جامعة آل البيت

عمادة الدراسات العليا

كلية القانون

الاتفاق على التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم في التشريع الأردني

دراسة مقارنة

Agreement on Arbitration in B.O.T Contracts under the Jordanian Law

A Comparative Study

اعداد الطالب

طلال محمد لافي المطيري

اشراف الأستاذ الدكتور

نائل مساعدة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية القانون

جامعة آل البيت

الفصل الدراسي الثاني

٢٠١٧/٢٠١٦

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

التفويض

أنا الطالب طلال المطيري أُفوّض جامعة آل البيت بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات، أو الهيئات أوالمؤسسات أو الأشخاص المعنية عند طلبها.

الاســم: طلال المطيري

التاريـخ: / / ٢٠١٧ م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها:

الاتفاق على التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم في التشريع الأردني: دراسة مقارنة

الدكتور نائل المساعدة	مشرفا ورئيساً	.....
الدكتور نبيل الشطناوي	عضواً	.....
الدكتور عبد الله السوفاني	عضواً	.....
الدكتور علاء الفواعير	عضواً خارجياً	.....

وأجيزت بتاريخ: 2017/05/17

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاهداء

الى وطني الحبيب...

الى من علموني حب الحق والخير أساتذتي الأفاضل...

الى من دعمني في كل مسيرتي العلمية وتفضل علي بكرمه.....والدي الحبيب.....

إلى الحضن الدافئ والحب المتدفق أُمي الحبيبة...

الى ملجأ الأمان والموعظة الحسنة أخواني وأخواتي...

إلى.....أحبائي....

أُهدي هذا الجهد المتواضع...

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشـكـر والتقدير

إلى جامعتي العزيزة على قلبي جامعة آل البيت

إلى مشرفي القدير الاستاذ الدكتور نائل مساعدة

إلى لجنة مناقشة هذه الرسالة على جهدهم الذي بذلوه

إلى أساتذة كلية القانون في جامعة آل البيت

وإلى كل من ساعدني في إعداد هذا الجهد المتواضع

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات ..... و
الملخص ..... ح
أولا : المقدمة ١
ثانياً: مشكلة الدراسة ٣
ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة ٣
رابعاً: أهداف الدراسة ٤
خامساً: أهمية الدراسة ٥
سادساً: الدراسات السابقة ٥
سابعاً: منهج الدراسة ٦
تمهيد: ٨
الفصل الأول انعقاد اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ٢١
المبحث الأول نطاق اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ٢٢
المطلب الاول: حدود اتفاق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت ٢٣
المطلب الثاني: موقف المشرع من التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت ٢٧
الفرع الاول: موقف المشرع الاردني من التحكيم في عقود البناء والتشغيل ٢٨
الفرع الثاني: موقف المشرع الكويتي من التحكيم في عقود البناء والتشغيل ٣٠
المبحث الثاني شروط واجراءات اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ٣٨
المطلب الاول: شروط التحكيم في عقود البناء والتشغيل ٣٨
الفرع الاول: الشروط الشكلية ٣٨
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية ٤٠
المطلب الثاني: اجراءات التحكيم في عقود البناء والتشغيل ٤١
الفصل الثاني القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ٥٣
المبحث الأول تطبيق قانون الإرادة ٥٥
المطلب الاول: تكييف العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمستثمر الأجنبي ٥٦
الفرع الاول: خضوع العقود الدولية التي تبرمها الادارة للقانون الخاص ٥٦
الفرع الثاني: خضوع العقود الدولية التي تبرمها الإدارة للقانون العام ٥٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: امكان تطبيق قانون الارادة على اتفاق التحكيم ٦٠
المبحث الثاني تطبيق قانون المكان..... ٦٤
المطلب الاول: تطبيق القوانين الوطنية..... ٦٤
الفرع الأول: خضوع العقد لقانون الإدارة المتعاقدة..... ٦٤
الفرع الثاني: خضوع العقد لقانونه الذاتي ٦٧
المطلب الثاني: تطبيق القوانين الدولية والمبادئ العامة والقوانين ذات السمة الدولية..... ٦٨
الفرع الأول: تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق ٦٨
الفرع الثاني: خضوع العقد للقانون الدولي العام..... ٦٩
الفرع الثالث: تطبيق المبادئ العامة والقوانين ذات السمة الدولية ٧١
الخاتمة:..... ٧٣
النتائج:..... ٧٣
التوصيات: ٧٥
المراجع: ٧٦
Abstract..... ٨٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الملخص

الاتفاق على التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم في التشريع الأردني: دراسة مقارنة

إعداد الطالب:

طلال المطيري

اشراف الأستاذ الدكتور

نائل مساعدة

تتعلق هذه الدراسة بموضوع تسوية نزاعات العقود من خلال الطرق البديلة غير القضاء تحديداً أسلوب التحكيم، بالنسبة لأحد أهم أنواع العقود في الوقت الراهن، وهي عقود البناء والتشغيل والتسليم، التي تعرف اختصاراً بعقود البوت أو الـ (B.O.T). هذا النوع من العقود التي تعهد بموجبها الجهة الإدارية إلى القطاع الخاص بأحد المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية، ليقوم بإنشائه على نفقته، وتشغيله لفترة معينة، تنتقل بعدها ملكية المشروع إلى الدولة. كما أخذ القطاع الخاص أيضاً بهذا النوع من العقود في تنفيذ مشاريعه.

بسبب الطبيعة الخاصة لهذه المشاريع، فقد اكتسبت طرق تسوية النزاعات فيها أيضاً أهمية بالغة، إذ لم يعد بالإمكان في ظل تطور أساليب تنفيذ المشاريع، الاعتماد على القضاء الوطني في تسوية هذه النزاعات الناشئة عن تنفيذها، لذا قد ازداد اللجوء إلى أسلوب التحكيم.

لتناول موضوع التحكيم في هذا النوع من العقود، قسمت الدراسة إلى فصلين: الأول يتعلق بانعقاد اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم، تم البحث من خلاله في نطاق اتفاق التحكيم في هذا النوع من العقود، موقف المشرع منه، شروط التحكيم، اجراءات التحكيم. أما الثاني فقد تم تخصيصه للحديث عن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم سواءً قانون الإرادة أم قانون المكان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا : المقدمة

بات من المعروف أن اصطلاح BOT عبارة عن اختصار لثلاث كلمات انجليزية هي Build البناء، و Operate التشغيل، و Transfer نقل الملكية. ويعد عقد البناء والتشغيل والتسليم (البوت اختصاراً) من عقود استثمار المال الخاص استثماراً مباشراً في المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية.

كما يمكن تعريف نظام البوت أنه العقد الذي تعهد بموجبه الجهة الإدارية إلى القطاع الخاص بأحد المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية ليقوم بإنشائه على نفقته وتشغيله لفترة معينة تنتقل بعدها ملكية المشروع إلى الدولة. ويتم تنظيم ذلك وفقاً للتشريعات القائمة في الدولة التي تسمح للجهات الإدارية الدخول في مثل هذا النوع من العقود. فقد يثور نزاع حول امكانية جهة إدارية ما من ابرام عقد البوت، بالتالي لابد من الرجوع إلى البنية التشريعية لذلك.

ويتفق ذلك مع تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي له بأنه: "شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، يشار إليها بالاتحاد المالي للمشروع، امتيازا لصوغ مشروع معين، وتشغيله، وإدارته، واستغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع، واستغلاله تجاريا، أو من أي مزايا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة، أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع"[١].

ويعد هذا العقد من العقود التي نالت اهتماما دوليا فأصبح من العقود النموذجية التي تم بناء سلسلة لها تعرف بسلسلة العقود النموجية، حيث اصبح يعرف بالكتاب الذهبي، الذي تم الكشف عنه في المؤتمر السنوي للفيديك (عقد الاشغال العامة) الذي انعقد في سبتمبر ٢٠٠٧ في سنغافورة، وقد تم نشر الطبعة الرسمية الأولى من هذا العقد في سبتمبر من عام ٢٠٠٨. وقد قام على صياغة هذا العقد النموذجي الجديد مجموعة عمل شُكلت خصيصاً بإشراف مباشر من لجنة العقود التي تعتبر أحد اللجان الدائمة بالفيديك، وذلك مع دعم من عدد كبير من المتخصصين من مختلف دول العالم[٢].

---

١ تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرين، نيويورك، ٢٨ أيار – ١٤ حزيران/١٩٩٦، بعنوان: (الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية)، ص٣.

٢ عقد الاشغال العامة هو عقد المقاولة المعروف في القانون المدني عندما يتصل موضوعه بمرفق عام، و قد عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم صدر ٢٣ كانون الأول عام ١٩٥٦ أنه: عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن محدد في العقد: عزيزة الشريف،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن مثل هذا النوع من العقود قد يثير المنازعات التي تتخذ طبيعة مختلفة تماماً عن المنازعات العقدية التي تتم في إطار العقود التقليدية، لذا فإنه تسوية هذه المنازعات تتأثر بطبيعة هذا النوع من العقود، كما أن هذا النوع من المنازعات يتطلب اجراءات ووسال قانونية تختلف تماما عنها في العقود التقليدية سواء من حيث الاسلوب أو الوسيلة.

وهذه المنازعات غالباً ما تتم من خلال أسلوب التحكيم، الذي يتخذ طابعاً مختلفاً في إطار هذا النوع من العقود وهذا النوع من المنازعات الناجمة عنها. وذلك لأن وجود الحكومة أو الادارة كطرف في العقد بحد ذاته قد يثير بعض المصاعب في مجال الحديث عن آلية تسوية النزاعات الناشئة عن هذا النوع من العقود. وحتى وإن لم تكن الادارة طرف فيه فقد تثور صعوبة تسوية هذه النزاعات المتعلقة به. اذ انه نتيجة التطورات التي حصلت في مجال هذا النوع من العقود والاتجاه نحو الخصخصة، فقد يكون البحث عن ممول بنظام عقود البوت مشروعاً اقتصادياً خاصاً.

ومن الاشكاليات التي تتعلق بآلية تسوية المنازعات المرتبطة بهذا النوع من العقود ما يتعلق بآلية تسوية النزاع ان كانت من خلال التحكيم ام من خلال القضاء، أو تحديد هذه الجهة بين الدول أطراف العلاقة واختيار آلية تسوية النزاع، اذ ان تحديد اجراءات تسوية المنازعات تعتبر من الموضوعات الهامة بهذا الصدد.

ومما يساهم في ازدياد أهمية تسوية هذه النزاعات عدم كفاية المعايير والوسائل التقليدية لتسوية النزاعات لاختلاف موضوع وطريقة هذا النوع من العقود من جهة، ومن جهة أخرى لطبيعة الحقوق المتنازع عليها في هذا المجال والقواعد القانونية واجبة التطبيق، خاصة متى كانت الإدارة طرفاً في هذا النوع من العقود. حيث من المعتاد أن تتمتع الإدارة في تعاقداتها بحقوق وسلطات واسعة كالرقابة على تنفيذ العقد وإصدار أوامر وتعليمات إلى المتعاقد معها، وسلطتها في ايقاع الجزاءات على المتعاقد، وفسخ العقد أو انهاؤه أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد في حال اخلاله بالالتزامات التعاقدية، وسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة. وفي ذات الوقت يتمتع المتعاقد مع الادارة بمزايا غير موجودة غالباً في العقود المدنية، اذ انه يمتلك الحق بما يعرف بالتوازن المالي للعقد عند استخدام الإدارة سلطتها في تعديل العقد، كما انه يمتلك الحق بالمطالبة بالتعويض في حالة الظروف الطارئة التي قد تثقل كاهله وترهقه في تنفيذ العقد.

بالتالي تحتاج المنازعات الناجمة عن عقود البوت إلى طرق ملائمة لتسويتها خاصة عند عدم كفاية أو مناسبة الوسائل التقليدية، لذا فقد كان لا بد من تطوير الوسائل التقليدية أو إستحداث أساليب جديدة في التعامل لتسوية تلك المنازعات كالتحكيم.

تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، بحث منشور في: مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٢، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨، ص١١٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث كان هناك العديد من الاسباب التي ادت إلى تبني اسلوب التحكيم والتي اهمها تخوف المتعاقد مع الادارة من اللجوء إلى القضاء الوطني، وبسبب الانتقادات التي توجه للقضاء الوطني من حيث بطء وتعقيد الاجراءات، ونتيجة للمزايا التي يتمتع بها التحكيم كأسلوب من أساليب تسوية النزاعات.

أما سلوك طرق التحكيم في العقود الإدارية لم يأت دفعة واحدة بل مر بكثير من الخلافات الفقهية والقضائية إلى ان استقر على ما هو عليه الآن، ومن جانب اخر لم يسلم هو الاخر من النقد لما له من آثار متعددة، لذا ستقوم هذه الدراسة على تناول موضوع التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت وبيان كل ما يحيط به من أحكام وما يترتب عليه من اثار، وتوضيح النظام القانوني له وذلك كدراسة مقارنة مع بعض التشريعات المقارنة التي تبنت نظاماً للتحكيم في المنازعات الناتجة عن هذا النوع من العقود.

وتعكف دراستنا على تناول الاتفاق على التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية منازعات عقود البوت، الذي يتم من خلال الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين يعرف بالمحكم أو أشخاص معينين، لتسويته خارج المحاكم المختصة. والتحكيم هنا لا يختلف في مفهومه كثيراً عن التحكيم التقليدي.

ثانياً: مشكلة الدراسة

من المعروف أن التحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها، ولا يجوز الاتفاق عليه الا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.

ولما كانت الدولة أو أي من مؤسساتها العامة وإن كانت تعتبر شخصاً اعتبارياً فإن التصرف في حقوقها لا يكون بذات المقدار وبنفس حرية الشخص الطبيعي أو الاعتباري الخاص. فالتصرف في الحقوق عبارة تتسع لتشمل العديد من صور التصرف، كما أن المؤسسات العامة تتصرف في نطاق محدود يحقق لها وللأفراد المصلحة العامة.

لذلك فإن إشكالية هذه الدراسة تتمثل في مدى أحقية سلوك طرق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)، وصحة إبرام اتفاق التحكيم لتحقيق هذه الغاية.

ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة

تكمن عناصر مشكلة الدراسة من خلال طرح التساؤلات الآتية:

١. ما هو عقد البناء والتشغيل والتسليم (البوت) وما طبيعته القانونية الخاصة؟

٢. ماهي طبيعة المنازعات الناجمة عن تنفيذ البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ؟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. ما هي القوانين الواجبة التطبيق على آليات تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)؟

٤. ما هو النظام القانوني للتحكيم كوسيلة من وسائل تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ؟

٥. ما هو النظام القانوني للقرارات التحكيمية الصادرة بشأن تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ومدى الزاميتها للأطراف ؟

٦. ما هو موقف المشرعين الكويتي والاردني من التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)؟

٧. ما هي شروط وإجراءات التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)؟

٨. هل هناك أثر للتحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) على سلطة الدولة في مجال القضاء وعلى القواعد القانونية واجبة التطبيق؟

٩. هل يؤثر اتفاق التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) على اختصاص قاضي الموضوع وقاضي الأمور المستعجلة؟

رابعاً: أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى:

أولاً: التعريف بعقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) وطبيعتها القانونية

ثانياً: التعريف بصور المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

ثالثاً: التعرف على موقف المشرعين الكويتي والاردني من جواز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)، ومقارنة بالنظام القانوني لهذه الوسائل لدى المنظمات الدولية ذات الشأن وبعض الانظمة المقارنة.

رابعاً: تهدف الدراسة إلى تناول الاجراءات المختلفة للتحكيم كوسيلة من وسائل تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) .

خامساً: تهدف الدراسة إلى التعرف على طبيعة وماهية اتفاق التحكيم، ومدى امكانية اللجوء إليه من قبل الدولة أو أي من مؤسساتها العامة والحدود التي تجيز لها ذلك.

سادساً: وتتحقق الفائدة من هذا البحث أيضاً في معرفة بعض التطبيقات والجوانب العملية لفض منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سابعاً: معرفة القوانين الواجبة التطبيق في حال حدوث نزاعات في مجال عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

خامساً: أهمية الدراسة

يساهم هذا البحث في التعرف على القوانين القائمة المتعلقة بالتحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) سواء على المستوى الدولي أم المستوى الوطني. وفي ذات الوقت التعرف على الثغرات التي يعاني منها موقف المشرع الوطني فيما يتعلق بتسوية منازعات عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت).

ويعد هذا الموضوع بمن الموضوعات بالغة الأهمية بالنسبة للمشرع وللفقه القانوني، حيث تتمثل هذه الأهمية في ارتباط موضوع الرسالة بشكل قوي وفعّال بالاشكاليات التي تثور عن عقد البناء والتشغيل والتسليم (البوت) والمتعلقة بتسويتها، نظراً للطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود. ونظراً لاحتمالية أن تكون الإدارة طرفاً في مثل هذا النوع من العقود.

سادساً: الدراسات السابقة

من الدراسات التي تعرضت للتحكيم في عقد البوت أو غيره من المسائل ما يلي:

١. دراسة: خالد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ط١.

وتتعلق هذه الدراسة بمختلف أنواع العقود الإدارية، ومسألة جواز التحكيم لتسوية المنازعات المنبثقة عنها، لكنها تقتصر على النظام القانوني الكويتي وموقفه من التحكيم في العقود الإدارية.

٢. دراسة: صلاح سري الدين، الإطار القانوني لالمشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، إصدار كلية الحقوق / جامعة القاهرة

تتعلق هذه الدراسة بموضوعات المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية التي تمول بنظام التشغيل والتحويل، وذلك في جمهورية مصر العربية دون التطرق لمسألة التحكيم فيها وموقف المشرع والفقه والقضاء منها.

٣. دراسة: مجدي عبدالحميد شعيب، اتفاق التحكيم الإداري وإشكالية الاختصاص بالفصل في الامور المستعجلة، مجلة الامن والقانون، اكاديمية شرطة دبي، السنة التاسعة عشر، العدد الثاني، يوليو ٢٠١١

٤. دراسة: محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية وفق قانون التحكيم السوري رقم ٤ تاريخ ٢٥/٣/٢٠٠٨ وقانون العقود الموحد رقم ٥١ تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩

تتعلق هذه الدراسة بموضوع التحكيم في العقود الإدارية فقط دون غيرها من عقود القطاع الخاص، وذلك أيضاً من وجهة نظر القانون السوري.

٥. دراسة: ياسر أحمد كامل الصيرفي: النظام القانوني لعقد BOT ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص. جامعة الكويت، ٢٠٠٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تتعلق هذه الدراسة بالنظام القانوني لعقد BOT ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، دون التطرق للوسائل اللازمة لفض منازعاته كالتحكيم مثلاً.

وتختلف دراستنا عن هذه الدراسات من حيث أنها تتعلق بعقود البناء والتشغيل أو ما يعرف بعقود البوت، وذلك من حيث انعقاد اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)، وأطراف هذا الاتفاق وموقف المشرع منه، وشروطه الشكلية والموضوعية. كما تتميز الدراسة عن تلك الدراسات من حيث تناولها للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم، سواء كان قانون الإرادة أو قانون مكان انعقاد العقد، وبشكل مقارن بين النظام القانوني الأردني والنظام القانونية الكويتي.

سابعاً: منهج الدراسة

تستخدم الدراسة باعتبارها دراسة قانونية المنهج الوصفي التحليلي حيث تقوم هذه الدراسة كغيرها من الدراسات القانونية على وصف ماهية عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) ووصف أسلوب التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذه وشروط واجراءات هذا التحكيم، ووصف القواعد القانونية واجبة التطبيق والقرارات التحكيمية الصادرة في موضوع النزاع.

كما تقوم الدراسة بتحليل النصوص الواردة في التشريعات المختلفة والمقارنة، وفي الوثائق والصكوك الدولية ذات الصلة، التي تتعلق بعقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)، والإطار القانوني للعملية التحكيمية بالنسبة للمنازعات الصادرة بشأنه، وتحليل كل ما يتعلق بها من شروحات وآراء فقهية، لبيان الإطار القانوني لها، ولبيان الآثار المترتبة عليها.

وذلك من خلال فصلين الأول يتعلق بانعقاد اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)، وتم البحث من خلاله في نطاق اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) وموقف المشرع منه في مبحث، وفي المبحث الثاني تم تناول شروط واجراءات اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت).

أما الفصل الثاني من الدراسة فقد تم تخصيصه للحديث عن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)، وفيه تم تناول تطبيق قانون الإرادة على اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)، أما في المبحث الثاني فقد تم الحديث عن تطبيق قانون المكان على اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

ثامناً: مخطط الدراسة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تمهيد: ماهية عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

الفصل الأول: انعقاد اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

المبحث الاول: نطاق اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت) وموقف المشرع منه

المبحث الثاني: شروط واجراءات اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

الفصل الثاني: القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

المبحث الاول: تطبيق قانون الإرادة على اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

المبحث الثاني: تطبيق قانون المكان على اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

تمهيد:

تعرف عقود البناء والتشغيل أو عقود الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية التي تعرف اختصارا بعقود الـ (B.O.T) أو (عقود البوت) بأنها صورة مسحدثة من أنواع عقود الامتياز، وتعرف عقود الامتياز أنها: "عقد إداري يتولى الملتزم -فردا كان أو شركة- بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل مقابل رسوم يتقاضها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"[١]. كما عرف أنه: "عقد تعهد بموجبه الدولة إلى احد الشركات سواء أكانت وطنية أم أجنبية من القطاع الخاص في الغالب أو العام، بامتياز أو ترخيص للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة أو تقدمه الشركة الحاصلة على المشروع وغالباً ما يكون من المشاريع الاساسية للدولة والمتعلقة بمرفق من مرافقها العامة وفي حالة الموافقة من قبل الحكومة تقوم الشركة الحاصلة على المشروع بتصميمه وبنائه وتملكه واستغلاله تجارياً لفترة معينة ينص عليها في العقد وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف البناء بالاضافة إلى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية المدة المتفق عليها المحددة المتفق عليها بين الحكومة والشركة الحاصلة على المشروع ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبحالة جيدة دون تحمل الحكومة لأي تكلفة"[٢].

وقد أثار ظهور هذا النوع من العقود عدة اشكاليات من حيث تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية وتسوية المنازعات المتعلقة بها، حيث يعد موضوع التحكيم كوسيلة لتسوية هذه النزاعات موضوع هذه الدراسة.

وللوقوف على مفهوم هذا النوع من العقود لابد من تعريفها وبيان طبيعتها، فقد أشار الباحث آنفاً إلى ان هذا النوع من العقود يعتبر من الصور المستحدثة لعقود الامتياز، بالتالي فإنه من العقود الإدارية غير المسماة التي لم ينظمها المشرع بتنظيم خاص بها، ولم يضع لها تعريفا محددا لها.

ويعرف العقد الإداري بأنها: "هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام، تظهر نيته للاخذ باساليب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود التي تبرم في إطار القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الادارة بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام"[٣].

---

١ سليمان الطماوي، العقود الإدارية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٩٦

٢ وضاح الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ط١، ص٣٣

٣ محمد السناري، وسائل التعاقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويعود السبب في عدم تعريف هذا النوع من العقود تعريفا محددا إلى انها عقود متطورة تتغير وتتطور باستمرار خاصة في ظل تحولات العولمة الاقتصادية. لذا فقد اجتهد الفقه القانوني في تعريف هذا النوع من العقود. ومن التعريفات الفقهية التي تناولتها أنها: "شكل من أشكال تمويل المشروعات، تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتيازا لتمويل وتنفيذ مشروع معين ثم تشغيله واستغلاله تجاريا لمدة زمنية يصار عند نهايتها رد المشروع إلي الدولة". ومن التعريفات ايضاً انه: "المشروع الذي تعهد به الحكومة إلي احدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أو الخاص - وتسمي الشركة الحاصلة على المشروع - وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلي الدولة أو الجهة الإدارية"[١].

