التحكيم في منازعات العقود الإدارية

دراسة مقارنة (الكويت – الأردن – مصر)

Arbitration in Administrative Contracts Disputes

A Comparative Study (Kuwait, Jordan , Egypt)

إعداد الطالب:

خالد عبد الكريم محمود الميعان

إشراف:

الاستاذ الدكتور خالد سمارة الزعبي

رسالة ماجستير

كلية الدراسات القانونية العليا

قسم القانون العام

جامعة عمان العربية للدراسات العليا

٢٠٠٨

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

التفويض

أنا **خالد عبدالكريم محمود الميعان** أفوض جامعة عمان العربية للدراسات العليا بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها.

الاسم : **خالد عبدالكريم محمود الميعان**

التوقيع:

التاريخ:2008/10/20م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قرار لجنة المناقشة

نوقشت رسالة الماجستير للطالب خالد عبدالكريم محمود الميعان

بتاريخ ٢٠٠٨/١٠/٦ **وعنوانها:** التحكيم في منازعات العقود الادارية (دراسة مقارنة: مصر، الأردن، الكويت).

وقد أجيزت بتاريخ ٢٠٠٨/١٠/٢٠

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
الأستاذ الدكتور	رئيساً	
الأستاذ الدكتور	مشرفا وعضواً	
الأستاذ الدكتور	عضواً	

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشكر والتقدير

قال تعالى: ((قَالَ الَّذِي عِندَهُ عِلْمٌ مِّنَ الْكِتَابِ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَن يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ فَلَمَّا رَآهُ مُسْتَقِرًّا عِندَهُ قَالَ هَذَا مِن فَضْلِ رَبِّي لِيَبْلُوَنِي أَأَشْكُرُ أَمْ أَكْفُرُ وَمَن شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّي غَنِيٌّ كَرِيمٌ)) (النمل : أية ٤٠).

الشكر لله اعترافاً بفضله، واحتراماً لكرمه، وإجلالاً لنعمه ،وثناء على عطائه ومن بعد، فاني أتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى استاذي الفاضل الدكتور خالد الزعبي الذي أشرف على هذه الرسالة ولم يبخل علي بجهد أو نصيحة.

كما أشكر السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة .

وكذلك الشكر والتقدير لجميع أساتذتي في كلية الدراسات القانونية العليا بجامعة عمان العربية لما كان لهم علي من فضل بعد الله سبحانه .

لهم مني جميعا خالص الاحترام والتقدير.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإهـــــــــداء

اهدي هذا الجهد المتواضع

الى والدي الحبيب لما قدمه لي من تشجيع وعزيمة وإصرار

على العلم .....

إلى أغلى ما في الوجود والدتي لحبها وحنانها ودعائها المتواصل لي بالتوفيق والنجاح.

إلى زوجتي حباً ووفاءً وتقديراً

إلى ابنتي الغالية ليال

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المحتويات

الشكر والتقدير ..... د
الإهـــــــــداء ..... هـ
قائمة المحتويات ..... و
الملخص باللغة العربية ..... ح
Abstract ..... ط
الفصل الأول : خلفية الدراسة ١
مقدمة : ١
أهمية البحث : ١
مشكلة البحث : ٢
تعريف المصطلحات : ٢
محددات البحث : ٣
تمهيـــد : ٣
ماهية التحكيـــم ٣
أولاً : تعريف التحكيم ٣
ثانياً. تمييز التحكيم عن المصطلحات المشابهة. ٥
الفصـــــل الثاني : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٧
أولا.موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية ٧
أ- الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ٧
ب- الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ١١
ثانيا. موقف النظم القانونية من التحكيم في العقود الإدارية ١٢
أ- فـــي مصـــر : ١٣
ب- فـــي الأردن : ١٦
ج- فـــي الكويـــت : ١٧
الفصـــل الثالث :نطاق التحكيم في العقود الإدارية ٢٥
أولا. التحكيم في العقود الإدارية الداخلية ٢٥
أ- التحكيم المطلق في كافة أنواع العقود الإدارية ٢٥
(٢) التحكيم المقيد في بعض أنواع العقود الإدارية : ٢٧
الفصل الرابع : أثر التحكيم في العقود الإدارية على القانون الواجب التطبيق ٤٤
أولا. تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ٤٤
أ-حالة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد ٤٤
ب.حالة غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق ٤٧
ثانيا. تكييف العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمستثمر الأجنبي ٥٤
أ-خضوع العقود الدولية التي تبرمها الغدارة للقانون الخاص ٥٤
ب-خضوع العقود الدولية التي تبرمها الإدارة للقانون العام ٥٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الخامس : النتائج و التوصيات ٥٩
أولا. النتائج : ٥٩
ثانيا : التوصيات ٦١
قائمة المراجع ٦٢

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة : الكويت ،الأردن ، مصر)

إعداد الطالب خالد عبد الكريم الميعان

إشراف الاستاذ الدكتور خالد الزعبي

الملخص باللغة العربية

تناولت هذه الدراسة بحث التحكيم في منازعات العقود الإدراية حيث ناقشت مدى جواز اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بهذه العقود لا يصطدم مع الثوابت الأساسية التي يقوم عليها القانون العام ولا يتعارض مع سيادة الدولة فهو مجرد طريق تمهيدي لمحاولة حل النزاع وهو يقبل الطعن أمام الجهات القضائية، فالقضاء الرسمي هو المرجع الأخير الذي يقول كلمته في الفصل في النزاع المعروض عليه وما التحكيم إلا طريق مساعد للقضاء في تحقق أهدافه كما أن اللجوء إليه لا يتم أصلاً إلا بالنص الصريح على إجازته من قبل المشرع.

