاص بالفصل فيها بمقتضى قانون إنشاء الدائرة الإدارية .

السبب الثانى : أن العقد الإدارى تكون الإدارة طرفاً فيه بمعنى أن أحد أشخاص القانون العام هو الذى يبرمه مع الطرف الأخر بقصد تسيير مرفق عام أو إدارته ، و أن تستعمل الإدارة أساليب القانون العام لتحقيق هذا القصد ، و ذلك عن طريق تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص .

و من ثم فإن المنازعات المتعلقة بالعقد الإدارى تخرج من إختصاص

---

(١) أنظر د. داوود الباز ، إتجاهات القضاء الكويتى بشأن التحكيم فى العقود الإدارية ، المرجع السابق

هيئة التحكيم التى جاء إختصاصها محصوراً فى المنازعات المدنية و التجارية طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ .

تطبيق محكمة التمييز لإتجاهها (١)

من أوائل الأحكام التى عبرت فيها محكمة التمييز عن إتجاهها بشأن التحكيم القضائى فى منازعات العقود الإدارية حكمها الصادر عن الدائرة التجارية الثانية بتاريخ ١٥ فبراير عام ١٩٩٨ . فى الطعن بالتمييز المرفوع من وكيل وزارة الأشغال ضد إحدى شركات المقاولات و المقيد بجدول التمييز برقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ .

و يتلخص موضوع الطعن فى أن الشركة المطعون ضدها تقدمت إلى إدارة التحكيم القضائى بطلب تحكيم ضد وزارة الأشغال العامة (الطاعنة) لإنتفاء الحكم بإلزامها بأن تؤدى لها تعويضاً عن الأعمال الإضافية التى نفذتها و التى أنفقت عليها مبلغاً يفوق المبلغ الذى قدرته الوزارة فى البداية عندما أبرمت معها عقداً فى ١٩٩٣/٦/٢٣ لكى تقوم الشركة بموجبه بإستكمال أعمال معمارية فى قصر بيان . و التى كانت قد توقفت بسبب الغزو العراقى بتاريخ ١٩٩٠/٨/٢ ، و أثناء تنفيذ العقد طلبت الوزارة من الشركة القيام بإعمال إضافية و أصدرت لها أمراً تغييرياً بإصلاح الأضرار التى نتجت عن الغزو و قدرت قيمة هذه الإصلاحات بمبلغ معين .. بينما قدرتها الشركة بمبلغ أكبر مما قدرته الوزارة ، و على إثر هذا الخلاف فى قيمة الأعمال النهائية للأمر التغييرى الذى اعترضت الشركة على مقداره . تقدمت الشركة بطلب تحكيم إلى هيئة التحكيم القضائى .

---

(١) أنظر د. داوود الباز ، إتجاهات القضاء القضاء الكويتى بشأن التحكيم فى العقود الإدارية ، المرجع السابق

و بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ .. قضت هيئة التحكيم برفض الدفع المبدى من الوزارة بعدم إختصاصها بنظر النزاع و بإلزام الوزارة المحتكم ضدها (الطاعنة) بأن تؤدى للشركة المحتكمة (المطعون ضده) مبلغاً أكبر من المبلغ الذى قدرته الوزارة مع دفع الفوائد القانونية حتى تمام السداد .

طعنت وزارة الأشغال على هذا الحكم بطريق التمييز على أساس أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون و أنه قد إحتوى على خطأ فى تطبيق القانون و تأويله ، و فى بيان ذلك قال دفاع الوزارة :

(إن النزاع المطروح يتعلق بعقد إدارى مما تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية ولائياً بنظره دون غيرها و يخرج عن إختصاص هيئات التحكيم التى يقتصر إختصاصها على المنازعات المدنية طبقاً لقانون التحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ .. إلا أن الحكم المطعون فيه رفض دفعها بعدم إختصاص هيئات التحكيم ولائياً بنظر النزاع على سند من أن إختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لا يحول دون إختصاص هيئات التحكيم بنظرها ، و فى ذلك ما يعيبه و يستوجب تمييزه .

و قد حكمت محكمة التمييز بقبول الطعن شكلاً و فى الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه ، و عينت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لنظر النزاع و ألزمت الشركة المطعون ضدها المصروفات و مقابل أتعاب المحاماه .

و قد إستندت محكمة التمييز فى قضائها إلى أن نعى الوزارة على الحكم المطعون فيه سديد ، فالت فى هذا الشأن (لما كان البين من الأوراق و مما سجله الحكم المطعون فيه أن الوزارة الطاعنة أبرمت مع الشركة المطعون ضدها العقد محل النزاع و انتهجت فى تعاقدها أسلوب القانون

العام محتفظة لنفسها بحق تعديله ، و أنها أصدرت للشركة المذكورة أثناء العمل عدة أوامر تغييرية .. مما يجعل هذا العقد عقد أشغال عامة ، و لما كانت المنازعات التي تختص هيئة التحكيم بالفصل فيها طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية و التجارية .. هي المنازعات المدنية و التجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها ، و من ثم فلا إختصاص لها بالفصل في المنازعات المدنية و التجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها ، و من ثم فلا إختصاص لها بالفصل في المنازعة المطروحة لتعلقها بعقد إداري مما تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيه وحده دون غيرها إلغاءاً و تعويضاً عملاً بالمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ .. و إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر و قضى برفض الدفع بعدم إختصاص هيئة التحكيم ولائياً بنظر النزاع و مضى إلى الفصل في موضوعه على الرغم من تعلقه بعقد إداري - فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب تمييزه دون حاجة لبحث أسباب الطعن ، و تعين المحكمة الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لنظر الدعوى عملاً بنص المادة ١٥٦ من قانون المرافعات .

و في الإتجاه ذاته أصدرت ذات المحكمة عدة أحكام أخرى .

عدول هيئات التحكيم القضائي عن إتجاهها

عدلت هيئات التحكيم القضائي في الكويت عن إتجاهها السابق الذي رددته في أوائل الأحكام التي صدرت عنها و التي أجازت فيه التحكيم في منازعات العقود الإدارية و خصوصاً ما ينشأ عنها من حقوق مالية .. بعد أن أفصحت محكمة التمييز عن إتجاهها الرافض للتحكيم في منازعات العقود

الإدارية دون تمييز فى هذا الشأن بين الحقوق المالية الناشئة عن هذه العقود أو الحقوق غير المالية (١).

و كأثر لإتجاه محكمة التمييز إستقرت هيئات التحكيم القضائى على إتجاه جديد لديها قررت فيه عدم إختصاصها بنظر منازعات العقود الإدارية و إنها تخرج عن نطاق الإختصاص الولائى لهذه الهيئات .

تطبيق لعدول هيئة التحكيم القضائى عن إتجاهها السابق

صدرت عن هيئة التحكيم القضائى أحكام كثيرة تبنت فيه العدول عن رأيها السابق القائم على أساس جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية و استقرت فيها على إتجاهها الجديد الرافض لإختصاصها بالتحكيم فى منازعات العقود الإدارية نكتفى بذكر حكمين منها فيما يلى :

أولاً : الحكم فى قضية شركة شاهين الغانم ضد وزارة الأشغال .

تتلخص واقعات هذا الحكم فى أن وزارة الأشغال العامة كانت قد أبرمت عقداً مع الشركة المذكورة لإنشاء مخارج مجارى مياه الأمطار بإحدى المناطق السكنية بالكويت و على إثر قيام نزاع بين الطرفين حول المقابل المالى للعقد .. تقدمت الشركة المذكورة إلى إدارة التحكيم القضائى بطلب تحكيم ، و قد دفعت الوزارة بعدم إختصاص هيئة التحكيم القضائى ولائياً بنظر النزاع لأن العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إدارى تختص بنظره الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية.

و قد رأت هيئة التحكيم سلامة دفاع وزارة الأشغال و حكمت بعدم

---

(١) أنظر د. خالد فلاح عواد العنزى . التحكيم فى العقود الإدارية فى الكويت . المرجع السابق ، ص ٣١١.

إختصاصها ولانياً بنظر النزاع ، و قد أسست هيئة التحكيم حكمها على أنه (لما كان الثابت أن العقد محل النزاع قد تم عن طريق المناقصة العامة مما يجعل هذا العقد عقداً إدارياً توافرت له الشروط المتطلبة في العقد الإداري .. الأمر الذي يجعل الفصل في النزاع الماثل منوطاً بالدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها لتكون هيئة التحكيم القضائي بالتالي غير مختصة به و يكون الدفع المبدى من الوزارة المحتكم ضدها بعدم إختصاص الهيئة ولانياً بنظر طلب التحكيم في محله و تجيبها الهيئة إليه و تقضي به) .

ثانياً : حكم مركز الإنقاذ البحري بالسالمية :

تتلخص واقعات هذا الحكم في أن الإدارة العامة للإطفاء أبرمت عقداً مع إحدى الشركات لإنشاء و صيانة مركز الإنقاذ البحري بالسالمية .

و قد ثار خلاف بين الطرفين تقدمت على إثره الشركة إلى هيئة التحكيم بطلب تحكيم تصدت فيه هيئة التحكيم القضائي لموضوع الإختصاص دون أن يدفع به أي من طرفي النزاع .

حيث قضت هيئة التحكيم بعدم إختصاصها بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية مرددة إتجاه محكمة التمييز في هذا الصدد و قالت في هذا الشأن ..

(لما كان قضاء محكمة التمييز قد إستقر على أن إختصاص القضاء الإداري بالمنازعات في العقود الإدارية مرجعه ما تتضمنه من روابط في مجالات القانون العام ، و قد عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون غيرها الإختصاص بالمنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية و المتعاقد الأخر في عقود الإلتزام و الأشغال العامة و التوريد أو أي عقد إداري أخر و هو إختصاص

يتعلق بالنظام العام .. و من ثم فلا إختصاص لهيئات التحكيم بالفصل في المنازعة المطروحة لتعلقها بعقد إدارى مما تختص به الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيها دون غيرها الأمر الذى يتعين معه القضاء بعدم إختصاص الهيئة ولائياً) .

رأى الباحث في الموضوع :

أرى أن القضاء الكويتي قد تشدد تشدداً لا مبرر له في رفضه لمبدأ التحكيم القضائي في العقود الإدارية ، و ذلك بالمخالفة لصراحة النص القانوني الوارد بنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ و التي حددت بوضوح إختصاص هيئات التحكيم القضائي . و ذهب في تفسيرها على نحو أعتقد إنه يخالف مقصد المشرع ، و إلا لو كان المشرع قد أراد أن يتجه إلى هذا الإتجاه لما كان أورد نص الفقرة الثالثة من المادة الثانية على هذا النحو .

هذا من جهة و من جهة أخرى فإن الثابت أن المشرع الكويتي قد أجاز بموجب نصوص قانونية صريحة اللجوء إلى التحكيم لفض بعض أنواع من المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الوطنية منها أو الدولية و من هذه القوانين:

- القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ بشأن المناطق الحرة ، حيث نصت المادة رقم ١٤ فقرة ١ على أنه يجوز الإتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها و بين الجهة التي تتولى إدارة تلك المناطق أو غيرها من السلطات و الأجهزة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بالمناطق بطريق التحكيم .
- القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الإستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت ، حيث نصت المادة ١٦ منه على أنه

تكون للمحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الإستثمار الأجنبي و الغير أياً كان و يجوز الإتفاق على الإلتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم .

- القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم عمليات البناء و التشغيل و التحويل فقد نصت المادة الخامسة عشرة في فقرتها الأخيرة من القانون على أنه .... و يجوز الإتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة و المستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم .

مما تقدم ننتهي إلى نتيجة مؤداها أنه و إن كان هناك خلاف فقهي و قضائي بشأن التحكيم في العقود الإدارية و موقف متشدد من القضاء في هذا الصدد .. إلا أنه و بنظرة متأنية إلى نصوص القوانين أرقام (٢٦ لسنة ١٩٩٥ ، ٧ لسنة ٢٠٠٨ ، ٨ لسنة ٢٠٠١) يتبين لنا أن المشرع الكويتي قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

رابعاً : الوضع في لبنان(١)

أما فيما يتعلق بلبنان فإن نظام التحكيم وارد في قانون أصول المحاكمات المدنية وإذ نهج المشرع اللبناني نهج المشرع الفرنسي ، فإنه تميز بأنه فرق بشكل واضح وصريح ، وبالنص القانوني وليس بالاجتهاد ، بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي.

ولم ينص القانون القديم الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٧٣) تاريخ ١٩٧٣/١/١ صراحة على عدم أهلية الدولة للجوء إلى التحكيم ، ولكن يستفاد

---

(١) راجع د . عبد الحميد الأحدب ، نظرة على حاضر و مستقبل التحكيم في البلاد العربية ، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) ص / ٧ .
و راجع كذلك نادر شافي ، المفهوم القانوني للتحكيم و مبرراته ، بحث منشور ، بموقع مجلة الجيش اللبناني ، شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) ص / ٣ .

ذلك من نص المادة ٨٢٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي نصت على « إن إنشاء العقد التحكيمي لا توجب من أجله المادة ٤٠٨ أو غيرها من النصوص القانونية أن تقدم النيابة العامة مطالعتها.

وأخيراً وعلى أثر المراجعتين المقدمتين من الدولة اللبنانية لإبطال الاتفاقيات التحكيمية الموقعة من قبلها مع شركتي الهاتف الخلوي العاملتين في لبنان وصدور حكمين عن مجلس شورى الدولة بتاريخ ٧/١٧/ ٢٠٠١ والذي أبطل فيهما مجلس الشورى الشرط التحكيمي الوارد في عقدي الهاتف الخلوي مع شركتي سيليس ولبناتسيل .

وانطلاقاً من أهمية وضرورة وجود قانون عصري للتحكيم يحقق ضمانات صريحة وواضحة للمستثمرين لا مجال فيها لأي لبس ، فقد أصدر المشرع اللبناني تعديلاً على قانون التحكيم اللبناني وهو القانون رقم /٤٤٠ تاريخ ٢٠٠٢/٨/١ والذي يمثل منعطفاً هاماً في موضوع لجوء الدولة إلى التحكيم ، وخاصة التحكيم على الصعيد الدولي حيث قام بتعديل بعض أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية واستبدل بهما المواد الجديدة الآتية :-

المادة /٧٧/ الجديدة : « الدعوى المتعلقة بصحة أو بمخالفة امتياز ممنوح أو معترف به من قبل الدولة اللبنانية تقام لدى المحاكم اللبنانية ، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين /٧٦٢/ الجديدة فقرتها الثالثة و(٨٠٩) فقرتها الثانية .

وتنص المادة /٧٦٢/ على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه.

يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم.

اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي ، لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنوية من القانون العام.

والمعروف أن المادة /٨٠٩/ تتضمن فقرتين تنص الأولى منهما على أنه :

« يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية

أما الفقرة الثانية فإنها تنص على أنه : يحق للدولة ولسائر الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم الدولي.

وبذلك يكون المشرع اللبناني قد وضع حدوداً لاختصاص المحكم في العقود الإدارية تصل إلى تنفيذ العقد الإداري وتفسيره ولكنها لا تصل إلى طلبات الإبطال بسبب تجاوز حدود السلطة التي تبقى حصراً من صلاحية القضاء الإداري.

إن المسألة التي يمكن أن تثار في هذا الإطار أنه ووفقاً للفقرة الثالثة من المادة ٧٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني فإن القرارات الإدارية غير المشروعة والمتصلة بالعقد قد أصبحت من صلاحية القضاء الإداري حصراً . ولا شك أن ذلك سيؤدي إلى وضع غير مستقر بين القضاء الإداري والقضاء التحكيمي لحل هذه الإشكالية .

إن ما تقدم يعني أن المشرع اللبناني استبعد من نطاق التحكيم في العقد الإداري النزاع المتعلق بصحة العقد الإداري وقصره على تفسير هذا العقد أو تنفيذه ، كما استبعد أيضاً من نطاق التحكيم دعاوى الإلغاء التي تتعلق بمشروعية القرارات الإدارية المرتبطة بالعقد الإداري.

وأرى أن ما ورد في التشريع اللبناني هو اتجاه منفرد ليس له ما يماثله في التشريعات المقارنة ، وأن هذا الموقف يضيق من نظام التحكيم في العقد الإداري ويعرقل اللجوء إلى التحكيم . لأن من أهم مزايا التحكيم سرعة البت في مسائل الخلاف المثارة وعدم إطالة النزاع في العقود الإدارية والسرية في التحكيم. كما أنه فيما يتعلق بالقضايا الفنية يرجح حل هذه القضايا عن طريق التحكيم لأنها تساير المتطلبات المتعارف عليها بشأن المواصفات والأمور الفنية . والواقع فإن ما ذهب إليه المشرع اللبناني من شأنه تجزئة النزاع وعرضه على أكثر من جهة أي جهة التحكيم في بعض المسائل وجهة القضاء الإداري في بعض المسائل الأخرى ، مما يعرقل مسيرة التحكيم والغاية الرئيسية له . ونقترح أن يعيد المشرع اللبناني النظر في موقفه هذا وأن يطلق قضايا التحكيم في العقد الإداري من أي قيد ويعتبر أن التحكيم في العقد الإداري هو تحكيم يندرج تحت لواء القضاء الكامل وذلك أسوة بموقف المشرع السوري والمصري.