كما عرفه البعض انه: "تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله علي نفقته الخاصة وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصا له طوال مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه"[٢].

كما عرفه آخر أنه: "العقد الذي تبرمه الحكومة أو إحدى الجهات التابعة لها، ويسمي بالمتعاقد، مع إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية وتسمي بالشركة الحاصلة على المشروع لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن علي أن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلي الدولة أو المتعاقد"[٣].

كما عرف أنه: "تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولي الملتزم تمويل إنشاء أو بناء المشروع ثم تولي استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الاستغلال) وفي نهاية المدة المتفق عليها يلتزم المتعاقد بإعادة المشروع إلي الجهة المانحة"[٤].

أما لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (UNCITRAL)، فقد عرفت هذا النوع من العقود بأنها: "شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن احد الاتحادات المالية الخاصة ويدعي الشركة الحاصلة على المشروع امتيازا لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم الشركة الحاصلة على المشروع ببنائه وتشغيله

---

١ وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص١٩ وما بعدها

٢ احمد السعيد الزقرد، عقودB.O.T واليات الدولة العالمية، بحث مقدم إلي مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٧ مارس ٢٠٠٢، ص٣

٣ وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق، ص٢٢

٤ شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٥٨٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلي الحكومة". ويلاحظ هنا أنه وبخلاف تعريف لجنة الامم المتحدة التي حددت الغرض من منح الامتياز في تنفيذ المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية فقط، فالواقع العملي يؤكد إمكانية استخدام هذا النوع من العقود في مجالات أخرى غير المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية كإنشاء المجمعات الصناعية والمشاريع الصناعية الضخمة[١].

بالتالي فإن عقد البوت هو نوع عقود تبرم بين الدولة مع شركة خاصة قد تكون دولية أو محلية، لإنشاء مرفق، أو تحديثه أو إدارته لمدة محددة تتفق مع ما أنفقته الشركة بالإضافة وتحقيق أرباح معينة شريطة نقل ملكية هذا المشروع بعد انتهاء مدة معينة إلى الدولة

وبتعدد صور الأنشطة التي تستهدفها عقود البوت أصبح هناك اشكال لهذا النوع من العقود منها:

أ. عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، حيث تقوم الشركة الحاصلة على المشروع ببناء المرفق على نفقتها وتتملكه طوال مدة التعاقد، ثم تقوم باستغلاله استغلالاً تجارياً خلال المدة التي يحددها عقد المشروع، وبعد ذلك تقوم بنقل ملكيته إلى الجهة المتعاقدة في نهاية المدة المتفق عليها المتفق عليها[٢].

ب. البناء والتحويل والتشغيل: حيث تقوم الشركة الحاصلة على المشروع بتشييد المرفق على نفقتها، وعند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة المتعاقدة، مقابل أن تمنحها الحق في استغلال المرفق وتشغيله فترة معينة يددها اتفاق المشروع، والحصول على مقابل انتفاع الجمهور بالمرفق العام، ومن أهم مجالات هذه العقود المشروعات السياحية كالفنادق[٣].

ج. البناء والتأجير والاستغلال والتحويل: حيث تقوم الشركة الحاصلة على المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد، ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية، التي تقوم إما بتشغيله بنفسها وإما بتشغيله عن طريق آخرين مقابل حصولها على مقابل مالي يتمثل ببدل الإيجار طوال مدة التعاقد، وبالتالي تقوم الجهة الإدارية باستغلاله وصيانته،

---

١ جابر جاد، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، (دراسة نقدية للنظرية التقليدية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٥ وما بعدها

٢ وضاح الحمود، مرجع سابق، ص٦٣. وماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوتB.O.T، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، بنها، ٢٠٠٤، ص٣١.

٣ حمدي عبدالعظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت، ٢٠٠٥، ط٤، ص١٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

د. ثم يصير المرفق في نهاية تلك المدة خالصاً للجهة الإدارية من دون أية اعباء بحيث تقوم باستغلاله دونما التزام بشيء تجاه الشركة الحاصلة على المشروع[1].

هـ. البناء والاستئجار والتشغيل والتحويل، حيث تقوم الشركة الحاصلة على المشروع بتشييد المرفق على نفقتها لحساب جهة الادارة، ثم تقوم باستئجاره من تلك الجهة، ومن ثم تقوم باستغلاله وصيانته والحصول على مقابل انتفاع الجمهور به خلال المدة المتفق عليها، تحت إشراف جهة الادارة ورقابتهتا، ثم تقوم بتسليم المرفق إلى جهة الادارة في نهاية تلك المدة بحالة جيدة، ما لم يتم تجديد العقد بموافقة الجهة الإدارية.

و. عقود التحديث والتملك والاستغلال والتسليم: بمعنى تملك عناصر المشروع التي أوجدتها الشركة الحاصلة على المشروع، وهنا تقوم الشركة الحاصلة على المشروع بتحديث مشروع عام قد يكون قائم بالفعل وتعمل على تطويره كماً وكيفاً على نفقتها، مقابل أن تتملكه والحصول على قروض بضمانه من هيئات التمويل، ثم يكون لها استغلاله طوال الفترة التي يحددها عقد المشروع والحصول على عائد هذا الاستغلال، ثم تقوم بنقل ملكيته إلى الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية الفترة المتفق عليها[2].

ز. عقود التصميم والتشييد والتمويل والاستغلال: حيث تتولى جهة منح امتياز هذا الصنف من العقود إعداد التصاميم ومختلف الشروط الفنية اللازمة لتنفيذ المشروع، وتتولى الشركة الحاصلة على المشروع إنشائه وفقاً لهذه التصاميم والشروط، في حين يقع على عاتق المستثمر مهمة إدارة وتحمل التمويل اللازم لبناء المشروع، مقابل تملك المستثمر المشروع، كما له الحق في تمكينه بالاقتراض اللازم، ومن ثم الحق في استغلاله وفقاً للضوابط والمعايير التي تضعها الجهة الإدارية، وهنا تحصل الحكومة على ثمن الأرض وحصة من الأرباح مقابل منح الترخيص، وعندما ينتهي فترة التعاقد يتملك المتعاقد المشروع وليس الإدارة.

ح. عقد التجديد والتملك والاستغلال: حيث تعهد إحدى الجهات الإدارية إلى أحد المستثمرين فرداً أو شركة، بتجديد أو إحلال وتجديد، أحد المشروعات العامة القائمة بالفعل وإعادة هيكلته وتزويده بكافة ما يحتاج إليه من أجهزة ومعدات، ووسائل نقل واتصال، ووسائل التكنولوجيا الحديثة، مقابل السماح بتملك المستثمر لهذا المشروع واستغلاله والحصول على إيراداته، وذلك مقابل حصول الجهة الإدارية على مبلغ مالي يقسط

---

١ ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص٢٦

٢ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص٥٩٣

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ط. عادة على عدة سنوات يحددها العقد المبرم. وهنا لا تعود ملكية المشروع إلى الوحدة الادارية الطرف في العقد بل تبقى للمستثمر بصورة نهائية شريطة استمراره بوفائه بالتزاماته مع جهة الادارة المتعاقدة[1].

ي. عقود البناء والتمويل والتحويل: وفي هذا النوع يقوم القطاع الخاص بإنشاء وتمويل احد المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية ثم ينقله إلي الدولة والتي تقوم بدورها بدفع التكلفة الي القطاع الخاص، وذلك على أقساط ودفعات.

ك. عقد التأجير والتدريب والتحويل: حيث يقوم القطاع الخاص هنا بتحويل إقامة المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة ثم تأجير المشروع للحكومة التي تقوم بتشغيله خلال فترة من الزمن معينة ثم تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص مرة أخرى.

ويمكن ايجاد بعض صور هذا النوع من العقود في قانون التخاصية الاردني، حيث نصت المادة الرابعة منه على انه: "تتم عمليات اعادة هيكلة وتخاصية المؤسسات العامة أو المشاريع التي يمتلكها القطاع العام باتباع أي من الاساليب التالية:

أ. نقل ملكية المؤسسة أو المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص بعد تحويله إلى شركة وفقا للتشريعات النافذة المفعول، واعادة هيكلته بقصد اتمام عملية التخاصية عليه

ب. نقل ملكية الاسهم أو الحصص التي تمتلكها الحكومة في الشركات التي تساهم فيها إلى القطاع الخاص وذلك ببيعها له بصورة كلية أو جزئية.

ج. نقل ادارة المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص بمقتضى اتفاق بينهما يخول القطاع الخاص حق ادارته وتشغيله.

د. اعتماد أي صيغة من الصيغ المبينة ادناه لانشاء مشاريع استثمارية محددة وفقا لاتفاقيات تعقد لهذه الغاية بين القطاعين العام والخاص: "انشاء القطاع الخاص للمشروع لاستغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة والتنازل عنه للقطاع العام عند انتهاء هذه المدة. انشاء القطاع الخاص للمشروع والتنازل عن ملكيته للقطاع العام مع الاحتفاظ بحق استغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة. انشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله لحسابه. إنشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله ثم التنازل عنه ونقل ملكيته للقطاع العام".

---

١ وضاح الحمود، مرجع سابق، ص٦٥

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هـ. منح القطاع الخاص حق انشاء مشروع معين واستغلاله بشكل انفرادي وعلى سبيل الحصر بمقتضى عقد ترخيص أو اتفاق يبرم مع الحكومة لهذه الغاية.

و. أي اسلوب آخر يقرره مجلس الوزراء"[١].

أما بالنسبة للطبيعة القانونية لعقود البوت أو البناء والتشغيل، فتعتبر هذه المسألة من اهم الاشكاليات التي نجمت عن ظهور هذا النوع من العقود خاصة في النظم ذات الازدواج القضائي[٢]، أي التي تتضمن قضاء عادي وقضاء إداري، حيث تكمن الاشكالية تحديداً في تكييف ومعرفة ما إذا كان عقد البوت يعتبر من العقود التي تبرم في إطار القانون الخاص أم من العقود التي تبرم في إطار القانون العام، ويرجع هذا الاختلاف في التكييف إلى الاختلاف بين النظرية العامة للعقود الإدارية حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء، وبين نظرية العقد المعروفة في الفقه المدني.

وقد تباين الفقه حول تحديد طبيعة عقد البناء والشتغيل القانونية ضمن اتجاهات كالتالي[٣]:

الاتجاه الأول: يعتبر هذا الاتجاه ان عقود البوت عبارة عن عقود إدارية استناداً إلى ما يلي:

أ. أن عقود البوت تعتبر شكلاً متطوراً من عقد الالتزام للمرفق العام، وهذا الاخير عبارة عن عقود إدارية من حيث الطبيعة، إذا ارتبطت بأنشطة أحد المرافق العامة، ومتى كانت جهة إدارية طرفاً في العقد، وطالما أن الطرف الآخر يباشر مهام إدارية في العقد بشكلها التقليدي، فإنه يقوم بالإنشاء في عقود البناء والتشغيل.

ب. إن فرض الراقبة من قبل الجهة المانحة على المشروعات تعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية التي تميز العقود الإدارية.

ت. صدور فتوى لمجلس الدولة المصري اخضعت عقد التزام طرق لأحكام قانون المناقصات والمزايدات

الاتجاه الثاني: ويعتبر هذا الاتجاه عقود البوت من العقود القانونية التي تبرم في إطار القانون الخاص لأنها تعتبر من عقود ذات طبيعة استثمارية ، وان الدولة لا تستطيع تضمينها شروطا غير مألوفة لأنها لا تناسب مع هذه الصورة من العقود. ولأن القانون المدني يخل من أية إشارة لهذه الصورة من العقود.

الاتجاه الثالث: عقود البوت لها طبيعة مختلفة، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود البوت تعتبر عقود لها طبيعة مختلفة وتختلف من مشروع لأخر، وعليه يصبح من اللازم أن تتحدد الطبيعة القانونية لكل عقد على حده.

---

١ ولقد الغي قانون التخاصية عام ٢٠١٥، بموجب قانون الغاء التخاصية رقم ٢ لسنة ٢٠١٥.

٢ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص٣٢

٣ جابر جاد، مرجع سابق، ص٥٣ وما بعدها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتجه الباحث مع ذلك من كون انه ليس كل العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر عقودا إدارية، فالإدارة قد ترى أنه من الأصلح لها فى بعض الأحوال التخلي عن امتيازاتها وعن مظاهر السلطة العامة والنزول منزلة الأفراد لابرام عقد مدني، فتكون بذلك على قدر من المساواة مع الأفراد العاديين وتخضع تبعاً لذلك لنفس القواعد التى يخضع لها الأفراد في العقود التي تبرم في إطار القانون الخاص. بالمقابل في بعض الاحيان قد تفضل الادارة ممارسة السلطة العامة في التعاقد لكي تكون فى مركز متميز عن الأفراد فتقوم باستخدام أساليب القانون العام في التعاقد فنكون امام عقود إدارية حتى لو كانت من نمط البناء والتشغيل.

ويتمثل الاساس القانوني لعقد البوت في اكثر من جانب، فقد يكمن في اساس دستوري، ولا يشترط في ذلك ان يتم من خلال نص يجيز اللجوء إلى مثل هذا النوع من العقود، بل يكفي صمت المشرع عنه استنادا إلى قاعدة ان كل ما لا يحظره القانون يعد جائزاً. وقد ثار مثل هذا الامر في ظل سياسات الخصخصة ومدى دستوريتها حيث تعتبر عقود البوت من ضمن آليات الخصخصة، وقد رأى اتجاه فقهي أن عملية الخصخصة تعتبر غير ديتورية لعدم تطرق الدستور لها، ولمخالفتها للمبادئ الدستورية ذات الطبيعة الاقتصادية، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأنها ليست مخالفة للدستور لأنه لم يحظرها[1].

ويمكن التسليم بأن عقود البوت عبارة عن صورة من صور عقود الالتزام أو عقود امتياز المرافق العامة التي تبرم من اجل انشاء أو تطوير المرافق العامة، وهي في الاردن تلك الواردة في المادة ١١٧ من الدستور الاردني[2]، حيث تنص هذه المادة على انه: "كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون".

ويرى الباحث في هذا الصدد انه متى تم التسليم بذلك فإنه يعني ان كل عقد امتياز أو بوت يجب ان تتم المصادقة عليه بقانون والا عد باطلاً وهذا يرتب بالنتيجة ان كل عقد سابق لم يصدر بقانون يعد باطلاً مالم تتم المصادقة عليه بقانون.

وفي الكويت ينص الدستور على انه: "كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة"[3].

---

١ محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٦ وما بعدها.
٢ وضاح الحمود، مرجع سابق، ص٤٠
٣ المادة ١٥٢ من الدستور الكويتي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الاسس غير الدستورية اي التشريعية العادية فإنه غالباً تتم المصادقات على كل عقد بقانون دون ايجاد قانون موحد يتضمن أحكاماً عامة لهذا النوع من العقود، اذ ان هذا الامر يحتاج ايجاد مثل هذا القانون ليكون مظلة رئيسية لكل عقود الامتياز.

وفي الاردن لا يوجد مثل هذا النوع من العقود إلا أنه وجدت بعض العقود استنادا إلى قانون التخاصية رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠. وهي: انشاء القطاع الخاص للمشروع لاستغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة والتنازل عنه للقطاع العام عند انتهاء هذه المدة، و انشاء القطاع الخاص للمشروع والتنازل عن ملكيته للقطاع العام مع الاحتفاظ بحق استغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة، وانشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله لحسابه، وانشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله ثم التنازل عنه ونقل ملكيته للقطاع العام[١].

وفي الكويت تم اللجوء إلى الاستعانة بالقطاع الخاص في تقديم العديد من الخدمات العامة، وإنجاز مشاريع البنية الأساسية والمشروعات التنموية ذات النفع العام. كما بدأ النشاط الحكومي نحو الخصخصة بإصدار مجلس الوزراء القرار رقم ٥/١٧ في اجتماعه رقم ٩١/٢٥ المنعقد بتاريخ ١٩٩١/٩/١، والذي تضمن توجهاً عاماً بتشجيع مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مشاريع التنمية العمرانية، وتم اتخاذ الاجراءات التشريعية اللازمة لزيادة دور القطاع الخاص في تلك المشروعات حتى صدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بشأن بلدية الكويت الذي نص صراحة على إمكانية إقامة مشروعات بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية أو وفقاً لأي نظام آخر مشابه. وبحلول عام ٢٠١٠ كان عدد المشروعات التي أُسندت للقطاع الخاص لإقامتها على أراض مملوكة للدولة الكويتية بنظام البوت ١٠٣ مشروعاً، من مدارس وعيادات ومواقف للسيارات، ومشروع واحد بيئي[٢].

وقد نصت المادة المادة ١٢ من هذا القانون على انه: "يختص المجلس البلدي في إطار الخطة العامة للدولة والميزانية المعتمدة بـ ١. مراقبة تنفيذ القوانين واللوائح المتعلقة بشئون البلدية وذلك وفقا لأحكام هذا القانون. ٢. تقرير المشروعات ومواقعها عمرانيا وتجميل المدن والقرى والضواحي والمناطق والجزر والطرق والشوارع والميادين وتوسيعها والاهتمام بالصرف الصحي والحدائق والتشجير ووضع النظم الخاصة باللوحات والملصقات الإعلانية. ٣. تقرير المنفعة العامة وفقا للأوضاع التي تقررها أحكام القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ المشار إليه. ٤. تقرير إنشاء المدن والقرى والضواحي والمناطق والجزر والطرق والشوارع والميادين والأسواق والمسالخ والمقابر. ٥. تسمية المدن والقرى

---

١ المادة ٤/د من قانون التخاصية الاردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠، المنشور على الصفحة رقم ٢٦٥٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٣ بتاريخ ٢٠٠٠/٧/٢. وضاح الحمود، مرجع سابق، ص٤٠

٢ محمد السعودي أحمد تقي الدين، مدخل لدراسة عقد الفيديك لمشروعات التصميم والبناء والتشغيل، استخدامه في عقود المشاركة مع القطاع الخاص في المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية والمرافق العامة وفقاً للقانون الكويتي، مؤتمر الكويت لعقود الفيديك، ١-٣ مايو ٢٠١٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والضواحي والمناطق والطرق والشوارع والميادين ولا يجوز إطلاق أسماء الأشخاص على المدن والضواحي إلا لمن تولى مسند الإمارة أو ولاية العهد من حكام الكويت. ٦. إبداء الرأي مقدما في كل التزام أو احتكار موضوعه استغلال مرفق عام في حدود اختصاص البلدية. ٧. مناقشة مشروع ميزانية السنة المالية الجديدة ومشروع الحساب الختامي للسنة المالية المنتهية. ٨. النظر في الاقتراحات التي تقدم من الحكومة أو المواطنين أو أعضاء المجلس البلدي في شأن من شئون البلدية وإصدار توصياته في هذه الاقتراحات. ٩. وضع اللوائح الخاصة بتنظيم أعمال المجلس البلدي. ١٠. تقرير اللوائح والنظم المتعلقة بالشئون والخدمات البلدية. ١١. إبداء الرأي في مشروع المخطط الهيكلي العام للدولة تمهيدا لإصداره بمرسوم. ١٢. تقرير مخططات المناطق واستحداث وتنظيم كافة المنطق السكنية التجارية والصناعية وغيرها، بما يتفق مع المخطط الهيكلي العام. ١٣. تقرير تنظيم وتوزيع القطع التنظيمية وضم واقتطاع الجيوب والزوائد المترتبة على التنظيم وإقرار مشروعات تقسيم وتجزئة الأراضي المعدة للبناء وفقا للأوضاع والإجراءات والأثمان التي يحددها المجلس البلدي. ١٤. فرض رسوم مقابل للخدمات البلدية أو الانتفاع بالمرافق البلدية أو تعديلها أو إلغائها. ١٥. اقتراح النظم الخاصة بالبناء والفرز بما يتفق مع المخطط الهيكلي العام للدولة تمهيدا لإصدارها بمرسوم. ١٦. تقرير النظم الخاصة برخص البناء والمكاتب الهندسية. ١٧. الموافقة على قبول التبرعات غير المشروطة لأنشطة البلدية. ويكون طرح جميع المشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية وفق نظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية إلى الدولة أو وفق نظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية إلى الدولة أو وفق أي نظام آخر مشابه على القطاع الخاص طبقا لأحكام المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ المشار إليه والقوانين المنظمة لذلك. ويصدر المجلس البلدي قراراته في الموضوعات المعروضة عليه بعد دراستها من قبل الجهاز التنفيذي".

ثم صدر أخيراً القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة، وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن نظام أملاك الدولة حيث جاء في المادة الثانية منه أنه: "تضاف إلى المادة ١٧ من المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنه ١٩٨٠ المشار إليه فقرتان جديدتان نصهما كالآتي: "ويسري حكم الفقرة السابقة على المشروعات المقررة بنظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو بنظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو أي نظام آخر مشابه يقام على أملاك الدولة العقارية" و "وفي جميع الأحوال لا يجوز مبادلة أملاك الدولة بأملاك الغير".

أما المادة الثالثة من ذات القانون فقد نصت على أنه: "تؤول إلى الدولة وتصبح من أملاكها دون أي تعويض أو مقابل - ما لم يكن منصوصا في العقد على خلاف ذلك - جميع المشروعات والمنشآت التي أقيمت قبل العمل بهذا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون على أملاك الدولة العقارية وفقا لنظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لنظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لنظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لأي نظام أخر مشابه بموجب عقد معها أو بترخيص منها، وذلك من تاريخ انقضاء مدة العقد الأصلي أو الترخيص أو أي تجديد تم على أي منهما، أو من تاريخ فسخ العقد أو إنهائه للمصلحة العامة .ولا يجوز، بعد العمل بهذا القانون، إجراء أي تعديلات على عقود أو تراخيص هذه المشروعات أو تمديدها أو تجديدها ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .ويكون طرح إدارة هذه المشروعات وفقا لأحكام هذا القانون".

مما يعني أخذ المشرع بنظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية في التعاقد في المشروعات التي تعود للدولة، أو ذلك النوع من العقود الإدارية التي تتم من خلال هذا النظام وتؤول ملكيتها للدولة.

كما تم اللجوء في الكويت إلى فكرة العقد النموذجي، وهي ليست فكرة جديدة على على النظام القانوني الكويتي، إذ تناولها القانون المدني في بعض نصوصه، مما يعني صحة هذا النوع من العقود وسريان أحكامه عند الاتفاق على الإحالة إليه[1].

وقد اعتمدت شركات المقاولات والمكاتب الهندسية الكبرى نماذج الفيديك العقدية في كثير من المشروعات الضخمة الخاصة بالتنمية، وبالبنية الأساسية على المستوى الدولي، لما تتميز به هذه النماذج من حسن الإعداد والتوزيع العادل للمخاطر، ناهيك عن كون كبريات مؤسسات التمويل في العالم قد تبنت هذه النماذج في عقودها ومشروعاتها[2].

كما أن الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية والذي يعتبر من أبرز مؤسسات التمويل، كان قج تبنى نماذج الفيديك العقدية، في مشروعات البنبة الأساسية في العقود التي ينفذها في مختلف الدول النامية التي يمولها[3].