وبحثت في موقف النظم القانونية في كل من مصر و الأردن و الكويت من هذه المسألة وبينت أن المشرع المصري قد أدخل تعديلا على قانون التحكيم عام ١٩٩٧ أجاز بموجبه التحكيم في كافة العقود الإدارية الداخلية و الدولية بخلاف التشريعين الأردني و الكويتي حيث لم تتضمن هذه التشريعات معالجة صريحة للمسألة وقد انتهى الأمر بالقضاء الكويتي إلى حظر جواز اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بهذه العقود و يستثنى من ذلك العقود التي أجاز المشرع الكويتي اللجوء إلى التحكيم فيها صراحة في قانون المناطق الحرة و قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي ، الامر الذي يتطلب تدخل المشرع في كل من الأردن و الكويت للنص صراحة على جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

كما بحثت الدراسة في أثر الاتفاق على التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد وأن الدولة والأشخاص العامة شأنها شأن أي متعاقد أخر حق اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفاً فيه مع شخص أجنبي، وفي حال غياب الاتفاق على التحكيم يخضع العقد الإداري لقانون الإدارة المتعاقدة، كما يتوجب خضوعه في هذه الحالة لقواعد القانون العام مادامت الصفة الإدارية متوافرة فيه.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

Arbitration in Administrative Contracts Disputes

A Comparative Study (Kuwait, Jordan , Egypt)

Prepared by student: Khalid Abdul Karim Al Maian

Supervised by Prof. Dr. Khalid Al Zeaiby

Abstract

This study examines arbitration in administrative contracts disputes. It discusses the legality degree of resorting to arbitration as a means for solving disputes related to such contracts without opposing the basic rules on which the public law is based ,and without contradicting state sovereignty. It is just an introductory way for solving disputes and at the same time can be impeached by judicial authorities. The formal jurisdiction is the last reference which settles the presented dispute. Arbitration is only an assistant to jurisdiction in achieving its goals and resorting to it is done only by explicit text allowed by the lawmaker.

I examined attitude of legal systems in Egypt, Jordan and Kuwait to this issue. It was clear that the Egyptian lawmaker has amended the arbitration law in 1997 allowing by its virtue arbitration in all internal and international administrative contracts, contrary to the Jordanian and Kuwaiti legislations which don't explicitly handle this issue. The Kuwaiti jurisdiction banned resorting to arbitration for settling such contracts disputes excluding the free zones law, and the direct investment law

organigtion for foreign capital. This requires the intervention of lawmakers in both Jordan and Kuwait the to allow resorting to arbitration in administrative contracts disputes.

The study also discussed the effect of agreement on arbitration in determining the contract, and that both the state and the public have the right to choose the law which can be applied to the contract between any citizen and a foreign person. In case of agreement absence, the administrative contract is subject to the contracting administration law. It should also be subject, in this case, to the rules of public law as long as it has the administrative capacity.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الفصل الأول : خلفية الدراسة

مقدمة :

تتمتع الإدارة بسلطات واسعة تجاه المتعاقد معها ، فهي تملك سلطة توقيع الجزاءات المختلفة عليه وتعديل شروط العقد على خلاف المألوف في القانون الخاص كما تملك سلطة إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد، و بالمقابل فإن للمتعاقد حقوقا في مواجهة الإدارة كحقه في إعادة التوازن المالي و الحصول على التعويض .

ويترتب على وجود هذه السلطات والحقوق نشوء المنازعات بين طرفي العقد الإداري، ويمارس القضاء وظيفته الطبيعية في الفصل في هذه المنازعات، إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا هل يجوز اللجوء إلى التحكيم لحل هذه المنازعات ؟

فالعقود في نطاق القانون الخاص تتضمن في كثير من الحالات شرطا باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عنها لأسباب متعددة من ضمنها سرعة الفصل في موضوع النزاع، حيث تكون جهة التحكيم متفرغة للفصل في القضية المعروضة أمامها، مما ييسر لها إمكانية حسمها بصورة سريعة ، و يجنبها البطء في إجراءات التقاضي ، كما أن اللجوء إلى التحكيم يحقق رغبة أطراف العقد في عرض النزاع على أشخاص ممن يملكون خبرة فنية خاصة ، وقد يرغب المتعاقد مع الإدارة بتحقيق هذه المزايا مما يطرح التساؤل عن مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في نطاق العقود الإدارية.