من العرض المتقدم يتبين أن المشرع اللبناني قد أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، و بشرط موافقة مجلس الوزراء .

خامساً : الوضع في القانون المغربي

تنص المادة رقم ٣٠٦ من قانون المسطرة المدنية المغربي الصادر بتاريخ ٢٨ سبتمبر عام ١٩٧٤ ، و ذلك في الباب الثامن الخاص بالتحكيم على أنه:

الفصل (٣٠٦)

يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

غير أنه لا يمكن الإتفاق عليه :

- في الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن.

- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

- في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة :

- النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام.

- النزاعات المتصلة بتطبيق قانون جبائي.

- النزاعات المتصلة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف والتجارة الخارجية.

- النزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات.

و مفاد نص المادة المتقدم أن المشرع المغربي كقاعدة عامة قد نص صراحة على عدم إمكانية الإتفاق على التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام .

أي أن المشرع المغربي قد حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

إلا أنه وبغض النظر عن هذا النص القانوني فإن البين أن بعض المؤسسات العمومية تنص في بعض بنودها المتعلقة ببعض عقودها على إلزامية اللجوء إلى التحكيم ، كما هو الأمر بالنسبة للمادتين ١٦ و٢٦ من نصوص عقد المكتب الوطني للسكك الحديدية ، وعقود التسيير التي تربط إحدى الشركات بجماعة الصخور السوداء بالدار البيضاء ، والمتعلقة بجمع النفايات المنزلية حيث تنص عل ما يلي : (كل النزاعات التي تحصل أثناء تنفيذ العقد تعرض على لجنة تحكيمية يرأسها عامل عمالة عين السبع الحي

المحمدي ومكونة من رئيس جماعة الصخور السوداء و مسير) (١).

و إذا كان قانون المسطرة المدنية يضع قاعدة عامة مفادها عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم كلما تعلق الأمر بعقود يحكمها القانون العام فإنه بالرجوع إلى مرسوم ١٩٩٨/١٢/٣٠ والمتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض المقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها نجد الفصل الثاني ينص على انه : يمكن الحيد عن مقتضيات هذا القانون فيما يتعلق بالصفقات العمومية المبرمة في إطار الاتفاقيات والمعاهدات التي وقعها المغرب مع هيئات دولية أو دول أجنبية إذا نصت هذه الاتفاقية أو المعاهدة صراحة على تطبيق شروط وأشكال خاصة بإبرام الصفقات (٢).

و الملاحظ ان هذه المادة تتعلق بالصفقات التي تبرم مع طرف أجنبي ، حيث يجوز في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم ، ولعل المشرع ابتغى من وراء ذلك حل بعض المشاكل والمتعلقة أساسا بالقانون الواجب التطبيق ، وكذا التزاما منه باتفاقية نيويورك المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي .

مما تقدم جميعه ننتهي إلى أن المشرع المغربي قد حظر كقاعدة عامة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ..

إلا إنه عاد و أجاز ذلك بمقتضى الفصل الثاني من المرسوم المؤرخ ١٩٩٨/١٢/٣٠ السالف الإشارة إليه ، و ذلك كإستثناء من الأصل العام .. فيما يتعلق فقط بالعقود الإدارية الدولية ، و بشرط وجود نص خاص يسمح للجوء إلى التحكيم في إطار المعاهدة أو الإتفاقية الدولية المبرم في إطارها العقد ..

---

(١) رشيدة المدني . نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد ، بحث منشور بالشبكة الدولية للمعلومات (انترنت) .

(٢) رشيدة المدني ، المرجع السابق .

و الواقع العملي يؤكد أن هذا الشرط لا معنى له في العقود الإدارية الدولية .. إذ أن المستثمر الأجنبي الطرف الأخر في العقد سوف يعمد إلى تضمين العقد شرط التحكيم .

سادساً : الوضع في القانون الليبي

في البداية يتعين أن نوضح أن قواعد التحكيم في ليبيا تنظمها أحكام الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية و التجارية الليبي ، و ذلك بنصوص المواد من ٧٣٩ إلى ٧٧١ .

و بإستقراء هذه النصوص يتبين منها أنها قد خلت من وجود نص واضح و صريح يجيز أو يمنع التحكيم في العقود الإدارية سواء الدولية منها أو الوطنية .

و لكي يتسنى لنا الوقوف على مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ليبيا ، فإنه يتعين علينا إستعراض النقاط التالية :

النقطة الأولى : نظرة تاريخية .. (١)

كانت دول العالم الثالث المنتجة للنفط تجارب مبكرة مع الاستثمار الأجنبي حين تمكنت الشركات الامريكية والبريطانية والفرنسية منذ مطلع القرن الماضي من الحصول على عقود امتياز على مناطق واسعة ولفترات طويلة بلغت نصف قرن من الزمان في بعض العقود وعلى نحو يكشف عن عدم التكافؤ بين هذه الدول حديثة الاستقلال وشركات النفط العملاقة والدول التي تقف من خلفها.

---

(١) أنظر رمضان علي المائتي . تشجيع الاستثمار الأجنبي و تطوير آلية تسوية المنازعات في القانون الليبي ، سبتمبر ٢٠٠٨ ، بحث منشور بموقع القانون الليبي ، شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) .

وقد صدر قانون النفط الليبي رقم ٢٥ لسنة ٥٥ م كخطوة اولى نحو تنظيم وتشجيع الاستثمار الأجنبي في مجال صناعة النفط وقد صيغت أحكامه في ظل علاقات قدرة غير متوازنة فرضت على الدولة الليبية آنذاك الاقتناع أسوة ببقية دول العالم الثالث المنتجة للنفط بأن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها بحسب مفاهيم ومبادئ القانون الخاص أو قانون المساواة والتي يأتي في مقدمتها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين :

The contract makes the Law of the parties it can be revoked or altered only by the consent of the parties or for reasons provided for by the law

وعلى نحو يجرد الدولة من كل السلطات المعروفة في القانون الإداري ، أي امتيازات الادارة التي تخولها سلطة تعديل العقد وإنهائه وفرض الغرامات على المتعاقد معها وإخضاع المنازعات التي تنشا بينهما الى القضاء الإداري .

ان موقف المشرع الليبي لم يكن بشكل استثناء عن القاعدة التي ميزت كل التشريعات النفطية في تلك المرحلة من تاريخ دول العالم الثالث المنتجة للنفط التي تناقلت تلك الأحكام والنصوص والصيغ المختلفة لعقود الامتياز النفطية التي اقترحتها الشركات الأجنبية أو شاركت في إعدادها ثم ضمنتها القوانين الوطنية التي نظمت صناعة النفط ، وقد تمثل ذلك في الضمانات والإعفاءات والحوافز العديدة التي نص عليها قانون النفط رقم ٢٥ لسنة ٥٥ م لمصلحة المستثمر الأجنبي .

ولما كانت المخاطر غير التجارية (التأميم – المصادرة – نزع الملكية – تغير النظام السياسي) هي التي تشكل مصدر القلق الرئيسي للمستثمر فقد حرص وفي بنود العقد ذاتها على عل بد الدولة عن استحداث أي تغييرات قد يكون من شأنها المساس بمبدأ قدسية العقود إلا في حالات الإخلال الجسيم أو التقاعس عن تنفيذ الالتزامات الجوهرية التي ترد في العقد بحيث يجوز لكلا

المتعاقدين طلب انهاء العقد مع الاحتفاظ بحق الطرف المتضرر في التعويض.

وحيث أن شرط التحكيم يندرج ضمن الضمانات التي يشترطها المستثمر وكان يقصد من وراء ادراجه في العقد فضلا عن استبعاد اختصاص القضاء الوطني تذويل القانون الواجب التطبيق أو قبول القانون الوطني بضمانات معينة ، فقد نصت المادة ١/٢٠ من قانون النفط على أن تجري تسوية كل نزاع ينشأ بين وزارة النفط وبين صاحب العقد الممنوح وفقا لأحكام هذا القانون عن طريق التحكيم ، وذلك على الوجه المبين في الملحق الثاني لهذا القانون ، ثم تناولت المادة ٢٨ من عقد الامتياز النموذجي المرفق بالقانون في ثماني نقاط تفاصيل تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين او محكم فرد ومقر التحكيم وإجراءاته وصدور الحكم وتنفيذه ، واستبعدت تماما أية إشارة إلى اختصاص القضاء الوطني .

وفي الفترة التي أعقبت قيام الثورة عام ١٩٦٩ استطاع المشرع الليبي فرض صيغة المشاركة الوطنية Participation في عقود الامتياز التي ظلت لفترة طويلة تشكل أحد أهم مطالب دول العالم الثالث المنتجة للنفط ، ثم تميزت مواقفه بعد ذلك من الاستثمار الأجنبي عموما بالحذر الذي تمت ترجمته في أعقاب تنامي الثروة النفطية عن طريق استبدال صيغة الاستثمار الأجنبي في ليبيا باستثمار رؤوس الاموال الليبية في الخارج .

وليس أدل على ذلك من أن الدولة الليبية قد امتنعت على سبيل المثال عن الحضور في قضايا التحكيم الشهيرة التي أعقبت قرارات التأميم في عامي ٧١ /٧٤ م رغم ما ترتب على ذلك من نتائج بالغة الخطورة تمثلت في سير إجراءات التحكيم وصدور قرارات التحكيم والشروع في تنفيذها في غياب الجانب الليبي ، وقد ظل المشرع الليبي يتحفظ على اللجوء إلى هذه الوسيلة منذ صدور القانون رقم ٧٦ لسنة ٧٠ م الذي حظر اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ، مرورا

بالقانون رقم ١ لسنة ٧١ م الذي اجاز اللجوء إلى التحكيم بقرار من مجلس الوزراء ، وحتى صدور لائحة العقود الادارية عام ١٩٨٠ م التي لم تقبل التحكيم إلا استثناء حسب ما يبين من نص المادة ٩٩ ، وكذلك اللائحة الجديدة للعقود الادارية والتي أجازت في المادة ١٠٤ اللجوء إلى التحكيم كطريق استثنائي وبما يكفل للجانب الليبي نفس الفرص فيما يتعلق باختيار المحكمين وسلطاتهم.

النقطة الثانية : صدور قانون تشجيع الإستثمار الأجنبي رقم ٥ لسنة ١٩٩٧(١)

و في تطور لاحق صدر قانون تشجيع الإستثمار الأجنبى رقم ٥ لسنة ١٩٩٧ .. حيث نص فى المادة رقم ٢٤ منه على ما يلى :

يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة إما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده الدولة على المحاكم المختصة في الجماهيرية العظمى إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين الجماهيرية العظمى والدولة التي ينتمي إليها المستثمر ، أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الجماهيرية العظمى والدولة التي ينتمي اليها المستثمر طرفين فيها ، تتضمن نصوصا متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم .

وتكشف المقارنة بين نص المادة ٢٠ من قانون النفط رقم ٢٥ لسنة ٥٥ م والمادة ٢٤ من قانون تشجيع الاستثمار الأجنبي رقم ٥ لسنة ٩٧ م عن الملاحظات التالية :

استبعدت المادة ٢٠ من قانون النفط رقم ٢٥ لسنة ٥٥ أي إشارة إلى اختصاص القضاء الوطني وأحالت مباشرة على التحكيم الدولي في الخارج ،

---

(١) أنظر رمضان على العاتى ، تشجيع الإستثمار الأجنبى و تطوير آلية تسوية المنازعات فى القانون الليبى ، سبتمبر ٢٠٠٨ ، المرجع السابق .

الأمر الذي يعكس الظروف التاريخية التي صيغ فيها القانون ، والنفوذ الواسع الذي كانت تتمتع به الشركات الاحنبية التي شاركت في إعداده .

إن النص في المادة ٢٤ من قانون تشجيع الاستثمار رقم ٥ لسنة ٩٧ على اختصاص القضاء الوطني بتسوية منازعات الاستثمار من حيث الاصل لا معنى له في حقيقة الامر ، إذ لا يتصور في ظل وجود شرط التحكيم الذي يحرص المستثمر الأجنبي على إدراجه في العقد أن يصار إلى تسوية النزاع أمام القضاء الوطني .

يبين مما تقدم أن المشرع الليبي قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية سواء في قانون النفط رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥ أو القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٧ بشأن تشجيع الاستثمار على حساب اختصاص القضاء الوطني بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه ، وقد نتج عن ذلك تناقض بين حداثة قانون تشجيع الاستثمار رقم ٥ لسنة ١٩٩٧ وتخلف النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري في قانون المرافعات (المواد ٧٣٩ – ٧٧١) بسبب عدم تنبه المشرع الليبي إلى ضرورة تعديل نصوص تلك المواد .

سابعاً : الوضع في القانون السوري(١)

أما فيما يتعلق بأهلية الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة لإبرام الاتفاق على التحكيم في القانون الوضعي السوري : وضمن هذا الإطار فإنه صدر بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٥ قانون خاص بالتحكيم بعد أن تمت مناقشة مواد

---

(١) أنظر د. حسين شحذة الحسين . التحكيم في العقود الإدارية. دراسة في القانون السوري ، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، ص ٣٧٢ و ما بعدها. و أنظر أيضاً د. موسى خليل متري ، التحكيم في العقود الإدارية في القانون السوري الجديد ، بحث منشور بمجلة المحامون ، شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) .

مشروعه في مجلس الشعب حيث نصت المادة ٦٦ من القانون رقم /٤/ المنوه عنه على أنه يعمل به اعتباراً من الأول من نيسان ٢٠٠٨ .

و لا بد أن نشير في هذا الصدد الى أن سوريا قد إنضمت إلى اتفاقية نيويورك الدولية حول الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها وهي الاتفاقية المبرمة في ١٠ يونيو ١٩٥٨ . كما إنضمت إلى اتفاقية واشنطن مؤخراً ودخلت حيز التنفيذ في ٢٠٠٦/٣/٢٤ .

مؤيدات التحكيم في العقود الإدارية

١- في التشريع السوري (١):

لم يكن في القانون في وقت من الأوقات ما يمنع الإدارات العامة من اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتها مع الأفراد ، وما قيل من أن وجوب تمثيل النيابة العامة في القضايا المتعلقة بإدارة عامة هو مانع من هذا اللجوء قول غير مقبول وذلك للأسباب التالية :

١ - إن المادة ١٢٣ من قانون أصول المحاكمات الناصة على هذا التدخل ، وردت تحت عنوان الباب الرابع الخاص بتدخل النيابة ، ولا ريب أن التدخل معناه القانوني الانضمام إلى أحد الطرفين في الدعوى وهو يقدر بقدره ، ويرتسم ضمن حدود معينة تخطتها الدعوى ذاتها . فإذا لم ينص العقد أو الاتفاق أو القانون على منع الطرفين من اللجوء إلى التحكيم ، جاز ذلك وبخاصة أن الإدارة العامة شخصية اعتبارية مفروض أنها تملك أمرها .

---

(١) أنظر . القاضي الدكتور محمد وليد منصور ,التحكيم في العقود الإدارية، وفق قانون التحكيم السوري الجديد ، بحث منشور في الموقع السوري للاستشارات و الدراسات القانونية ، شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

٢ - إن صيغة هذه المادة وردت على سبيل الجواز ، فتدخل النيابة العامة ليس واجباً في مثل هذه الدعاوى .

٣ - إن المواد ٥٠٦ وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المنظمة للتحكيم وجدت في وقت كان القضاء العادي هو المختص بنظر نزاعات الإدارات العامة مع الأفراد بملء صلاحيته الشاملة (القضاء الكامل) ، لهذا كانت تشمل التحكيم الذي تلجأ إليه الإدارة العامة .

ثم صدر فيما بعد بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢١ قانون إدارة قضايا الحكومة رقم (٥٨) فنص في مادته الثالثة على ما يلي : « لا يجوز إجراء صلح في دعوى تباشرها إدارة قضايا الحكومة ، إلا بعد أخذ رأيها في إجراء الصلح ، كما يجوز لهذه الإدارة أن تقترح على الجهة المختصة الصلح في دعوى تباشرها .

وطبيعي أن الصلح جزء من التحكيم ، فمعظم صكوك التحكيم تفوض المحكمين بالصلح . وأن إدارة القضايا لا تباشر أي دعوى لا تكون موضوع نزاع بين إدارة عامة وأفراد .

وفي الواقع فإن ذلك مثل خطوة نحو إقرار هذا التحكيم تلتها خطوة أكثر جرأة في المادة ٤٤ من قانون مجلس الدولة رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩ ، التي تنص في فقرتها الثانية على التالي : « لا يجوز لأية وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه (خمس وأربعين ألف ليرة سورية) بغير استفتاء الإدارة المختصة أي الإدارة المختصة بالفتوى في مجلس الدولة » .