---

١ المادة ٥١ من القانون المدني الكويتي، وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون "أن العقد النموذج تضعه، فى العادة، منظمات جماعية خاصة، كالنقابات وغيرها من الهيئات المهنية والغرف التجارية واتحادات البنوك، وقد تعمد الدولة نفسها أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة لوضع نموذج الشروط التى تتعاقد عليها مع الأفراد، كما إذا وضعت نموذجاً للشروط التى يتضمنها بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها، أو لمنح امتياز المرافق العامة. وقد يطلق على جماع الشروط التي تضعها الإدارة اصطلاح اللائحة النموذجية".انظر في ذلك: أحمد الملحم، نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، العدد ١ و٢، مارس–يونيو، ١٩٩٢.

٢ مشاعل عبد العزيز الهاجري، بداية النهاية: أثر ظهور مجالس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، دراسة في آليات المنازعات العقدية وفقاً لتعديلات الإصدار الأخير من عقد الفيديك، مجلة الحقوق، العدد ١، سنة ٣١، مارس ٢٠٠٧، ص٧٥–٧٧

٣ مشاعل عبد العزيز الهاجري، بداية النهاية...، مرجع سابق، ص٧٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتهدف الحكومة الكويتية مثلها مثل الحكومات الاخرى من اعتماد عقد الفيديك، لأنه يعتبر نموذجاً استقرت أحكامه على المستوى الدولي، وفيه من المزايا ما يرفع الحرج الناشئ لدى معظم المقاولين الدوليين الذين تتوفر لديهم الإمكانيات الفنية لتنفيذ المشاريع الضخمة، والتخوف من تطبيق أحكام القوانين الوطنية لتنظيم تنفيذ تلك المشروعات، حيث ان هؤلاء غالباً ما يحبذون التعاقد وفقاً لأحكام العقود النموذجية لأنها تتحقق لهم المعرفة الجيدة ببنودها، ولما في ذلك من ثبات واستقرار للعلاقة العقدية[١].

أما بالنسبة للتحكيم فيعرف أنه: "طريق استثنائي لفرض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"[٢].

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت فهو نفس تعريف اتفاق التحكيم في غيره من العقود ويعني اتفاق التحكيم أنه: "الاتفاق على طرح نزاع على أشخاص معينين يسمون بالمحكمين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة"[٣].

كما عرفه البعض الآخر أنه: "طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ويعتمد أساساً على أن أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم هم الذين يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه"[٤]. ويعرفه البعض الفقهاء أنه: "الاتفاق على طرح النزاع إلى شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[٥].

وقد يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع بين الطرفين ويطلق عليه شرط التحكيم. كما قد يكون لاحقا على نشوئه ويطلق عليه مشارطة التحكيم. وفي كلا الحالتين لابد من توافر موافقة طرفي العقد على سلوك طرق التحكيم حتى في حالة العقود المتعددة الأطراف حيث يجب موافقة كافة الأطراف على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[٦].

---

١ طعمه الشمري، ملاحظات عامة على الشروط الحقوقية لعقود المقاولات، محاضرة ألقيت فى دورة مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٩٥، ص ٢.

٢ تعريف محكمة النقض المصرية: نقض مصري رقم ١٤٩ لسنة ٤٩ ق، جلسة ١٩٨٢/١/٣

٣ عمرو عيسى فقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٦

٤ محمود تحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري وأساس التفرقة بينهما، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٣٣

٥ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج١، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٠.

٦ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص٣٦٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتميز التحكيم بانه يحقق طمأنينة أطراف الخصومة، فأطراف النزاع أو ممثلوهم تكون لهم فرصة أفضل في اختيار المحكمين، مباشرة أو بشكل غير مباشر[1].

الموقف الفقهي من إمكانية اللجوء إلى التحكيبم في عقود البناء والتشغيل:

انقسم الفقه إلى فريقين حول ذلك[2]:

الاتجاه الاول: اتجاه يؤيد فكرة سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض منازعات البوت استنادا إلى بعض الحجج كالتالي:

أ. انه لا يوجد نص تشريعي يمنع سلوك طرق التحكيم في هذا النوع من العقود وبالتالي استنادا إلى قاعدة ان الاصل في الاشياء الاباحة وطالما لا يوجد نص يحظر سلوك طرق التحكيم فإن للدولة سلوك طرق التحكيم أو اي وسيلة لفض منازعات العقد بما فيها التحكيم

ب. ان بعض التشريعات اجازت سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت كالقانون المصري في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات عقود البوت: وقد استند هذا الاتجاه على الحجج التالية:

أ. ان سلوك طرق التحكيم لابد وأن يستند إلى نص قانوني يجيزه، وإذا لم يوجد فلا يجوز اللجوء اليه.

ب. ان التحكيم يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة لأنه يسلب القضاء الوطني اختصاصه في فض المنازعات الناشئة عنه مما يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة التي تبسطها الدولة على القضاء، وان المساس حسب هذا الاتجاه لان التحكيم سيؤدي ايضا إلى تطبيق قوانين اجنبية على عقود ومشاريع وطنية.

ويتجه الباحث مع ميزة سلوك طرق التحكيم، ويرى انه ما دام أنه وضع في إطار قانوني من التنظيم السليم، فإنه يحقق مصلحة طرفي النزاع على السواء، حتى في مجال عقود البناء والتشغيل، حيث يجب ان يتم اللجوء اليه في إطار تنظيمي واضح، يكفل وجود ضمانات لاستيفاء كل طرف حقه فيه، وهذا غالباً ما يتم من خلال اللجوء إلى مراكز التحكيم الدولية.

---

١ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص٩٧

٢ جورجي ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ط٢، ص١٦٧-١٦٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أن وسيلة التحكيم لفض منازعات هذا النوع من العقود يؤدي بالنتيجة إلى كثير من المزايا إضافة إلى أنه لا يوجد ما يمنعه من الناحية القانونية، حيث يعمل على استقطاب الاستثمار كما يعمل على تسهيل عملية تسوية المنازعات التي قد تمتد إلى فترات طويلة، كما أن ذلك لا يؤثر في وظيفة القاضي الوطني إذ من المفروض أن يتحلى بالنزاهة مهما كان خصوم الدعوى، وهو ما يمكن توافره في المحكم.

تجدر الاشارة اخيراً بالنسبة لتسوية المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود، فإن صناعة الإنشاءات التي تعتبر مضمون هذا النوع من العقود، تتميز وتزيد بزيادة المطالبات العقدية والمنازعات المقترنة بها، حيث تشير الإحصاءات إلى أنه في حوالي ١٠% من المشروعات، فإن نسبة ٨% إلى ١٠% من التكلفة الإجمالية للمشروع تعتبر نفقات قانونية، و٥٠% من إجمالي تلك النفقات القانونية عبارة عن مبالغ ذات علاقة بمنازعات الأطراف. كما ان هذه النفقات على المنازعات العقدية سوف تأخذ حجماً أكثر ضخامة لو أن تقديرها شمل الخسائر الخفية، التي عادةً ما تقترن بمثل هذه المنازعات، كالمساس بالسمعة، والإضرار بالعلاقات التجارية، تكلفة الفرص الفائتة، ناهيك عن قيمة الوقت و الجهد المبذولين من قبل الجهازين الفني والإداري للأطراف[1].

١ مشاعل عبد العزيز الهاجري، بداية النهاية...، مرجع سابق، ص٦٩-٧٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

انعقاد اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

كما اشار الباحث آنفاً أن عقد البوت يعتبر من العقود التي يمكن سلوك طرق التحكيم فيها، وان اتفاق التحكيم فيها يعتبر كغيره من اتفاقات التحكيم من حيث تسوية النزاعات من خلال التحكيم وخضوعه تقريبا لنفس الأحكام التي يخضع لها اتفاق التحكيم في غيره من العقود بما في ذلك أحكام انعقاده.

ينعقد اتفاق التحكيم لفض منازعات عقود البوت متى توافرت شروطه، بمعنى توافر شروط اللجوء للتحكيم وشروط اتفاق التحكيم، وهذه الشروط وان كانت تختلف من مشرع لآخر إلا أنها تتشابه من حيث المبدأ.

ولا يكفي لكي ينعقد اتفاق التحكيم توافر شروطه، بل يجب ان ينعقد بين أطرافه وهم غالباً أطراف النزاع أو أطراف العقد الاصلي. كما يجب ان ينعقد الاتفاق حول الموضوعات التي يجوز سلوك طرق التحكيم لتسويتها ابتداءً، بالتالي متى توافرت هذه الشروط ينعقد اتفاق التحكيم الذي يترتب عليه انه في حالة حدوث نزاع يتعلق بالعقد فإنه يتم سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض هذا النزاع دون اللجوء إلى القضاء.

وعليه فإنه لبيان الأحكام المتعلقة بانعقاد اتفاق التحكيم فإن الباحث يتناول الموضوع في مبحثين كالتالي:

المبحث الاول: نطاق اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

المبحث الثاني: شروط واجراءات اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

نطاق اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

العقد، وهذا الامر ذاته ما يكون في عقود البناء والتشغيل، كما قد تتداخل عدة أطراف في عقد البوت، أو قد يكون هناك عقود أخرى في مختلف مراحل تنفيذ العقد وترتبط به بشكل لا يقبل التجزئة[1]. الأمر الذي قد يترتب عليه اشكالية الحديث عن نطاق اتفاق التحكيم ومدى امتداده إلى غير أطرافه الاصليين.

وبالطبع فإن ذلك من المسائل التي يتدخل المشرع فيها لتنظيمها، فالمشرع يتدخل ابتداء لتحديد موضوع التحكيم بشكل عام ونطاقه، ومن ثم امكانية التحكيم أو جوازه في انواع العقود المختلفة من حيث النص عليها أو السكوت عن بيان موقفه منها.

وفي هذا المبحث يتناول الباحث نطاق اتفاق التحكيم وموقف المشرع من التحكيم في عقود البناء والتشغيل من خلال مطلبين كالآتي:

المطلب الاول: حدود اتفاق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت

المطلب الثاني: موقف المشرع من التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت

١ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص٣٦٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الاول: حدود اتفاق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت

ترتبط مسألة تحديد نطاق عقد التحكيم بأطراف هذا العقد حيث يرتبط الاتفاق على التحكيم سواء كان شرط تحكيم أم مشارطة تحكيم بين طرفي الاتفاق اصلاً إعمالا لمبدأ نسبية آثار العقود، أو أن يقوم على الاحالة عندما يقوم الأطراف بالاتفاق على الإحالة بخصوص موضوع معين إلى شروط عامة أو عقود نموذجية تتضمن شرط التحكيم، بالتالي فقد يمتد اتفاق التحكيم في حالات معينة إلى غير أطراف التحكيم، وذلك استثناءً على الأصل المتمثل في اقتصار آثار العقد على أطرافه، ويعرف هذا المبدأ بامتداد نطاق التحكيم سواء من حيث الاشخاص ام من حيث الموضوع[١].

فبالنسبة لامتداد اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص فإن ذلك يفترض أصلاً وجود اتفاق على سلوك طرق التحكيم أصلي ثم يتم امتداده أو نقله، وذلك استناداً إلى نصوص القانون، فالقانون الاردني على سبيل المثال نص على انه: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"[٢]. كما جاء فيه أنه: "إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"[٣].

أما القانون المدني الكويتي فقد نص في المادة ١٤٦ على أنه: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإرث، ما لم يتبين من العقد، أو من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام". أما المادة ١٤٧ فقد نصت على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.".

أما القانون المدني المصري، فقد جاء فيه أنه: "ينصرف أثر العقد على المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"[٤]. كما جاء فيه أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى

---

١ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص ٣٦٩
٢ المادة ٢٠٦ من القانون المدني الاردني
٣ المادة ٢٠٧ من القانون المدني الاردني
٤ المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشئ له"[١].

ويتضح من ذلك أن امتداد اتفاق التحكيم من حيث الاشخاص يكون في حالات معينة كحالة الخلف العام سواء بالنسبة للشخص الطبيعي كحالة الميراث ام الاعتباري كحالة اندماج الشركات، والخلف الخاص والحوالة والحلول[٢]. إلا أنه في ما يتعلق بموضوع الخلف الخاص فإن هناك شروط لهذا الانتقال هي: أن يسبق تاريخ العقد تاريخ اكتساب الخلف ملكية الشيء، وشرط أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد من مستلزمات الشيء المعني، وشريطة علم الخلف بما ينتقل إليه من حقوق والتزامات أو أن يكون بمقدرته العلم بها[٣].

وعليه يشترط في انتقال التحكيم كنتيجة مترتبة على عقود البناء والتشغيل، أن يكون الاتفاق على التحكيم من موجبات العقد من حيث المبدأ، كما يجب علم الخلف الخاص بذلك وقت انتقال العقد إليه. أما في حالة عدم العلم باتفاق التحكيم، فغنه يجب التفريق بين حالتين، حالة أن يكون اتفاق التحكيم على صورة شرط مدرج في العقد الأساسي، فهنا لا يمكن للخلف الخاص أن يحتج بعدم علمه به ويعتبر علمه بالعقد الأساسي قرينة على علمه باتفاق التحكيم فيسري عليه الاتفاق. وحالة أن يكون اتفاق التحكيم على شكل مشارطة، وهنا لهذا الخلف التمسك بالعقد الاصلي دون التحكيم[٤]، إلا أنه غالباً ما يتم الاتفاق على التحكيم بعد حدوث منازعات فمن الطبيعي ان يكون الخلف بعد المنازعة على علم باتفاق التحكيم.

أما بالنسبة لامتداد اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، فإنه يتم عند وجود عدة عقود مترابطة فيما بينها، سواء من حيث موضوعها أو من حيث أشخاصها أو لتحقيق غاية معينة في عملية عقدية معينة، والمجموعة العقدية قد تكون أفقية وقد تكون رأسية، فالمجموعة الأفقية تكون على صورة عقود متتالية بين ذات الأطراف، كأن تضم كافة الأطراف المساهمين في اتخاذ مشروع، سواء أكان المشروع مشتركاً أم شركة محاصة (المعروف بالكونسرتيوم)، أما بالنسبة لامتداد التحكيم عند توافر حالة الكونسرتيوم الذي لم يكتسب شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الأطراف المكونة له، وعندما يكون هناك نزاع قائم بين الجهة المانحة وبين أي عضو من أعضاء الكونسرتيوم، فهنا يمتد الاتفاق

---

١ المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري
٢ حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ط١، ص١٨٥.
٣ معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج٢، مكتبة علم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٥، ط٨، ص١٠ وما بعدها
٤ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص٣٧٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على التحكيم إلى أي طرف من أطراف الكونسرتيوم بسبب قيام حالة تضامن بين أطراف الكونسرتيوم[١]. بالتالي فإن العقد الذي يكون أحد طرفيه شركة من شركات الكونسرتيوم وتضمن هذا العقد الاتفاق على التحكيم فإنه يعتبر ملزم لكافة الأشخاص المشتركين بصفة الكونستريوم، فيجوز بالتالي توجيه طلب التحكيم بمواجهتهم مجتمعين أو منفردين.

أما بالنسبة للعقود الرأسية أو المجموعة التى يتوافر فيها عدة عقود حول محل واحد، وتتعاقب عليه، فيكون محلها واحد أو غرضها واحد رغم اختلاف أطرافها، وينتج عن ذلك سلسلة عقدية متصلة تتكاتف فيها هذا النوع من العقود على تحقيق هدف مشترك رغم اختلاف أطرافها، وهنا نكون أمام عقد أصلي يتم تنفيذه من خلال مجموعة من العقود، حيث ينتشر ذلك في مجال عقود البناء والتشغيل[٢].

وقد ذهب الفقه والقضاء في هذه الحالة إلى القول بامتداد شرط التحكيم داخل هذه المجموعة استنادا إلى أن هذا النوع من العقود يهدف إلى تحقيق غاية مشتركة، بالتالي يمتد شرط التحكيم من حيث الموضوع بين هذا النوع من العقود المشتركة من عقود البوت، كما انه يفترض ان الأطراف المنفذين للمشروع قد اطلعوا على العقد الأساسي مما يتحقق معه عنصر العلم بشرط التحكيم أو مشارطته[٣].

أما التحكيم بالإحالة باعتباره من الصور الحديثة للتحكيم، نجد أن المشرع الاردني قد نص في قانون التحكيم على انه: "...ب- ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل احالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو اي وثيقة اخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد. ج- إذا تم الاتفاق على التحكيم اثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة ان تقرر احالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب"[٤].

أما قانون التحكيم الكويتي (باب التحكيم في قانون المرافعات الكويتي) فقد خلال من مثل هذا النص. أما المشرع المصري فقد أخذ به في قانون التحكيم، حيث جاء في أنه: "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءً من العقد"[٥].

---

١ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص٧١

٢ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٥٦

٣ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص٣٧٨

٤ المادة ١٠/ب و ج من قانون التحكيم الاردني رقم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١

٥ المادة ١٠/٣ من قانون التحكيم الأردني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويلاحظ هنا أننا نفترض وجود عقد يخل من أي اتفاق مباشر على التحكيم، إلا أن أطراف العقد قد أحالوا العقد إلى شروط عامة على شكل عقود نموذجية بحيث تتضمن شرط التحكيم. ويمكن ان يتم ذلك في حالة عقود البوت، ويشترط لذلك توافر شروط معينة، حيث يجب أن تكون الشروط العامة أو الصيغة النموذجية سابقة فى وجودها على العقد الأصلي الذي يتضمن شرط الإحالة، حيث لا تكفي الإحالة إلى اتفاق لاحق سيصدر بعد إبرام العقد الأصلي، كما يجب أن تكون الإحالة واضحة إلى شرط التحكيم الوارد في تلك الشروط العامة أو الصيغة النموذجية باعتباره جزءً من العقد فلا يكفي ان تكون الاحالة عامة[١].

كما يجب أن يكون العقد أو الوثيقة المحال إليها متضمنين صراحة شروط التحكيم، وأخيراً يجب أن يكون العقد أو الصيغة النموذجية المحال إليها معروفين للطرف الذي يتم التمسك فى مواجهته بشرط التحكيم، أو أن تكون معلومة في الوسط الذي ينتمى إليه الطرفان[٢].

وحول وضوح الاحالة نجد ان جانب من الفقه الفرنسي قد اشترط كتابة الاحالة، حيث انقسم الفقه الفرنسي من حيث الكتابة إلى اتجاهات: فقد ذهب جانب إلى ضرورة كتابة الإحالة ذاتها وعدم الاكتفاء بالقبول والإحالة العامة، وذهب جانب آخر اعتبار أن اشتراط الكتابة غير متطلب، وأنه يكفي القبول لوجود اتفاق التحكيم أياً كان شكل القبول. ومن المشاكل التي تثور في مجال الحديث عن نطاق اتفاق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت، اشكالية ضم التحكيمات، وذلك عندما تتعدد التحكيمات بالنسبة لعقد معين فقد تتضارب الأحكام الامر الذي يهدد استقرار المعاملات. وقد حظيت هذه الإشكالية باهتمام الفقه والقضاء نتيجة لعدم وجود أو وضوح التشريعات في هذا المجال، وقد ذهب الفقة في هذا الصدد إلى وجوب ضم هذه الأنواع من التحكيم بحيث تختص بها جهة واحدة، وذلك ضماناً لحسن وسلامة سير العدالة وتجنب تعارض الأحكام[٣]. كما ذهبت غرفة تجارة باريس إلى ضم التحكيمات في أحكامها التحكيمية[٤].

---

١ يوسف شريف خاطر، مرجع سابق، ص٧٣

٢ حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ٢٠١٠، مرجع سابق، ص١٨٦. وأحمد الصاوي، مرجع سابق، ص٢٢

٣ وائل محمد السيد مرجع سابق ص٣٨٣-٣٨٤

٤ أحمد شريف الدين، تسوية منازعات عقود مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٥١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: موقف المشرع من التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت

عندما يكون هناك جدلاً حول مسألة قانونية خاصة في المجال العملي والتطبيقي فإنه يتم اللجوء إلى النص القانوني لبيان موقف المشرع من الحالة، إلا أننا قد لا نجد في التشريع ضالتنا، لقصور فيه أو لحداثة المسألة المراد تطبيق النص عليها، لذا فإنه يلجأ إلى اتخاذ موقف تشريعي لمواجهة الحالة. وهذا ما جرى بالنسبة للتحكيم في عقود البناء والتشغيل.

فمسألة التحكيم ليست من المسائل العارضة التي يمكن تسويتها دون الالتفات للموقف التشريعي، خاصة أن الدولة غالباً ما تكون طرف في عقد البناء والتشغيل، وبالتالي تعبر مسألة تسوية المنازعات من المسائل التي تتعلق بسيادة الدولة، الامر الذي يتطلب وجود نص تشريعي يجيز ذلك.

وقد تدخل المشرع في كثير من الدول لمعالجة موضوع التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت أو في العقود الإدارية، أو لمعالجة موضوع تسوية المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية بما في ذلك عقد البوت عندما تكون الدولة طرفاً فيه باعتباره من العقود الإدارية.

وأياً كان الأمر بالنسبة لجواز سلوك طرق التحكيم، فإن الأمر يتضح من بيان موقف المشرع من تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل، فقد يحيل إلى التحكيم وهنا نقول بجواز التحكيم فيها أو أنه يجعل القضاء العادي الوطني هو المختص، بمعنى أنه لا يجيز سلوك طرق التحكيم فيها.

ونبحث في موقف المشرع الاردني والكويتي في فرعين كالتالي:

الفرع الاول: موقف المشرع الاردني من التحكيم في عقود البناء والتشغيل

الفرع الثاني: موقف المشرع الكويتي من التحكيم في عقود البناء والتشغيل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الاول: موقف المشرع الاردني من التحكيم في عقود البناء والتشغيل

لم يخصص المشرع الاردني كغالبية المشرعين في النظم القانونية المختلفة مساحة خاصة للحديث عن عقود البناء والتشغيل وموقفه من تسوية النزاعات المنبثقة عنها سواء في التحكيم أم غيره، إلا أنه يمكن التعرف على موقفه هذا من خلال التعرف على موقفه من التحكيم بشكل عام ومن موقفه من التحكيم في مجال العقود الإدارية.

ومن هنا نجد ابتداءً أن قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ لم ينص على موقف المشرع الاردني من حيث جواز التحكيم في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية من عدمه، وكانت الجهات الإدارية المختلفة تبرم العقود الإدارية وتتفق على شرط سلوك طرق التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بتلك العقود حتى لو بصورة اجبارية [١].

وقد ألغي قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ قانون عام ١٩٥٨ وفيه نص المشرع الاردني صراحة على جواز التحكيم في المنازعات العقدية التي قد يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، حيث جاء فيه أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية أكانت أم غير عقدية"[٢].

ورغم وضوع الأمر أو اشارته على الاقل للعقود الإدارية إلا أن الامر لم يرق للفقه والقضاء تماماً مثلما حدث في مصر حول هذا النص الذي يتشابه مع نص المشرع الاردني وصياغته[٣]، حيث صدرت فتوى عن مجلس الفتوى والتشريع المصري بعدم جواز سلوك طرق التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى هذا النص، وأن الأمر يتطلب النص صراحةً على جواز التحكيم في العقود الإدارية، الأمر الذي دفع المشرع المصري إلى تعديل ذلك القانون بقانون التحكيم لعام ١٩٩٧ المعدل لقانون عام ١٩٩٤.

---

١ علي شطناوي، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، العدد الخامس، ١٩٩٢، ص٨٨ وما بعدها. و بشار عبد الهادي، التحكيم في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية، دار وائل، عمان، ٢٠٠٥، ط١، ص٦٧ وما بعدها

٢ المادة الثالثة من قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١

٣ المادة الأولى من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ قبل تعديلها بقانون عام ١٩٩٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه فقد صدر قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ الذي اجاز في المادة الثالثة منه سلوك طرق التحكيم بنص صريح، حيث نصت المادة الثالثة منه على انه: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية".