وإذا كانت الإجابة بالإيجاب فإلى أي مدى يمتد جواز اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود ؟ فهل يقتصرعلى العقود الإدارية الداخلية أم يمتد إلى العقود ذات الصفة الدولية التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب؟

وثمة تساؤل آخر يطرح عن الآثار التي تترتب على اللجوء إلى التحكيم في العقد الإداري حول القانون واجب التطبيق فهل تطبق جهة التحكيم قواعد القانون الخاص أم تبقى قواعد القانون العام مطبقة على العقد الإداري رغم اللجوء إلى التحكيم؟

أهمية البحث :

وتبدو أهمية الدراسة من الناحية النظرية في ضرورة ايجاد الحلول القانونية للاجابة عن التساؤلات المتقدمة و التي يثيرها موضوع البحث، ومن الناحية العملية تبدو أهمية بحث موضوع التحكيم في العقود الإدارية في ظل عملية الانفتاح الاقتصادي، حيث تظهر النزعة لدى كثير من المستثمرين و بخاصة الأجانب منهم عند إبرام العقود الإدارية مع الدولة إلى طلب اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ هذه العقود، لما يحققه التحكيم من مزايا عديدة كسرعة الفصل في النزاع و تجنب بطء إجراءات التقاضي، وعدم توافق النظم القضائية مع متطلبات التجارة الدولية.

وقد اختار الباحث طرق هذا الموضوع في ضوء ما تقدم بيانه من أهميته من الناحيتين النظرية والعملية، و في ظل انتشار العقود الإدارية و اشتراط اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويأمل الباحث أن تسهم هذه الدراسة في إثراء المكتبة القانونية من خلاله و التي تبدو ضرورية لطرفي العقد الاداري و للمحكم الذي يفصل في النزاع المعروض لحل العديد من المسائل القانونية التي تثار بصددها.

وإتماما للفائدة سوف يتناول الباحث موضوع هذا البحث في دراسة مقارنة بين كل من الأردن و مصر والكويت.

مشكلة البحث :

الغرض من هذه الدراسة هو تحديد مدى جواز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في العقود الادارية، وبيان أثر اللجوء إلى هذه الوسيلة على النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري ، فهل يطبق المحكم قواعد القانون العام أم أنه يطبق قواعد القانون الخاص على النزاع المعروض أمامه.

عناصر المشكلة :

يمكن إجمال عناصر مشكلة البحث من خلال طرح عدة أسئلة تتفرع عن مشكلة الدراسة، حيث يتفرع عنها عدد من الأسئلة الفرعية التالية:

ما شرعية اللجوء إلى التحكيم في نطاق المنازعات الإدارية.

ما هو نطاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

ما هو نطاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية

ما هو القانون واجب التطبيق على العقد الإداري في حالة اللجوء إلى التحكيم.

تعريف المصطلحات :

يمكن تعريف أهم المصطلحات الواردة في الدراسة على النحو الآتي:

التحكيم: نزول أطراف العقد عن اللجوء إلى القضاء و التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم.

التحكيم الاختياري: هو الذي يلجأ إليه أطراف النزاع بإرادتهم الحرة دون أن يفرض عليهم القانون ذلك.

التحكيم الإجباري: هو التحكيم الذي يجبر فيه المشرع أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم.

العقد الإداري: هو العقد الذي تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه، ويهدف إلى تسير مرفق عام لتحقيق مصلحة عامة و يأخذ بأسلوب القانون العام بما يتضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

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

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

محددات البحث :

بناء على ما تقدم بيانه من بيان مشكلة الدراسة و عناصرها فإن الدراسة ستبحث ضمن المحددات التالية:

المحددات المكانية : يقتصر تعميم نتائج الدراسة على مصر و الأردن و الكويت مقارنة ببعض الدول أحيانا التي لجأت إلى التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية.

المحددات الزمانية : كون التحكيم في فض المنازعات الادارية قد أخذ به حديثا في القوانين المقارنة فإن الدراسة ستقتصر على دراسة تطورات نظام التحكيم خلال هذه الفترة.

المحددات الموضوعية: سيقتصر البحث على الموضوعات التالية:

مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

تحديد نطاق اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية الداخلية

تحديد نطاق اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية الدولية

تحديد القانون واجب التطبيق في حالة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

أما الموضوعات الأخرى المتعلقة بالتحكيم مثل إجراءات التحكيم وحجية أحكامه و الطعن بها ونفاذها فلن يتطرق إليها البحث باعتبارها موضوعات عامة في التحكيم وغير متصلة بصفة خاصة بمشكلة البحث.

تمهيـــد :

ماهية التحكيـــم

قبل الدخول في بحث موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية يقتضي الأمر بيان مفهوم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وعلى ذلك نبين فيما يلي تعريف التحكيم مع تمييزه عن النظم الأخرى المشابهة له.

أولاً : تعريف التحكيم

التحكيم (Arbitration) لفظ مشتق من الأصل اللاتيني من كلمة (arbitrare) وهي تعني التدخل في خلاف أو نزاع والفصل فيه (د. ساري، جورجي شفيق (٢٠٠٥) التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة، ص ١٧).

والتحكيم – في اللغة العربية كلمة مشتقة من الفعل حكم ومصدره الحكمة وهي معرفة أفضل الأشياء والعلوم ومنها الحكم بمعنى الفقه والعلم، ومنها الحكم والحاكم والحكومة وهي تعنى رد الظلم ومنعه، ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه (ابن منظور. لسان العرب، دار المعارف، ج٢ ، ص ٦٥٤).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي الاصطلاح القانوني يعرف الفقه بأنه " الاتفاق على طرح نزاع على أشخاص معينين يسمون بالمحكمين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة " (فقي، عمرو عيسى (٢٠٠٣) الجديد في التحكيم في الدول العربية، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث ، ص ١٦) .