وكانت الخطوة البارزة ضمن هذا الإطار عندما صدر المرسوم التشريعي رقم (٢٢٨) تاريخ ٢٣/٩/ ١٩٦٩ متضمناً نظام العقود للهيئات

العامة ذات الطابع الإداري ، فأزال لبساً كان يساور أذهان العاملين في حقل القانون ، وهو ليس بقفون عنده قائلين : لعل نظام التحكيم قاصر على الإدارات العامة الصناعية والتجارية ، إذ بهذا النص دخلت المؤسسات العامة الإدارية ، في شمول قواعد التحكيم . وقد نصت المادة /٧/ في فقرتها /أ/ منه على أنه : « يحق للإدارة الموافقة على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة في القضاء الإداري ، وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس المجلس أو قاضٍ يسميه وزير العدل وعضوية مندوب عن كل من الإدارة والمتعهد بقرار من الوزير يحدد فيه موضوع الخلاف وتعويضات اللجنة ضمن حدود الأحكام القانونية النافذة . أما الفقرة (ب) فقد جاء فيها أنه : « يحق للجنة الاستعانة بمن تراه ضرورياً من المختصين وأهل الخبرة ». والفقرة(ج) جاء فيها: « يمكن أن ينص في العقود الخارجية على تحديد جهة تحكيمية خاصة خلافاً للأحكام السابقة ويتحمل الفريق الخاسر نفقات التحكيم بنسبة خسارته » . وبذلك يكون هذا النص قد أوجد نوعين من التحكيم :

النوع الأول : داخلي يستهدف فض النزاعات الإدارية مع الأفراد من المواطنين حول عقودهم الإدارية وهو يجري حسبما اقتضته الأحكام المماثلة في قانون أصول المحاكمات (المادة ٥٠٦ وما بعدها) وفي أحكام القضاء الإداري مما سيتم بحثه لاحقاً .

أما النوع الثاني : فيهدف إلى التحكيم المتفق عليه بين الإدارات العامة السورية والبيوت التجارية الأجنبية . ويخضع هذا التحكيم لنصوص التحكيم الماثلة في نظم الغرفة التجارية الدولية وقد نصت المادة الثانية من المرسوم المنوه عنه أنه يطبق على الوزارات والإدارات العامة (باستثناء وزارة الدفاع والمؤسسات والشركات التابعة لها) والمؤسسات ذات الطابع الإداري ، والوحدات الإدارية المحلية والدوائر الوقفية .

وقد أضاف المرسوم التشريعي رقم (٢١) تاريخ ١٩٩٤/١٠/٢(٥) مادة /٧٥/ مكرر إلى مواد المرسوم التشريعي رقم (٢٢٨) لعام ١٩٦٩ المعدل بالقرار الصادر عن رئيس مجلس الوزراء رقم (٩) تاريخ ٢٠٠٢/٢/٢ وقد جاء فيها : « أ - لا تنفذ العقود الجارية وفقاً لأحكام هذا النظام والتي تتجاوز قيمتها عشرة ملايين ليرة سورية إلا بعد استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة .

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

ونص المرسوم المذكور في مادته الثانية : « تعتبر المادة /٤٤/ من قانون مجلس الدولة رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩ معدلة حكماً بما يتفق وأحكام المادة الأولى من هذا المرسوم التشريعي » .

وجاء أيضاً المرسوم التشريعي رقم (١٩٥) لعام ١٩٧٤ المتعلق بنظام عقود المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت ذات الطابع الاقتصادي(٦) ليجيز التحكيم في منازعات العقود في عدد من المواضيع . فقد نصت المادة ٤٦ منه :

فقرة (أ) :

١ - لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب الجهات العامة الأخرى .

٢ - يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة .

٣ - يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصير وراجعاً إلى

ظروف خارجة تماماً عن إرادته .

٤ - إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل .

فقرة (ب) :

١ - يكون البت في الحالة الواردة في البند /١/ من الفقرة (أ) من هذه المادة من حق الجهة المتعاقدة بموافقة الوزير حصراً .

٢ - أما في الحالات التي تنطبق على البنود /٢، ٣، ٤/ من الفقرة /أ/ من هذه المادة فيجري البت فيها بطريق التحكيم إن لم تجر تسويتها وفق نظام التسويات المنصوص عليه في المرسوم التشريعي رقم (١٨) تاريخ ١٩٧٤/٢/١٥ ويجوز في التحكيم الداخلي أن يكون المحكمون مفوضين بالصلح » .

إذن فإنه من الواضح من هذا النص أن المشرع قد أجاز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالقوة القاهرة والحوادث الاستثنائية التي تواجه المتعاقد مع الإدارة وذلك وفق الحالات المحددة والتي تنطبق على البنود /٢، ٣، ٤/ من الفقرة /أ/ من المادة /٤٦/ وأجاز في التحكيم الداخلي أن يكون المحكمون مفوضين بالصلح .

كما نصت المادة /٥٠/ من المرسوم التشريعي رقم (١٩٥) المذكور أنه : « إذا بعد تقديم العرض وطيلة المدة المحددة في العقد لتنفيذه ، حدث ارتفاع في الأسعار جعل تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً مرهقاً ، وتقدم المتعهد بطلب إلى الجهة المتعاقدة ، تراعي لجنة التحكيم أحكام القوانين والأعراف التجارية ، وذلك مع مراعاة أحكام المادة /٤٣/ من هذا النظام وعلى أن يتحمل

المتعهد الزيادة الناجمة عن ارتفاع الأسعار إذا كانت لا تتجاوز ١٥ % من قيمة العقد.

كما نصت المادة /٥٨/ من هذا المرسوم المذكور على أنه « يجوز النص في العقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقواعد والشروط المحددة فيه ».

ومما تقدم تتضح بعض الأسس حول التحكيم في العقود الإدارية في سوريا :

١ - إن المشرع السوري قد منح في أنظمة العقود الإدارية بالمرسوم رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩ والاقتصادية بالمرسوم رقم /١٩٥/ لعام ١٩٧٤ ، أشخاص القانون العام الإداري والاقتصادي ضمن الشروط القانونية وموافقة الجهات المعنية على التعاقد ، سلطة مباشرة للتفاوض وإبرام العقود الإدارية أو الاقتصادية الداخلية أو الخارجية ، وتصديقها من الجهات المختصة ، لإضفاء صفة النهائية عليها .

٢ - هناك ناحية إجرائية هامة بالنسبة للتحكيم في العقود الإدارية في سوريا حيث يلاحظ أن التحكيم يكون دائماً بتشكيل جماعي ويتسم التشكيل الجماعي بالطابع القضائي الإداري ، حيث إن المحكم المرجح تختاره جهة قضائية إدارية .

٣ - فرق المشرع السوري بين عقود الجهات الإدارية وعقود الجهات الاقتصادية التي يرد فيها بند التحكيم ، وأخضع الأولى إلى استفتاء مجلس الدولة كما بيناه في المادة /٤٤/ من قانون مجلس الدولة والمادة /٧٥/ مكرر من نظام عقود الهيئات العامة ذات الطابع الإداري .

٤ - أجاز في نظام عقود المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت ذات الطابع الاقتصادي قبول التحكيم الداخلي والخارجي دون أن ينص على

ضرورة استفتاء مجلس الدولة (المادة ٤٦ من نظام عقود هيئات القطاع الاقتصادي) .

وقد صدر مؤخراً نظام العقود الموحد في الجمهورية العربية السورية ، والذي أقر في المادة /٦٦/ منه الوضع الذي كان سارياً في ظل نظام عقود هيئات القطاع الإداري ، حيث نصت المادة /٦٦/ في الفقرة (ب) منه على ما يلي :

« يجوز أن ينص في دفاتر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري ، وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة ويختار المتعهد العضو الآخر » .

وبهذا التعديل نجد أن رئاسة لجنة التحكيم أصبحت حصراً لمستشار من مجلس الدولة ، ونرى أن ذلك يتوافق مع اختصاص قضاة مجلس الدولة وينسجم بشكل واضح وطبيعة التحكيم في العقود الإدارية .

كما نصت الفقرة (ج) من المادة نفسها على أنه :

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

وبما أن النظام الجديد أصبح مطبقاً على كل الجهات العامة في الجمهورية العربية السورية فإنه يمكن القول إن نظام التحكيم في العقود الإدارية أصبح واحداً بالنسبة لكل عقود الجهات العامة دون تفريق بين جهات ذات طابع إداري أو ذات طابع اقتصادي .

وأخيراً صدر القانون رقم /٤/ تاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٥ والذي نص في المادة /٦٤/ منه على إلغاء المواد من /٥٠٦/ إلى /٥٣٤/ من قانون أصول

المحاكمات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لعام ١٩٥٣ وتعديلاته . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على التالي : « يبقى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة /٦٦/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /٥١/ تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ .

٢- في القضاء السوري (١):

لقد تردد القضاء الإداري في سورية بين فكرتين :

الأولى: تتمثل في أن الإدارة لا تجبر على اللجوء إلى التحكيم إلا برضاها، ولو كانت قد ارتبطت مع المتعهد في العقد على حل النزاع الذي ينشأ بينها وبينه عن طريق التحكيم بشرط تحكيمي ، ولكن هذا الاتجاه لم يستمر طويلاً .

الثانية : ووفق هذا الاتجاه الذي ما يزال مستمراً ... والذي بدأ في عام ١٩٦٣ ، فإن الطريق التحكيمي طريق استثنائي لفض ما ينشأ من خصومات قوامه الخروج عن الطرق العادية في كل ما انصرفت إليه إرادة المحتكمين ، فاشتراط التحكيم أمام هيئة تحكيم معينة يعتبر شرطاً واجب الرعاية ، ويمنع القضاء من السير بالدعوى .

والقضاء العديد من الاجتهادات التي تؤكد حرية المتعاقدين باشتراط عرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات في تنفيذ عقد معين على التحكيم بصورة تمكنهم من اختيار قضاة يفهمون قضاياهم ويساعدونهم على حل نزاعاتهم بطريقة سهلة على الوجه المنصوص عليه في الباب الرابع مع قانون أصول المحاكمات . وأن اشتراط التحكيم أمام هيئة تحكيم معينة يعتبر شرطاً واجب الرعاية كسائر الشروط الأخرى التي ارتضاها المتعاقد على اعتبار أنها

(١) أنظر القاضي الدكتور محمد وليد منصور ، التحكيم في العقود الإدارية في القانون السوري الجديد ، المرجع السابق ، شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) .

لا تخالف النظام العام في شيء .

وأنه بصرف النظر عن الجدل الدائر بين طرفي العقد حول مدى إلزامية الشروط العقدية المتعلقة بالتحكيم ، فإن قيام كل منهما بتسمية محكم في لجنة التحكيم يعني أن اتفاقهما قد انعقد على اللجوء إلى التحكيم للبت في الخلاف الناشئ بينهما .

وقد استقر الاجتهاد القضائي على ذلك في كثير من أحكامه ومنها الخلاف بين لجنة المنشآت الرياضية والمتعهد حول سوء التنفيذ الذي تم فيه تنفيذ المنشآت الرياضية موضوع المدينة الرياضية.. حيث جاء في موجبات التحكيم « إن التحكيم قضاء حقيقي يسعى إليه أطراف النزاع بمحض اختيارهم ، ولا يسوغ لأي طرف من أطراف العقد أن يتحلل من شرط عقدي ملزم بالتحكيم » . وقد ورد في الحيثيات .... « ومن حيث إنه يقتضي لفت نظر المدعى عليه إلى أن الحكم المطعون لم يبادر من لدنه إلى اعتبار لجنة التحكيم المتفق على تولييها حسم المنازعات الناشئة عن العقد موضوع القضية هي المختصة بالفصل في النزاع مدار البحث في هذه القضية ، وإنما اعتمد الأساس المتفق عليه بين الطرفين في هذه الخصوصية . وإن اعتراض المدعي على الطريقة التي انتهجها الحكم المذكور ، فيه إغضاء عن حقيقة تنطق بها الوقائع الماثلة في عيون الأوراق ، إذ إن طلب الإدارة المدعية وصف الحالة الراهنة للمنشآت الرياضية والعيوب التي ظهرت فيها ، ومدى الخطورة التي يتعرض لها المواطنون ، إنما يهدف إلى تحديد نفقات إصلاح تلك العيوب والمدة اللازمة لإجرائها ، وفوات المنفعة الناجمة عن تعطيل المنشآت الرياضية في غضون المدة السابقة ، وإجازة الاتحاد الرياضي العام بإجراء الإصلاحات على نفقة المدعى عليه ، وتضمينه العطل والضرر وفوات المنفعة . إن كل ذلك لا يمكن تحقيقه بمجرد وصف الحالة الراهنة،

ولكن لا معدى من أن تتولى الهيئة التحكيمية المختصة الفصل في موضوع المنازعات السالفة الذكر بكاملها ، بحسبانها الجهة التي أولاها الطرفان ثقتهما ووضعا بين يديها أمر البت فيها . وبهذه المثابة يكون طعن المدعى عليه من هذه الناحية خليقاً بالرفض على وجه الإطلاق .

وبالتالي فإن الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري برقم ٣٥٣ تاريخ ١٩٨٦/٧/٣١ في القضية رقم أساس ٧٥٣ لعام ١٩٨٦ ، والقاضي بقبول الدعوى شكلاً لجهة وصف الحالة الراهنة ، وتثبيت هذا الوصف ، وبقبولها موضوعاً وتثبيت وصف الحالة الراهنة للمنشآت الرياضية محل الدعوى وفقاً لضبط الكشف المنظم في ١٩٨٤/١٠/٢١ ، وتقرير الخبرة الفنية المؤرخ في ١٩٨٥/١/٢٢ ، وتضمين الجهة المدعية الرسوم والنفقات وخمسين ليرة سورية مقابل أتعاب المحاماة ، وإحالة الملف إلى السيد رئيس مجلس الدولة لاستكمال إجراءات تشكيل اللجنة التحكيمية للبت في المنازعة ، ومن حيث إن التحكيم في ضوء ما سلف بيانه يعتبر قائماً على ركن مبين من القانون وهو حقيق بالتأييد ».

لا يميز القانون السوري بين أنواع العقود مدنية كانت أو تجارية أو إدارية بشأن الشرط التحكيمي . وأكثر ما يوجد هذا الشرط في العقود الإدارية وعقود الجمعيات التعاونية والعقود التي تبرمها بعض الشركات العامة ذات الصفة التجارية .

وترى المحكمة الإدارية أن شرط التحكيم في العقد الإداري هو شرط واجب الرعاية كسائر الشروط الأخرى ما دام قد ورد صحيحاً وغير مخالف للنظام العام .

وترى أيضاً أن شرط التحكيم في العقود الإدارية هو كغيره من الشروط العقدية الأخرى التي تعتبر ملزمة للطرفين المتعاقدين تأسيساً على أن العقد الإداري لا يخرج عن كونه عقداً بالمعنى القانوني الدقيق ، أي أنه توافق

إرادتين على إحداث أثر قانوني ، وليس في خصائص العقد الإداري ما يمكن أن يؤدي إلى إهدار القوة الملزمة لأي شرط من شروطه التعاقدية . وكذلك استقر اجتهاد المحكمة الإدارية العليا على أن النص في العقد على حل الخلافات المحتملة بين الطرفين عن طريق التحكيم إنما يعتبر شرطاً ملزماً للطرفين لا مجال للتنكب عنه .

أما إذا كان شرط التحكيم قد ورد في ملحق عقد ولم يتم تنفيذ هذا الملحق ، فإن هذا الشرط لا يبرر اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الأساسية للعقد .

نصت المادة /٤٦/ من المرسوم التنظيمي ذي الرقم ١٩٥ تاريخ ٢٥/٤/ ١٩٧٤ الصادر تنفيذاً لأحكام المرسوم التشريعي ذي الرقم ١٨ تاريخ ١٥/١٢/١٩٧٤ والمتعلق بعقود شركات وهيئات القطاع العام ، على أن البت في النزاعات الواردة في البنود ٢ ، ٣ ، ٤ من الفقرة (ب) من هذه المادة وهي المتعلقة بغرامات التأخير واستحالة تنفيذ العقد والظروف الطارئة ، يكون بطريق التحكيم.

ويرى القضاء ، أن التحكيم الوارد في المادة /٤٦/ الفقرة (ب) هو نوع من التحكيم الإجباري لا يمكن للطرفين التحلل من أحكامه وهو واجب الاتباع ولو وجدت نصوص تخالف ذلك .

ثم توالت الأحكام منذ ذلك التاريخ باطراد حتى الآن . وهناك آراء صادرة بهذا الاتجاه من اللجنة المختصة في مجلس الدولة الناظرة في فتاوى مجلس الوزراء .

وضمن هذا الإطار لا بد من التنويه إلى أنه يجب التنبيه إلى أن كلا الاتجاهين لا يرفض فكرة لجوء الإدارة العامة إلى التحكيم إذا كانت الإدارة راغبة في التحكيم .