ويلاحظ ان النص لم يرد فيه التحكيم على وجه الخصوص لنوع معين من العقود أو التحكيم، مما يعني انه يمكن تعميم هذا الحكم على مختلف صور التحكيم[١]، وقد أكدت ذلك محكمة التمييز الاردنية في قراراتها حيث قضت انه: "إذا قام خلاف بين دائرة الجمارك واصحاب العلاقة حول مواصفات البضاعة أو منشئها يحال الامر إلى المدير فإذا لم يقبل صاحب العلاقة بالقرار الصادر عن المدير فله الحق بسلوك طرق التحكيم عملاً بالمادة ٧٨/ب من قانون الجمارك، وعليه ولما لم يطلب اصحاب العلاقة احالة النزاع مع دائرة الجمارك إلى التحكيم فإنهم يكونون قد قصروا بحق أنفسهم والمقصر أولى بالخسارة، ولا يرد ادعاء المميزة أنها تقدمت باستدعاء إلى وزير المالية شرحت فيه منشأ البضاعة طالما أنها لم تطلب صراحة إحالة النزاع إلى التحكيم"[٢].

ويتقيد هذا التعميم بشروط التحكيم الواردة في القانون، حيث انه إذا نص اي عقد على جواز سلوك طرق التحكيم فإنه يمكن سلوك طرق التحكيم، إلا أنه يجب التقيد بالشروط التي يدرجها المشرع الاردني حول التحكيم[٣].

وقد وردت هذه الشروط في المادة التاسعة من قانون التحكيم الاردني بقولها: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

وقد تم سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقد البوت في الاردن في كثير من المناسبات، منها ما يتعلق باتفاق اعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي حيث جاء في الاتفاقية على أنه: "على طرفي العقد بذل كافة الجهود لحل اي نزاعات تنشأ بينهما بالطرق السلمية، سواء تعلق النزاع بخرق لنصوص الاتفاقية أو بطلان أو انهاء أو تفسير بنود الاتفاقية، وفي هذا الصدد فإن على طرفي العقد تحديد ممثلين لهم للاجتماع كل اربعة أشهر وبشكل دوري لمناقشة الامور العالقة بينهما ومحاولة الوصول إلى حل سلمي بشأنها"[٤].

---

١ وضاح الحمود، مرجع سابق، ص٢١٥.
٢ قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٩٦/١٧٤٠
٣ وضاح الحمود، مرجع سابق، ٢١٥
٤ المادة ١/١٩ من اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: موقف المشرع الكويتي من التحكيم في عقود البناء والتشغيل

ويشار هنا انه مثلما يتم الاستدلال على موقف المشرع الاردني في مدى جواز اللجوء للتحكيم في منازعات البناء والتشغيل من خلال موقفه من التحكيم في العقود الإدارية فانه يتم الاستدلال على موقف المشرع الكويتي بذات الطريقة. وبالنسبة للعقود الإدارية في الكويت يمكن التمييز بين مرحلتين: مرحلة ما قبل انشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية الكويتية، ومرحلة ما بعد إنشائها.

ونتناول ذلك كالتالي:

أولاً: مرحلة ما قبل إنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية الكويتية، حيث كان يتم الاستناد في جواز التحكيم في العقود الإدارية لنص المادة المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٦ لسنة ١٩٦٠، حيث اجازت هذه المادة: "الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، .... والاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين". وحيث جاء النص عاماً فإنه تم تفسيره على أنه يجيز التحكيم في كافة العقود المدنية والتجارية والإدارية التي تبرمها الجهات الإدارية.

ولتلافي النقد الذي قد يوجه لهذا التفسير صدر المرسوم الأميري رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ الخاص بتنظيم إدارة الفتوى والتشريع، متضمناً نصاً خاصاً بشأن التحكيم في العقود الإدارية، حيث جاء فيه أنه: "لا يجوز لأي دائرة أو مصلحة أو هيئة حكومية أخرى أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم في موضوع تزيد قيمته على مليون روبية بغير استفتاء الإدارة"[١].

بالتالي فإنه يحق بموجب هذا المرسوم للجهات الإدارية الاتفاق على سلوك طرق التحكيم في العقود التي تبرمها شريطة أخذ رأي إدارة الفتوى والتشريع، إلا في العقود التي تقل قيمتها عن مليون روبية.

كما صدر قانون جديد للمرافعات المدنية والتجارية عام ١٩٨٠ وابقى على النص السابق في القانون القديم من حيث أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"[٢].

---

١ المادة الخامسة من المرسوم اعلاه.
٢ المادة ١٧٣ من القانون اعلاه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن إدارة الفتوى والتشريعات وافقت وتماشت مع هذه التفسيرات لإجازة التحكيم في العقود الإدارية فقررت لأنه: "يجيز القانون الكويتي التحكيم إما مشارطة في نزاع معين أو بشرط تحكيم يوضع في عقد معين لفض جميع المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ومن المعلوم أن هذه المسائل هي المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية أو بالنظام العام كمسائل سيادة الدولة مثلاً، وبالنسبة للحكومة فإنها تفضل بوجه عام أن يكون الفصل في المنازعات للقضاء على أنها تقبل في بعض الأحيان شرط التحكيم في العقود الإدارية والأصل أن يكون التحكيم داخلياً إلا في أحوال خاصة تقدرها فإنها تقبل التحكيم خارج الكويت. وبالنسبة لمن له قبول التحكيم فهو بالنسبة إلى الحكومة الوزير وبالنسبة إلى المؤسسات العامة يرجع إلى قانون إنشائها فقد يكون مديرها أو رئيس مجلس إدارتها مثلاً. هذا ويشترط بالنسبة إلى الحكومة والمؤسسات العامة عرض الأمر على إدارة الفتوى والتشريع قبل قبول التحكيم وذلك طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ الخاص بتنظيم إدارة الفتوى والتشريع"[١].

وليس فقط ادارة الفتوى من توافق مع هذا التفسير، فالقضاء الكويتي هو ايضاً ذهب إلى إقرار صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية، وذلك من خلال إقراره للأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم التي تصدر في المنازعات المتعلقة ببعض العقود الإدارية، فقد جاء في احد أحكامها: "...أن وزارة الأشغال العامة قد أبرمت عقداً مع شركة مقاولات لإنشاء طرق عسكرية بمنطقة الجهراء، وقد نص البند ٣١ من العقد على أنه عند حدوث خلاف يتعلق بموضوع العقد أو تنفيذه يحال الأمر إلى محكم يختاره الطرفان للفصل فيه بقرار نهائي ملزم.... وحيث نشأ خلاف عند تنفيذ أحكام العقد وتمت إحالته إلى التحكيم الذي فصل فيه بإلزام وزارة الأشغال العامة بأن تؤدي مبلغ ٦٧٢٦ ديناراً للشركة، فقد تم الطعن بحكم هيئة التحكيم أمام المحكمة الكلية التي اعتبرت مشارطة التحكيم صحيحة..."[٢].

أما عن المسائل التي يمكن سلوك طرق التحكيم فيها في مجال المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية، فقد جاء في قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصلح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع"[٣]. وإزاء ذلك فقد بين القانون المدني الكويتي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، حيث جاء فيه أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها"[٤]

---

١ فتوى ادارة الفتوى الكويتية رقم ١٩٢٧/٢، تاريخ ١٩٧٤/٣/١٦

٢ قرار المحكمة الكلية في القضية رقم ١٩٦٨/١٠٦٤ جلسة ١٩٦٩/٣/١٧ مجلة القضاء والقانون، السنة الأولى، العدد الثاني، ص٨٧

٣ المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٨٠

٤ المادة ٥٥٤ من القانون المدني الكويتي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، إلا أنه إذا تعلق المسألة بالنظام العام وترتب عليها حقوق مالية لصالح أحد الأطراف فإنه يجوز التحكيم بشأنها[١].

ثانياً: مرحلة ما بعد إنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية، عندما أصدر المشرع الكويتي قانون انشاء المحكمة الإدارية أو الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية جعل من ضمن اختصاصها الفصل في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية حيث نص على أنه: "تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل ..."[٢].

وبصدور هذا القانون واستنادا إلى هذا النص رأى جانب من الفقه أنه لا يجوز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية لأن هذا الاختصاص يعد اختصاصا حصرياً بنص القانون للدائرة الإدارية وان هذا النوع من الاختصاص يعد من الاختصاصات النوعية المتعلقة بالنظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته أو التنازل عنه باعتبار أن أساس وجود الدائرة الإدارية هو نص الدستور (المادة ١٦) التي تقتضي أن: "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بوساطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون". وعليه فإن التحكيم وفقاً لنص المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي والمادة ٥٥٤ من القانون المدني الكويتي غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام التي تشمل هذا النوع من المنازعات[٣].

بالمقابل برز اتجاه آخر في الكويت يرى أن اختصاص الدائرة الإدارية في نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، لا يترتب عليه حظر التحكيم فيها، لأن أحكام قانون إنشاء الدائرة الإدارية لم تتضمن نصاً صريحاً بعدم جواز لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في هذا النوع من المنازعات، وإن اختصاص الدائرة الإدارية المنصوص عليه في قانون إنشائها يهدف إلى بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص هذه الدائرة والدوائر الأخرى في المحكمة الكلية، بالتالي فإن القول بأن توزيع الاختصاص المنصوص عليه في هذا القانون يتضمن حظر لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية يحمل النص أكثر مما يحتمل[٤].

---

١ عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠، ص١١٠

٢ المادة الثانية من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشاء دائرة في المحكمة الكلية

٣ أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٦، ص٢٧٧.

٤ محمد ماجد محمود، مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في الكويت من ٢٧-٢٩ إبريل ١٩٩٧، ص٣٤٧-٣٤٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي سنة ١٩٩٥ صدر قانون التحكيم القضائي، وقد حددت نصوصه اختصاص جهة التحكيم المعنية بتسوية المنازعات التي يتم الاتفاق على عرضها على التحكيم، والفصل في المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بعد العمل به، بحيث يتم فض هذه المنازعات أسلوب التحكيم، شريطة ألا يكون هناك نص في العقد أو في نظام خاص يتعلق بالتحكيم خلاف ذلك. واختصاص الفصل في المنازعات التي تكون الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، واختصاص نظر طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الأشخاص الاعتبارية العامة، ما لم يكن تم اللجوء إلى القضاء لتسويتها[١].

ولأن المشرع لم يحدد نوع النزاع الذي يدخل في اختصاص هيئة التحكيم القضائي، بالتالي يثور التساؤل عن وضع المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية من ضمن هذا الاختصاص. وهنا ذهب اتجاه فقهي إلى أنه يشترط في النزاع الذي يكون من اختصاص هيئة التحكيم القضائي أن يكون نزاعاً مدنياً أو تجارياً لأن نص القانون جاء فيه عبارة: "التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية". كما أن المادة الخامسة منه استوجبت لاختصاص هيئة التحكيم بالمسائل التي تعرض عليها أن تكون ضمن المسائل التي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري، بمعنى أن هيئة التحكيم القضائي لا تفصل في المسائل التي تخرج عن اختصاص القضاء المدني أو التجاري، والتي من ضمنها منازعات العقد الإداري[٢].

بينما ذهب اتجاه آخر إلى جواز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية استناداً لعموم نص المادة ٣/٢ من قانون التحكيم القضائي في المنازعات المتعلقة بالأشخاص الاعتبارية العامة والجهات الحكومية، حيث جاء النص شاملاً للعقود الإدارية، ولكون قانون التحكيم القضائي قد جاء لاحقاً على قانون إنشاء الدائرة الإدارية مما يترتب عليه نسخ أحكامه ووجوب العمل بالقانون اللاحق وهو قانون التحكيم[٣].

وقد ذهبت إدارة الفتوى والتشريع في الكويت إلى جواز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية، فقد أبدت في فتاويها أنه: "يتبين من سياق نصوص وثيقة العقد والشروط

---

١ المادة الثانية القانون اعلاه

٢ عزيزة شريف، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، بحث منشور في: مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٢، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨، ص٢٦ وما بعدها. ومحمد عبد المحسن المقاطع، بعض إشكاليات التحكيم القضائي وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وسبل التغلب عليها، بحث مقدم لمؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، المنعقد من ٢٧-٢٩ نيسان ١٩٩٧، ص٥٥٣

٣ محمد ماجد محمود، مرجع سابق، ص٣٤٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العامة أنه لا تعارض بين نص المادة السادسة عشرة من وثيقة العقد، وبين المادة ٦٧ من الشروط العامة، ذلك أن ما ورد بالمادة السادسة عشرة المذكورة هو تحديد للاختصاص الدولي للمحاكم وفقاً لما ورد بالمواد ٢٣ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٠، ذلك أن الجهة المتعاقدة وهي مؤسسة أجنبية، فنص العقد لذلك في مادته السادسة عشرة على أنه: "في حالة نشوء أي نزاع حول تفسير العقد أو تطبيقه يتعذر تسويته ودياً بين الطرفين، فيرجع بشأنه إلى المحاكم الكويتية المختصة طبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهي النصوص التي توضح أن المحاكم المذكورة هي المختصة دولياً بنظر مثل هذا النزاع". أما بالنسبة لما ورد بالمادة ٦٧ من الشروط العامة، فإنه يتضمن حكماً آخر مختلفاً تمام الاختلاف عما ورد بالمادة السادسة عشرة المشار إليها ولا يتعارض مع أحكامها؛ إذ نظمت المادة ٦٧ – المنوه عنها – الإجراءات التي يتم اتباعها عندما تنشأ أية نزاعات أو خلافات بين المالك والمهندس والمقاول فيما يتصل بالعقد، أو تنشأ عن تنفيذ الأعمال وأوضحت أنه: "يجوز لصاحب العمل والمقاول أن يطلب إحالة الأمر على ثلاثة محكمين يختار كل منهما واحداً منهم". وهكذا فلكل من المادتين أحكامها ومجال تطبيقها ولا تعارض بينهما على نحو ما سبق بيانه. وحيث إن إدارة كل من طرفي العقد رقم ٧٩/ ٨٠ المشار إليه وهما المؤسسة والشركة قد اتفقا على حل أية نزاعات أو خلافات تتصل بالعقد أو تنشأ عن تنفيذ الأعمال بأسلوب التحكيم طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الشروط العامة، وكان الثابت من الأوراق أن ثمة نزاعا قد نشأ بين الطرفين متعلقا بمستحقات الشركة عن العقد المذكور وطلبت الشركة من المؤسسة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحل النزاع عن أسلوب التحكيم، إعمالاً للمادة ٦٧ المشار إليها، ومن ثم يكون هذا الطلب في محله؛ لأنه لا يجوز الالتجاء إلى المحاكم لتسوية هذا النزاع مع وجود تلك المادة من شروط العقد، ولا يغير من هذه النتيجة كون العقد الذي يربط المؤسسة بالشركة عقداً إدارياً تختص بنظر المنازعات الناشئة عنه الدائرة الإدارية وحدها والصادر بإنشائها المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ ذلك أن مسألة اختصاص محكمة دون غيرها بنوع معين من المنازعات لا علاقة له بجواز التحكيم أو عدم جوازه، فالمشرع عندما يحدد الاختصاص الأمر لا يعني سوى أن محكمة من محاكم الدولة أكثر ملاءمةً من غيرها لحل النزاع، أما عندما يلجأ الخصوم إلى المحكمين فإنهم لا يفضلون محكمة من محاكم الدولة على غيرها ولكنهم يودون حل النزاع بعيداً عن كل هذه المحاكم، وبالتالي لا يعد ذلك منهم استبعاداً اتفاقياً للاختصاص، ولقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠ المشار إليه تعليقاً على المادة الثانية منه التي تحدد اختصاص الدائرة الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد[1] ...

---

١ يتشابه عقد التوريد وعقد النقل كما أن أحكامهما القانونية واحدة ويختلفان من حيث الموضوع فقط، فعقد التوريد هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفردا أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(أن المحاكم العادية تختص حالياً بنظر المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية وتطبق بشأنها قواعد القانون الإداري ونقل الاختصاص إلى الدائرة المنشأة بموجب هذا القانون لن يترتب عليه أي أثر جديد بالنسبة لاختصاص المحاكم بهذا النوع من العقود سوى قصر الاختصاص بنظر هذا النوع من العقود على هذه الدائرة وحدها لتخصصها، وبالتالي لا تأثير لصدور القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨١ على ما ورد بالمادة ٦٧ من الشروط العامة السابق الإشارة إليها، كما أن المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ قد أجازت الإحالة الى التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود، وعلى عدم اختصاص القضاء فيما اتفق على احالته الى التحكيم. حيث جاء فيها انه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين". بالتالي يجوز سلوك طرق التحكيم عند النزاع كما يجوز الاتفاق على التحكيم مسبقاً".

وعليه يجوز لكل من طرفي العقد رقم ٨٠/٧٩ المشار إليه أن يلجأ إلى أسلوب التحكيم المنصوص عليه في المادة ٦٧ من الشروط العامة للعقد وطبقاً للقواعد والإجراءات المبينة بها لحل أية نزاعات أو خلافات متصلة بالعقد أو تنشأ عن تنفيذ الأعمال، وذلك على النحو الوارد بالأسباب[١].

أخيراً نجد أن محكمة التمييز الكويتية قد حسمت الخلاف بعدم جواز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية حيث جاء في قراراتها أنه: "يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تضمنه هذا النوع من العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى موضوعات القانون الخاص والمنازعة بشأن هذا العقد سواء ما تعلق منها بتفسير نصوصه أو البحث في المسئولية الناشئة عنه، وطلب التعويض كل ذلك مما ينعقد الاختصاص به للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون سواها طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١، وهو اختصاص يتعلق بالنظام العام. وإذ خالف الحكم المطعون فيه برفض الدفع المبدي بعدم اختصاص هيئة التحكيم ولائياً بنظر النزاع وقضائه باختصاصها، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه"[٢].

معينة للشخص المعنوي العام تكون لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين. ويختلف عقد النقل من حيث الموضوع من عقد التوريد بان يتعهد الفرد او الشركة بنقل الأشياء منقولة للإدارة أو بوضعها تحت تصرفها: ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص٥٧٤. و محمد السناري، مرجع سابق، ص٤٧

١ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ١٩٩٠ ولغاية ديسمبر ٢٠٠٢، من إصدارات إدارة الفتوى والتشريع، ج١، يناير ٢٠٠٢، ص٣٩٩

٢ الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ١٩٩٨ تجاري جلسة ١٩٩٩/٣/١٤ موسوعة مبادئ القضاء الاداري، ج٨، منشورات إدارة الفتوى والتشريع، ٢٠٠٠، ص١٣٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تجدر الاشارة إلى ان المشرع المصري قد تدخل في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، وحدد اختصاص مجلس الدولة في المنازعات الإدارية، حيث ينص قانون السلطة القضائية على أنه: "فيما عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص"[١]. ثم تطور اختصاص مجلس الدولة ليكون له ولاية شاملة لكافة المنازعات الإدارية دون تحديد، وهذا ما أكده دستور ١٩٧٢[٢].

وينص قانون مجلس الدولة المصري على أن: "يختص المجلس بنظر المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إدارى آخر"[٣]. بالتالي إذا كان عقد البوت من العقود التي تبرم في إطار القانون الخاص وان الدولة ليست طرف فيه فإنه يخضع للقضاء العادي وليس الاداري.

ومن حيث مدى جواز لجوء الدولة للتحكيم فى عقود البوت في مصر أي بالنسبة لعقد البوت الاداري، حيث نجد ذلك في قضاء محكمة القضاء الاداري، التي قضت بـ: "بطلان شرط التحكيم الوارد فى العقد الإداري- عقد مطار رأس سدر - وذلك بسبب عدم موافقة الوزير المعني على سلوك طرق التحكيم، ولأن الاختصاص في هذه المنازعات يكون لمجلس الدولة"[٤].

ومع ذلك ثار خلاف حول هذا الامر حتى بعد حكم محكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة، فتدخلت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لإبداء الرأي، فانتهت الى: "جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية"[٥]. ثم صدر قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فنص على أنه: "١. تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري فى مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. ٢. وبالنسبة إلى المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص

---

١ المادة ١/١٥ من قانون السلطة القضائية
٢ المادة ١٧٢ من الدستور المصري لسنة ١٩٧٢
٣ المادة ١١/١٠ من قانون مجلس الدولة المصري
٤ حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة الصادر فى ٢٠٠٩/٢/١٩
٥ الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لإبداء الرأي، الفتوى الصادرة بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاعتبارية العامة، ولا يجوز التعويض فى ذلك"[1]. الامر الذي يتضح منه جواز التحكيم في العقود التي يكون أطراف العلاقة فيها من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص.

١ المادة الاولى من قانون التحكيم المصري

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

شروط واجراءات اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

إن أهم ما يحيط بالعملية التحكيمية في اي نوع من انواع العقود هو وجود شروط واجراءات تضبط العملية التحكيمية، فبتوافر شروط التحكيم يمكن الانتقال للبدء بالعملية التحكيمية لتسوية النزاع الذي انعقد اتفاق التحكيم لأجله.

ومتى بدأت العملية التحكيمية نجد أن هناك مجموعة من الاجراءات التي يجب اتباعها لكي تكون العملية التحكيمية في اطارها الصحيح. وهذه الاجراءات تتعدد وتختلف من مرحلة لاخرى حسب مراحل التحكيم. وبالمجمل فإن هذه الاجراءات يجب ان تتم في اطار من القانونية والمشروعية.

وبالنسبة لشروط التحكيم في عقود البناء والشغيل نجد أن هناك نوعين فمنها ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي. أما بالنسبة للاجراءات فإنها تتمثل بعدة مراحل بدءً بالاخطارات والتباليغ وانتهاء بصدور حكم التحكيم الفاصل في النزاع.

ويتناول الباحث في هذا المبحث شروط التحكيم في عقود البناء والتشغيل واجراءاته وذلك في مطلبين كالتالي:

المطلب الاول: شروط التحكيم في عقود البناء والتشغيل

المطلب الثاني: اجراءات التحكيم في عقود البناء والتشغيل

المطلب الاول: شروط التحكيم في عقود البناء والتشغيل

هناك نوعين من الشروط التي تتعلق بالتحكيم في عقود البناء والتشغيل باعتبارها من العقود الإدارية وهذه الشروط هي شروط شكلية واخرى موضوعية ونتناولها في فرعين كالتالي:

الفرع الاول: الشروط الشكلية

تدور هذه الشروط غالباً حول عدة جوانب منها وجود اتفاق التحكيم ثم كتابة هذا الاتفاق:

أولاً: وجود اتفاق على التحكيم شرطا أو مشارطة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سبق وان اشرنا إلى ان سلوك طرق التحكيم يتم من خلال شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم:

أ. شرط التحكيم، ويكون من خلال تضمين أطراف العقد فيه بنداً يمكّن أو يجيز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الناشئة عنه[١].

ب. اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم)، وهو عقد مستقل يلحق بالعقد الأصلي، يتضمن اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم لتسويته، عوضاً عن اللجوء إلى القضاء، بالتالي يكون اتفاقاً لاحقاً لحدوث النزاع بخلاف شرط التحكيم[٢].