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه " 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 " (د. تحيوي، محمود (٢٠٠٢) مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري وأساس التفرقة بينهما، الاسكندرية، منشأة المعارف، ص ٣٣).

ويعرفه بعض الفقهاء بأنه " الاتفاق على طرح النزاع إلى شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة (د. أبو الوفا، أحمد (٢٠٠١) التحكيم الاختياري والإجباري. الاسكندرية، منشأة المعارف، ص ١٥ وفي نفس المعنى د. هاشم، محمود (١٩٩٠) النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج١، اتفاق التحكيم القاهرة، دار الفكر العربي، ص٢٠).

ولاتختلف التعريفات المتقدمة من حيث مضمونها وهي في مجملها تقوم على عنصرين : الأول أن اللجوء إلى التحكيم يتم بتراضي أطراف النزاع بوساطة أشخاص يتولى أطراف النزاع اختيارهم، والثاني الطابع الإلزامي للحل الذي تقرره جهة التحكيم (د. عصار، يسري (٢٠٠١) التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٩).

وقد تضمنت بعض التشريعات المقارنة النص على تعريف التحكيم فعرفه قانون المرافعات المدنية الفرنسية المعدل عام ١٩٨٠ الذي ميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم فعرفت المادة ١٤٤٢ من القانون المذكور شرط التحكيم بأنه " الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بوساطة التحكيم " بينما عرفت المادة ١٤٤٧ من نفس القانون مشارطة التحكيم بأنها " عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه " وبنفس المعنى عرفت المادة الأولى من قانون التحكيم الفرنسي لسنة ١٩٩٣ التحكيم بأنه " إجراء خاص لتسويه بعض أنواع الخلافات بوساطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم " (د. عنزي، خالد (٢٠٠٧) التحكيم في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٥).

وقد عرف المشرع المصري التحكيم من خلال نص المادة ١/١٠ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية لسنة ١٩٩٤ والتي عرفت اتفاق التحكيم بأنه " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونة معينة عقدية أكانت أم غير عقدية ".

ولم يتضمن قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١ أي تعريف للتحكيم، لكن ورد تعريف للتحكيم في القانون القديم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣، حيث نصت المادة الثانية منه بقولها: " وتعني عبارة (اتفاق التحكيم) الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أم المحكمين مذكورا في الاتفاق أم لم يكن".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وماتكلفة من ضمانات، وهو مقصورالى ماتنصرف اليه إرادة الفريقين الى عرضه على المحكم"(مشار له في بحث د.عبادي.محمد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء اليه في منازعات العقود الإدارية، جامعة ال البيت،الأردن، ص٥-٦). كما لم يتضمن قانون التحكيم الكويتي لسنة ١٩٩٥ تعريفاً للتحكيم، إلا أن القضاء الكويتي قد عرف التحكيم بأنه " عقد يتفق طرفاه بموجبه على عرض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد متعددين ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة (قرار محكمة التمييز الصادر في الطعن رقم ٩٧/٤٤٤ تجاري جلسة ١٩٩٨/٥/١٧ مجلة القضاء والقانون السنة ٢٦،ج١، ص ٣٠٦).

ثانياً. تمييز التحكيم عن المصطلحات المشابهة.

قد يختلط مفهوم التحكيم ببعض المصطلحات المشابهة كالقضاء والصلح والتوفيق ويتطلب ذلك تمييز التحكيم عن هذه المصطلحات وهو ما سنتولى بيانه على النحو التالي :

أ- التحكيم والقضاء

يتميز القاضي بأنه صاحب ولاية عامة في الفصل في المنازعات المستمدة من القانون وقراره يعتبر حجة على الكافة فيما فصل فيه بينما يقتصر أثر حكم المحكم على طرفي التحكيم لأنه مبني أصلاً على الرضاء (نجار، زكي (١٩٩٣) الوسائل غير القضائية لحسم النزاعات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢٧٢).

والقاضي إذ يستمد ولايته في الفصل في المنازعات من حكم القانون فإنه يملك صلاحية النظر في هذه المنازعات دون حاجة لاتفاق أطراف النزاع على ذلك بخلاف المحكم الذي لا يملك النظر في المنازعات إلا بناء على اتفاق الخصوم، كما أن أطراف النزاع يملكون عزل المحكم بخلاف القاضي، فهم لا يملكون حق الاتفاق على عزله، وكذلك فإن ولاية القضاء عامة في الفصل في مختلف المنازعات الخاصة والعامة بخلاف المحكم الذي لا يملك النظر في المسائل المتصلة بالنظام العام أو بالأحوال الشخصية (د. هند، حسن (٢٠٠٤) التحكيم في المنازعات الإدارية، القاهرة، دار الكتب القانونية، ص ١٠).