مما تقدم يتبين أن المشرع السوري قد أجاز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية . و ذلك بشرط موافقة الوزير المختص .

ثامناً : الوضع في القانون الجزائري (١):

من الناحية التاريخية فإن الموقف في الجزائر يتصف بالتناقض بين موقف المشرع الجزائري و الواقع العملي ، فمن الناحية التشريعية .. تنص المادة ٤٤٢ / ٣ من قانون المرافعات الجزائري الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦ على أنه « لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء الى التحكيم » .

ولكن على الرغم من هذا الحظر التشريعي فإن الواقع العملي كان مختلفاً تماماً فقد أبرمت الجزائر العديد من عقود البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة والتي تضمنت شروطاً للتحكيم و نظراً للمتغيرات التي طرأت على الساحة الإقتصادية ولكي يتطابق الموقف التشريعي مع الواقع العملي تدخل المشرع الجزائري وعدل عن صياغة المادة ٤٤٢ من قانون المرافعات وذلك بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ٢٣ ابريل لسنة ١٩٩٣ وجاءت صياغة المادة المذكورة على النحو التالي « لا يجوز للأشخاص العامة اللجوء الى التحكيم الا في علاقات التجارة الدولية » .

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعترف بأهلية الأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم بصدد العقود ذات الطابع الدولي .

وفي تونس : فانه لا يجوز التحكيم في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العامة والجماعات المحلية الا اذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية .

معنى ذلك أن المشرع التونسي أقر فقط التحكيم في العقود الادارية ذات الصفة الدولية دون العقود الادارية الوطنية .

---

(١) أنظر د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ .

المطلب الثاني

الوضع في فرنسا (١)

البين من إستقراء الوضع في الحقل القانوني الفرنسي هو أن المبدأ العام هو حظر إدراج شرط تحكيم في العقود الإدارية .. و لا مانع أن ترد على هذا المبدأ بعض الإستثناءات ، و لكن يظل الأساس هو الحظر و الإستثناء هو إباحة التحكيم في العقود الإدارية و على أي حال فسوف نتناول تفصيل ذلك على النحو التالي :

- ينص قانون الإجراءات المدنية الفرنسية القديم في مادتيه رقم (٨٣، ١٠٠٤) والتي أصبحت المادة رقم (٢٠٦٠) من القانون المدني الحديث على عدم جواز التحكيم في كافة المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها حتى و لو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة ، و قد أُعتبر هذا الحظر من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته .

- سار مجلس الدولة الفرنسي على النهج ذاته حيث درج على الحكم ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية ، وذلك إستناداً إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على النحو المتقدم بيانه .

- لم يسلم القضاء المدني الفرنسي بهذا الحظر .. حيث قضت محكمة النقض في حكم لها صادر في ١٩٦٤/٤/١٤ بأن الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يتعلق بالحفاظ على النظام العام الداخلي .. أما إذا تعلق الأمر بعقد من عقود التجارة

---

(١) انظر د. جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، المرجع السابق ، ص ٣٩ و ما بعدها .

الدولية التي يكون طرفها الآخر أجنبياً و قبلت فيه الدولة أو إحدى أشخاصها الإعتبارية إدراج شرط التحكيم في العقد فإن هذا الحظر لا يسري و يتعين عليها الإلتزام بمقتضيات هذا الشرط .

مما يعني أن القضاء المدني الفرنسي قد أجاز إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ..

- من العرض المتقدم يتبين بوضوح أن المشرع الفرنسي و معه قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد إستقرا على عدم الإعتراف بشرط التحكيم في العقود الإدارية الأمر الذي أثار كثيراً من الصعوبات في التطبيق العملي لا سيما في مجال العقود الإدارية الدولية .. مما حدا بالمشرع الفرنسي إلى التدخل لإيجاد حل لهذه المشكلة ، وذلك على الوجه التالي (١):

- عن طريق إصدار قانون ١٧ إبريل عام ١٩٠٦ .. حاول المشرع في هذا القانون إيجاد حل لمشكلة التحكيم في العقود الإدارية ، و لذا فقد أدرج المشرع بنص المادة ٦٩ من القانون المذكور إمكان التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة و التوريد و قد أورد المشرع ذكر هذه العقود على سبيل الحصر و من ثم فلا يجوز إدراج شرط تحكيم في غيرها من العقود الإدارية .

و قد إشترط المشرع لإعمال هذا النص عدة شروط على النحو التالي:

١. أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة تحكيم أي بعد نشوء النزاع ، و غني عن البيان أن الهدف من هذا الشرط هو إتاحة

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ . التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي المرجع السابق. ص ١٨٩ و ما بعدها .

الفرصة لجهة الإدارة الطرف في العقد لدراسة موضوع النـــزاع الذى نشأ بعد إبرام العقد و تحـــس جوانبه و تحديد طبيعته و عما إذا كان يجوز فيه التحكيم من عدمه ومن ثم إتخاذ القرار بإبرام مشارطة تحكيم من عدمه .

٢. ضرورة موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية و الوزير المختص .

- عن طريق إصدار قانون ٩ يوليو عام ١٩٧٥ و الذى أجاز اللجوء إلى التحكيم لبعض طوائف من المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى و التجارى و التى يصدر بتحديدها مرسوم فى هذا الشأن ، و غنى عـــن البيان أن نطاق التحكيم قد إمتد إلى هذه الطائفة من المؤسسات حرصاً على تسهيل أدائها لدورها فى الحياه الإقتصادية (١).
- عن طريق إصدار قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ بجواز التحكـــيم فـــى العقود الإدارية الدولية ..

و قد صدر هذا القانون فى فرنسا و كان الغرض منه إجازة التحكـــيم فى العقود ذات الطابع الدولى التى تبرمها الدولة ، و ذلك حفاظاً على العلاقات الإقتصادية الدولية و جذباً للمستثمر الأجنبى الذى كما رأينـــا يصر دائماً على تضمين العقد الإدارى بينه و بـــين الدولـــة شـــــرط تحكيم .. فإذا ما أصر المشرع الفرنسى و من ورائه مجلـــس الدولـــة على موقفه السالف عرضه .. فإن هذا الوضع قد يؤدى إلـــى عرقلـــة إبرام الكثيـــر من عقود الإستثمار بين الحكومة الفرنسية و المســـتثمر الأجنبى .

(١) د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم فى المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية . الطبعة الثانية . ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ، ص ١٣٥ .

و قد كان وراء إصدار هذا القانون واقعة معينة .. تتلخص فى أنه عام ١٩٨٦ أرادت فرنسا أن تتعاقد مع شركة أمريكية لإقامة مدينة ملاهى على نسق مدينة ملاهى والت ديزنى فى الولايات المتحدة الأمريكية ، و قد أصرت الشركة الأمريكية على أن تضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد .

و عرض الأمر على مجلس الدولة الذى رفض إقرار شرط التحكيم فى العقد و إعتبره مخالفاً للنظام العام .. كما أن شروط تطبيق أحكام القانون الصادر فى ١٧ إبريل ٢٠٠٦ السالف بيانه غير متوافرة .. إذ أن هذا التعديل لا يسمح بهذا الإستثناء إلا فى حالة تصفية نفقات عقود الأشغال العامة و التوريد و ذلك بعد نشوء النزاع و ذلك على النحو الذى سبق بيانه تفصيلاً فى هذا الصدد .

و أمام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم تدخل المشرع الفرنسى بإصدار قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ ، و الذى أجاز التحكيم فى العقود الإدارية الدولية التى تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية ، و ذلك كإستثناء من الأصل العام .

و لكن المشرع الفرنسى توافقاً مع موقفه الرافض للتحكيم فى العقود الإدارية قد أحاط هذا الإستثناء بعدة شروط على النحو التالى :

١. أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية أى أن يكون عقداً دولياً و من ثم لا ينطبق هذا الإستثناء على العقود التى تُبرم بين شركات وطنية .

٢. أن يكون العقد بخصوص مشروع ذى نفع قومى حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم .

٣. إشـــتراط صدور مرســـوم من مجلس الوزراء الفرنســـى للموافقـــة على تضمين العقد شـــرط التحكيم ، و يكـــون ذلـــك فـــى كـــل حـــالة على حدة .. و على مجلس الوزراء و هو بصدد موافقتـــه أن يتـــأكد من توافر الشـــروط التى حددها القـــانون .

من العرض المتقدم بيانه نخلص إلى أن المشرع الفرنـــســـى و مـــن ورائه قضاء مجلس الدولة الفرنسى يتحفظ كثيراً على إدراج شـــرط التحكيم فى العقود الإدارية .. إلا أن الموقف الحالى هو جواز التحكـــيم فـــى العقـــود الإدارية ذات الطابع الدولى أى التى تبرمها الحكومة الفرنسية مـــع أشـــخاص أجنبية .

المبحث الثانى

موقف الإتفاقيات الدولية من التحكيم

فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى

أولاً : الوضع فى إتفاقية نيويورك المبرمة عام ١٩٥٨ (١):

أعدت اللجنة الدولية المختصة بشئون التحكيم التجارى الدولى لدى غرفة التجارة الدولية فى مارس ١٩٥٣ مشروعاً للمعاهدة قدمته أمام المجلس الإجتماعى و الإقتصادى للأمم المتحدة بشأن إبرام إتفاقية جديدة أعدت مشروعها اللجنة المشار إليها .

و قد تم عرض المشروع فى المؤتمر الدولى الذى إنعقد فى نيويورك ، و إختتم أعماله بإصدار إتفاقية بشأن الإعتراف بأحكام المحكمين الأجانب و تنفيذها .

و قد حددت المادة الأولى و الثانية من الإتفاقية نطاق تطبيقها حيث نصت على أن هذه الإتفاقية تطبق على الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى إقليم دولة غير تلك التى يُطلب فيها الإعتراف و تنفيذ الأحكام الناتجة عن الخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ، و تطبق كذلك على أحكام التحكيم التى لا تعتبر من الأحكام الوطنية فى الدولة المطلوب فيها الإعتراف و تنفيذ الحكم .

و تسرى أحكام الإتفاقية بمناسبة العلاقات التعاقدية و غير التعاقدية ..

---

(١) أنظر د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم فى المنازعات الإدارية ، دار النهضة العربية . المرجع السابق ، ص ١٤٥ .

و في مجال بيان دور الإتفاقية في تشجيع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية نلاحظ ما يلي (١):

- على الرغم من أن الهدف من الإتفاقية هو تنشيط التحكيم في مجال التجارة الدولية فإنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع تجارياً لأن من الدول ما لا يعرف التفرقة بين الأعمال التجارية و المدنية .

و الواقع أن نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الإتفاقية قد أعطت الدول المتعاقدة الحق في إشتراط أن يكون النزاع الذي صدر قرار التحكيم بشأنه نزاعاً تجارياً وفقاً للتشريع الوطني .

و البين أن تطبيق هذا النص قد أتاح للدول الأعضاء إستخدام هذا التحفظ الذي كان من نتيجته تضييق نطاق إعمال الإتفاقية عن مجال من العقود هو العقود الإدارية الدولية بشكل خاص و أن كثيراً من الدول ما زالت تحظر على الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم ، و عليه فلا يمكن القول أن للإتفاقية دوراً في إزالة الحظر التشريعي بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية في دولة كفرنسا على سبيل المثال و هي إحدى الدول المنضمة للإتفاقية .

- هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن البين من إستقراء نصوص الإتفاقية مايلي (٢):

لا تلتزم الدول الأعضاء بالإعتراف بإتفاق التحكيم إذا كان النزاع يتعلق بمسألة لا يجوز طبقاً لقانونها الوطني عرضها على التحكيم ، و لقد أوضحت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الإتفاقية أن القانون الذي يتحدد وفقاً له قابلية النزاع للتحكيم هو قانون بلد التنفيذ .

---

(١) د . حسن بغدادي . رأي في القانون الواجب تطبيقه في شأن صحة شرط التحكيم ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثاني ، ١٩٨٦ ، ص / ٣.

(٢) راجع د. محسن شفيق . التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص / ٢٢٧ .

و الواقع أن هذا الشرط يؤدى إلى التضييق من نطاق تطبيق الإتفاقية .. و بالتالى فإنها قد أعطت الفرصة لبعض الدول المنضمة إلى الإتفاقية بإستبعاد نوعية من العقود من نطاق الإتفاقية و التى لا يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانونها الوطنى ، و كان من بين هذه الدول فرنسا و غيرها من الدول التى إستمرت فى التمسك بحظر التحكيم فى عقود القانون العام .

مما تقدم ننتهى إلى أن الأحكام الواردة بإتفاقية نيويورك لم تلعب دوراً مؤثراً فى مجال تشجيع الدول المنضمة للإتفاقية على اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية الدولية .

ثانياً : الوضع فى إتفاقية جنيف المبرمة عام ١٩٦١ (١) :

جرى التحضير للإتفاقية الأوروبية تحت إشراف اللجنة الإقتصادية الأوروبية و المبرمة فى ٢١ إبريل عام ١٩٦١ فى جنيف فى جلسة خاصة لمندوبى إثنين و عشرين دولة أوروبية .

و قد كان الدافع وراء إبرام هذه الإتفاقية هو المساعدة على إنتشار التحكيم كوسيلة مُثلى لحسم المنازعات الناشئة فى إطار المعاملات التجارية فى منطقة أوروبا ..

و فى مجال بيان دور الإتفاقية فى تشجيع اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية الدولية نلاحظ ما يلى (٢):

تنص المادة الثانية من الإتفاقية و ذلك فى فقرتها الأولى على أنه .. فى الحالات المشار إليها فى الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه الإتفاقية

---

(١) أنظر د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم فى المنازعات الإدارية المرجع السابق ، ص ١٥٢.

(٢) د . حمدى على عمر ، التحكيم فى عقود الإدارة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٧ .

فإن الأشخاص المعنوية التي تعد وفقاً للقانون المطبق عليها من أشخاص القانون العام المعنوية لها قدرة على إبرام إتفاقات تحكيمية صحيحة .

و كذلك تنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه .. عند التوقيع أو التصديق على هذه الإتفاقية أو عند الإنضمام إليها – فإن كل دولة يمكنها أن تعلن عن تصديقها لهذه القدرة وفق الشروط المحددة في الإعلان .

و في الواقع فإن نص المادة الثانية في فقرتيها الأولى و الثانية تتيح لكافة الدول الأطراف في الإتفاقية إدراج شرط التحكيم في كافة أنواع العقود التي تبرمها ، و من بينها عقود القانون العام .

إلا أن الواقع العملي يشهد بغير ذلك ، ففي فرنسا مثلاً و هي إحدى الدول المنضمة للإتفاقية – ظل القضاء الإداري الفرنسي يُعمل الحظر الوارد على أشخاص القانون العام في إبرام إتفاقات تحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية و الدليل على ذلك رفضه شرط التحكيم في عقد (شركة والت ديزني) و إستند في ذلك إلى نص المادة رقم (٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي ، و ظل الأمر هكذا على الرغم من إنضمام فرنسا إلى الإتفاقية حتى صدور تشريع داخلي فرنسي يسمح بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية .

هذا على الرغم من أن المادة رقم (٥٥) من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ تقضي بأن الإتفاقيات أو المعاهدات الموقع عليها أو المصدق عليها قانوناً يكون لها منذ تطبيقها قيمة أعلى من قيمة القوانين العادية .

و بالرغم من الموقف الفرنسي المشار إليه .. فأن مؤدى نصوص الإتفاقية سالفة الذكر هو إنها تلعب دوراً في تشجيع الدول الأطراف في الإتفاقية على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

ثالثاً : الوضع في إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى عام ١٩٦٥ : (١)

حققت هذه الإتفاقية نجاحاً كبيراً في مجال الإستثمار الدولي حيث أدخلت نظام التحكيم بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي أي بين شخص من أشخاص القانون الخاص و شخص آخر من أشخاص القانون العام .

و قد لقيت هذه الإتفاقية نجاحاً كبيراً في مختلف دول العالم .. حيث إنضمت إليها منذ البداية (١٨) دولة أوروبية ، و (٣٤) دولة أفريقية ، (١١) دولة أسيوية ، بالإضافة إلى أربعة دول من قارة أمريكا الشمالية من بينها الولايات المتحدة الأمريكية .

و لقد أنشأت هذه الإتفاقية مركزاً دولياً لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار ، فالمادة رقم (٢٥) من الإتفاقية تحدد إختصاص المركز بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول و المستثمرين الأجانب ..

فضلاً عن إنها لم تجعل لشرط التحكيم أدنى تأثير إذا لم تكن الدولتان المعنيتان قد وقعتا سلفاً على الإتفاقية ، كما جعلت قبول الشخص المعنوى العام بإختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار متوقفاً على موافقة الدولة المتعاقدة التابع لها على ذلك مالم تخطر هذه الدول المركز بأن هذه الموافقة غير ضرورية .