تجدر الاشارة إلى انه بالنسبة لتفسير اتفاق التحكيم عند وجود شك في عبارة الاتفاق حول سلوك طرق التحكيم من عدمه، فيجب أن يفسر ذلك لصالح عدم سلوك طرق التحكيم، وإذا كان هناك شك في مدى خضوع نزاع معين للتحكيم من عدمه، فيفسر الشك لصالح عدم دخوله في التحكيم[٣].

ثانياً: الكتابة

بمعنى انه يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً وذلك لتجنب البطلان من جهة ولأن الكتابة تساعد على تحديد موضوع وشروط التحكيم وسهولة إثباته من جانب آخر[٤].

كما تتعلق الشروط الشكلية بعدد وتشكيل هيئة التحكيم، فمن حيث العدد يجب أن يكون عدد المحكمين فردي إذا زاد عدد المحكمين عن واحد، وغالباً ما يتم الاتفاق على ذلك في اتفاق التحكيم[٥]. ويعرف المحكم بأنه: "الشخص المختار للفصل في نزاع بين طرفين أو اكثر بناء على اتفاق تحكيم يخوله حق القيام بهذه المهمة"[٦]. كما يجب أن يتضمن الاتفاق على التحكيم البيانات اللازمة [٧].

---

١ محمود التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية ١٩٩٩، ص٦٧-٦٨

٢ لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢١٥-٢١٦

٣ حمزة حداد، كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية، ٢٠٠٧، مرجع سابق.

٤ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص١٧٠

٥ عبد العزيز خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، مرجع سابق، ص٣٤٤.

٦ عبد الهادي عباس وجهاد هواش، التحكيم، المكتبة القانونية، دمشق، ١٩٩٧، ط٢، ص١٤٩.

٧ مصلح الطراونة، الرقابة القضائية على الاحكام التحكيمية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، ٢٠١٠، ط١، ص١٠٦ وما بعدها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحسب المشرع الاردني يجب أن كتابة اتفاق التحكيم وتوقيعه من طرفي العلاقة، حتى لو كانت الكتابة من خلال افر اغ المستند أو تبادله بين طرفي العلاقة من خلال الرسائل أو البرقيات أو من خلال الفاكس أو بأي وسيلة اتصال مكتوبة، فتعد بمثابة تسجيل أو كتابة للاتفاق. كما اعتبر المشرع الأردني أن: "كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد بمثابة الاتفاق المكتوب"، كما اعتبر: "أن اقرار المحكمة بإحالة النزاع إلى التحكيم أثناء نظر النزاع من قبلها بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب بين الطرفين"[١].

وفي الكويت نجد قانون المرافعات المدنية (باب التحكيم) قد بين هذه الشروط في المادة ١٧٣ منه، حيث نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ولا يثبت التحكيم الا بالكتابة".

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

وتكمن هذه الشروط في موضوح التحكيم حيث يجب ان يكون من المسائل التي يجوز فيها التحكيم وان يتوافر في أطراف التحكيم الاهلية الكاملة والرضا بالتحكيم.

أولاً: موضوع التحكيم (المحل)

فبالنسبة لموضوع التحكيم فيجب أن يكون في الموضوعات والجوانب التي يجوز الصلح فيها أو التصالح بشأنها بالتالي لا تخضع بعض المسائل للتحكيم كتلك التي تتعلق بالنظام العام أو الاختصاص القضائي أو الأموال العامة كالأراضي الأميرية[٢].

وفي هذا الصدد نجد قانون التحكيم الاردني نص على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"[٣].

كما نصت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية الكويتي أنه: "...ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم الا ممن له اهلية التصرف في الحق محل النزاع ...".

---

١ المادة ١٠ من قانون التحكيم الاردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١
٢ مصلح الطراونة، مرجع سابق، ص٩٠
٣ المادة التاسعة من قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالتالي فان وصف عقد معين انه إداري لا يخرجه من طائفة الموضوعات التي تخرج عن التحكيم، لكن العبرة بالموضوع الذي يدخل من العقد في التحكيم أو التصالح ام لا، لذا فان عقود البوت تصلح ان تكون موضوعا للتحكيم ضمن اسس التحكيم القانونية.

ثانياً: شرط الاهلية

أما بالنسبة لشرط الاهلية والرضا فإن التحكيم عادة يجب أن يتم بعد اللجوء اليه أو اختياره من قبل ذوي أهلية ورضا وبإرادة طرفي النزاع، ووفقاً لأحكام القانون، وتتمثل أهلية الشخص العام بالنسبة للعقود الإدارية في موافقة الجهة المختصة صاحبة الولاية، والتي يعطيها القانون صلاحية تمثيل ذلك الشخص في حقوقه وواجباته، على إجراء التحكيم ووفقاً لقواعد الاختصاص[١].

المطلب الثاني: اجراءات التحكيم في عقود البناء والتشغيل

تعرف إجراءات التحكيم بأنها: "مجموعة الإجراءات التي يجري اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم، ولحين صدور القرار الفاصل في النزاع عن جهة التحكيم. وتختلف هذه الإجراءات باختلاف هيئة التحكيم، إذ إنه في حالة الإحالة إلى هيئة معينة، فإنها تكون محددة الإجراءات بشكل مسبق، ولا يملك الأطراف أي خيار فيما يتعلق بهذه الإجراءات أو اختيارها. وذلك على خلاف الطريقة الأخرى التي يملك فيها أطراف العلاقة صياغة القواعد الاجرائية أو اختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة". ومن المعروف أن أي عملية تحكيمية تمر بعدة مراحل، إلا أن هذه المراحل غالباً تسبق بوجود اتفاق التحكيم، وهي مرحلة ما قبل بدء الاجراءات حيث يختار الأطراف -وبإرادتهم- سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بعيدا عن القضاء[٢].

ولا تختلف هذه الاجراءات عن اجراءات التحكيم في غيرها من العقود، حيث تمر اجراءات التحكيم بمراحل رئيسية تبدأ من الاخطارات والتبليغات ومروراً باختيار المحكمين واختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق ومن ثم اصدار حكم التحكيم وتنفيذه وأحياناً قد يكون هناك اجراءات تحفظية أو وقتية.

وتحكم عملية اختيار إجراءات التحكيم في مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية ولوائح ومراكز التحكيم بعض المبادئ الأساسية التي أهمها: تحقيق المساواة بين الأطراف في المعاملة، وتهيئة الفرصة المتكافئة والمتكاملة لكل طرف لعرض دعواه والحق في الاطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر ومواجهته والرد عليه[٣].

---

١ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٤٥

٢ هاني محمد البوعاني، مرجع سابق، ص٣.

٣ فؤاد محمد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص٣٦٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أنه من المعروف بالنسبة لاجراءات التحكيم أن يتمتع أطراف النزاع بحرية اختيار القواعد الاجرائية التي تحكم سير النزاع، وقواعد سير المرافعات أمام هيئة التحكيم، ومكانها، والمواعيد والمدد، واجراءات سماع الشهود، وإجراء التحقيقات والاستعانة بالخبراء، والقواعد القانونية واجبة التطبيق[١].

ونتناول هذه الاجراءات كالتالي:

أولاً: الإخطار، والذي يتم من قبل المدعي إلى المدعى عليه ليبلغه باللجوء للتحكيم استنادا إلى شرط أو مشارطة التحكيم، ويبين فيه موضوع النزاع، وطلباته، واية ملاحظات أو مقترحات تتعلق بالعملية التحكيمية[٢].

فالقانون الكويتي ينص على انه: "يقوم المحكم خلال ثلاثين يوما على الاكثر – من قبول التحكيم باخطار الخصوم بتاريخ اول جلسة تحدد لنظر النزاع، وبمكان انعقادها وذلك دون تقيد بتالقواعد المقررة في هذا القانون للاعلان، ويحدد لهم موعدا لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم واوجه دفاعهم ويجوز الحكم بناء على ما يقدمه جانب واحد إذا تخلف الآخر عن ذلك في الموعد المحدد"[٣].

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم ودور المحكمين وصلاحياتهم، ويتبع في ذلك غالباً أحكاماً عامة ورئيسية وقد تكون اتفاقية أو قد يتم اللجوء اليها من القوانين، حيث يتيح التحكيم لأطراف النزاع فرصة اختيار المحكمين، سواء بطريق مباشر أم غير مباشر، ويعرف ذلك بمبدأ حرية الأطراف فى اختيار المحكمين[٤]. وهناك طريقتين لاختيار المحكمين[٥]:

الطريقة الاولى: أن يقوم أطراف النزاع باختيار المحكمين بأنفسهم، وتتفق هذه الطريقة مع فلسفة التحكيم التي تقوم على ثقة الأطراف فى أعضاء هيئة التحكيم[٦].

الطريقة الثانية: أن يقوم أطراف النزاع باللجوء إلى مؤسسة تحكيمية لتتولى علمية تشكيل هيئة التحكيم. ومثال ذلك الاحالة إلى مركز واشنطن للتحكيم، حيث جاء في اتفاقية واشنطن أنه: "يتولى رئيس البنك الدولى للإنشاء والتعمير تعيين المحكمين بناءا على طلب أى من الطرفين وبعد التشاور معها بقدر الإمكان وذلك إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم خلال ٩٠ يوما من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل من السكرتير العام للمركز الدولى لفض منازعات الاستثمار"[٧].

---

١ عبد الهادي عباس وجهاد هواش، مرجع سابق، ص٣٦٩.
٢ مفتاح خليفة عبدالحميد وحمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص٤٠١
٣ المادة ١٧٩ من قانون المرافعات المدنية الكويت
٤ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص٩٧
٥ على بركات، مرجع سابق، ص ٦٤. وفؤاد محمد محمد ابو طالب، مرجع سابق، ص٣٦٣-٣٦٤. ونبيل يوسف عمر، مرجع سابق، ص٩٤
٦ حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ٢٠١٠، مرجع سابق، ص٢٢٩.
٧ المادة ٣٨ من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالنسبة لعدد أعضاء هيئة التحكيم، فإن الاصل يتمثل بحرية طرفي النزاع باختيار عددهم، إلا إذا اشترطت القوانين أو النظم التحكيمية لدى المؤسسات عددا معيناً، وشريطة ان يكون العدد وتراً[١]. وذلك تحت طائلة بطلان اجراء تشكيل هيئة التحكيم، دون أن يمتد أثر البطلان لكامل العملية التحكيمية[٢].

أما بالنسبة لعقود البوت فإنها تعتبر من العقود ذات الاهمية البالغة، حيث يجب ان تتكون هيئة التحكيم من مزيج من المهندسين والفنيين والقانونيين[٣].

أما شروط المحكم فهي نوعان من الشروط، منها قانونية ومنها فقهية:

أ. الشروط القانونية، والتي ترد غالباً في القوانين منها: الأهليّة حيث جاء النص على أنه: "يجب ألاّ يكون المحكّم قاصرا أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الإفلاس". وعدم اشتراط جنس معين أو جنسية معينة، إلا أنهم يجب أن يكونوا من مواطني دولة أخرى غير الدولة الأخرى الطرف في النزاع أو تلك الدولة التي يكون المستثمر الطرف في النزاع متمتعا بجنسيتها[٤]. والحيدة والاستقلال والشفافية والافصاح[٥]. وبعض التشريعات اشترطت قبوله بالتحكيم كتابةً[٦].

فحسب القانون الأردني يجب: "ألا يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه اعتباره . ب. لا يشترط أن يكون المحكم من جنس محدد أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك. ج. يكون قبول المحكّم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شانها إثارة شكوك حول حيادته واستقلاله"[٧].

---

١ تنص المادة ١٠ من القانون النموذجي (الأونسيترال) على أنه: "إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا مسبقاًعلى عدد المحكمين، ولم يتفقا خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسليم المدعى عليه اخطار التحكيم على ألا يكون ثمة إلا محكم واحد فقط، وجب أن تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين".
كما نصت المادة ٣٧ من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار على أنه: "إذا لم يتفق الطرفين على محكم واحد كان العدد ثلاثة"

٢ محمود سلامة المحامي، التحكيم والمحكم، مرجع سابق، ص١٩٧

٣ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص٣٩٢ وما بعدها

٤ المادة ٥/١١ من القانون النموذجي للامم المتحدة لعام ١٩٨٥ وتعديلاته لعام ٢٠٠٦.

٥ ماجد محمد فهاد تربان، مرجع سابق، ص٢٥٦ وما بعدها. والمادة ٤/٦ من قانون اليونسترال لعام ١٩٧٦. والمادة ٥/١١ من القانون النموذجي للامم المتحدة لعام ١٩٨٥ وتعديلاته لعام ٢٠٠٦.

٦ عامر البطاينة، مرجع سابق، ص٩٠.

٧ المادة ١٥ من قانون التحكيم الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحسب قانون المرافعات المدنية الكويتي كذلك، حيث جاء فيه أنه: "لا يجوز ان يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد إليه اعتباره. إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الاحوال ان يكون عددهم وتراً، كما يجب تعيين المحكم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل"[١].

كما جاء فيه أنه: "إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحدا أو اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له، ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب احد الخصوم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى. ويجب ان يكون عدد من تعينهم المحكمة مساويا للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملا له، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريق من طرق الطعن"[٢].

ب. الشروط الفقهية، وهي شروط يبوبها ويؤصلها الفقه غالباً، كألا يكون المحكّم من الخصوم؛ لأنه لا يمكن تصور ذلك وهذه القاعدة من النظام العام والخصم يمتلك تعيين محكّم إلا أنه لا يمتلك أن يعين ذاته ذلك المحكم[٣]. والأهلية والبلوغ: أي أن يكون كامل البلوغ ليس صغيرا ويعد هذا من الشروط القانونية أيضا إذ نصت عليه بعض التشريعات كقانون التحكيم الأردني كما ذكر آنفاً، وهي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها. وقاعدة الوترية وهذا أمر مستقر في غالبية التشريعات والاتفاقيات. ومؤهلات أخرى كالكتابة والقراءة والخبرة والكفاءة[٤].

ثالثاً: سير اجراءات العملية التحكيمية

حيث يتم في هذه المرحلة تقديم الطلبات وابداء الدفوع وتقديم البينات، كما تتضمن مرحلة المداولة، حيث تبدأ العملية التحكيمية بابداء كل طرف من أطرافها طلباته ودفوعه ويقدم بيناته، وبعد الانتهاء من ذلك وسماع الشهود واجراء الخبرات اللازمة تنتقل العملية لمرحلة المداولة والتشاور بين المحكمين لاصدار الحكم في النزاع[٥].

---

١ المادة ١٧٤ من قانون المرافعات المدنية الكويت
٢ المادة ١٧٥ من قانون المرافعات المدنية الكويت
٣ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص١٥٨.
٤ عامر البطاينة، مرجع سابق، ص٨٦.
٥ جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص٥٦. و فؤاد محمد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص٣٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتم التحكيم بحضور طرفي النزاع أو وكلائهم القانونيين أو في غيابهم في حال تخلف أحدهم أو امتناعه عن تقديم ما لديه من مستندات، ولهيئة التحكيم الحق في سماع الشهود وتعيين الخبراء، وإتاحة الفرصة للخصوم للمناقشة وابداء الملاحظات وحقهم بالاستعانة بالخبراء للاعتراض على تقرير الخبرة[١].

رابعاً: صدور حكم التحكيم وانتهاء الإجراءات التحكيمية

حيث تنتهي الإجراءات التحكيمية بصدور حكم نهائي، أو بصدور قرار بإنهاء الإجراءات، أو إذا تنازل المدعي عن دعواه، أو بالاتفاق بين الطرفين أو باستحالة الاستمرار بإجراءات التحكيم. وغالباً ما يتم الاتفاق على أجل معين لصدور حكم فاصل بالعملية التحكيمية[٢]، واحياناً قد ينص القانون على ذلك، والنص أو الاتفاق على صلاحية المحكمة في التمديد في حالات معينة. وتعمل الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة عادةً على تحديد مدة معينة ليصدر الحكم خلالها وذلك لضمان عدم تراخي المحكّمين في نظر النزاع مما قد ينتج عنه ضياع ميزة السرعة التي كانت السبب للجوء إلى التحكيم، والاصل في هذه المدة ان تتم بالاتفاق قبل القانون[٣].

وبعد تبادل اللوائح والمذكرات وتقديم البينات، تحجز الهيئة الدعوى للحكم، وتصدر حكمها النهائي في كل طلبات الطرفين مرة واحدة، وهذا هو الحكم النهائي الشامل[٤]. وتبين القوانين الدولية النموذجية تفاصيل حكم التحكيم، فاتفاقية واشنطن تنص على صدور الحكم التحكيمي بأغلبية أصوات المحكّمين، وأنه يجب أن يكون الحكم معللاً أو مسبباً، ويمكن لأحد المحكمين إذا خالف رأي الأكثرية أن يرفق بالحكم رأيه المنفرد بالنزاع، ولا يجوز للمركز أن ينشر الحكم إلا بموافقة الطرفين(المادة ٤٨). وتصدر الهيئة قرارها بأغلبية الآراء خلال تسعين يوماً من انتهاء الإجراءات، وللعضو الذي يكون له رأي مخالف أن يرفق رأيه بالحكم، ويكون قرار التحكيم ملزماً لأطرافه (المادتان ٥٣ و٥٤ من الاتفاقية)[٥].

حيث تقضي المادة ٥٣ بأن حكم التحكيم يكون ملزما للأطراف ولا يمكن استئنافه أو استبعاده لأي سبب إلا ما ذكرته الاتفاقية نفسها، فكل طرف يلتزم بتنفيذ الحكم ما عدا الحالات التي تنص فيها الاتفاقية ذاتها على عدم التنفيذ. إلا أن الإلزام المفروض في هذه المادة ليس إلاّ تطبيقا لقواعد حسن النية وقوة القضية المقضية التي يجب أن تتمتع بها الأحكام الصادرة[٦].

---

١ عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص٣٥١

٢ س مير فرنان بالي، قضايا التحكيم في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٥١.

٣ جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص٥٦.

٤ حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين في دمشق، (٣٠/١١ – ٢٠٠٨/١٢/١)، تنظيم: غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية، ص٣.

٥ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مجلد ٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص٣٣٧٧.

٦ إبراهيم شحاته، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤١، ١٩٨٥، ص١١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما المادة ٥٤ فتفرض على كل دولة متعاقدة الاعتراف بحكم التحكيم الصادر طبقاً للاتفاقية كونه أصبح ملزماً، كما يجب على الدولة القيام بتنفيذ الالتزامات المالية المقررة في الحكم كما لو كان حكم التحكيم الصادر من محكمة المركز حكما نهائياً صادراً من محكمة في إقليم الدولة المتعاقدة والمطلوب تنفيذ الحكم فيها. أي أن على محاكم الدولة المتعاقدة في الاتفاقية اعتبار الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة المركز نهائياً، وذلك دون اللجوء إلى أية إجراءات اضافية، أي أن يتم تنفيذه بدون الحصول على أمر تنفيذي كالذي تتطلبه اتفاقيتي جنيف ونيويورك، بالتالي يصبح الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز قابلاً للتنفيذ في كل الدول المتعاقدة في الاتفاقية بمجرد صدوره باعتباره عالمي الطبيعة.

ويصدر حكم التحكيم بأغلبية آراء أعضاء هيئة التحكيم[١]، وعند صعوبة التوصل إلى اغلبية هناك أحكام في قواعد غرفة تجارة لندن أو ما يعرف بمحكمة تحكيم لندن، يمكن الاسترشاد بها[٢]. ويتمتع حكم التحكيم بالحجية، ويكتسب حجية الامر المقضي به بمجرد صدوره فلا يحق للخصوم اللجوء إلى القضاء بعد صدوره فيكون لحكم المحكمين حجية حتى لو جاز الطعن به أو قبل شموله بأمر التنفيذ[٣].

ويترتب على ذلك نفس آثار الحكم القضائي، فيصبح وثيقة رسمية بمجرد صدوره حتى قبل ايداعه قلم المحكمة [٤]، ولا يصبح سنداً تنفيذياً إلا بعد صدور أمر قضائي بذلك حسب التشريعات المختلفة[٥].

---

١ مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص٤١٠. و د. جمال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للاستثمار امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١، ص٦٦.

وهذا ما اوجبه قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، إلا إذا اتفق الطرفان على صدور الحكم بالأكثرية فيجب الأخذ بإرادتهم.

وهذا ما أكدته قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(واشنطن) في (المادة ٢٥ والمادة ٣/١٦)، وقانون اليونسترال النموذجي (المادة ٣١)

٢ مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص٤١٠.

وتنص المادة ٣/١٦ من قواعد محكمة تحكيم لندن على انه: "يكون قانون مكان التحكيم القانون المطبق على التحكيم الا إذا اتفق الأطراف صراحة كتابة على تطبيق قانون اخر وكان هذا الامر مجازا وفقا لقانون مكان التحكيم ".

كما تتحدث المادة ٢٢ عن صلاحيات المحكمة الاضافية، والمادة ٢٣ عن صلاحيات المحكمة التحكيمية.

٣ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مجلد ٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص٣٣٧

٤ الطعن رقم ١٣ لسنة ١٩٩١، مشار إليه لدى: د. سمير فرنان بالي، قضايا التحكيم في الدول العربية، مرجع سابق، ص٥١

٥ مصلح الطراونة، مرجع سابق، ص١٤٢. ومفتاح خليفة عبدالحميد وحمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص٤١٢-٤١٣

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة لشروط حكم التحكيم فإنه يمكن الاسترشاد بقواعد اليونسترال النموذجية حيث تضمنت وجوب أن يصدر قرار التحكيم كتابة، واعتبرت القواعد أن الحكم يعد نهائياً، وملزماً للطرفين، ويتعهد الطرفان بالمبادرة إلى تنفيذه بدون تأخير[١].

أما بالنسبة للبيانات اللازم توافرها في حكم التحكيم فهي: كتابة أسماء هيئة التحكيم التي تنظر النزاع، وكتابة أسماء الخصوم إضافةً لألقابهم، ارفاق وصورة عن اتفاق التحكيم، وبيان أسباب الحكم ومنطوقه، وتدوين تاريخ صدوره، وكتابة المكان الذي صدر فيه وإظهار التوقيعات اللازمة من المحكمين. وبيان فيما إذا صدر القرار بالأغلبية، أو إذا رفض أحد المحكمين التوقيع. ويشار إلى أن حكم التحكيم يجب أن يصدر باللغة العربية، إلا إذا اتفق الخصوم على لغه أخرى فتجري الترجمة إلى تلك اللغة [٢].

كما يجب إيداع الحكم لدى ديوان المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. كما يجب ان يكون القرار التحكيمي مسبباً، حيث يترتب على عدم احترام قاعدة التسبيب في الأحكام التحكيمية بطلان حكم التحكيم. إلا أن جانب من الفقه يرى انه طالما يترك الامر لإرادة الأطراف فإنه لا يبطل بالتسبيب[٣].

وقد تباين الفقه فيما الطبيعة القانونية لحكم التحكيم اعتمادا على نظام التحكيم السائد، ففي النظرية العقدية للتحكيم يعد قرار التحكيم ملزماً لأنه يقوم على اتفاق وعلى مبدأ سلطان الارادة. أما في النظرية القضائية فإنه يتم تحديد طبيعة حكم التحكيم استنادا إلى معايير موضوعية تتعلق بأصل نظام التحكيم حيث تقر بأن التحكيم يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها القضاء وهي الفصل في النزاعات بين الخصوم فيكتسب الحكم الطبيعة القضائية. وهناك اتجاه يوفق بين النظريتين وهو النظرية المختلطة، حيث يرى أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة: عقدية تتجسد في اتفاق التحكيم من جانب، وقضائية في وظيفة الفصل في النزاع[٤]. وقد نظّم المشرع الاردني أحكام التحكيم، وذلك كالتالي: "أ. على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان، فان لم يوجد اتفاق وجب ان يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز ان تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على الا تزيد على ستة اشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

---

١ المادة ٢/٣٢ من قواعد اليونسترال
٢ فؤاد محمد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص٣٧٣-٣٧٥.
٣ شعبان رأفت عبد اللطيف، مرجع سابق، ص٢٥٧
٤ مصطفى الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج١، ١٩٩٨، ص٣٨ وص٤١. و مصلح الطراونة، مرجع سابق، ص٥٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال هذا الميعاد، جاز لأي من طرفي التحكيم ان يطلب من رئيس المحكمة المختصة، ان يصدر امرا لتحديد موعد اضافي أو اكثر أو بانهاء إجراءات التحكيم فإذا صدر القرار بإنهاء تلك الإجراءات يكون لاي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها"[١].