ب- التحكيم والصلح

الصلح وسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد والجماعات يقوم به الأطراف من ذوي الشأن بأنفسهم أو من يمثلونهم ويحسمون بمقتضاه خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض أو كل ما يتمسك به تجاه الآخر (د. تحيوي، محمود (٢٠٠٣) الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار الفكر الجامعي ص ١٤١).

وبذلك يتبين أن الصلح يتفق مع التحكيم في أنهما وسيلة غير قضائية لحسم المنازعات وأن الحكم فيهما يكون قابلاً للتنفيذ إلا أنهما يختلفان في عدة جوانب من أهمها :

١- أن إرادة الخصوم في التحكيم تنصرف إلى تخويل المحكم دور القاضي في حسم النزاع بحكم ملزم صادر عن المحكم بعيداً عن إرادة الخصوم، وبالتالي قد يجيب المحكم طلبات أحد الخصوم كلياً ويرفض طلبات الخصم الآخر، أما في الصلح فإن القرار المنهي للنزاع هو من عمل الخصوم أنفسهم فيما اتجهت إليه إرادتهم بالتنازل عن بعض طلباتهم (د. عنزي، خالد. مرجع سابق، ص ٣٤ . انظر أيضاً د. مصري، حسن (١٩٩٦)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- يطبق المحكم في إصدار حكمه قواعد القانون الموضوعية والإجرائية في حل النزاع، أما في الصلح فإن للأطراف الاتفاق على ما يشاؤون في حل النزاع شريطة عدم مخالفة النظام العام (د. عبد الرحمن هدى (١٩٩٧) دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٥٣).

٣- يجوز الطعن في الحكم الصادر عن المحكم بطريق الاستئناف أما الصلح فلا يجوز الطعن فيه بالطرق المقررة للطعن في الأحكام (د. عنزي، خالد. مرجع سابق، ص ٣٥).

جـ- التحكيم والتوفيق

يرد التوفيق كشرط في بعض اتفاقيات التجارة الدولية كوسيلة لإنهاء المنازعات المتعلقة بها وغالباً ما يتعلق بالعقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة نسبياً كعقود التوريد ونقل التكنولوجيا، وبمقتضى ذلك الشرط يلتزم أطراف الاتفاقية بإحالة المنازعات التي تثور مستقبلاً بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية إلى أشخاص يختارونهم لإنهاء النزاع بطريق التوفيق فيما بينهم.

وبذلك تبين أن التوفيق هو صورة من صور الصلح، ويتميز عن التحكيم في أن رأي الجهة المكلفة بالتوفيق غير ملزم لطرفي النزاع فإذا لم يتم اتفاق الأطراف فإنهم يلجأون إلى التحكيم لإنهاء النزاع حيث يملك المحكم إصدار قرار ملزم لطرفي النزاع (د. هند، حسن. مرجع سابق، ص ١٣-١٤).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصـــــل الثاني : مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

لا تثور أية صعوبة بشأن مدى جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود المدنية والتجارية حتى وإن كانت الدولة أو أحد الأشخاص المعنويين طرفاً فيها حيث استقر الفقه على جواز اللجوء إلى التحكيم لفض هذه المنازعات باعتبارها خاضعة للقانون الخاص، ولكن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية، حيث تتميز هذه العقود بخصائص ذاتية تميزها عن العقود المدنية، إذ يترتب على تطبيق أسلوب التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية خروج هذه المنازعات عن نطاق ولاية القضاء الإداري، ويزداد الوضع صعوبة في ظل النظم الدستورية التي تنص على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الإدارية ، وعلى ذلك سوف نبحث فيما يلي موقف الفقه من هذه المسألة ونبحث بعد ذلك موقف النظم القانونية منها القانون المقارن والقانون الكويتي على النحو التالي :

أولا. موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية.

ثانيا. موقف النظم القانونية من التحكيم في العقود الإدارية.

أولا.موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية

تباينت الاتجاهات الفقهية بشأن مدى جواز اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية إلى اتجاهين يؤيد أحدهما إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل هذه المنازعات فيما يعارض الاتجاه الثاني ذلك، ونبحث فيما يلي الاتجاهين المتقدمين.

أ- الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

ب- الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

أ- الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعارض اتجاه في الفقه إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات في العقود الإدارية ونعرض فيما يلي الحجج التي يستند إليها أنصار المذهب.

(١) تعارض التحكيم مع الثوابت الأساسية التي يقوم عليها القانون العام.

تتمثل الحجة الأساسية التي يستند إليها أنصار الاتجاه المعارض اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى أن نظام التحكيم يصطدم مع بعض الثوابت الأساسية التي يقوم عليها القانون العام، فالنظام القانوني في الدول التي تأخذ بمبدأ القضاء المزدوج (الاداري والعادي) يميز بين نوعين من العلاقات القانونية الأول هو العلاقات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص أو الأفراد العاديين وتخضع هذه العلاقات لقواعد القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالفصل فيها، وأما النوع الثاني من العلاقات فيتمثل في العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة (انظر في تفاصيل ذلك د. طماوي، سليمان (١٩٦١) القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط ٣، القاهرة، دار الفكر العربي، ص ١٥ وما بعدها). وتخضع هذه العلاقات للقانون العام ويطبق عليها أحكامه الخاصة به ويفصل القضاء الإداري في المنازعات المتعلقة به.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتمييز المتقدم بين نوعي العلاقات القانونية يرجع إلى الوضع المتميز لأشخاص القانون العام، فالدولة تمثل المجتمع وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بخلاف أشخاص القانون الخاص الذين يسعون إلى تحقيق الربح والنفع الذاتي بشكل أساسي مما يبرر خضوع كل منهما لنظام قانوني مستقل فما يصلح لعلاقات القانون الخاص لا يصلح لعلاقات القانون العام وقد يتعذر تطبيقه عليها والتحكيم لا يخرج عن هذه القاعدة فهو لا يصلح كوسيلة لحسم المنازعات في العقود الإدارية لعدم اتفاقه مع طبيعة الروابط القانونية التي يقوم عليها القانون العام (د. ساري، جورجي، مرجع سابق، ص ١٠١-١٠٤)