و في مجال بيان دور الإتفاقية في تشجيع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية نلاحظ ما يلي :

يتضح لنا من إستقراء نص المادة (٢٥) سالفة البيان أن نظام المركز يشترط موافقة الطرفين على عرض النزاع عليه و عندما يكون

---

(١) أنظر د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل ، التحكيم في المنازعات الإدارية المرجع السابق ، ص ١٥٦.

الطرف الممثل للدولة فى إتفاق الإستثمار ليس هو الحكومة ذاتها و لكن أحد أشخاص القانون العام التابعه لها .. فإن المادة (٢٥) قد وضعت شروطاً قانونية لابد من إستيفائها فى هذه الحالة وهى :

١. أن يتوافر رضاء هذا الشخص بنظام المركز و الإعتراف بإختصاصه.

٢. يجب تأييد هذا الرضاء من جانب الدولة التى يتبعها هذا الشخص الإعتبارى مالم تخطر الدولة المركز بأن هذا القبول غير ضرورى .

كما نصت المادة رقم (٥٤) من الإتفاقية على أن الدول الأعضاء فى الإتفاقية تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة عن هذا المركز و تضمن على أراضيها تنفيذ الإلتزامات المالية الناشئة عن هذه الأحكام (١).

و يستفاد من النص المتقدم أن أحكام التحكيم الصادرة من هذا المركز يجب تنفيذها فى أقاليم الدول الأطراف فى الإتفاقية كما لو كانت أحكاماً صادرة من محاكمها القضائية .

و الأحكام الصادرة من هذا المركز تعتبر أحكاماً نهائية و لا يجوز الطعن فيها أمام أى محكمة من محاكم الدول المنضمة لهذه الإتفاقية .

مما تقدم جميعه يتلاحظ أن الإتفاقية تلعب دوراً مؤثراً فى إلتزام الدول المنضمة إليها بإدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية الدولية و الإلتزام بمقتضى هذا الشرط لا سيما إذا كان القانون الداخلى للدولة المنضمة يعطى للإتفاقيات الدولية قوة أعلى من القوانين الداخلية كما هو الحال فى فرنسا أو يجعل الإتفاقيات جزءاً من التشريع الداخلى للدولة كما هو الحال فى مصر ..

---

(١) د . عصام الدين القصبى ، تنفيذ الدولى لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٣ ، ص / ١٠ .

إلا أنه بالرغم مما تقدم فإن الواقع العملي يخالف ذلك ، فعلى سبيل المثال فى فرنسا و عندما كانت الحكومة الفرنسية بصدد إبرام عقد مع شركة أمريكية لإقامة مدينة ملاهى فى فرنسا على نسق مدينة ملاهى (والت ديزنى) فى الولايات المتحدة الأمريكية .. أصرت الشركة الأمريكية على أن تضمن العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد .

و لقد رفض مجلس الدولة الفرنسى إدراج شرط التحكيم متجاهلاً بذلك النصوص الواردة فى إتفاقية واشنطن ، و التى تسمح بإدخال شرط التحكيم فى مثل هذه العقود الإدارية المتعلقة بالإستثمار ، و استند فى هذا الرفض إلى نصوص القانون المدنى والتى تحظر على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية الدولية .

لولا ان تدخل المشرع الفرنسى وأصدر قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ والذى أجاز للدولة أن تقبل شرط التحكيم فى العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية .

من العرض المتقدم لموقف الاتفاقيات الدولية سالفة البيان من ادراج شرط التحكيم فى العقود الادارية الدولية ، وحيث أن نصوص اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار كان من المفترض أن يكون لها دور مؤثر فى إزالة الحظر الوارد على أشخاص القانون العام فى اللجوء إلى التحكيم فى العلاقات الإدارية الدولية .. إلا أن الواقع العملى يخالف ذلك حيث أثبتت الظروف أن المعول عليه فى هذا الأمر هو القانون الوطنى للدولة ، و مما يؤكد ذلك أن واقعة إبرام عقد شركة (والت ديزنى) فى فرنسا لم يتم حل مشكلة إصرار الشركة الأمريكية طرف العقد على إدراج شرط التحكيم فى العقد إلا بتدخل المشرع الوطنى الفرنسى بإصدار قانون ١٩ أغسطس

١٩٨٦ و الذى أجاز للدولة و المقاطعات و المؤسسات العامة أن تقبل شـــرط التحكيم فى العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية ، و ذلك إســـتثناءاً مـــن أحكام المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنســـى .

و لولا تدخل المشرع الفرنســـى ما كان يُمكن أن يتم إدراج شـــــرط التحكيم فى العقد المذكور ..

ومن ثم يســـتمر القانون الوطنى هو الأساس و المعـــــول عليه فـــى تقرير مدى إمكانية إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية الدولية .

الفصل الثانى

مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى

مع الطبيعة القانونية للتحكيم

تمهيد و تقسيم :

يترتب على إدراج شرط التحكيم فى العقد بصفة عامة عدة آثار قانونية قد يكون من أهمها إنحسار سلطة القضاء الوطنى للدولة عن نظر النزاع المبرم بشأنه شرط التحكيم ، و كذا إنعقاد الإختصاص لهيئة التحكيم بنظر النزاع المشار إليه .

إلا أن إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية قد يترتب عليه آثار معينة مرتبطة بخصوصية العقد الإدارى .

و فى هذا الفصل نهتم ببحث تلك الآثار وصولاً لبيان مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى مع الطبيعة القانونية للتحكيم ، و بناء عليه نقرر مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية الدولية ، و ذلك على الوجه التالى :

يمثل العقد الإدارى الدولى إحدى العلاقات أو الروابط القانونية التى تكون الدولة أو إحدى سلطاتها طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة .. يحكمها القانون العام بفروعه المختلفة و تطبق عليها أحكامه ، و يسمى هؤلاء بأشخاص القانون العام أو الأشخاص العامة .

و تتخذ الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفاً فى هذه العقود بوصفها أحد أشخاص القانون العام و التى تختلف عن أشخاص القانون الخاص .. حيث تمثل أشخاص القانون العام المجتمع ككل و تهدف من وراء نشاطها إلى حسن تسيير المرافق العامة ، و تحقيق الصالح العام و المنفعة العامة على

خلاف أشخاص القانون الخاص التى تهدف إلى تحقيق الربح فيما تبرمه من علاقات عقدية .

هذا فضلاً عن أن الدولة كأحد أشخاص القانون العام عندما تتعاقد بوصفها سلطة عامة يكون لها سيادة .. و قد يؤدى الخضوع للتحكيم إلى الإصطدام بسيادة الدولة .

كما أن قبول شرط التحكيم قد يؤدى إلى خضوع الدولة فى هذا التحكيم للمبادئ التى تحكم العقود المدنية و التجارية – و هى تختلف تماماً عن تلك التى تحكم العقود الإدارية من مبادئ و نظريات القانون الإدارى .

و بالبناء على ما تقدم فإن خضوع العقود الإدارية الدولية التى تكون الدولة طرفاً فيها للتحكيم قد يصطدم بالطبيعة القانونية للتحكيم ..

و لبيان ذلك سوف نتناول الطبيعة القانونية للتحكيم فى مبحث أول .

ثم نتناول مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى مع الطبيعة القانونية للتحكيم فى مبحث ثانى .

و ذلك كله وصولاً لتقرير مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية الدولية . و على النحو التالى بيانه تفصيلاً ..

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للتحكيم

قبل أن نتعرض لبحث موضوع مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى مع الطبيعة القانونية للتحكيم .. يتعين علينا بداهة بيان الطبيعة القانونية للتحكيم .

فالتحكيم يمثل أهم وسيلة بمقتضاها يستغنى الأطراف عن قضاء الدولة ، فكما أن الأطراف يستطيعون بإتفاقهم حل منازعاتهم فيما بينهم ، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم لكى يتولوا الفصل فى هذه المنازعة .

و يرى الفقه أن التحكيم الإختيارى هو إتفاق الأشخاص الطبيعية أو الإعتبارية على عرض نزاع قائم بينهم أو محتمل ناشئ عن عقد أو دون عقد على فرد أو على هيئة تحكيم خلال فترة زمنية معينة يحددونها أو يتركون تحديدها للقانون وفقاً لقواعد القانون (تحكيم بالقضاء) أو وفقاً لقواعد العدالة (تحكيم بالصلح) دون عرضه على قضاء الدولة ، و ذلك بقرار ملزم لهم و يرمى إلى إستمرارية العلاقات الإقتصادية و الإجتماعية بينهم (١).

من التعريف المتقدم يمكن أن نتحصر الطبيعة القانونية للتحكيم فى نظريتين (٢):

أولهما : النظرية الشخصية : و مفادها أن التحكيم يُعد نظاماً إتفاقياً تعاقدياً قلباً و قالباً منذ نشأته و مروراً بنشاطه و حتى نهايته .

---

(١) د. سيد أحمد محمود . مفهوم التحكيم ، محاضرات فى الدورة العامة لإعداد المحكم ، ٢٠٠٨ ، مركز حقوق عين شمس للتحكيم ص / ٥ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٤٠ .

أما النظرية الموضوعية : فهي على خلاف النظرية السابقة التي يأفل نجمها يوماً بعد يوم ، يعتبر التحكيم طريقاً قضائياً لحسم المنازعات ، أو أنه طريق قضائي يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية و مستقلة للفصل في الخصومات التي يطرحها عليه الخصوم . فالتحكيم طريق مواز تعترف به الدولة لأداء العدالة و حماية الحقوق و المراكز القانونية . و هو يؤدي ما تؤديه محاكمها من وظيفة قضائية ، و هذا ما يؤيده فقه القانون الدولي الخاص و الإجرائي على السواء (١).

و يرى أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن نظام التحكيم و إن كان مبتدأه إرادة و إتفاق تعاقدي يقال أنه يشكل أساس سلطة هيئة التحكيم في الفصل في النزاع ، غير أن لذلك حدوده ، فهذه الإرادة هي إرادة خضوع لنظام قضائي ، و الجانب الإرادي فيه يتمثل في مجرد خضوع نفسي من جانب الأطراف لقضاء إختاروه بإرادتهم .. حيث أنه بمجرد أن يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم ينشأ نظام قانوني مستقل يخرج بعد ذلك عن سيطرة هؤلاء .

و تحليل عملية التحكيم من نشأتها حتى نهايتها يدعم ذلك الرأي ، فمن ناحية نشأة التحكيم فإن الغرض من اللجوء إلى التحكيم هو الحصول على حماية قضائية و حسم النزاع حول الحق المدعى به ، و من ناحية سير عملية التحكيم فإن التحكيم والقضاء يسيران في ركاب قواعد إجرائية تكاد تكون واحدة ، و من ناحية نهاية عملية التحكيم فهي قرار أو بالأحرى حكم تتوافر فيه سمات و خصائص الأحكام القضائية (٢).

---

(١) د . أحمد أبو الوفا . التحكيم الإختياري و الإجباري . منشأة المعارف . الطبعة الرابعة . ١٩٨٣ . ص ١٨ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

من العرض المتقدم في بيان الطبيعة القانونية للتحكيم ، و سواء كان نظاماً تعاقدياً أو نظاماً قضائياً .. فإن التحكيم كنظام قضائي إتفاقي يلجأ إليه الأطراف بمحض إرادتهم لحل نزاعاتهم و يقف فيه هؤلاء أمام التحكيم على قدم المساواه ، بل و يختارون القانون واجب التطبيق على النزاع ..

كل هذا قد يجعل التحكيم كنظام قضائي قد يتوافق أو لا يتوافق مع النظام القانوني للعقد الإداري الذي سبق الإشارة إليه في معرض بيان ماهية العقد الإداري في صدر هذه الدراسة .

و هذا ما سوف نتناوله في المبحث التالي .

المبحث الثانى

مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى

مع الطبيعة القانونية للتحكيم

من العرض المتقدم للطبيعة القانونية للتحكيم فإن خضوع العقود الإدارية الدولية التى تكون الدولة طرفاً فيها للتحكيم قد يصطدم بالطبيعة القانونية للتحكيم ..

الأمر الذى قد يثير المشكلات الآتية :

أولاً : مدى إصطدام التحكيم فى العقود الإدارية الدولية مع مبدأ سيادة الدولة ، و حصانتها القضائية .

ثانياً : مدى توافق التحكيم فى العقود الإدارية الدولية مع مبادئ و نظريات القانون الإدارى و التى تحكم العقد الإدارى .

و سوف نتناول ما تقدم وصولاً لبيان مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية ، و ذلك على التفصيل التالى :

أولاً : مدى اصطدام التحكيم فى العقود الإدارية الدولية مع الحصانة القضائية للدولة :

المقصود بالحصانة القضائية للدولة :

من المبادئ الأساسية المستقر عليها فى القانون الدولى العام أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية فى مواجهة قضاء الدول الأجنبية ، و يستمد هذا المبدأ أساس وجوده من خلال مبدأ الإستقلال و الإحترام المتبادل لسيادة الدول بعضها تجاه البعض الأخر و المساواه بينها أمام القانون الدولى ،

و بناء على ذلك إذا حدث و قام أحد الأفراد بمقاضاتها أمام محاكم دولة أجنبية أن تدفع بحصانتها القضائية ، و لا يمكن فـي هـذه الحالـة إجبارهـا علـى الخضوع لقضاء أجنبى .

و عليه فإن مفاد مبدأ الحصانة القضائية للدولة إنه لا يجوز إخـضاع المنازعات التى تكون الدولة طرفاً فيها لغير قضاء هذه الدولة ، و هو ما يعنى عدم إختصاص أى قضاء فى دولة أجنبية بنظرها سـواء كان قضاءاً رسـمياً أم تحكيمياً ، و نظراً لأن التحكيم له طابع خاص .. حيث تلجـأ الدولـة إلـى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها الحرة ، و عند بدء إجراءات التحكيم تدفع بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم ، و من هنا يظهر التسـاؤل حول مـدى جدوى قيام الدولة بالتمسـك بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم ؟

موقف الفقه من تمسـك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم

أثبت الواقع العملى أن الدولة فى سبيل هروبها من شرط التحكيم الذى قبلته بمحض إرادتها تدفع بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم و تتمسـك بسيادتها .

و إزاء هذا الواقع العملى فقد إنقسـم الفقه إلى ثلاثة إتجاهـات علـى النحو التالى :

الإتجاه الأول (١):

ذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن الدولة عند قيامها بالإتفـاق علـى شرط التحكيم فى العقد الإدارى فإنها تتنازل عن سيادتها بالنسـبة للموضـوع الذى جرى الإتفاق بشأنه على التحكيم و عليه فلا قيمة لتمسك الدولة بالحصانة

---

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم . التحكيم الدولى الخاص دار النهضة العربية . الطبعـة الثانيـة . ١٩٩٧ . ص ١٢١ ، د. محمد عبد العزيز بكر . العقد الإدارى عبر الحدود . دار النهـضة العربية . الطبعة الأولى . القاهرة ٢٠٠٠ . ص ٤٧٠ .

أمام المحكم الذى قبلت بمحض إرادتها الخضوع لقضائه ، فالدولة تملك من البداية الإمتناع عن قبول شرط التحكيم و التمسك بحصانتها و سيادتها .. أما إذا قبلت الإلتجاء إلى التحكيم فلا يجوز لها أن تعود و تتمسك بحصانتها ، و ذلك للأسباب الآتية (١):

١. أن قضاء التحكيم يعتبر قضاءاً خاصاً يتميز بأنه لا ينتمى إلى سلطة أى دولة أجنبية ، فالحكم الصادر عنه لا يحمل إسم دولة معينة حتى يمكن القول إنه يشكل إعتداءاً على سيادة الدولة الطرف فى النزاع ، فالحصانة ميزة تتمتع بها الدولة فى مواجهة قضاء الدول الأجنبية التى تتساوى معها فى السيادة .

و حيث أن التحكيم قضاء غير خاضع لأى دولة ، فضلاً عن أن المحكم لا يصدر حكماً بإسم الدولة ، و عليه فإنه ليس من المنطقى الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم .

٢. إن إختصاص قضاء التحكيم بنظر منازعات الدولة مع أشخاص القانون الخاص الأجنبية يتم بإرادتها المطلقة ، و بموجب قانون يسمح لها بذلك فهى عندما تقف أمام قضاء التحكيم يكون بناء على رضاء سابق منها و بدون هذا الرضاء لا يُمكن إرغامها على اللجوء إلى هيئات التحكيم.

٣. إن تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحكمين يتنافى مع مبدأ حسن النية فى تنفيذ الإلتزامات الدولية ، ذلك أن قبول الدولة لإتفاق التحكيم يفرض عليها الإلتزام بتسوية المنازعات التى تنشأ عن عقودها أمام هذا القضاء وحده .. خاصة و أن التحكيم يكون موضع إعتبار فى قبول الطرف الأجنبى للتعاقد مع الدولة فلو كانت الدولة

(١) د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل . التحكيم فى المنازعات الإدارية . المرجع السابق . ص ٤٤٥.