"ب. يصدر حكم التحكيم النهائي بالإجماع أو بأغلبية الأعضاء، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، على انه يجوز ان تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا اذن له بذلك الطرفان أو جميع أعضاء هيئة التحكيم"[٢].

"ج. إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما ان يطلبا اثبات شروط التسوية امام هيئة التحكيم، التي يجب عليها في هذه الحالة ان تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وينهي الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة التنفيذ"[٣].

"د. يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفي بتوقيع اغلبية المحكمين بشرط ان تثبت في الحكم اسباب عدم توقيع الاقلية. ويجب ان يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القواعد القانونية واجبة التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر اسباب الحكم. يجب ان يشتمل حكم التحكيم على اسماء الخصوم وعناوينهم واسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وموجز عن اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم واقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان اصداره واسبابه إذا كان ذكرها إذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف والمحكمين على تحديد اتعاب المحكمين فيتم تحديدها بقرار من هيئة التحكيم ويكون قرارها بهذا الشأن قابلا للطعن امام المحكمة المختصة ويكون قرار المحكمة هنا نهائياً"[٤].

"هـ. تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة عن حكم التحكيم خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره. ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر اجزاء منه الا بموافقة طرفي التحكيم"[٥].

---

١ المادة ٣٧ من قانون التحكيم الاردني
٢ المادة ٣٨ من قانون التحكيم الاردني
٣ المادة ٣٩ من قانون التحكيم الاردني
٤ المادة ٤١ من قانون التحكيم الاردني
٥ المادة ٤٢ من قانون التحكيم الاردني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"و. لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها باي طريق من طرق الطعن الواردة في قانون اصول المحاكمات المدنية، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا لأحكام قانون التحكيم"[١]، وهي[٢]: "١. لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيحا ومكتوبا أو كان هذا الاتفاق باطلا أو سقط بانتهاء مدته. أو إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقدا للأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته. أو إذا تعذر على اي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا بتعيين محكم أو باجراءات التحكيم أو لاي سبب اخر خارج عن ارادته. أو إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. أو إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون أو لاتفاق الطرفين. أو إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل اجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الا على الأجزاء الاخيرة وحدها. أو إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه أو استند الحكم على اجراءات تحكيم باطلة اثرت فيه. ٢. تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت ان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها. ٣. ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم. ٤ إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها ان تأمربتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً، وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم".

أما بالنسبة لحجية أحكام المحكمين بموجب قانون التحكيم الاردني، فإنها تعتبر ذات حجية، ولها قوة القضية المقضية أو حجية الشيء المقضي به، وتكون واجبة النفاذ[٣]. أما بالنسبة لتنفيذ أحكام هيئة التحكيم، فإنه يشترط لقبول طلب تنفيذها ألا يكون موعد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم قد انقضى. وينص القانون الاردني على أنه: "يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة المختصة مرفقا به صورة عن اتفاق التحكيم، وصورة عن أصل الحكم أو صورة موقعة عنه، وترجمة لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية إذا لم يكن ذلك الحكم صادرا بها"[٤].

---

١ المادة ٤٨ من قانون التحكيم الاردني
٢ المادة ٤٩-٥١ من قانون التحكيم الاردني
٣ المادة ٥٢ من قانون التحكيم الاردني
٤ المادة ٥٣ من قانون التحكيم الاردني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما جاء فيه أنه: "تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً، وتأمر بتنفيذه، إلا إذا تبين لها أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، وإذا أمكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام العام جاز الامر بتنفيذ الجزء الباقي. أو أنه لم يتم تبليغه للمحكوم عليه تبليغا صحيحا. ولا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالامر بتنفيذ حكم التحكيم اما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه امام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ، ويترتب على تصديق القرار الصادر برفض الامر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم"[1].

أما في الكويت نجد قانون المرافعات المدنية قد فصل أحكام الحكم كالتالي[2]:

"أ. إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم آجلا للحكم، كان على المحكم ان يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ اخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم، والا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة، أو المضي فيه امامها إذا كان مرفوعا من قبل. وإذا اختلفت تواريخ اخطار الخصوم بدأ الميعاد من تاريخ الاخطار الاخير. وللخصوم الاتفاق – صارحة أو ضمنا – على مد الميعاد المحدد اتفاقا أو قانونا، ولهم تفويض المحكم في مده إلى اجل معين. ويقف الميعاد كلما اوقفت الخصومة أو انقطعت امام المحكم، ويستأنف سيره من تاريخ علم المحكم بزوال سبب الوقف أو الإنقطاع، وإذا كان الباقي من الميعاد اقل من شهرين امتد إلى شهرين".

"ب. يصدر المحكم حكمه غير مقيد باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على اجراءات معينة يسير عليها المحكم. ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام. وتطبق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل على أحكام المحكمين. ويجب ان يصدر حكم المحكم في الكويت والا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي".

"ج. يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وتجب كتابته ويجب ان يشتمل بوجه خاص على صورة من الاتفاق على التحكيم، وعلى ملخص اقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه وتوقيعات المحكمين . وإذا رفض واحد أو اكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه .ويكون الحكم صحيحا إذا وقعته اغلبية المحكمين. ويحرر الحكم باللغة العربية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، وعندئذ يتعين ان ترفق به عند ايداعه ترجمة رسمية، يعتبر الحكم صادرا من تاريخ توقيع المحكمين عليه بعد كتابته".

---

١ المادة ٥٤ من قانون التحكيم الاردني

٢ المواد ١٨١–١٨٨ من قانون المرافعات المدنية الكويتي/باب التحكيم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"د. لا يكون حكم المحكم قابلا للتنفيذ الا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي اودع الحكم ادارة كتابها بناء على طلب احد ذوي الشأن، وذلك بعد الاطلاع على الحكم وعلى اتفاق التحكيم وبعد التثبت من انتفاء موانع تنفيذه، وانقضاء ميعاد الاستئناف إذا كان الحكم قابلا له وغير مشمول بالنفاذ المعجل، ويوضع امر التنفيذ بذيل اصل الحكم".

"هـ. ولا يجوز استئناف حكم المحكم إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك ويرفع الاستئناف عندئذ امام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية، ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، ويبدأ ميعاده من ايداع اصل الحكم ادارة الكتاب وفقا للمادة ١٨٤. ومع ذلك لا يكون الحكم قابلا للاستئناف إذا كان المحكم مفوضا بالصلح، أو كان محكما في الاستئناف أو كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز الف دينار، أو كان الحكم صادرا من الهيئة المنصوص عليها في المادة ١٧٧. ويجوز لكل ذي شأن ان يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائيا وذلك في الاحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك: ١. إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم. ٢. إذا تحقق سبب من الاسباب التي يجوز من اجلها التماس اعادة النظر. ٣. إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الاجراءات اثر في الحكم".

"و. ترفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع بالاوضاع المعتادة لرفع الدعوى وذلك خلال ثلاثين يوما من اعلان الحكم، ويبدأ هذا الميعاد وفقا لأحكام المادة ١٤٩ في الحالات التي يتحقق فيها سبب من الاسباب التي يجوز من اجلها التماس اعادة النظر. ويجب ان تشتمل الصحيفة على اسباب البطلان، والا كانت باطلة. ويتعين على رافع الدعوى ان يودع عند تقديم صحيفتها على سبيل الكفالة عشرين دينارا، ولا تقبل ادارة الكتاب صحيفة الدعوى إذا لم تصحب بما يثبت ايداع الكفالة ويكفي ايداع كفالة واحدة في حالة تعدد المدعين إذا اقاموا دعواهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت اسباب البطلان. وتعفي الحكومة من ايداع هذه الكفالة كما يعفى من ايداعها من يعفون من الرسوم القضائية. وتصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم قوبل الدعوى أو بعدم جواز رفعها أو بسقوطها أو ببطلانها أو برفضها. وإذا حكمت المحكمة ببطلان حكم المحكمين تعرضت لموضع النزاع وقضت فيه".

"ز. لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم المحكم. ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر الدعوى ان تأمر بناء على طلب المدعى بوقف تنفيذ الحكم إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت اسباب البطلان مما يرجح معها القضاء ببطلان الحكم. ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ ان توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حق المدعى عليه، وينسحب الامر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على اجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له من تاريخ طلب وقف التنفيذ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تجدر الاشارة اخيراً إلى أنه بالنسبة للتدابير المؤقتة أو التحفظية أو الوقتية أنه يجوز لهيئة التحكيم اتخاذ تدابير مؤقتة، سواء بالاتفاق بين الأطراف أو بناء على طلب احد الخصوم[١]، كأن تثار مسألة أولية تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم، أو إذا وقع طعن بتزوير وثيقة ما بالطريق المدني أو الطريق الجزائي، فيقوم المحكمون بوقف النظر بالدعوى التحكيمية لحين البت بالنزاع، وهنا يتوقف سريان المدة المحددة بالتحكيم حتى يتم إعلام المحكمين بصدور الحكم البات في هذه المسألة[٢].

وقد لا يكون ذلك لهيئة التحكيم بحسب بعض التشريعات أو في بعض المسائل فيتم اللجوء بخصوصها إلى المحكمة المختصة ابتداءً، كمحاكمة من يتخلف عن اداء الشهادة، أو لتكليف الغير بإبراز مستندات في حوزته تكون ضرورية للتحكيم، أو لاصدار قرارات الإنابة القضائية.

ولا يؤثر منح هذه الصلاحية للمحكمة على العملية التحكيمية، وهذا ما أكدته قواعد اليونسترال الدولية من حيث: "أن طلبات التدابير المؤقتة التي يقدمها أحد الطرفين إلى المحاكم لاتخاذ تدابير مؤقتة لا تناقض اتفاق التحكيم ولا تعتبر تنازلاً عن حق في التمسك به لتسوية النزاع"[٣].

كما أجاز قانون التحكيم الاردني للمحكم اتخاذ اجراءات وقتية، حيث جاء فيه انه: "يجوز ان تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها"[٤]. كما جاء فيه انه: "يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء موعد التحكيم، ان يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم اصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات واغفلها حكم التحكيم ويجب تبليغ هذا الطلب إلى الطرف الاخر قبل تقديمه. وتصدر هيئة التحكيم حكمها الإضافي خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها تمديد هذه المدة لثلاثين يوما اخرى إذا رات ضرورة لذلك"[٥].

---

١ ممدوح طنطاوي، مرجع سابق، ص٥١

٢ ياسين غانم، حكم التحكيم في القوانين العربية ومراكز التحكيم العربية والاتفاقيات الدولية، ٢٠٠٩، منشور في منتدى كليات الحقوق في الجامعات السورية:http://www.law-uni.net/la/showthread.php?t=٣٨٩٠٧ .

٣ المادة ٣/٢٦ من قواعد اليونسترال

٤ المادة ٤٠ من قانون التحكيم الاردني

٥ المادة ٤٧ من قانون التحكيم الاردني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في عقود البناء والتشغيل والتسليم (البوت)

بينا في الفصل السابق مسألة انعقاد اتفاق التحكيم لفض منازعات عقود البوت، وذلك متى توافرت شروطه، أي شروط اللجوء للتحكيم وشروط اتفاق التحكيم التي وإن اختلفت من مشرع لآخر إلا أنها تتشابه من حيث المبدأ.

وتحتاج عملية التحكيم سواء في عقود البناء والتشغيل لأكثر من جانب، فالى جانب انعقاد اتفاق التحكيم يجب أن يتم التعرف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على هذا النوع من العقود، وهو ما يتم بأكثر من طريقة. وفي هذا الفصل يتناول الباحث موضوع القواعد القانونية واجبة التطبيق على العملية التحكيمية لعقود البناء والتشغيل. فما هو هذا القانون؟

وتثور الاشكالية هنا من كون عقود البناء والتشغيل تبرم بين عدة أطراف، حيث يحمل كل طرف جنسية مختلفة عن جنسية الطرف الآخر، الأمر الذي يثير الاختلاف حول ما هية القواعد القانونية واجبة التطبيق على المنازعات التى قد تثور أثناء تنفيذ العقد. وهنا نجد أن بعض القوانين تجعل قانون الدولة الطرف هو القانون الذي يحكم اتفاقية المشروع أي قانون البلد الذي يتم فيه تنفيذ المشروع[1].

وبشكل عام بالنسبة للعقود الإدارية تعتبر مسألة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقود الإدارية ذات الصفة الدولية، من المسائل الهامة التي أثارت خلافاً فقهياً وقضائياً واسعاً، من حيث صعوبة إخضاع العقد لغير القانون الوطني للإدارة المتعاقدة، وذلك بعد التمييز بين حالتين: حالة اتفاق أطراف العقد على تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق، وحالة عدم وجود هذا الاتفاق.

كما تعتبر مسألة اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق أو الذي يحكم اتفاق التحكيم من اهم المسائل في عملية تسوية المنازعات المتعلقة بعقود البناء والتشغيل من خلال التحكيم، كما تعتبر أول إجراء يتم في عملية التحكيم، ويعود ذلك إلى أنه من الصعوبة على أطراف النزاع حتى لو كانوا من أصحاب الخبرة والاختصاص توقع المسائل والمشكلات المستقبلية التي من الممكن ان تحدث، كي يقوموا بتحديد هذا القانون مسبقاً، لذا فإن الأمر

١ حفيظة السيد الحداد الاتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القواعد القانونية واجبة التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص٢٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سيتم من خلال أطراف النزاع بحيث يقوموا بتحديد القواعد والأحكام والأسس العامة للنزاع واجراءات تسويته والقواعد القانونية واجبة التطبيق في اغلب الحالات [1].

ويتم ذلك في مبحثين كالاتي:

المبحث الاول: تطبيق قانون الإرادة

المبحث الثاني: تطبيق قانون المكان

١ الاتفاقات الدولية تضمن تسويات عادلة للمنازعات الاستثمارية، مرجع سابق بدون رقم صفحة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

تطبيق قانون الإرادة

يستند هذا الامر اي القواعد القانونية واجبة التطبيق ان كان قانون الاتفاق ام غيره على تكييف هذا العقد أو الاتفاق بمعنى تكييف العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمستثمر الأجنبي، وفي هذه الحالة علينا ان نبحث في هذا التكييف لتأييد اي من الحالتين اي تطبيق قانون الارادة ام قانون المكان.

من خصائص التحكيم أن فيه حرية لارادة طرفي النزاع، وتهيمن هذه الإرادة على عملية التحكيم منذ بدايتها وحتى صدور الحكم، إذ يحدد الأطراف المحكمين أو جهة التحكيم التي ستفصل في النزاع كما يحددون الجهة التى ستتولى الأشراف على التحكيم، والإجراءات واجبة التطبيق، والقانون الذي سيحكم هذا النزاع.

وفي هذا المبحث نتناول حالة خضوع التحكيم لقانون الاتفاق حيث أن القواعد القانونية واجبة التطبيق في منازعات عقود البناء والتشغيل والعقود الإدارية باتت تستقر على امكانية أطراف النزاع من اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد والنزاعات التي قد تثور عنه.

وفي المبحث القادم نتناول حالة الخضوع لقانون المكان، إلا أننا نتناول في هذا المبحث ايضا مسألة تكييف العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمستثمر الأجنبي.

ويقوم الباحث بذلك في مطلبين كالاتي:

المطلب الاول: تكييف العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمستثمر الأجنبي

المطلب الثاني: امكان تطبيق قانون الارادة على اتفاق التحكيم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الاول: تكييف العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمستثمر الأجنبي

عادةً تبرم الإدارة نوعين من العقود، عقود تتساوى فيها مع المتعاقد الآخر وتخضع فيها للقانون الخاص، وعقود تظهر فيها بمظهر السلطة العامة وتخضع للقانون العام. ويثور التساؤل حول العقود التي تبرمها الإدارة مع المستثمر الأجنبي فيما إذا كانت تخضع لقواعد القانون العام رغم وجود شرط التحكيم فيها أم أنها تخضع لقواع القانون الخاص؟.

ونتناول هاتين الحالتين في فرعين كالآتي:

الفرع الاول: خضوع العقود الدولية التي تبرمها الادارة للقانون الخاص

اعتبر جانب من الفقه أن العقود التي تبرمها الإدارة مع المستثمر الاجنبي تخضع لأحكام القانون الخاص. مستنداً في ذلك إلى المبررات التالية:

أ- أن التحكيم يؤثر على سلطات الإدارة في العقد الإداري، إذ أن هناك سلطات ثابتة للإدارة لا يمكن تصور ممارسة الإدارة لها في ظل خضوع العقد الإداري للتحكيم، كتوقيع الجزاءات الإدارية، وحق الادارة في استرداد المرفق العام قبل انتهاء مدة العقد، وهذا يتعارض مع دور المستثمر في هذا النوع من العقود الذي يكون ملتزماً بإنشاءالمرفق العام وتشغيله مدة العقد قبل أن تنتقل ملكيته إلى الإدارة، بالتالي لا يمكن تصور ممارسة الادارة لهذا الحق دون اتفاق طرفي العقد على ذلك صراحة لما فيه من تهديد للاستثمار وخلق اشكالية بين الطرفين[1].

ب- أن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد مع المستثمر الأجنبي على قدم المساواة، وهذا يدعو إلى عدم تمسكها بإرادتها وسلطتها العليا، لما في ذلك من اعطاء المستثمر الأجنبي نوعاً من الاطمئنان، مما يؤدي إلى تشجيع الاستثمار في الدولة بخلاف الأمر فيما لو تمسكت الدولة بسيادتها وسلطتها حيث يؤدي ذلك إلى هدم العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمستثمر وبالتالي العقد برمته[2].

وتم الرد على هذا المبرر من كون اللجوء إلى اساليب القانون العام لا يؤدي مطلقاً إلى هدم العلاقة التعاقدية بين الادارة والمستثمر، والعكس تماما حيث تكون الدولة حريصة على المستثمر الأجنبي وتقدم له العديد من المزايا كالإعفاءات الضريبية، وأنها لا تقوم بفسخ العقد إلا أن تلتزم بدفع التعويض المناسب المترتب على ذلك للطرف الآخر من العقد[3].

---

١ جابر جاد نصار، عقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢١٠-٢١٢

٢ محمد بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٣٩

٣ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٩٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- أن الدولة تستطيع أن تمارس أساليب القانون العام على إقليمها بما تملك من سيادة، إلا أن الامر يختلف عندما تتعاقد مع مستثمر أجنبي، حيث يتطلب ذلك نوعاً من المساواة القانونية بين الأطراف نظراً لان تميز الدولة بالسيادة يكون في مجال نطاق سلطانها الداخلي ولا يمكن ان تفرضه على المستوى الدولي أو الخارجي[١].

وتم الرد على هذه الحجة بأن العقد المبرم بين الطرفين وان كان مع طرف اجنبي إلا أن تنفيذه سيتم داخل إقليم الدولة المتعاقدة، وعليه لابد ان تمارس سيادتها عليه، كما ان الطرف المتعاقد مع الادارة عندما يتعاقد مع الدولة في هذا الحال يعلم بأنه يتعاقد مع طرف ذي سيادة ويمتلك سلطات عامة تبقى ماثلة حتى عند حدوث النزاع[٢].

وقد استند اصحاب هذا الاتجاه على بعض الحكام السابقة في هذا المجال التي اهمها قضية شركة آرامكو ضد المملكة العربية السعودية. وتتلخص وقائع هذه القضية في: "أن المملكة العربية السعودية أبرمت في ٢٩ مايو ١٩٣٣ عقد امتياز مع شركة (Stander Oil of California) يتعلق بمنح الشركة امتيازاً مدته ستون عاماً لاستغلال البترول في المنطقة الشرقية، وإعمالاً لنص المادة (٣٢) من العقد تم انشاء شركة (cosac) colifornia arbian standard oil company –، والتي تنازلت لها الشركة الموقعة عن كافة حقوقها، ووافقت المملكة العربية السعودية، وغيرت هذه الشركة اسمها في ٣١ يناير ١٩٤٤ إلى (aramco) arabien American oil company. وبتاريخ ٢٠ يناير ١٩٥٤ أبرمت الحكومة السعودية عقداً مع المليونير أوناسيس يقتضي قيام الأخير بتأسيس شركة في المملكة العربية السعودية تحمل اسم (satco) soudi ariban maritime tanker company، وأن تحتفظ بناقلات بترول تحمل العلم السعودي ومنتجاته وأعطت لشركة (satco) حق الأفضلية في شحن البترول ومنتجاته عن طريق البحر إلى الدول الأجنبية، سواء تم هذا الشحن من موانئ السعودية أو من نهاية خط الأنابيب خارج اقليمها، وسواء تم الشحن بوساطة الشركات صاحبة الامتياز ذاتها، أو الشركات التي تمتلك أصولها أو المشترين لها. وقد ارتأت شركة (aramco) أن هذا النص يتعارض مع حق الامتياز الممنوح لها، والذي يخولها الحق المطلق في اختيار وسائل النقل الضرورية بما في ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية، لذا قررت اللجوء إلى قضاء التحكيم"[٣].

---

١ يوسف، أكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٩، ص ٣٠٢
٢ علاء أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص١١٢
٣ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٩٩-١٠٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اتفق الطرفان على سلوك طرق التحكيم وعلى جعل القانون السعودي المستمد من فقه الامام احمد بن حنبل هو القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع، وقد تمسكت المملكة العربية السعودية باعتبار أن العقد يعتبر من العقود الإدارية لأنه يتعلق بمرفق عام هو مرفق البترول، وأن من أبرمه هو الحكومة، وأنه تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. إلا أن هيئة التحكيم لم تأخذ بوجهة نظر المملكة العربية السعودية على سند من القول بأن فقه الامام أحمد بن حنبل لا يعرف فكرة العقد الإداري أو القانون العام على الوجه السائد في القانون الفرنسي، وانتهت هيئة التحكيم إلى اعتبار ان العقد يخضع للقانون الخاص[1].