وقد انتقد الفقيه الفرنسي جارسون الحجة المتقدمة بقوله إنه لا يوجد تعارض أو تنافر جذري بين التحكيم والقانون العام وإن كان الاثنان يكونان بحسب العادة زاوجاً سيئا (Jarroson (1997) L' Arbitrage en Droit public, A.J.D.A 20 Janvier 1997, Dossier p.16. مشار له في د. ساري، جورجي. مرجع سابق،ص ١٦٤) .

ويرى الباحث أنه لا يمكن التسليم بالرأي القائل بحظر اللجوء إلى التحكيم استناداً إلى تنافر القانون العام مع نظام التحكيم باعتباره قولاً عاماً لا يشير إلى أوجه التنافر ويفتقر إلى السند القانوني بتقييد حرية الإدارة في اللجوء إلى شرط التحكيم.

(٢) التحكيم في منازعات العقود الإدارية يمس بسيادة الدولة

يستند أنصار الاتجاه الذي يرى عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية إلى حجة أخرى مفادها أن التحكيم في هذه المنازعات يتعارض مع سيادة الدولة بسبب سلب القضاء اختصاصه وبخاصة في نطاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الدولة مع جهة أجنبية حيث تتجه إرادة طرفي التحكيم إلى حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة بوساطة محكم يفصل في الخلاف طبقاً للقواعد التي يتفق عليها الخصوم مما يترتب عليه المساس بسيادة الدولة بسلب القضاء الوطني اختصاصه بالفصل في موضوع النزاع والسماح للمحكم باستبعاد تطبيق القانون الوطني (د. شلقاني، أحمد (١٩٦٦) الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الأول،ص ٨٣) .

ويرى أنصار الاتجاه المتقدم أن اللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى اختيار أطراف العقد الإداري للمحكمين عند حدوث الخلاف وتكون جهة التحكيم من الأفراد العاديين أو الهيئات الخاصة ولا يتفق مع سيادة الدولة أن تفرض عليها هذه الجهات الخاصة أحكاماً تجبرها على قبولها فالدولة لا تخضع إلا لحكم القضاء الرسمي الذي يحكم بقوة الدستور والقانون. وفي سياق هذه الحجة يقول الفقيه الفرنسي Laferriere إنه من المسلم به أن الدولة لا تخضع لمحكمين سواء بسبب النتائج المشكوك فيها للتحكيم أو بسبب اعتبارات النظام العام التي تقضي بأن الدولة لا يمكن أن تكون موضوعاً للقضاء إلا بوساطة جهات القضاء المنشأة بالقانون Laferriere (1896) Juridiction administrative, 2ed, p.152) مشار له في د. ساري، جورجي، مرجع سابق، ص ١٠٦).

وقد قيل في الرد على هذه الحجة أن المشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم حتى ولو كان اختيارياً فإرادة طرف العقد ليست كافية بمفردها لجواز اللجوء إلى التحكيم إذ لا بد من تدخل المشرع ابتداء لإقرار اللجوء إليه (د. نصار، جابر جاد (١٩٩٧) التحكيم في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٦٠).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويضاف إلى ما تقدم أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا ينزع اختصاص قضاء الدولة الرسمي بل هو طريق مواز لهذا القضاء يخفف العبء عنه، فهو مجرد طريق تمهيدي لمحاولة حل النزاع وهو يقبل الطعن أمام الجهات القضائية، فالقضاء الرسمي هو المرجع الأخير الذي يقول كلمته في الفصل في النزاع المعروض عليه وما التحكيم إلا طريق مساعد للقضاء في تحقق أهدافه كما أن اللجوء إليه لا يتم أصلاً إلا بالنص الصريح على إجازته من قبل المشرع (د. عبد الهادي، بشار (٢٠٠٥) التحكيم في منازعات العقود الإدارية، عمان، دار وائل، ص ٥٢-٥٣).

وبذلك تبين أنه لا تعارض بين لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وبين سيادتها حيث إن القرار الذي تصدره جهة التحكيم قابل للطعن أمام القضاء الرسمي وهو صاحب الولاية في إصدار الحكم النهائي بشأن النزاع.