رفضت من البداية الخضوع للتحكيم . ربما أحجم الطـرف الأجنبـي عن التعاقد معها خاصة مع مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة الـذى يشـك فى حيدته و نزاهته .

و لقد أكدت بعض الإتفاقيات الدوليـة هـذا الإتجـاه مثـل الإتفاقيـة الأوروبية للحصانة C.E.I.

و التى تنص فى المادة / ١٢٥ فقرة ١ على إنه إذا وقعت دولة متعاقـدة كتابة على إخضاع منازعة ما نشـأت أو يمكن أن تنشـأ عن علاقة تجاريـة أو مدنية للتحكيم فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسـك بالحصانة القضائية أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها .

كما أن إتفاقية واشنطن المبرمة عام ١٩٦٥ قد أكدت المعنـى ذاتـه ، و إن كان ذلك بنص غير صـريح .

<u>الإتجاه الثـانى</u> (١):

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن مثول الدولة أمام هيئـات التحكـيم يمس سيادتها و حصانتها القضائية . فإذا كانت الدولة ترفض الخضوع لقضاء دولة أجنبية و تتمسك فى مواجهته بالحصانة القضائية .. فكيف يمكن أن تقبل المثول أمام شخص عادى هو المحكم .

<u>الإتجاه الثالث</u> (٢):

يفرق هذا الإتجاه بين نوعين من أعمال الدولـة .. أولهمـا الأعمـال

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد . العقود المبرمة بين الدول و الأشـخاص الأجنبيـة . الطبعـة الأولى ١٩٩٦ . ص ٢٧٧ .

(٢) د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل . التحكيم فى المنازعات الإدارية . المرجـع السـابق ص ٤٤٧ .

الخاصة بالسيادة و المتعلقة بالقانون العام من ناحية ، و الأعمال الأخرى التى تتعلق بالنشاط الخاص كممارسة الأعمال التجارية من ناحية أخرى .

و عليه فإن الأعمال التى تدخل ضمن نشاطات القانون الخاص لا تشملها الحصانة الدبلوماسية ، و لا يُعتبر اللجوء بشأنها إلى التحكيم مساساً بسيادتها.

و عليه فإن هذا الإتجاه يفرق فى شأن عقود الدولة بين عقودها التى تمارس فيها نشاطاً تجارياً أى التى تهدف من ورائها إلى إدارة مرافق إقتصادية ، و بين العقود التى تبرمها الدولة بقصد تحقيق إحدى وظائفها الحيوية – ففى هذه العقود الأخيرة تتمتع الدولة بالحصانة التى تضعها فى مرتبة أعلى ممن يتعاقد معها .

و لقد إعتنق الفقه الفرنسى هذا الإتجاه حيث ذهب إلى التمييز بين المنازعات القانونية و المنازعات السياسية ، إتجه للقول بأن المنازعات الأخيرة هى وحدها التى تخرج من مجال القابلية للتحكيم نظراً لما يمثله التحكيم فى هذه المنازعات من مساس بسيادة الدولة و قد تأيد هذا الإتجاه من القضاء الفرنسى .

و فى رأيى فإن هذا الإتجاه محل نقد للأسباب الآتية :

١. إنه ما دامت الدولة قد قبلت إدراج شرط التحكيم بداءة فى العقد بمحض إرادتها فلا يجوز لها بعد ذلك التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم.

٢. إنه وفقاً لهذا الإتجاه يتعين التفرقة بين أعمال الدولة التى تعتبر من أعمال السيادة و المتعلقة بالقانون العام من ناحية ، و بين تلك الأعمال التى تتعلق بالنشاط الخاص للدولة ، و هذا بالطبع يتطلب تحديد معيار واضح للتفرقة بين نوعى الأعمال – و مع صعوبة

تحديد هذا المعيار ، و كذلك إحتمالية تداخل أعمال السيادة مع غيرها من الأعمال .. لذلك كان هذا الإتجاه محل نقد .

٣. و من الإنتقادات التى تُوجه إلى هذا الإتجاه أيضاً حدوث خلاف فقهى حول ما إذا كانت بعض أشخاص القانون العام من الهيئات العامة أو المؤسسات العامة التى قرر لها القانون الشخصية الإعتبارية المستقلة .. يجوز لها التمسك بالحصانة القضائية للدولة من عدمه.

<u>موقف هيئات التحكيم من تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمامها :</u>

إستقرت أحكام هيئة التحكيم على أن الدولة التى تقبل شروط التحكيم لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم .

ففى إحدى المنازعات التى تم حلها بالتحكيم فى إطار غرفة التجارة الدولية .. تمسكت إحدى الدول الأفريقية المتعاقدة مع شركة فرنسية بأنها كدولة تتمتع بحصانة فلا تخضع لقضاء أجنبى

لذلك فلا تختص غرفة التجارة الدولية بنظر النزاع لأن هذا يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة .. إلا أن المحكم رفض هذا الدفع نظراً لأن حكومة الدولة قد وقعت إتفاق التحكيم بإرادتها و هذا لا يتعارض مع سيادتها و لا مع الحصانة المقررة لها ، فالدولة تملك من البداية أن تمتنع عن ولوج طريق التحكيم و أن تتمسك بسيادتها و بحصانتها فلا يُمكن فى هذه الحالة إجبارها على المثول أمام هيئة التحكيم .

أما تمسكها بالحصانة القضائية بعد قبولها شرط التحكيم فإن ذلك يتنافى مع مبدأ حُسن النية فى تنفيذ الإلتزامات الدولية (١).

---

(١) د. محيى الدين إسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجارى الدولى . طبعة ١٩٩٦ . ص ١٧٢ و ما بعدها.

و لقد إعتنق هذا الإتجاه المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الإستثمار في الحكم الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٢ بشأن قضية هضبة الأهرام حيث ذهب إلى أن تمسك الحكومة بالحصانة القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم لا قيمة له لأن قبول هذا الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية أمام المحكم الذي قبلت الخضوع له .

و في حكم حديث لغرفة التجارة الدولية بباريس صدر في الدعوى رقم ٨٠٣٥ لسنة ١٩٩٥ و كان بشأن نزاع متعلق بأحد عقود إمتياز إستغلال حقول البترول بالجماهيرية الليبية – قضت محكمة التحكيم أن الدفع بالحصانة القضائية للدولة لا يتفق مع نظام التحكيم الذي يقوم أساساً على تسوية النزاع بشكل رضائي من خلال إتفاق مسبق بين الأطراف بالخضوع إليه ، بالتالي فإن قبول الدولة لهذا النظام مع أحد أطراف القانون الخاص يشكل في حد ذاته تنازلاً عن حصانتها .

مما سبق يتبين أن هيئات التحكيم قد إستقرت في أحكامها على عدم قبول الدفع بالحصانة القضائية أمامها .. ذلك أن الدولة ما دامت قد قبلت إدراج شرط التحكيم بداءة في العقد بمحض إرادتها فلا يجوز لها بعد ذلك التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم.

مما تقدم ننتهي إلى أنه لا مجال لإثارة فكرة الحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم و أؤيد في هذا الصدد ما انتهى إليه الإتجاه الأول من الإتجاهات الفقهية السالف عرضها .

حيث أن الحصانة القضائية لا تُثار إلا أمام قضاء دولة أجنبية .. و أن هيئات التحكيم تخرج عن هذا الوصف .

هذا فضلاً عن أن التحكيم هو نظام إتفاقى تلجأ إليه الدولة بإختيارهـا و بمحض إرادتها ، و من ثم فلا وجه لأن تعود الدولة و تتمسـك بحـصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم .

إذ يُعد هذا إخلالاً بمبدأ حُسـن النية فى تنفيذ الإلتزامات الدولية .

إلا أن الواقع العملى يؤكد تمسك الدولة بحصانتها القـضائية للتهـرب مـن شرط التحكيم ، و لقد جرت هيئات التحكيم على رفـض هـذا الـدفع و الإستمرار فى التحكيم.

ثانياً: مدى إصطدام التحكيم فى العقود الإدارية الدولية مع النظـام القـانونى للعقد الإدارى :

مقدمة و تمهيد

من المستقر عليه أن العقود الإدارية التـى تبرمهـا الدولـة تتـصف و تتميز بصفات و مميزات تميزها عن غيرها من أنواع العقود الأخرى ..

الأمر الذى جعل لهذه العقود نظاماً قانونياً خاصاً بهـا تتفـرد بـه ، و بالتالى يؤثر فى علاقاتها بالنظم القانونية أو القضائية التى قد تخضع لهـا أو ترتبط بها .

و لما كان موضوع دراستنا عن مـدى خـضوع العقـود الإداريـة لنظام التحكيم

و من ثم يتعين علينا بحـث مدى ملاءمـة النظـام القـانونى للعقـد الإدارى مع النظام القانونى للتحكيم .

و الجدير بالذكر أن العقود الإدارية قد إستقر القضاء الإدارى علـى تمييزها بثلاثة عناصر أو معايير تميزها عن غيرها من العقود .. و ذلك على الوجه التالى :

فمن ناحية أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام .

و من ناحية أخرى- أن يتصل هذا العقد بالمرفق العام .

و أخيراً .. أن يتضمن العقد الإدارى شروطاً غير مألوفة فى العقود الخاصة تتيح فى الغالب عدة إستثناءات و إمتيازات لجهة الإدارة تجاه المتعاقد الآخر ، و ذلك ضرورى من أجل أن يؤدى العقد الإدارى الدور المنوط به فى خدمة الصالح العام .

هذا من ناحية النظام القانونى للعقد الإدارى ..

أما من ناحية النظام القانونى للتحكيم - فإن التحكيم بما له من قواعد و نظم تختلف عن نظم القضاء العادى .. تجعل جهة الإدارة تقف على قدم المساواه مع المتعاقد الآخر دون إمتيازات تتمتع بها جهة الإدارة .

كما أن إختيار قضاء التحكيم لحكم موضوع النزاع قد يترتب عليه خضوع العقود الإدارية لنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى للقضاء الوطنى .. فليست كل الأنظمة القانونية تميز بين العقود المدنية و العقود الإدارية ، ففى النظم الأنجلو سكسونية كل عقود الإدارة تعد عقوداً مدنية تخضع للقضاء العادى ، و عليه فإن خضوع العقود الإدارية لنظام التحكيم قد يترتب عليه مساس بطبيعة هذه العقود و خصائصها و مركز الإدارة فيها ، و ذلك فى حالة خضوعها لقانون يجهل التفرقة بينها و بين العقود المدنية .

لكل ما تقدم يتعين علينا بحث مدى تلاؤم النظام القانونى للعقد الإدارى مع النظام القانونى للتحكيم .

الأسس و المبادئ المميزة للعقد الإداري

أسلفنا القول أن العقود الإدارية تتصف بمميزات و صفات و تقوم على أسس و مبادئ تميزها عن غيرها من أنواع العقود الأخرى .

و هذه الصفات أو العناصر التي تميز العقد الإداري هي التي تدفعنا لبحث مدى تلاؤم الطبيعة القانونية للعقد الإداري مع الطبيعة القانونية للتحكيم.

و سوف نتناول فيما يلي بيان العناصر المميزة للعقد الإداري ، و ذلك على النحو التالي :

يمكننا إستخلاص تلك العناصر من واقع تعريف العقد الإداري ..

يمكن تعريف العقد الإداري بأنه « العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية جهة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام .

ومن ثم فإن المعايير المميزة لهذا العقد عما سواه من العقود التجارية والمدنية هي ما يلي :

١. أن يكون أحد المتعاقدين أو كلاهما شخصاً معنوياً ، أي جهة إدارة أو مصلحة عامة .

و من هنا فإن العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام على مستوي الإقليم مثل الدولة أو المحافظ أو المدينة أو القرية ، أو شخص من أشخاص القانون العام على مستوي المصالح كالهيئة أو المؤسسة العامة .. يكون عقداً إدارياً .

٢. أن يتصل موضوع العقد بمرفق عام :

و ذلك من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه . ولهذا لم تصنف ضمن العقود الإدارية العقود

الخاصة باستغلال أموال الممتلكات الخاصة كعقود بيع ثمار الحدائق المملوكة للدولة والتي تتصرف فيها الإدارة علي شاكلة الأفراد عندما يتصرفون في أموالهم وفقاً لقواعد القانون المدني.

٣. إتباع أسلوب ووسائل القانون العام :

ويقصد بذلك إخضاع العقد لقواعد القانون العام ، أي القواعد التي تحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة . و أهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري في مصر للكشف عن نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام هي أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص

و تعرف *محكمة القضاء الإداري الفرنسية* هذه الشروط ، بأنها تلك التى تمنح أحد الطرفين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من تعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري . فإذا تضمن عقد توريد مشروبات ومأكولات لموظفي أحدي الجهات الحكومية حق للجهة الإدارية في زيادة أسعارها أو تخفيضها ، وحق الجهة الإدارية في طلب فصل أحد عمال المقاول المتعاقد معها ، وحقها في التفتيش علي المقاصف والعمال في أي وقت ، وحقها في إنهاء العقد دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أسوة بالمتعارف عليه في العقود المدنية و التجارية

مما سبق يتبين أن العقد الإدارى يتصف بصفات خاصة قد تجعل من الصعوبة خضوعه لقضاء التحكيم ..

و يمكننى فى هذا الصدد أن أستعير للتعبير الذى يستخدمه محكمة القضاء الإدارى فى فرنسا فى حكمها المشار إليه لبيان تعريفها للشروط الإستثنائية التى يتضمنها العقد الإدارى حيث عرفتها بأنها تلك التى تمنح أحد الطرفين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من تعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري .

كما يمكن الاستدلال على هذه الشروط بقرائن معينه كالآتي :

الشروط التي تتضمن إمتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الأخر .

كأن تحتفظ الإدارة بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها ، وفسخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة أو حق توقيع عقوبات على المتعاقد في حالة إخلاله بالالتزامات دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء.

تخويل المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير :

فمثلاً كثيراً ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطاً تخول حق ممارسة بعض سلطات البوليس أو حق نزع الملكية أو فرض إتاوات معينة . وفي عقود الأشغال العامة تكون هناك أحياناً أحكام تخول المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة دون حاجة لرضاء ملاكها مقدماً .

الإحالة إلى دفاتر شروط معينة :

وكثيراً ما تعد هذه الدفاتر وتطبع مقدماً قبل التعاقد و تلحق بالعقد الإداري وتعتبر جزءا منه بعد إبرامه .

شروط جعل الاختصاص للقضاء الإداري :

يرجع ذلك إلى الصيغة الإدارية للعقد إذ أن تضمين العقد هذا الشرط يكون العامل الحاسم – مع قرائن أخري – في عدم خضوع العقد للقانون الخاص .

اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام :

وعلى هذا الأساس استقر القضاء الإداري على أن عقد امتياز المرافق العامة هو عقد إداري باستمرار لأنه يؤدي إلى اشتراك الملتزم في إدارة المرفق العام بنفسه .

كذلك قسم البعض الأسس و المبادئ التى تقوم عليها نظرية العقود الإدارية و التى تميزها عن عقود القانون الخاص بل و تختلف معها إختلافات جوهرية و تتعلق بالنظام القانونى للعقود الإدارية إلى ثلاث موضوعات رئيسية على النحو التالى (١):

الموضوع الأول : طرق إبرام العقود الإدارية :

إن أشخاص القانون العام لا تتمتع بالحرية الكاملة فى إجراء و إبرام إتفاقاتهم و تعاقداتهم مثل أشخاص القانون العام ، فالإدارة ليست حرة فى تقرير التعاقد من عدمه ، فإذا إقتضت المصلحة العامة إبرام عقد معين وجب عليها إبرامه .

و على النقيض من ذلك إذا إقتضت المصلحة العامة عدم إبرام هذا العقد ، وجب عليها الإمتناع عن ذلك .

و إذا قررت الإدارة إبرام عقد معين فإنها ليست مطلقة الحرية فى اختيار من تتعاقد معه .. حيث حدد لها قانون المناقصات و المزايدات طرق التعاقد و تضع شروطاً و ضوابط بما يحقق المصلحة العامة (٢).

الموضوع الثانى : تنفيذ العقد الإدارى :

تظهر ذاتية و خصوصية العقود الإدارية و تميزها و إختلافها عن العقود المدنية فى مرحلة التنفيذ ، و ذلك لما تتمتع به الإدارة من إمتيازات و سلطات فى مواجهة المتعاقد معها ، فلا مجال لإعمال مبدأ المساواه بين طرفيها كما هو مقرر فى العقود المدنية .

---

(١) د. نجلاء حسن سيد احمد خليل . التحكيم فى المنازعات الإدارية . المرجع السابق . ص ٥٢٠ و ما بعدها .

(٢) د. صلاح الدين فوزى ، قانون المناقصات و المزايدات المشاكل العملية و الحلول القانونية دراسة تحليلية مقارنة بالعقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠ .

حيث تكون الإدارة في العقود الإدارية في وضع متميز .

و هذا الوضع المتميز يرجع إلى ما تتضمنه هذه العقود من شـــروط إســـتثنائية غير مألوف إدراجها في العقود المدنية الخاضعة لأحكـــام القـــانون الخاص بل يعتبرها البعض المعيار الحقيقي لتميز العقد الإداري .

و نظراً لأهمية هذه الشروط يعمد كثير من القضاء إلى تقسيمها إلـــى قســـمين :

القسم الأول : شروط لها طابع الســـلطة العامة – أي تـــشتمل علـــى عنصر من عناصرها أو إمتياز من إمتيازاتها ، و بطبيعة الحال ليست كل هذه الشروط في صالح الإدارة فمنها ما يرتـــب إلتزامـــات علـــى الإدارة لـــصالح المتعاقد معها مثل منح الملتزم ســـلطة نزع الملكية لإقامة منشـــآت المرافـــق العامة أو منحه ســـلطات بوليسية تجاه المنتفعين بخدمات المرفق (١).

الثاني : شـــروط تتصل بمبادئ القانون العـــام و غيـــر مألوفـــة فـــي القانون الخاص من ذلك النصوص التي تعطي للإدارة الحق في تعديل شروط العقد ســـواء كان ذلك بتعديل إلتزامات المتعاقد معهـــا أو تعـــديل الأثمـــان أو التعديل في مدة العقد (٢).

و هذا كله بخلاف العقود المدنية التي تقوم أســـاســـاً على التوازن بين الحقوق و الإلتزامات الناشئة عنها بالنســـبة للطرفين .

---

(١) د. أنور عمر حلمي فهمي ، الأحكام العامة للعقود الإداريـــة ، دار المثقافـــة الجامعيـــة ، طبعة ١٩٩١ ، ص ٧٧ و ما بعدها .

(٢) أنظر د. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربيـــة ، طبعـــة ٢٠٠١ ، ص ٢٧ .

و تظهر إمتيازات الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها فيما يلى ([1]):

١. تستطيع الإدارة أن تحمل المتعاقد الأخر معها بإرادتها المنفردة إلتزامات تخل بمركزه التعاقدى ، و تجعله فى موقف غير متكافئ بالنسبة لها .. على سبيل المثال الشروط التى تدرجها الإدارة فى العقد و يكون لها بناء عليها – الحق فى إصدار قرارات تنفيذية مثل حقها فى تعديل إلتزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة و حقها فى الإشراف و التوجيه و الرقابة ضماناً لحسن سير المرفق العام ([2]).

٢. الشروط التى تقرر للإدارة إمتياز التنفيذ المباشر و من أمثلتها حقها فى توقيع الجزاءات الإدارية و إتخاذ الإجراءات الضرورية لحسن تسيير المرفق العام مثل وضعه تحت الحراسة ، و الحلول محل المتعاقد و حقها فى فسخ التعاقد بإرادتها المنفردة .

٣. الشروط التى تخول للإدارة حق التدخل فى أعمال المتعاقد معها مثل حقها فى تنظيم المنشأة أو الأمر بتصفيتها و كذا حقها فى التدخل لتنظيم علاقة التعاقد معها بمستخدميه و عماله كتنظيم ساعات العمل و تحديد الأجور .

الموضوع الثالث : إنتهاء العقد ([3]):

ينتهى العقد الإدارى إما بشكل طبيعى أى بتنفيذه أو بإنتهاء مدته إذا

([1]) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مبادئ أساسية فى العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٧ ، ص ١٥٠ .

([2]) د. خميس السيد إسماعيل ، الأصول العامة و التطبيقات العملية للعقود الإدارية و التعويضات مع القواعد القانونية و أحكام المحكمة الإدارية العليا ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤ ، ص ١٥ .

([3]) د. جورجى شفيق ساوى ، التحكيم و مدى اللجوء إليه لفض المنازعات فى مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٩ ، ص ١١١ .

كان محدد المدة أو ينتهى قبل تنفيذه أو قبل إنتهاء الغرض منه أو قبل إنتهاء مدته ، و ذلك بإحدى وسيلتين :

١. إما بإرادة المتعاقدين :

و هذه الطريقة قد تكون عن طريق إتفاق الطرفين على إنهاء العقد قبل إستنفاد موضوعه ، و فى هذه الحالة يتفق الطرفان على تسوية الآثار الناتجة عن ذلك .

و إما بالإرادة المنفردة :

حيث تقوم الإدارة بفسخ العقد دون إتفاق مع الطرف الآخر و قد يكون هذا الإنتهاء إما كجزاء لإخلال المتعاقد مع الإدارة بأحد إلتزاماته الجوهرية ، و إما للمصلحة العامة إذا إقتضت هذا الإنتهاء و فرضته ، و إما بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين و يكون فى حالة حدوث قوة قاهرة و هى عبارة عن حدث خارجى مستقل عن إرادة المتعاقدين و غير متوقع و يحول دون تنفيذ العقد .

مما تقدم .. يتبين لنا أن العقد الإدارى يتميز بخصائص و سمات تميزه عن غيره من أنواع العقود المدنية .. هذه الخصائص تجعل من العقد الإدارى عقداً له خصوصية يتفرد بها .

و نظاماً قانونياً إستثنائياً يميزه عن أنواع العقود الأخرى ..

و إزاء هذا التفرد الذى يتميز به العقد الإدارى سوف نقوم ببحث مدى ملاءمة النظام القانونى للعقد الإدارى مع التحكيم .

والواقع انه فى ضوء ما سبق بيانه عن الامتيازات التى تتمتع بها الدولة فى العقد الادارى ، واختلاف مركزها القانونى فى هذه العقود عن العقود المدنية.

ولما كان نظام التحكيم يقوم فى أساسه على الارادة المشتركة لأطراف النزاع الذين يختارونه ويحددون سوياً وباتفاقهم المشترك القانون الواجب

التطبيق على موضوع النزاع وكذلك الاجراءات التى يتم اتباعها أمام هيئة التحكيم ، فإن ذلك كله يتم على قدم المساواة بين طرفى النزاع ولا يمنح امتيازاً لطرف دون آخر .

كل هذا من شأنه أن يؤثر على طبيعة العقد الادارى ومركز الادارة فيه ، فالقانون الذى سوف يتم اختياره من جانب أطراف التحكيم وسوف تلتزم به هيئة التحكيم لا يشترط فيه أن يعترف للادارة بامتيازات قانونية فى مواجهة المتعاقد معها مما يضر بمصالح البلاد الاقتصادية والحيوية التى تعمل هذه العقود على تحقيقها .

وبالتالى لن يعترف القانون المذكور للدولة بالحق فى الاشراف على تنفيذ العقد ومتابعته ولا بحقها فى توقيع جزاءات أو بفسخ العقد من جانب واحد فى حالة اخلال المتعاقد معها بأحد التزاماته الأساسية أو حتى دون اخلال من جانبه وذلك اذا اقتضت المصلحة العامة انهاء العقد

وفى الوقت ذاته لن يعترف بحق المتعاقد مع الادارة فى الحصول على التعويضات فى حالات معينة مثل وجود صعوبات مادية فى تنفيذ العقد أو ظروف طارئة وفى الغالب سوف تطبق هيئة التحكيم فى هذه الحالات القواعد العادية المتعارف عليها فى العقود وهى غالباً ما تنتمى الى نظرية العقود المدنية والتجارية وليس الى نظرية العقود الادارية مما لا يتفق مع الوضع المتميز الذى يتعين أن تكون فيه الدولة باعتبارها تمثل المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة كما هو الحال فى القانون الخاص مما يفقد نظرية العقود الادارية قيمتها القانونية وأهميتها العملية .

فعلى العكس قد ترى الدولة أنها ترغب فى جذب الشركات العالمية الكبرى (المستثمر الأجنبى) للتعاقد معها من أجل تحقيق أهداف معينة

كتشجيع الاستثمار أو تنفيذ بعض المشاريع الضخمة وفى هذه الحالة قد تتنازل الدولة عن بعض الامتيازات التى تمنحها لها نظرية العقود الادارية بل قد تقوم بمنح امتيازات للمتعاقد الأجنبى فى مواجهتها .

كل هذا يهدم نظرية العقود الإدارية من أساسها .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فان عرض العقد الادارى على التحكيم قد يعرضه لتطبيق قانون لا يميز بين العقد الادارى والعقد المدنى أو قد يؤدى الى تطبيق القانون الادارى بمعرفة محكمين يجهلون طبيعة أساس نظريات القانون الادارى نظراً لأنه لا يشترط أن يكون المحكمون قانونيين أو من رجال القانون العام وذلك قد يؤدى الى اصدار هيئة التحكيم لأحكام على خلاف ما جرى به القضاء الادارى الوطنى وفى هذه الحالة يمكن للدولة اعمالاً لنص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك والتى تضمنت النص على جواز امتناع السلطة المختصة فى البلد المطلوب فيه الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين عن تنفيذ الحكم اذا تبين لها أن فى الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد .

ومن المستقر عليه أن حكم التحكيم الأجنبى الذى يتعارض مع حكم سابق فى مصر يمكن اعتباره متعارضاً مع النظام العام لمخالفته لحجية الأمر المقضى به (١).

وعليه فيمكن الامتناع عن تنفيذه مما يفقد التحكيم فاعليته .

و فى ختام ماتقدم يتبين لنا أن العقد الإدارى بطبيعته و نظامه القانونى يصطدم بالنظام القانونى للتحكيم .

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ ، د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، التحكيم الدولى الخاص ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص ٣٣٩ .

الخاتمة و التوصيات

تناولت فى هذه الدراســة مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية من حيث مدى جواز التحكيم فيها و أثر ذلك على العقد الإدارى .

و فى ســبيل بحث هذه المشــكلة ..

إستهلت الدراسة بتعريف العقد الإدارى و خصائصه المميزة له عــن غيره من العقود المدنية و التجارية .

و تبع ذلك بيان المقصود بالعقد الإدارى الدولى ..

ثم إنتقلت إلى بيان المقصود بالتحكيم ..

و هل يجوز التحكيم فى العقود الإدارية ؟

و فى بيان ذلك إســتعرضت الدراســة الموقف التشــريعى و الفقهى و القضائى من جواز التحكيم فى العقود الإدارية الدولية فى كل من مــصر و فرنسا .

و تبع ذلك دراسة لموقف بعض الدول العربية من التحكيم فى العقــود الإدارية الدولية سواء على المستوى التشريعى أو الفقهى أو القضائى .

ثم إستعرضت الدراسة موقف بعض الإتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم .

و فى ختام ذلك بينت الدراسة مدى تلاؤم النظام القانونى للعقد الإدارى و نظرياته مع النظام القانونى للتحكيم .

و قد أســفرت الدراسة عن النتائج و التوصيات التــالية :

أولاً : نتائج الدراسة

في البداية لابد أن نوضح أن التحكيم كنظام قانوني يصطدم مع النظام القانوني للعقد الإداري و لا يتوافق معه ، فالتحكيم نظام قانوني إتفاقي يختاره الأطراف بمحض إرادتهم و يقف فيه هؤلاء على قدم المساواه أمام هيئة تحكيم تطبق قانوناً أجنبياً ، و قد يكون هذا القانون لا يعرف التفرقة بين العقد المدني و العقد الإداري .. الأمر الذى يسلب العقد الإداري أهم خصائصه و يُفقد جهة الإدارة ما تتمتع به من إمتيازات بوصفها سلطة عامة .. ومن ثم فإن التحكيم لا يُعد هو الوسيلة المناسبة لحل منازعات العقود الإدارية الدولية بل و يمثل خطورة على كيان العقد الإداري .. و بالتالى المصالح السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية للدولة .

و حيث أن التحكيم فى واقعنا المعاصر أصبح يحتل مكانة متميزة كوسيلة أساسية لفض المنازعات فى العقود الدولية ، و إزاء تعاظم دور الدولة فى الحياه الإقتصادية المعاصرة ، و رغبتها فى جذب المزيد من الإستثمارات الأجنبية من أجل دفع عجلة التنمية من جهة .

و من جهة أخرى إزاء إصرار المستثمر الأجنبى – سواء كان شخصاً طبيعياً أو إعتبارياً – على تضمين عقده المبرم مع الدولة شرط التحكيم ، و ذلك إما لعدم ثقته فى حيدة القضاء الوطنى أو قوانين الدولة المطبقة أو لغيرها من الأسباب ، و من ثم فلا سبيل أمام الدول إلا القبول بشرط التحكيم فى العقود الإدارية التى تبرمها الدولة مع طرف أجنبى .

إلا إنه يتعين على الجهة الإدارية طرف العقد ألا تطلق لنفسها العنان فى إستخدام شرط التحكيم بلا ضابط أو رابط لما له من خطورة على العقد الإدارى و من ثم مصالح الدولة العليا على النحو الذى أسلفناه ، و إنما يكون القبول بشرط التحكيم وفق ضوابط قانونية معينة .

و يمكن تلخيص النتائج التى إنتهت إليها الدراســـة فى النقاط التالية :

١. أن العقود الإدارية التى تبرمها الدولة بوصـفها سـلطة عامـة تتميـز بخصائص معينة تنفرد بها و تمنح الدولـة (جهـة الإدارة) إمتيـازات و سـلطات إسـتثنائية تجاه الطرف المتعاقد معهـا .. حيـث تتـضمن شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، أو بمعنى آخر فإن الدولة لا تتعاقد على قدم المسـاواه مع الطرف الآخر فى العقد الإدارى ، و قد كان الغرض من ذلك هو تحقيق مصالح إقتصادية أو إجتماعية أو حتـى سـياسـية للدولة من أجل ضمان حُسـن سـير المرافق العامة للدولة.

٢. أن التحكيم نظام قضائى إتفاقى يقف فيـه أطـراف النـزاع علـى قـدم المسـاواه أمام هيئة التحكيم التى لا تعترف بالـشـروط الإسـتثنائية أو الإمتيازات التى تتمتع بها جهة الإدارة .. بل قد ترى أن هـذه الـشروط تمثل إجحافاً بالمتعاقد الآخر مع جهة الإدارة أو أن هذه الـشـروط قـد تمثل إخلالاً بالتوازن المالى للعقد .

٣. إزاء هذا الوضع فإن النظام القانونى للعقد الإدارى يصطدم بلا شـك مع النظام القانونى للتحكيم .. الأمر الذى حدا بكثير من الـدول إلـى أن تتخذ موقفاً رافضاً أو على الأقـل حذراً من التحكيم فـى العقـد الإدارى سـواء على المستوى التشريعى أو الفقهى أو القضائى .

٤. إزدادت أهمية التحكيم فى العقود الإدارية الدولية فى المسـنوات الأخيرة ، و أصبح شـرط التحكيم فى العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبـى – سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخـصاً إعتباريـاً عامـاً أو خاصـاً – شـرطاً لا بد منه ، و يرجع ذلك لأسـباب سياسية أو إقتصادية أو لعدم ثقة المسـتثمر الأجنبى فى القضاء الوطنى لبعض الدول خاصـة النامية منها .

بل أن الدول أصبحت لا تستطيع الإعتراض على شرط اللجوء إلى التحكيم و ذلك رغبة منها فى تشجيع الإستثمارات الأجنبية ، و الواقع أن هذا الأمر لا يقتصر فقط على الدول النامية ، حيث أصبحت الإستثمارات الدولية بين مختلف دول العالم أمراً لا بديل عنه فى واقعنا المعاصر ، و ليس ببعيد عنا ما إضطر إليه المشرع الفرنسى من إصدار قانون (١٩ أغسطس ١٩٨٦) و الذى أجاز للدولة و للمقاطعات و للمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم فى العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية ، و ذلك أمام إصرار شركة والت ديزنى الأمريكية على تضمين العقد المبرم بينها و بين الحكومة الفرنسية شرط التحكيم ، و إن كان الأمر يبدو أكثر وضوحاً و تأثيراً فى الدول النامية لأسباب إقتصادية و سياسية .

٥. تراوح موقف الدول من التحكيم فى العقد الإدارى الدولى ما بين الإجازة و لكن بشروط إجرائية معينة أو الحظر .

٦. ففى فرنسا فإن المبدأ العام هو حظر التحكيم فى العقود الإدارية و الإستثناء هو جواز ذلك فى العقود الإدارية الدولية .

٧. فى مصر ذهب المشرع المصرى بنص صريح إلى إجازة التحكيم فى العقود الإدارية الدولية و ذلك بمقتضى التعديل التشريعى رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الوارد على نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، و ذلك بشرط إجرائى معين هو موافقة الوزير المختص .

٨. سارت كثير من الدول العربية على النهج ذاته على النحو السالف بيانه تفصيلاً فى صلب هذه الدراسة .. حيث أجازت كل من السعودية و قطر و سوريا و لبنان و ليبيا و المغرب و الجزائر و تونس التحكيم فى العقود الإدارية الدولية و لكن بشرط إجرائى معين هو موافقة الوزير

المختص أو موافقة مجلس الوزراء و غيرها من الشروط الإجرائية .