١ حفيظ الحداد، مرجع سابق، ص٤٨-٥٢. وخالد الميعان، مرجع سابق، ص١٠٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: خضوع العقود الدولية التي تبرمها الإدارة للقانون العام

يعتبر هذا الاتجاه ان العقد حتى لو تم سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة فيه فإن طبيعته لا تتأثر، ويبقى خاضعاً لقواعد القانون العام المطبقة على العقود الإدارية، ويسوق هذا الاتجاه المبررات التالية:

أ. **توافر الصفة الإدارية في العقد يوجب خضوعه لأحكام القانون العام: إذ أن الإدارة تبرم نوعين من العقود: الأول عقود تتساوى فيها مع المتعاقد الآخر وتخضع للقانون الخاص، والثاني لا تتساوى فيه مع الطرف الثاني ويتمثل في العقود التي تبرمها الإدارة وتظهر فيها بمظهر السلطة العامة، وتضع فيها شروطاً استثنائية غير مألوفة، وتهدف من ورائها إلى تسيير أحد المرافق العامة بانتظام واطراد، وتخضع هذا النوع من العقود لقواعد القانون العام[١].**

ب. **سيادة الدولة: اذ ان الدولة هي صاحبة السيادة وبالتالي لا يمكن لها أن تخضع لقانون آخر غير قانونها، بالتالي فإن العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الادارة مع شخص أجنبي تخضع لقواعد القانون العام، وتخضع لأحكام العقود الإدارية التي تبرمها الدولة[٢].**

ت. **المصلحة في تسيير المرافق العامة: إذ أن عقود الادارة الدولية أو الاستثمار من خلال البناء والتشغيل تستهدف في ظاهرها تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، إلا أنها في ذات الوقت تستهدف تحقيق المصلحة العامة من خلال تسيير أحد المرافق العامة بانتظام وإطراد، الأمر الذي يقتضي خضوع هذا النوع من العقود لقواعد القانوطن العام وأحكامه[٣].**

وقد أيدت بعض الأحكام هذا الاتجاه سواء في مجلس الدولة الفرنسي أو في القضاء المصري، ومن هذه الأحكام في القضاء المصري أن محكمة استئناف القاهرة قد قضت بأن العقد المبرم بين شركة امريكية وهيئة تسليح القوات الجوية المصرية عبارة عن عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام لتوافر خصائص العقد الإداري فيه، كما قضت ببطلان حكم هيئة التحكيم الذي قضى بتطبيق قواعد القانون الخاص على العقد واعتبار قيام مصر بإنهاء العقد غير قانوني[٤].

---

١ علاء أبو أحمد، مرجع سابق، ص١٠٥ وما بعدها
٢ يوسف، أكيابي، مرجع سابق، ص٣٠٠
٣ علاء أبو أحمد، مرجع سابق، ص ١١٥
٤ حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٥

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتفق الباحث مع هذا الاتجاه ويرى ان عقود الادارة الدولية بما فيها قود الاستثمار والعقود التي تأخذ اسلوب البناء والشتغيل عبارة عن عقود إدارية مهما كان موضوعها أو الاتفاق على بعض الأحكام بخصوصها، حيث لا تغير مثل هذه الاتفاقات على طبيعة العقد، كشرط التحكيم مثلاً، حيث تبقى العقود إدارية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة من خلال انشاء وتسيير المرافق العامة، بالتالي يجب تطبيق القانون الوطني على مثل هذا النوع من العقود حتى أمام هيئات التحكيم عندما يتم سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المنبثقة عنها.

المطلب الثاني: امكان تطبيق قانون الارادة على اتفاق التحكيم

يستقر الأمر في مجال عقود التجارة الدولية على أنه يحق لطرفي النزاع الاتفاق على مكان التحكيم[1]، حيث أن الأطراف يتمتعون بحرية واسعة فى اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد أو اي جزء منه، ويتم ذلك إما بالإرادة الصريحة أو بالإرادة الضمنية لطرفي العقد أو بالإرادة المفروضة عليهم، ولا يستند اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق إلى إرادة المتعاقدين على أنها تعلو على القانون، إنما تطور الأمر لتصبح هذه الحرية في الاختيار أحد مبادئ القانون الدولي الخاص، بالتالي ينبغي على هيئة التحكيم الالتزام بالقانون الذي اتفق عليه أطراف العقد أو النزاع.

ويجد مبدأ سلطان الارادة ذاته في أكثر من مصدر، فقد نجده في القرارات التي تصدر عن هيئات التحكيم، كما نجده في بعض الاتفاقيات الدولية، وبعض التشريعات الوطنية. فقد ورد في المادة ١/٢٨ من قانون الاونسيترال النموذجي لسنة ١٩٨٥. والمادة ٣/١٣ من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس بقولها: "للطرفين مطلق الحرية فى تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع". وفي القانون الأوروبي للتحكيم التجاري الدولي نصت فى المادة السابعة على أنه: "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه فى موضوع النزاع". ومعاهدة روما لسنة ١٩٨٠ حيث نصت المادة ٢/٣ منها على انه: "يستطيع الأطراف بواسطة هذا الاختيار تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد بأكمله أو على جزء فقط منه"[2].

---

١ غسان رباح، العقد التجاري الدولي والعقود النفطية، دراسة مقارنة حول عقود الدولة مع شركات الاستثمار الاجنبي، بيروت، ١٩٨٨، ص٥٦٢ وما بعدها

٢ محمود سلامة المحامي، موسوعة التحكيم والمحكم، المجلد الثاني، الناشرون، ٢٠٠٩، ط٢، ص٤٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي قانون التحكيم الأردني جرى النص على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، فإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الاكثر اتصالا بالنزاع. وفي كل الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وأن تأخذ في الإعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، ويجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ان تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون"[١].

كما نص قانون التحكيم المصري على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك"[٢].

واحياناً لا يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق ويتركا هذا الامر لهيئة التحكيم لتقوم باختيار القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع[٣].

كما تمنح اتفاقية واشنطن أطراف النزاع الحق بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع[٤]، مالم يخالف النظام العام[٥]. حيث تنص المادة ١/٤٢ من اتفاقية واشنطن على أنه: "تفصل محكمة مركز واشنطن في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها أطراف النزاع". كما نصت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام ١٩٦١ على أن: "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع".

وعليه يمكن القول ان لأطراف النزاع اختيار النظام القانوني الذي يطبق على النزاع، وقد يكون هذا النظام القانوني لأحد الطرفين، كما قد يكون لطرف ثالث. وقد يضمن الأطراف اتفاقهم على شرط الثبات التشريعي الذي يقوم على الاتفاق على تجميد العلاقة فيما بينهم، كما قد لا يتم الاتفاق على مثل هذا الشرط. ويتم تحديد هذا الامر وقت

١المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني
٢المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤
٣ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص٣٤٨
٤ لما كوجان، مرجع سابق، ص١٢٠. وعبدالحميد الأحدب، مرجع سابق، ص٢٦١.
٥ كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ط١، ص١٤١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إبرام العقد ليتم العمل به عند القيام بعملية التحكيم وتطبيقه على النزاع الذي ينشأ عن العقد. وحول صحة هذا الشرط انقسم الأمر في اتجاهين، الاول وهو اتجاه اغلب الدول النامية حيث يذهب إلى بطلان وعدم صحة هذا الشرط؛ لأنه يحد من حرية الدولة بمواجهة ظروف الاستثمار المختلفة والمتغيرة، كما أنه يحد من سلطة الدولة وسيادتها في مجال سن التشريعات التي تطبق على المنازعات الناجمة عن العقود التي تبرمها، خاصة تلك التي تتعلق باستثمار مواردها. أما الاتجاه الثاني وهو اتجاه أغلبية الدول الغربية، فترى أنه لا يمس بالسيادة الدولة لأنها ترضتي بذلك بإرادتها [١].

ويرى الفقه أنه يحق للدولة والاشخاص العامة يحق لهم اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد الذي تكون طرفاً فيه مع شخص أجنبي شأنها في ذلك شأن اي شخصية قانونية، وأنه لا يوجد أي سبب يبرر عدم الأخذ بقاعدة استقلال الإرادة في مجال العقود ذات الطابع الدولي التي تكون الإدارة طرفاً فيها، فكما هو الشان بالنسبة للعقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص فإن مبدأ استقلال ارادة أطراف العقد في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق هو المبدأ الذي يتوجب اتباعه في العقود الإدارية الدولية، فإذا اختار طرفا العقد الإداري الدولي قانوناً يحكم العقد كان المحكم ملزما بهذا الاختيار[٢].

إلا أن الخلاف الفقهي وقع حول المدى الذي يمتلك فيه المتعاقدان حرية اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق. فقد ذهب اتجاه إلى أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد دون قيد، وأن هذا المبدأ يطبق على كافة العقود التي تبرمها الدولة بما فيها العقود ذات الصفة الإدارية. إلا أن هناك اتجاه يرى أن إرادة طرفي العقد ليست مطلقة في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد، إنما يشترط لصحة الاختيار أن تكون هناك صلة بين القانون الذي اختاره أطراف العقد وبين عناصر العقد، ويتحقق ذلك باختيار قانون جنسية أحد المتعاقدين أو موطنه، أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه[٣].

ويستقر الامر ان اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق من قبل أطراف العلاقة يتقيد بمراعاة النظام العام، وتعتبر هذه القاعدة من القواعد التي تستقر عليها مختلف التشريعات، ويسري نطاق هذا القيد حتى لو استغرق الأمر القانون الاجنبي برمته، بمعنى استبعاده كاملاً متى كان مخالفاً للنظام العام السائد في بلد التحكيم[٤].

---

١ جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص٥٦.
٢ سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٧١
٣ يوسف أكيابي، مرجع سابق، ص٣٢٧ وما بعدها.
٤ حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ٢٠١٠، مرجع سابق، ص٣٦٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة لصور الاتفاق على القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد، فإنه وكما تبين مما تقدم انه يحق لطرفي العقد الاتفاق على القواعد القانونية واجبة التطبيق بالنسبة لمنازعات عقود البناء والتشغيل كواحدة من صور عقود الادارة الدولية غالباً. وهذا الاتفاق لابد وان يكون له صورة معينة، فمن حيث الاصل يجب ان يكون الاتفاق صريحاً، إلا أنه عندما لا يكون هناك اتفاق صريح فهل يمكن الاخذ بالارادة الضمنية ام لا[1]؟

وهنا اختلف الفقه حول ذلك في اتجاهين:

أ- فهناك من يرى أن الاتفاق يجب أن يكون صريحاً، ولا يجب الاخذ بالارادة الضمنية لانه لا يمكن افتراض وجود إرادة ضمنية لطرفي العقد، لأن الافتراض يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قانون لم يقصده أطراف العقد على النزاع[2].

ب- اتجاه آخر يرى امكان استخلاص إرادة طرفي العقد التي تتعلق باختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع بطريقة ضمنية وذلك بالاستعانة بالقرائن التي تكشف عن الإرادة الحقيقة لطرفي العقد[3].

ولا يتفق الباحث مع الاتجاه الذي يذهب باتجاه إلى استخلاص الارادة الضمنية خاصة في مجال عقود البناء والتشغيل وغالبية عقود الادارة الدولية، فهي غالبا ما تكون بين الدولة وبين مستثمر اجنبي وهي عقود تتسم بالاهمية من حيث موضوعاتها وقيمتها بالتالي لا يمكن اخضاعها للتفسير والتاويل والبحث عن الارادة الضمنية. كما ان الادارة هنا تخضع للقانون العام بالتالي لا يوجد مبرر لها للخروج عن أحكامه حتى لو تم الاتفاق على التحكيم.

تجدر الاشارة اخيراً إلى انه يمكن لأطراف الاتفاق التحكيمي الاتفاق على تجزئة العقد من حيث تطبيق القانون أو اختيار قانون واجب التطبيق، حيث يمكن الاتفاق على تطبيق اكثر من قانون بحيث يتم تحديد تطبيق قانون معين على موضوع معين أو جزء من العقد بينما يطبق قانون آخر على جزء آخر من العقد[4].

---

١ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٧٩ وما بعدها

٢ محمد عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المنفرد للعقد الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ط١، ص٤١٠

٣ أشرف عبد العليم رفاعي، القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع التحكيم، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، ص٥٧-٥٨

٤ حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ٢٠١٠، مرجع سابق، ص٣٦٦-٣٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

تطبيق قانون المكان

سبق وأن أشار الباحث إلى أن أطراف العقد في عقود الادارة الدولية بما في ذلك عقد البناء والتشغيل يقومون باختيار القواعد والأحكام والأسس العامة للعقد، وبعدها يقوم الأطراف باختيار قانون معين يطبق على النزاع، إلا أنه قد يكون هناك غياب للاتفاق بين الأطراف على اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع.

وهنا نجد تباين في الاتجاهات بصدد تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق حيث ذهب اتجاه إلى إخضاع العقد للشروط والأحكام الواردة في العقد، واتجاه آخر ذهب إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق، بينما ذهب اتجاه ثالث إلى إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام، وهناك اتجاه رابع يرى إخضاع العقد للمبادئ العامة للأمم المتمدينة، بينما يرى اتجاه خامس ضرورة خضوع العقد لقانون الإدارة المتعاقدة، وأخيراً هناك من نادى بايجاد قانون عابر للدول يطبق على العقود الإدارية الدولية[1].

وعليه يقوم الباحث بتناول هذه الموضوعات في مطلبين كالآتي:

المطلب الاول: تطبيق القوانين الوطنية

المطلب الثاني: تطبيق القوانين الدولية والمبادئ العامة والقوانين العابرة للدول

المطلب الاول: تطبيق القوانين الوطنية

يعني ذلك اللجوء إلى قواعد العقد نفسه التي قد ترشدنا باتجاه القواعد القانونية واجبة التطبيق أو اللجوء إلى قانون الادارة المتعاقدة أو صاحب العمل طرف في العقد. ونتناول هذين الاحتمالين في فرعين كالتالي:

الفرع الأول: خضوع العقد لقانون الإدارة المتعاقدة

ويعني ذلك انه في حال غياب اتفاق طرفي العقد على قانون معين يكون واجب التطبيق على النزاع الناجم عن تنفيذ العقد، فإنه يبدأ الامر بالبحث عن قانون يطبق على النزاع، وهناك عدة احتمالات أو عدة اتجاهات

---

١ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٨٤-٨٥

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أحدها ان يتم اللجوء إلى تطبيق قانون الادارة المتعاقدة أو قانون مكان التحكيم باعتبار ان التحكيم سيجري فيها كواحد من الاتجاهات المعمول بها بالنسبة لمثل هذه الحالات.

ويقوم موضوع اللجوء إلى قانون مكان التحكيم استنادا إلى تفسير الإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف النزاع تبعاً لاختيارهم مكان التحكيم [١]. بمعنى ان المستثمر في دولة معينة يكون راضياً ضمنيا بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار على ما يتعلق بالاستثمار من جوانب قانونية ونزاعات بمجرد لجوئه إلى هذا الاستثمار[٢].

لذا فانه بغياب الاتفاق أو ما يعرف شرط الثبات التشريعي، فإن هيئة التحكيم تكون ملزمة بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار التي يجري فيها التحكيم، بما في ذلك أحكام تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي الخاص.

ويسوق هذا الاتجاه عدة مبررات وأسانيد لذلك كالتالي:

أ.أن هناك قرينة مفترضة لصالح قانون الإدارة المتعاقدة: وقد استندت هذه الحجة على اتفاقية واشنطن لفض منازعات الاستثمار حيث نصت المادة ١/٤٢ على انه: "تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة عند الاتفاق على هذا العقد".

كما استندت على بعض أحكام القضاء كحكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية البرازيلية عام ١٩٢٩، والتي قررت فيها أن: "كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، وأنه لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون غير قانونها"[٣].

كما طبقت هذه الفكرة محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها منها عام ١٨٤٩ أن: "كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة"[٤].

وقد انتقد جانب من الفقه ذلك من حيث أنه إذا كان من غير المفترض أن الدولة تقبل إخضاع العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي لقانون دولة أخرى، أو لمبادئ القانون الدولي العام، فإنه من غير المفترض أيضا أن تقبل الشركة الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة، الذي يعرضها لمخاطر

---

١ الاتفاقات الدولية تضمن تسويات عادلة للمنازعات الاستثمارية، مرجع سابق، بدون رقم صفحة.
٢ جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص٦١.
٣ علاء أبو أحمد، مرجع سابق، ص٣٦٥
٤ سراج أبوزيد، مرجع سابق، ص٦٧٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السيادة وتفضيل المصلحة الوطنية. كما انه لا يمكن التسليم بوجود مثل هذه القرينة لأن الدولة عندما تتعاقد مع شركة أجنبية فإنها تتعاقد بوصفها من الافراد العاديين وليس بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام[١].

ويرى هذا الاتجاه ان اجتهاد محكمة النقض الفرنسية يعتبر قديما وانها قد عدلت عنه في كثير من أحكامها مثل حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/١٠ في قضية (Steam ship) الذي افترض أن وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد مبرم مع شركة أجنبية لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي على العقد والنزاعات الناجمة عنه[٢].

ب.أن هناك قرارات صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة كقرارها رقم ١٨٠٣ تاريخ ١٩٦٢/١٢/١٤ الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية حيث جاء فيه أنه: "من حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة بشرط أن يتم دفع تعويض مناسب للمالك وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها"[٣].

وكذلك القرار رقم ٣٢٨١ الذي جاء فيه انه: "على أن كل دولة لها الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها، ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طبقا للقوانين واللوائح النافذة فيها، وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة بشأن مسألة للتعويض فإن هذه المنازعة يفصل فيها للقانون الداخلي للدولة التي اتخذت اجراءات التأميم وبوساطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول وطبقا لمبدأ حرية اختيار الوسائل"[٤]. إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد من كون هذه القرارات تعتبر مجرد توصيات وليس لها قوة الزامية[٥].

ويتفق الباحث مع هذا النقد اذ ان توصيات الجمعية العامة ليست ملزمة حتى قي صعيد القانون الدولي فكيف في مجال الفروع القانونية الاخرى والعقود الإدارية كما انه لا يمكن ان يؤسس عليها التزامات تتعلق

---

١ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٩٣
٢ علاء أبو أحمد، مرجع سابق، ص
٣ المادة الرابعة من القرار اعلاه
٤ المادة الخامسة من القرار اعلاه. و خالد الميعان، مرجع سابق، ص٩٤
٥ علاء أبو أحمد، مرجع سابق، ص ٣٦٩

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بتنفيذ عقد امتياز أو عقد بناء وتشغيل لانه غالبا يتعلق بمسائل وطنية مهما كانت طبيعة أو جهة الاستثمار.

وتجدر الاشارة إلى انه لا يعتبر اللجوء إلى قانون الدولة المضيفة المحطة الاخيرة فقد تصطدم هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع بوجود نقص في التشريعات الوطنية للدولة المضيفة، أو أن بعض القواعد فيها تخالف قواعد القانون الدولي، وهنا يمكن اللجوء أو البحث عن قواعد مناسبة للفصل في النزاع في أحكام وقواعد القانون الدولي أو نظم قانونية أخرى كقانون دولة المستثمر أو قانون أي دولة أخرى[١].

الفرع الثاني: خضوع العقد لقانونه الذاتي

حيث يرى اتجاه فقهي أن أطراف العقد يقومون بتحديد الالتزامات والحقوق التعاقدية في العقد، وعليه يعتبر العقد كافياً بذاته، بما ورد فيه من شروط، لحل أي نزاع ينشأ في المستقبل، وبما يغني المحكم عن البحث عن القانون الذي يتوجب تطبيقه على العقد، وذلك انطلاقاً من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، ليكون العقد هو القانون الذي يضعه أطراف العقد والذي يطبق على أي خلاف ينجم عن تطبيق أحكامه[٢].

ويبرر هذا الاتجاه ذلك بان كل طرف يتبع لجنسية دولة معينة بالتالي من الصعب الاتفاق على قانون واحد يوفق الالتزامات والخلافات لاختلاف القوانين بالتالي لابد من البحث عن شيء مشترك يطبق على النزاع وهو ما يمكن تصوره في اتفاق الطرفين استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، وقد اصبح هذا الامر من السهولة بمكان نظرا لوجود جهات دولية تقوم بعمل عقود نموذجية يتم اللجوء اليها عند ابرام العقد[٣].

وقد تعرض هذا الاتجاه لعدة انتقادات من أهمها[٤]:

أ. أن ترك الامر لسطان الارادة من الممكن ان يؤدي إلى الخروج على القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز لها مخالفتها حتى لو بالاتفاق[٥].

ب. كما أن العقد عند ابرامه لا يكون فيه فراغ قانوني لأنه يجب أن يستند إلى نظام قانوني قائم يبين حدود

---

١ المادة ٢/٤٢ من اتفاقية واشنطن.
٢ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٨٥
٣ يوسف أكايبي، مرجع سابق، ص٤١٩ وما بعدها
٤ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٨٥- ٨٦
٥ سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص٦٦١-٦٦٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ت. سلطان الإرادة، وان نظرية التحديد الذاتي لقانون العقد تبعاً لذلك تعتبر مجرد تصور يتنافى مع الواقع العملي، حيث لا يمكن الزعم بكفاية العقد الإداري الدولي لحل أي خلاف ينشأ عنه في المستقبل مهما بلغت دقة صياغة النصوص وتعددت تفاصيله[1].

المطلب الثاني: تطبيق القوانين الدولية والمبادئ العامة والقوانين ذات السمة الدولية

لقد تبين ان من ضمن الاتجاهات التي تعرضت لموضوع القواعد القانونية واجبة التطبيق عند خلو العقد من اتفاق الطرفين على قانون واجب التطبيق على النزاع والعملية التحكيمية، ان يتم اللجوء إلى تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق استنادا إلى بعض الاتجاهات التي منها الوطني ومنها الدولي ومنها ما يتعلق بتطبيق المبادئ العامة والقوانين العابرة للدول. وقد تناول الباحث الاتجاهات المتعلقة بتطبيق القانون الوطني في المطلب السابق وفي هذا المطلب يتناول الباحث الاتجاهات المتعلقة بتطبيق قوانين دولية سواء في ظل قواعد القانون الدولي العام أو في ظل قواعد القانون الدولي الخاص.

ويتناول الباحث هذه الاتجاهات في فروع ثلاثة كالتالي:

الفرع الأول: تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق

يقوم عذا الاتجاه على وجوب تطبيق قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص لتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد الإداري الدولي والمنازعات الناجمة عنه، إلا أن الخلاف يقوم حول تحديد قواعد تنازع القوانين التي يمكن للمحكم اللجوء اليها اثناء عملية التحكيم، حيث ذهب هذا لاتجاه إلى أن المحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد الإسناد التي يحمل الأطراف جنسيتها، أو تلك التي يوجد بها موطن مشترك بينهم، أو جنسية الدولة التي يوجد بها مقر التحكيم[2].

---

١ هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٧، ص٢٤٧

٢ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٨٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد طبقت بعض الجهات والهيئات مثل هذه الأحكام، حيث نجد أن مجمع القانون الدولي قد أخذ في دورته المنعقدة في امستردام عام ١٩٥٧ بهذا الاتجاه، وقرر أن قواعد الاسناد النافذة في الدولة مقر التحكيم هي القواعد الواجب اتباعها لتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على التحكيم[١].

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد من حيث اعتباره غامض وغير واضح يحتاج إلى معيار آخر لتوضيحه، وذلك لأنه قدم معياراً أولياً يقوم على الرجوع إلى قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص بشكل عام فقط دون ان يحدد اي من قواعده هي التي يجب تطبيقها. ومما يدل على ضعف هذا المعيار أن هناك حالات لا يوجد فيها موطن مشترك أو علاقة مشتركة بين طرفي العقد، بالتالي سيتم تطبيق قواعد قانونية ليس لها علاقة أو ارتباط بموضوع النزاع كتطبيق قواعد الإسناد القائمة في دولة مقر التحكيم عندما يتم في دولة للا يتبع اي من طرفي العقد لجنسيتها[٢].

ويرى الباحث بالفعل ان هذا المعيار غير واضح لأنه أرشد إلى اتباع قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص، دون ان يحدد اي من هذه القواعد أو المعايير يمكن تطبيقه، بالتالي لم يكن ليحل المشكلة انما وضعها في اطار عام ليصار إلى ايجاد نوع من القواعد في اطار هذا المعيار العام، بمعنى ان هذا المعيار بحاجة إلى معيار آخر يقوم بتحديداي نوع من قواعد الاسناد يجب اللجوء اليه لتطبيقه على النزاع.