(٣) الاعتداء على اختصاص القضاء الإداري ومخالفة الدستور

يرى اتجاه في الفقه أن اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية يتضمن اعتداء على اختصاص القضاء الإداري، فهو الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية ومن ضمنها منازعات العقود الإدارية واللجوء إلى التحكيم فيه اعتداء على هذا الاختصاص المحدد بنص القانون (د. منير، محمد كمال (١٩٩١) مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، يونية ١٩٩١، ص ٣٣٠ ، د. طماوي، سليمان (٢٠٠٥) الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي ص ١٨٣-١٨٤).

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن اللجوء إلى التحكيم يخالف نص الدستور في النظم الدستورية التي تنص على اختصاص القضاء الإداري في الفصل في المنازعات الإدارية ومن أمثلتها نص المادة ١٧٢ من الدستور المصري والتي تنص على أن " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصه الأخرى"

غير أن هذه الحجة لم تسلم من النقد أيضاً فقد قيل في الرد على هذه الحجة أن الاستناد لرفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية هو استناد في غير محله حيث إن النص وإن كان ينطوي على تقرير ولاية عامة للقضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية إلا أن ذلك لا يعني حرمان المشرع من إسناد الاختصاص بالفصل في بعض المنازعات الإدارية ومنها منازعات العقود الإدارية إلى جهات أخرى، فاختصاص مجلس الدولة المصري في نظر المنازعات الإدارية هو أصل عام قصد به الخروج على وضع تشريعي سابق كان فيه اختصاص محاكم مجلس الدولة محدداً على سبيل الحصر الأمر الذي يجوز معه للمشرع الخروج على هذا الأصل على سبيل الاستثناء بإسناد الفصل في منازعات العقود الإدارية إلى هيئات التحكيم (خليفة، عبد العزيز (٢٠٠٦) التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص ٧٥).

ويرى الباحث أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يشكل اعتداء على اختصاص القضاء الإداري من حيث المبدأ حيث إن إسناد اختصاص الفصل في المنازعات الإدارية بمقتضى قانون عادي لا يمنع المشرع من إجازة التحكيم في بعض المسائل إذ نكون هنا أمام نصوص عامة بشأن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية ونصوص خاصة تجيز اللجوء إلى التحكيم في بعض هذه المنازعات وفقاً للأوضاع التشريعية التي ينظمها القانون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن المسألة تبدو أكثر دقة في حالة وجود نص دستوري على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الإدارية، ولابد في هذه الحالة من دراسة كل نص دستوري بصورة مستقلة لمعرفة حكم الدستور بشأن هذه المسألة.

فإذا كان الدستور ينص على إنشاء قضاء إداري ويترك تحديد اختصاصاته للقانون العادي ففي هذه الحالة لا يوجد ما يمنع المشرع العادي من النص على جواز التحكيم في بعض المنازعات الإدارية على اعتبار أن تحديد ما يدخل في اختصاص القضاء الإداري هي مسألة قد ترك الدستور أمر تحديدها للمشرع العادي.

(٤) تعارض التحكيم مع الأسس والمبادئ الجوهرية للعقود الإدارية.

يرى اتجاه في الفقه أن اللجوء إلى التحكيم يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري حيث إن العقد الإداري يختلف اختلافاً جوهرياً عن عقود القانون الخاص من حيث طريقة إبرامه وتنفيذه والسلطات الواسعة التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقد معها في تعديل العقد وفرض الجزاءات على المتعاقد والرقابة على تنفيذ العقد انطلاقاً من فكرة المصلحة العامة ودوام سير المرفق العام التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها من إبرام هذه العقود واللجوء إلى التحكيم يتعارض مع هذه الاعتبارات حيث إنه يقوم أساساً على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ويسعى إلى تحقيق المساواة الكاملة بين طرفي العقد، وعلى ذلك فإن العقود الإدراية تتميز بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية بشكل كامل ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها ما لم يرد نص تشريعي صريح على ذلك (د. شريف، عزيزة (١٩٩٣) التحكيم الإداري في القانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١١٤)

وينتقد اتجاه آخر في الفقه الرأي المتقدم على اعتبار أن العقد الإداري في حد ذاته هو عقد رضائي بين الإدارة والمتعاقد ولا يمنع الإدارة من أن تطرح في إيجابها شرط اللجوء الى التحكيم عند قيام أي نزاع يتعلق بالعقد، ومالذي يمنع المتعاقد من أن يعلن في قبوله الموافقه الصريحة على هذا الشرط ، ويضاف إلى ذلك أن المشرع في العديد من الدول قد أجاز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وهو المسؤول المدرك لنظرية العقد الإداري بكل أبعادها مما يدل على أن التحكيم في حد ذاته لا يتعارض مع تلك النظرية(د. عبد الهادي بشار. مرجع سابق، ص ٥٤).

ويؤيد الباحث هذا الرأي الأخير في ضوء الأسباب التي استند اليها، فنظرية العقد الإداري لا تتعارض من حيث المبدأ مع اللجوء إلى التحكيم والقرار الذي تصدره جهة التحكيم قابل للطعن أمام القضاء الرسمي الذي يمكنه أن يطبق القواعد القانونية التي تتلاءم مع طبيعة العقد الإداري حيث يكون القضاء الرسمي دائماً المرجع النهائي للفصل في موضوع النزاع.