بينما ما زالت الكويت تتردد فى اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية الدولية حيث أن نصوصها التشريعية لم تجز التحكيم فيها بشكل صريح ، و إن كان الموقف النهائى للقضاء الكويتى هو حظر التحكيم فى العقود الإدارية الدولية .

ثانياً : التوصيات

يتلاحظ لنا عدة ملاحظات فى تشريعات كثير من الدول العربية بشأن التحكيم فى العقود الإدارية ، و ذلك على النحو التالى :

- أن معظم الدول العربية التى أجازت التحكيم فى العقود الإدارية قد جاء قرارها بعد تردد طويل و بعد إحتدام الخلاف الفقهى و القضائى لسنوات طويلة و معظم هذه الدول قد أجازت ذلك مؤخراً و فى العقود الإدارية الدولية فقط دون الوطنية .. بل أن فرنسا ذاتها قد تشددت طويلاً فى حظر إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية الدولية .

- أن كثير من الدول العربية التى أجازت شرط التحكيم قد جاء قرارها مندفعاً ونتيجة لضغوط جذب الإستثمار الأجنبى ، فأجازت التحكيم فى العقود الإدارية الدولية دون قيد أو شرط الأمر الذى يخل بالمصالح العليا للدولة سواء من الناحية السياسية أو الإقتصادية .

- فإن بعض الدول و من بينها مصر قد أجازت التحكيم فى العقود الإدارية دون أن يستتبع ذلك تحديد للنطاق الموضوعى لسريان النص و ذلك بتحديد لأنواع العقود التى يجوز إدراج شرط التحكيم فيها .. مثلما هو الحال فى فرنسا التى أجازت شرط التحكيم فى العقود الإدارية بشرط أن يكون العقد ذا نفع قومى ، و إزاء خطورة

شرط التحكيم فقد كان حرياً بالمشرع أن ينص على تحديد لأنواع معينة من العقود الإدارية الدولية التى يجيز فيها اللجوء إلى التحكيم كأن يكون العقد مرتبطاً بمشروع يعود على الدولة بفائدة ذات نفع قومى كأن يكون موضوعه نقل نوع معين من التكنولوجيا ترى الدولة ضرورة الحصول عليه ، و بشرط ألا يتعارض التحكيم مع المصالح العليا للدولة .

- كذلك نرى أن إتجاه المشرع لإجازة التحكيم بشرط موافقة الوزير المختص كما هو الحال فى القانون المصرى هى ضمانة غير كافية ، و نوصى أن يكون ذلك بموافقة سلطة أعلى هى مجلس الوزراء .. لا سيما أن المشرع المصرى حينما إشترط موافقة الوزير المختص أجاز ذلك أيضاً بالنسبة لمن يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة .

- و كذلك الحال بالنسبة للمشرع القطرى الذى جعل ذلك بموافقة وزير المالية ، هى ضمانة غير كافية تماماً .

- نوصى كذلك أن يضع المشرع فى الدول العربية قيداً آخر على اللجوء إلى التحكيم فى العقد الإدارى الدولى و هو أن يكون الإتفاق على التحكيم بموجب مشارطة تحكيم منفصلة ، و ذلك فى حالة نشوء نزاع عن العقد ، ذلك أن مشارطة التحكيم التى يتم الإتفاق عليها بعد نشوء النزاع تتيح للدولة الطرف فى التعاقد أن تكون على بصيرة بنوع النزاع و طبيعته و ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم بشأنه يضر بمصالحها العليا أو القومية . كما أن تبصر الدولة بموضوع النزاع يتيح لها حُسن إختيار القانون الواجب التطبيق عليه و الذى يتم النص عليه بمشارطة التحكيم .

- نلاحظ لنا كذلك أن كلاً من التشريع الليبي و المغربي قد صاغا التشريع بشكل تصور معه المشرع إنه يضع ضمانة قبل اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية .. حيث أجاز المشرع المغربي ذلك بمقتضى الفصل الثاني من المرسوم المؤرخ ١٩٩٨/١٢/٣٠ ، و ذلك كإستثناء من الأصل العام .. فيما يتعلق فقط بالعقود الإدارية الدولية ، و بشرط وجود نص خاص يبيح اللجوء إلى التحكيم في إطار المعاهدة أو الإتفاقية الدولية المبرم في إطارها العقد ..

و الواقع العملي يؤكد أن هذا الشرط لا معنى له في العقود الإدارية الدولية .. إذ أن المستثمر الأجنبي الطرف الآخر في العقد سوف يعمد إلى تضمين العقد شرط التحكيم .

و ذات الوضع بالنسبة للقانون الليبي إذ أورد المشرع الليبي ذات المعنى في المادة رقم ٢٤ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٧ .

و نوصي أن يعدل المشرع هذا النص الذي يضع ضمانة غير حقيقية ، و أن يهتم المشرع بوضع ضمان حقيقي لجواز التحكيم في العقد الإداري الدولي سواء بتحديد النطاق الموضوعي لتطبيق النص أو بإشتراط موافقة سلطة عليا ، و ذلك على النحو الذي سبق بيانه تفصيلاً.

- نوصي كذلك أن يقوم المشرع في الدول العربية بتعديل النصوص التي تتيح للأطراف المتنازعة سلطة إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أمام التحكيم ، بحيث تتضمن قيداً على حرية إختيار القانون واجب التطبيق بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية و يكون ذلك بإختيار قانون يحكم النزاع يعرف التفرقة بين العقود الإدارية و المدنية على النحو الذي يؤدي تطبيقه إلى الحفاظ على كيان العقد الإداري قدر الإمكان و من ثم تحقيق المصالح العليا للدولة .

بالإضافة إلى ما سبق أرى طرح بعض التوصيات التى قد تكون ذات فائدة فى هذا المجال ، و ذلك على النحو التالى :

- يتعين على الدولة و هى فى سبيلها للتفاوض على شرط التحكيم أن تحاول بقدر الإمكان أن يكون القانون واجب التطبيق على العقد أو على موضوع النزاع عند عرضه على التحكيم القانون الإدارى الوطنى أو على الأقل القواعد التى تحفظ للعقد الإدارى ذاتيته الخاصة . و فى كل الأحوال يتعين أن يكون إختيارها للقانون واجب التطبيق على النزاع على أساس إختيار قانون يحترف فى نظرياته بالتفرقة بين العقد المدنى و الإدارى .
- أن تعمل الدولة عند الإتفاق على شرط التحكيم أن يرد فى صورة مشارطة تحكيم منفصلة ، و ذلك فى حالة نشوء نزاع عن العقد ، ذلك أن مشارطة التحكيم التى يتم الإتفاق عليها بعد نشوء النزاع تتيح للدولة الطرف فى التعاقد أن تكون على بصيرة بنوع النزاع و طبيعته و ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم بشأنه يضر بمصالحها العليا أو القومية . كما أن تبصر الدولة بموضوع النزاع يتيح لها حسن إختيار القانون الواجب التطبيق عليه و الذى يتم النص عليه بمشارطة التحكيم .
- أن تستعين جهة الإدارة و هى فى سبيلها لإبرام العقد بذوى الخبرة القانونية و المختصين بمجال التحكيم فى العقود الإدارية ، و ذلك لحسن صياغة شروط التعاقد بما يكفل تضمين العقد القواعد المناسبة التى تحفظ للعقد الإدارى خصائصه ، و ذاتيته الخاصة ، و كذا تحديد القانون واجب التطبيق ، غيرها من المسائل ذات الأهمية فى هذا الصدد .

- يتعين أن تحترم الدولة و الأشخاص الإعتبارية التابعة لها شرط التحكيم المتفق عليه فى العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبى .. و ألا تلجأ الدولة عند إثارة النزاع إلى إنكار شرط التحكيم أو الدفع بعدم جواز التحكيم فى سبيل التحايل للهروب من شرط التحكيم .. ذلك أن إحترام الدولة لتعهداتها يعطى لها مصداقية فى المجال الدولى و فى هذه الحالة تستطيع التفاوض على تضمين شرط التحكيم بعض الضمانات المقررة لصالحها ، و ذلك على النحو السالف بيانه تفصيلاً .

و الحمد لله رب العالمين،،

قائمة المراجع

١. د. إبراهيم أحمد ابراهيم :

القانون الدولى الخاص . بدون ناشر

٢. د. أحمد القشـــيرى :

الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكـم العقـود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، المجلد ٢١ سنة ١٩٦٥ .

٣ . د . أحمد أبو الوفا :

التحكيم الإختيارى و الإجبارى . منشأة المعارف . الطبعة الرابعة . ١٩٨٣ .

٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة :

١. العقود الدولية للاستثمار والتنمية الاقتصادية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

٢. قانون العقد الدولي. دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠١ .

٣. التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية والدوليـة . دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٦ .

٥. د. المسـيد عيد نايل :

إتفاق التحكيم ، محاضرات فى الدورة العامة لإعداد المحكم ، مركز حقوق عين شمس للتحكيم . ٢٠٠٨ .

٦. د. أنور عمر حلمى فهمى :

الأحكام العامة للعقود الادارية ، دار الثقافة الجامعية ، طبعة ١٩٩١ .

٧. د. جابر جاد نصار :

١. الوجيز فى العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠ .

٢. التحكيم فى العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٧ .

٨. د. جورجى شفيق سارى :

التحكيم ومدى اللجوء اليه لفض المنازعات فى مجال العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٩ .

٩. د . حسن بغدادى :

رأى فى القانون الواجب تطبيقه فى شأن صحة شرط التحكيم ، مجلة هيئة قضايا الدولة . العدد الثانى ، ١٩٨٦.

١٠. د. حسين شحادة الحسين :

التحكيم فى العقود الادارية ، دراسة فى القانون السورى ، بحث مقدم الى المؤتمر المنوى السادس عشر للتحكيم التجارى الدولى . بدون تاريخ نشر.

١١. د. حفيظة السيد الحداد :

العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ،الطبعة الأولى ١٩٩٦ .

١٢. د . حمدى على عمر :

التحكيم فى عقود الإدارة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٧.

١٣. د. خالد فلاح عواد العزى :

التحكيم فى العقود الادارية فى الكويت ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٧ .

١٤. د. خميس السيد اسماعيل :

الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الادارية العليا ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤ .

١٥. د. داوود الباز:

إتجاهات القضاء القضاء الكويتى بشأن التحكيم فى العقود الإدارية ، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى السادس عشر للتحكيم التجارى الدولى .

١٦. رشيدة المصاوى:

نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد ، بحث منشور بالشبكة الدولية للمعلومات (انترنت).

١٧.رمضان على العاتى :

تشجيع الإستثمار الأجنبى و تطوير آلية تسوية المنازعات فى القانون الليبى ، سبتمبر ٢٠٠٨ ، بحث منشور بموقع القانون الليبى ، شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) .

١٨. د. سليمان الطماوى :

الوجيز فى القانون الإدارى .دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٨٨.

١٩. د. سيد أحمد محمود :

مفهوم التحكيم ، محاضرات فى الدورة العامة لإعداد المحكم ، ٢٠٠٨ ، مركز حقوق عين شمس للتحكيم .

٢٠. د.صلاح الدين فوزى:

قانون المناقصات و المزايدات المشاكل العملية والحلول القانونية . دراسة تحليلية مقارنة بالعقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠ .

٢١. د . عبد الحميد الأحدب :

نظرة على حاضر و مستقبل التحكيم فى البلاد العربية ، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)

٢٢. د. عزالدين عبد الله :

القانون الدولى الخاص،الجزء الأول ، القاهرة ، هيئة الكتاب الطبعة الحادية عشر ، ١٩٨٦ .

٢٣. د . عصام الدين القصبى :

النفاذ الدولى لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٣.

٢٤. د. عصمت عبدالله الشيخ :

التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .

١٨. د. سليمان الطماوى :

الوجيز فى القانون الإدارى .دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٨٨.

١٩. د. سيد أحمد محمود :

مفهوم التحكيم ، محاضرات فى الدورة العامة لإعداد المحكم ، ٢٠٠٨ ، مركز حقوق عين شمس للتحكيم .

٢٠. د.صلاح الدين فوزى:

قانون المناقصات و المزايدات المشاكل العملية والحلول القانونية . دراسة تحليلية مقارنة بالعقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠ .

٢١. د . عبد الحميد الأحدب :

نظرة على حاضر و مستقبل التحكيم فى البلاد العربية ، بحث منشور بشبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)

٢٢. د. عزالدين عبد الله :

القانون الدولى الخاص،الجزء الأول ، القاهرة ، هيئة الكتاب الطبعة الحادية عشر ، ١٩٨٦ .

٢٣. د . عصام الدين القصبى :

النفاذ الدولى لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٣.

٢٤. د. عصمت عبدالله الشيخ :

التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .

٢٥. د.ماجد راغب الحلو:

التحكيم و العقود الإدارية. دار الجامعه الجديدة. طبعة ٢٠٠٤.

٢٦. د. محسن شفيق :

التحكيم التجارى الدولى . دراسة فى قانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية . بدون تاريخ نشر .

٢٧. د. محمد عبد الحميد الجميلى:

ماهية العقد الإدارى فى ضوء أحكام القضاء الفرنسى و المصرى ، طبعة ١٩٩٥ . دار النهضة العربية .

٢٨. د. محمد عبد العزيز بكر:

فكرة العقد الإدارى عبر الحدود ، رسالة دكتوراه مجامعة حلوان يناير ٢٠٠٠.

٢٩. د . محمد وليد منصور:

التحكيم في العقود الإدارية، وفق قانون التحكيم السوري الجديد ، بحث منشور فى الموقع السورى للإستشارات و الدراسات القانونية ، شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

٣٠. د. محيى الدين إسماعيل علم الدين:

منصة التحكيم التجارى الدولى . طبعة ١٩٩٦ .

٣١. د. موسى خليل متري:

التحكيم فى العقود الإدارية فى القانون السورى الجديد ، بحث منشور بمجلة المحامون ، شبكة المعلومات الدولية (الانترنت).

٣٢. نادر شـــــافعي :

المفهوم القانوني للتحكيم و مبرراته ، بحث منشور ، بموقع مجلة الجيش اللبناني ، شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

٣٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل :

التحكيم في المنازعات الإداريـــة . دار النهـــضة العربيـــة الطبعة الثانية . ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤ .

٣٤. د. هشام صادق :

القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . منـــشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٩٥.

٣٥. د. وليد محمد عباس:

التحكيم في المنازعات الإداريـــة ذات الطبيعـــة التعاقديـــة رسالة دكتوراه .جامعة عين شمس . عام ٢٠٠٨

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	١
منهج البحث و خطته	٥
المبحث التمهيدى : ماهية العقد الإدارى الدولى وماهية التحكيم.	٨
المطلب الأول : ماهية العقد الإدارى عبر الحدود	٨
الفرع الأول : تعريف العقد الإدارى فى القانون الداخلى	٨
الفرع الثانى : ماهية العقد الإدارى عبر الحدود و معايير دوليته.	١١
الغصن الأول : معايير دولية العقد	١١
الغصن الثانى : ماهية العقد الإدارى الدولى	١٥
المطلب الثانى : ماهية التحكيم و أنواعه	١٨
الفصل الأول **موقف التشريعات الوطنية و القانون الإتفاقى من التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى**	٢٧
المبحث الأول : موقف التشـــريعات الوطنية من التحكـيم فـى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى	٢٨
المطلب الأول : الوضع فى التشريع المـصرى و تـشريعات بعض الدول العربية	٢٨

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول : الوضع فى مصر	٢٨
الفرع الثانى : الوضع فى بعض الدول العربية	٣٦
أولاً : فى المملكة العربية السعودية	٣٧
ثانياً : فى دولة قطر	٤٠
ثالثاً : فى دولة الكويت	٤٢
رابعاً : الوضع فى القانون اللبنانى	٥٧
خامساً : الوضع فى القانون المغربى	٦٠
سادساً : الوضع فى القانون الليبى	٦٣
سابعاً : الوضع فى القانون السورى	٦٧
ثامناً : الوضع فى الجزائر و تونس	٧٩
المطلب الثانى: الوضع فى فرنسا	٨٠
المبحث الثانى : موقف الإتفاقيات الدولية من التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى	٨٥
أولاً : فى إتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨	٨٥
ثانياً : فى إتفاقية جنيف عام ١٩٦١	٨٧
ثالثاً : فى إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار	٨٩

الموضوع	الصفحة
الفصل الثانى **مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى** **مع الطبيعة القانونية للتحكيم**	٩٣
المبحث الأول : الطبيعة القانونية للتحكيم	٩٥
المبحث الثانى : مدى إتفاق النظام القانونى للعقد الإدارى مع الطبيعة القانونية للتحكيم	٩٨
الخاتمة و التوصيات	١١٦
أولاً : نتائج الدراسة	١١٧
ثانياً : التوصيات	١٢٠
قائمة المراجع	١٢٥
الفهرس	١٣١