الفرع الثاني: خضوع العقد للقانون الدولي العام

حيث برز اتجاه فقهي يرى وجوب إخضاع عقود الإدارة الدولية إلى قواعد القانون الدولي العام، استناداً إلى بعض الحجج والمبررات كالتالي:

أ. اعتبار العقد الإداري الدولي اتفاقية دولية: حيث ينظر اصحاب هذا الاتجاه للعقد الإداري على انه اتفاقية دولية تخضع لأحكام وقواعد القانون الدولي العام كونها تتمتع بعدد من الخصائص وهي: أنها تأخذ ذات الشكل والاجراءات المتبعة في الاتفاقيات الدولية من حيث الإبرام وشرط سلوك طرق التحكيم، وانها تتضمن إرادة صريحة أحياناً أو ضمنية أحياناً أخرى لأطراف العقد في عدم تطبيق القانون الداخلي لدولة الإدارة المتعاقدة على النزاع أو التحكيم[٣].

---

١ علاء أبو أحمد، مرجع سابق، ص٣٥٧-٣٥٨

٢ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٨٦

٣ حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٦٢٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد انتقد هذا الاتجاه لأن مفهوم الاتفاقية الدولية يرتبط بالقانون الدولي العام بمختلف مصادره بالتالي لا يصلح ل عقود ذات طبيعة استثمارية والالتزام وغيرها من العقود الإدارية التي ينطبق عليها مفهوم العقد وليس الاتفاقية الدولية بالرغم من التشابه الحاصل بينهما من حيث الشكل. كما ان الدولة عندما تمارس مثل هذه الانشطة فإنها تلجأ إلى ذلك باعتبارها ليست صاحبة سيادة وسلطان بالتالي لا تخضع لقواعد القانون العام. كما لا يعني أن سلوك طرق التحكيم الدولي يجعل من العقد اتفاقية دولية بل سيبقى عقدا بصرف النظر عن الطبيعة القانونية للجهة التي ستفصل في النزاعات المترتبة عليه وبالتالي لن يكون خاضعاً لأحكام القانون الدولي[١].

ب. من حيث ان القانون الدولي العام هو القانون المناسب للعقد، حيث يرى جانب من الفقه أن هناك مبررات تبرر اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي، باعتباره القانون المناسب للعقد، لان الدول ترفض غالباً الخضوع لقانون أجنبي وفي ذات الوقت فإن الطرف المتعاقد مع الإدارة يرفض أيضاً اللجوء إلى قانون الإدارة المتعاقد، لذا يكون القانون الدولي العام هو القانون الانسب ليطبق على النزاعات الناتجة عن العقد[٢].

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد من حيث أن قواعد القانون الدولي لا تسري إلا على أشخاص القانون الدولي العام، وتتأثر قواعد القانون الدولي بطبيعة أشخاصه، وتتم صياغة القواعد وفقاً للمخاطبين بأحكامها، ولأن الشركات المستثمرة لا تعتبر من اشخاص القانون الدولي فإن قواعد القانون الدولي لن تكون صالحة وقابلة للتطبيق على عقود الإدارة الدولية. كما ان المعاهدات الدولية تختلف في موضوعاتها عن الموضوعات التي تكون محور اتفاق أو عقد بين الدولة والمستثمر[٣].

كما يرى الباحث أن ذلك لا يتفق ذلك مع القول بقبول الأطراف بتطبيق قواعد القانون الدولي أو الاتفاق بينهما على اللجوء اليها لان ذلك يعني انهما يتفقان على اعتبار انهما من اشخاص القانون الدولي وهذه الشخصية لا تتقرر بارادة اشخاص عاديين سواء افراد طبيعيين ام اعتباريين.

تجدر الاشارة اخيرا إلى انه يجب الرجوع إلى القوانين المطبقة على الانشطة في دولة الجهة المانحة لعقد البوت للتأكد من أنها تعطيها الحق في إبرام العقد، وقد ثار مثل هذا الجدل من حيث أحقية بلدية الكويت على سبيل المثال في إبرام عقود البوت، حيث تم عرض الجدل على هيئة الفتوى والتشريع في الكويت، وأفادت باختصاص البلدية بإبرام هذا النوع من العقود استناداً إلى نصوص القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ الخاص ببلدية

---

١ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٨٨

٢ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٨٨

٣ أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص٨٥٨ ما بعدها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكويت. ولاسيما الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ التي تنص على: "يكون طرح جميع المشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية وفق نظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية إلى الدولة أو وفق أي نظام آخر مشابه على القطاع الخاص طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠"[١].

الفرع الثالث: تطبيق المبادئ العامة والقوانين ذات السمة الدولية

ويتناول الباحث تطبيق المبادئ العامة كقانون واجب التطبيق على العقد في فرع وتطبيق القوانين العابرة للدول كالتالي:

أولاً: خضوع العقد للمبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدينة

تعتبر هذه المبادئ من قواعد العدالة، ويمكن حسب بعض الاتجاهات والوثائق الدولية اللجوء اليها كقانون واجب التطبيق على النزاع عند غياب اتفاق الطرفين على القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع والتحكيم.

وقد اخذت اتفاقية واشنطن بهذا الاتجاه، حيث جاء في المادة ٣/٤٢ من اتفاقية واشنطن أن: "تطبيق أحكام الفقرتين (١) و (٢) لا يخل بسلطة المحكمة في البت في النزاع حسب مبادئ الإنصاف والعدالة إذا اتفقت الأطراف على ذلك".

وتعتبر هذه القواعد مصدر من مصادر القانون سواء الدولي ام الوطني، وقد استند عليها بعض جهات التحكيم المختلفة، ففي قضية أبو ظبي ضد شركة (PDC) الإنجليزية، رفض المحكم تطبيق قانون إمارة ابو ظبي المتفق على تطبيقه بمقتضى العقد، بدعوى أنه لا يتضمن أية مبادئ تتعلق بالمعاملات التجارية الحديثة، وطبق بدلاً منه المبادئ العامة للأمم المتمدينة، والتي يمثلها القانون الإنجليزي من وجهة نظر هذا المحكم[٢].

وقد انتقد هذا الاتجاه كون هذه المبادئ لا تشكل بحال أو بآخر نظاماً قانونياً مستقلاً متميزاً عن الأنظمة القانونية الوطنية أو الدولية، إنما قد تكون مصدراً لهذين القانونين، كما ان الاخذ بالمبادئ القانونية بدلا من اختيار قانون معين يعني اعطاء المحكم صلاحيات واسعة لانه في الرجوع اليها لا يمكن إلا أن يقوم باستباط هذه المبادئ الامر الذي سيخضع لتقديره، كما ان المبادئ القانونية لا يمكن أن تصلح لأن تحكم العديد من المسائل المتصلة بالعقد كتكوينه وشروطه وصحته[٣].

---

١ ياسر أحمد كامل الصيرفي: النظام القانوني لعقد BOT ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص. جامعة الكويت، ٢٠٠٨، ص ٢٢ وما بعدها.

٢ محمد بكر، مرجع سابق، ص٢٦٩

٣ يوسف أكيابي، مرجع سابق، ص٥١٦ وما بعدها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث ان المبادئ العامة لا يمكن ان تغطي كافة المسائل المتصلة بالقانون أو العقد فهي مبادئ عامة يمكن ان تكون مصادر استرشادية أو يمكن ان يتم اللجوء اليها عند عدم وجود قاعدة قانونية معينة وليس عند عدم وجود قانون كاملا أو عدم وجود اتفاق على قانون يمكن تطبيقه على النزاع.

ثانياً: خضوع العقد للقوانين ذات السمة الدولية

حيث يرى اتجاه فقهي (الفقيه الأمريكي فيليب جيسوب) ان هناك قواعد قانونية مستقرة ذات سمة دولية تنظم التصرفات التي تتعدى حدود الدولة الواحدة، ويشمل هذا القانون قواعد متنوعة مأخوذة من القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص وبعض القواعد التي لا يمكن إدراجها تحت أي من هذين القانونين. وهذا القانون يحكم جميع العلاقات التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة التي قد تتعلق بالأفراد أو الدول أو المنظمات الدولية، ويرى الاتجاه ان العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي تدخل في نطاق هذه العلاقات[١].

وعليه فإن العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي لا يمكن أن يطبق عليها قواعد القانون الوطني أو القانون الدولي، انما تخضع لنوع ثالث من القواعد القانونية وهو القانون العابر للدول الذي يمثل نظاماً قانونياً ثالثاً إضافة للقانونين الوطني والدولي ويتوجب اللجوء إليه عندما يوجد مركز قانوني ثالث يتعذر إدراجه في أي من هذين القانونين كحالة عقود ذات طبيعة استثمارية[٢].

لقد تعرض هذا الاتجاه للنقد من حيث ان هذا النظام القانوني ليس له مصادر قانونية خاصة به، فمصادره القانونية منها ما هو مستمد من القانون الدولي ومنها من القانون الوطني، كما أنه لا يقدم معياراً يحدد القواعد القانونية واجبة التطبيق أو للاستعانة بالأنظمة القانونية الأخرى لاختيار القاعدة التي يتوجب تطبيقها على النزاع، كما انه يخل من وسائل قانونية لازمة لتطبيق أحكامه كما يفتقر للجزاءات[٣].

كما انتقد من حيث انه قانون غير واضح وانه قانون افتراضي لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانوني[٤]. كما يرى الباحث أنه قد يؤدي إلى تعسف المحكم الذي سيكون من صلاحيته تحديد القواعد القانونية أو المصادر التي يمكن استنباط القواعد منها بالتالي من الممكن ان يتأرجح بين مصادر القانون الدولي والوطني حسب ما يراه مناسباً الامر الذي يزيد من غموض هذا القانون وعدم وضوحه وصلاحيته لان يكون قانوناً واجب التطبيق على النزاع خاصة في مجال العقود الهامة كعقد الاستثمار.

---

١ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٩١
٢ سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص٦٦٧
٣ خالد الميعان، مرجع سابق، ص٩١
٤ يوسف أكيابي، مرجع سابق، ص٤٩٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة:

تعلقت هذه الدراسة بواحدة من صور تسوية منازعات نوع من انواع العقود الإدارية وهو عقد البناء والتشغيل، اما وسيلة تسوية النزاعات المتعلقة بهذا العقد فهي وسيلة أو اسلوب التحكيم، الذي يعتبر من الوسائل البديلة لتسوية النزاعات.

وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات كالتالي:

النتائج:

توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

أ. لم ينص قانون التحكيم الاردني على هذا النوع من العقود، لكن يوجد بعض صور هذا النوع من العقود في قانون التخاصية الاردني الملغي. وفي الكويت يوجد مثل هذا النوع من العقود في قانون بلدية الكويت، وقانون تنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة.

ب. اختلف الفقه حول تحديد طبيعة عقد البوت القانونية ضمن اتجاهات: اتجاه يعتبرها عقود إدارية بشكل عام، واتجاه يعتبرها أنها عبارة عن شكل متطور من عقود التزام المرافق العامة، فتعتبر عقود إدارية بطبيعتها لاتصالها بأنشطة المرفق ولأن الإدارة طرفاً في العقد، وطالما كان المتعاقد يباشر أعمال الإدارة في عقد الالتزام وفقاً للشكل، وهناك اتجاه يعتبرها من العقود التي تبرم في إطار القانون الخاص، بالمقابل هناك اتجاه يعتبرها من العقود ذات الطبيعة الخاصة.

ج. انقسم الفقه حول جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود البناء والتشغيل ما بين من يؤيد فكرة سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود البوت ومعارض لها ويقدم كل فريق ما يؤيد فكرته من حجج وأسانيد.

د. لم يخصص المشرع الاردني كغالبية المشرعين في النظم القانونية المختلفة مساحة خاصة للحديث عن عقود البناء والتشغيل وموقفه من تسوية النزاعات المنبثقة عنها سواء في التحكيم أم غيره، إلا أنه يمكن التعرف على موقفه هذا من خلال التعرف على موقفه من التحكيم بشكل عام ومن موقفه من التحكيم في مجال العقود الإدارية. حيث يتضح من ذلك أنه يمكن اللجوء إلى اسلوب التحكيم في العقود الإدارية بما فيها عقود البناء والتشغيل، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قراراتها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هـ. إن موقف المشرع الكويتي من التحكيم في عقود البناء والتشغيل اتضح بعد صدور قانون انشاء المحكمة الإدارية أو الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية أصبحت هذه المحكمة تختص بالفصل في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية مما دعا الفقه للقول بعدم جواز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية، كما ان قانون قانون التحكيم القضائي سمح بسلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المدنية والتجارية دون بيان موقفه من العقود الإدارية إلى ان قامت ادارة الفتوى والتشريع بالافتاء بجواز سلوك طرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية.

و. بينت الدراسة بالنسبة للقانون واجب التطبيق على النزاع المتعلق بعقود البناء والتشغيل أنه يمكن لطرفي النزاع الاتفاق على مكان وقانون التحكيم إما بالإرادة الصريحة أو بالإرادة الضمنية لطرفي العقد أو بالإرادة المفروضة عليهم، سواء بالنسبة للمشرع الكويتي أم المشرع الاردني.

ز. توصلت الدراسة إلى انه في ظل عدم اتفاق أطراف التحكيم على قانون معين يطبق على العملية التحكيمية فإغنه يتم تطبيق قانون المكان وهنا يتفرع الأمر إلى تطبيق القوانين الوطنية، أو تطبيق القوانين الدولية أو تطبيق المبادئ العامة والقوانين العابرة للدول. فبالنسبة لتطبيق القوانين الوطنية فنكون أمام احتمالين إما خضوع العقد لقانون الإدارة المتعاقدة أو خضوع العقد لقانونه الذاتي وقد تبنى الفقه هذين الاتجاهين وقدم كل فريق من الحجج والبراهين ما يؤيد اتجاهه.

ح. تبين أنه يمكن تطبيق المبادئ العامة والقوانين العابرة للدول، وهذه المبادئ العامة التي يمكن أن تطبق على النزاع التحكيمي هي: خضوع العقد للمبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدنة، خضوع العقد للقانون العابر للدول

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التوصيات:

أ. يوصي الباحث أن يقوم المشرع الاردني بتوضيح موقفه من عقود البناء والتشغيل، اذ ان النص القانوني الوحيد الذي تطرق لها هو قانون التخاصية الملغي. وعدم الاعتماد على النص الدستوري المتعلق بعقود الامتياز اذ ان الاسس غير الدستورية اي التشريعية العادية فإنه غالباً تتم المصادقات على كل عقد بقانون دون ايجاد قانون موحد يتضمن أحكاماً عامة لهذا النوع من العقود، اذ ان هذا الامر يحتاج ايجاد مثل هذا القانون ليكون مظلة رئيسية لكل عقود الامتياز أو عقود البناء والتشغيل.

ب. يوصي الباحث أن يقوم المشرع الاردني والمشرع الكويتي بتعديل قانون التحكيم من خلال إضافة مادة تجيز صراحة التحكيم في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية، وتبين أحكام وضوابط سلوك طرق التحكيم، وشروط التحكيم فيها واجراءاته.

ج. يوصي الباحث المشرع الاردني والمشرع الكويتي بتوضيح موقفه من القواعد القانونية واجبة التطبيق في حالة عدم اتفاق أطراف اتفاق التحكيم على القواعد القانونية واجبة التطبيق، بحيث يتم تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في مثل هذه الحالة.

د. يوصي الباحث كلا من أن يقوم المشرع الاردني والمشرع الكويتي بتفصيل اجراءات سلوك طرق التحكيم والتركيز على مسألة الوقت اللازم للفصل في النزاع بحيث يتفق مع طبيعة النزاعات المتعلقة بعقود البناء والتشغيل، من حيث السرعة والدقة. ومن هنا ربما يكون من الافضل اللجوء إلى اللجان أو المؤسسات المختصة بالتحكيم كالمراكز الدولية كمركز واشنطن ومركز القاهرة ومركز دبي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المراجع:

١) إبراهيم شحاته، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤١، ١٩٨٥

٢) أحمد السعيد الزقرد، عقودB.O.T واليات الدولة العالمية، بحث مقدم إلي مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٧ مارس ٢٠٠٢

٣) أحمد الملحم، نماذج العقود وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، العدد ١ و٢، مارس-يونيو، ١٩٩٢.

٤) أحمد شريف الدين، تسوية منازعات عقود مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥

٥) أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥

٦) أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٦

٧) أشرف عبد العليم رفاعي، القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع التحكيم، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣

٨) بشار عبد الهادي، التحكيم في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية، دار وائل، عمان، ٢٠٠٥، ط١

٩) جابر جاد نصار، عقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢

١٠) جابر جاد، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، (دراسة نقدية للنظرية التقليدية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢

١١) جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للاستثمار امام المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٢) حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦

١٣) حفيظة السيد الحداد الاتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القواعد القانونية واجبة التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١

١٤) حمدي عبدالعظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت، ٢٠٠٥، ط٤

١٥) حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين في دمشق، (١١/٣٠ - ٢٠٠٨/١٢/١)، تنظيم: غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية

١٦) حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ط١

١٧) حمزة حداد، كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية، ٢٠٠٧

١٨) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤

١٩) سليمان الطماوي، العقود الإدارية، القاهرة، ١٩٨٨

٢٠) سمير فرنان بالي، قضايا التحكيم في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨

٢١) شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١

٢٢) طعمه الشمري، ملاحظات عامة على الشروط الحقوقية لعقود المقاولات، محاضرة ألقيت فى دورة مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٩٥

٢٣) عبد الهادي عباس وجهاد هواش، التحكيم، المكتبة القانونية، دمشق، ١٩٩٧، ط٢

٢٤) عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠

٢٥) عزيزة الشريف، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، بحث منشور في: مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٢، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢٦) علاء أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨

٢٧) علي شطناوي، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، العدد الخامس، ١٩٩٢

٢٨) عمرو عيسى فقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣

٢٩) غسان رباح، العقد التجاري الدولي والعقود النفطية، دراسة مقارنة حول عقود الدولة مع شركات الاستثمار الاجنبي، بيروت، ١٩٨٨

٣٠) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مجلد ٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧

٣١) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مجلد ٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧

٣٢) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ط١

٣٣) لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠١٠

٣٤) ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩

٣٥) ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوتB.O.T، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، بنها، ٢٠٠٤

٣٦) محمد السعودي أحمد تقي الدين، مدخل لدراسة عقد الفيديك لمشروعات التصميم والبناء والتشغيل، استخدامه في عقود المشاركة مع القطاع الخاص في المشروعات المتعلقة بالبنية الاساسية والمرافق العامة وفقاً للقانون الكويتي، مؤتمر الكويت لعقود الفيديك، ١-٣ مايو ٢٠١٢.

٣٧) محمد السناري، وسائل التعاقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة

٣٨) محمد بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨

٣٩) محمد عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المنفرد للعقد الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ط١

٤٠) محمد عبد المحسن المقاطع، بعض إشكاليات التحكيم القضائي وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وسبل التغلب عليها، بحث مقدم لمؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، المنعقد من ٢٧-٢٩ نيسان ١٩٩٧

٤١) محمد ماجد محمود، مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في الكويت من ٢٧-٢٩ إبريل ١٩٩٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤٢) محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠
٤٣) محمود التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في المنازعات والخلافات المتعلقة بالعقود ذات الطبيعة الإدارية ١٩٩٩
٤٤) محمود تحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري وأساس التفرقة بينهما، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢
٤٥) محمود سلامة المحامي، موسوعة التحكيم والمحكم، المجلد الثاني، الناشرون، ٢٠٠٩، ط٢
٤٦) محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧
٤٧) محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج١، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠
٤٨) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي
٤٩) مشاعل عبد العزيز الهاجري، بداية النهاية: أثر ظهور مجالس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، دراسة في آليات المنازعات العقدية وفقاً لتعديلات الإصدار الأخير من عقد الفيديك، مجلة الحقوق، العدد ١، سنة ٣١، مارس ٢٠٠٧
٥٠) مصطفى الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج١، ١٩٩٨
٥١) مصلح الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، ٢٠١٠، ط١
٥٢) معوض عبد التواب، المرجع فى التعليق على نصوص القانون المدني، ج٢، مكتبة علم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٥، ط٨
٥٣) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١
٥٤) هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٧
٥٥) وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الاسكندرية، ٢٠١١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥٦) وضاح الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ط١

٥٧) ياسر أحمد كامل الصيرفي: النظام القانوني لعقد BOT ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص. جامعة الكويت، ٢٠٠٨

٥٨) ياسين غانم، حكم التحكيم في القوانين العربية ومراكز التحكيم العربية والاتفاقيات الدولية، ٢٠٠٩، منشور في منتدى كليات الحقوق في الجامعات السورية:-http://www.law uni.net/la/showthread.php?t=٣٨٩٠٧ .

٥٩) يوسف، أكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٩

الأحكام القضائية والفتاوى:

١) أحكام محكمة التمييز الاردنية

٢) أحكام محكمة النقض المصرية

٣) فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لإبداء الرأي، الفتوى الصادرة بتاريخ١٩٨٩/٥/١٧

٤) فتوى ادارة الفتوى الكويتية رقم ١٩٢٧/٢، تاريخ ١٩٧٤/٣/١٦

٥) موسوعة مبادئ القضاء الاداري، ج٨، منشورات إدارة الفتوى والتشريع، ٢٠٠٠

٦) مجلة القضاء والقانون الكويتية، السنة الأولى، العدد الثاني

٧) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ١٩٩٠ ولغاية ديسمبر ٢٠٠٢، من إصدارات إدارة الفتوى والتشريع، ج١، يناير ٢٠٠٢

٨) مجموعة من أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري

القوانين والاتفاقيات:

١) اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

٢) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرين، نيويورك، ٢٨ أيار – ١٤ حزيران/١٩٩٦، بعنوان: (الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية)

٣) الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢

٤) الدستور المصري لسنة ١٩٧٢

٥) قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٦) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

٧) قانون التخاصية الاردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠، المنشور على الصفحة رقم ٢٦٥٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٣ بتاريخ ٢٠٠٠/٧/٢.

٨) القانون الكويتي رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشاء دائرة في المحكمة الكلية

٩) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

١٠) القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

١١) قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة ١٩٨٠

١٢) القانون النموذجي للامم المتحدة لعام ١٩٨٥ وتعديلاته لعام ٢٠٠٦

١٣) قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Agreement on Arbitration in B.O.T Contracts under the Jordanian Law

A Comparative Study

Prepared by: Talal Almteri

Observed by: Dr. Nael Almasaedih

Abstract

This study relates to the settlement of contract disputes through non-judicial alternative methods, specifically the arbitration method, for one of the most important types of contracts currently, namely building, operation and transfer contracts, known as BOT contracts. These contracts under which the administrative authority undertakes to the private sector in one of the infrastructure projects to establish it at his expense and operate it for a certain period, after which the ownership of the project is transferred to the State. The private sector has also taken this type of contract into the implementation of its projects.

Because of the special nature of these projects, the methods of settling disputes are also important. Under the development of project implementation methods, it is no longer possible to rely on national jurisdictions to settle disputes arising from their implementation.

The study dealt with the subject of arbitration in these contracts. The study divided the subject into two chapters: the first concerned the convening of the arbitration agreement in the contracts of construction, operation and delivery, in which the scope of the arbitration agreement in these contracts was examined, the position of the legislator, arbitration conditions. The second was allocated to talk about the law governing the arbitration agreement in the contracts of construction, operation and delivery, whether the law of will or the law of the place.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com