(٥) الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات

يرى اتجاه في الفقه أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ينطوي على الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والسلطة القضائية، وفي ذلك يتساءل الفقيه الفرنسي Laferriere كيف يتصور قبول الدولة محكمين في قضاياها في حين أنه لا يسمح لها بقبول قضاة مدنيين للنظر في قضاياها Laferriere, op. cit. p 152) مشار له في د. ساري، جورجي. مرجع سابق، ص ١٠٨).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرد اتجاه آخر في الفقه على هذه الحجة بأن التحكيم في العقود الإدارية لا يتعارض مع مبدا الفصل بين السلطات لأن التحكيم لا يعتبر قضاء خاصاً فهو في حقيقة الأمر وسيلة بديلة لحل المنازعات تختلف عن القضاء الإداري والعادي، ويضاف إلى ما تقدم أن الحجة السابقة تقوم على أساس الصراع التأصيلي المفترض بين روابط القانون الخاص وروابط القانون العام، ويرفض مثيروه معالجة أية فكرة إدارية على أساس روابط القانون الخاص ومثل هذا الصراع يكون على حساب إضعاف الإدارة العامة وإغلاق الأبواب القانونية أمامها لحل مشكلاتها بسرعة وكفاءة (د. عبد الهادي، بشار. مرجع سابق، ص ١٥) .

ويرى الباحث أنه لا يوجد تعارض بين مبدأ الفصل بين السلطات وبين اللجوء إلى التحكيم فإذا كان اللجوء إلى القضاء الرسمي- إدارياً أكان أم مدنياً- لا يشكل تدخلاً من القضاء في أعمال السلطة التنفيذية ولا يشكل انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات فمن باب أولى ألا يكون حل منازعات العقود الإدارية بوساطة محكمين وهي جهة لا يجمع الفقه على الاعتراف لها بالصفة القضائية تدخلاً من جهة القضاء في أعمال الإدارة أو إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات.

ب- الاتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يرى اتجاه في الفقه أنه لا يوجد مانع قانوني من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وأن التحكيم في هذه العقود يحقق مزايا وفوائد عديدة ونبحث فيما يلي الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه:

(١) انعدام السند القانوني لرفض التحكيم في العقود الإدارية

يرى اتجاه في أن التحكيم في العقود الإدارية يعتبر جائزاً لعدم وجود سند قانوني على حظر التحكيم في هذه المنازعات، إذ إنه بالبحث عن هذا الحظر ومحاولة معرفة من أين استخلصت القاعدة التي تحرم على أشخاص القانون العام الاتفاق على التحكيم لا نجد هناك سنداً قانونياً على حظر اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات بل إن هناك ترددا في الآراء لا يمكن معه استخلاص وجود نص قاطع يحظر التحكيم فيها (د. ساري، جورجي. مرجع سابق، ص١٦٣) .

ويرى الاتجاه المتقدم في الفقه أنه لا يوجد مانع قانوني من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لعدم وجود نص صريح في القانون على حظره (د. عكاشة، حمدي ياسين (بدون سنة نشر) موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، القاهرة، ص ١٩٧).

(٢) الدولة بمختلف أجهزتها الرسمية تملك القدرة القانونية على اللجوء إلى أية تصرفات مناسبة لحل خلافاتها ومنازعاتها ومن بينها التحكيم ما دام أنه يحقق أهدافها ومصالحها. فالدولة تباشر كثيراً من التصرفات التي أباحها المشرع كإجراء عقد والبيع والشراء وتعيين الموظفين ووضع التعليمات والتقاضي فما الذي يمنعها من أن تلجأ إلى تصرف قانوني وإداري يتسم بالمرونة في حل المنازعات والخلافات وتبسيط الأمور للوصول إلى نتائج عادلة ومرضية عن طريق التحكيم؟ (د. عبد الهادي، بشار. مرجع سابق، ص ٤٦).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٣) يحقق التحكيم في منازعات العقود الإدارية مزايا عديدة من أهمها:

١- سرعة فض المنازعات وتجنب بطء إجراءات التقاضي بسبب الخبرة التي يتمتع بها المحكم وتفرغه للفصل في النزاع وعقد جلسات التحكيم في الأوقات المناسبة لطرفي النزاع.

٢- سرية النزاع التي تحفظ للخصوم أسرار معاملاتهم.

٣- سهولة إجراءات التحكيم وبساطتها بالمقارنة مع الإجراءات القضائية.

٤- يؤمن التحكيم من وجهة نظر المستثمرين الثقة والحياد الضروريين لحماية استثماراهم حيث إن المستثمر الأجنبي لا يثق في كثير من الأحيان وبخاصة في الدول النامية بالقضاء الرسمي للدولة خوفاً من تأثره بالمصالح الوطنية التي قد تخالف مصلحة المستثمر.

٥- حرية اختيار المحكمين مما يوفر إمكانية اختيارهم بدرجة عالية من التخصص والخبرة والكفاءة التي تمكنهم من الفصل في موضوع الخلاف بقدرة وكفاءة.

٦- البساطة والمرونة والقدرة على تحقيق العدالة بسبب وجود مساحة من الحرية في الحصول على الحكم العادل دون التقييد بالأشكال الرسمية مما يتيح للمحكم إمكانية الوصول إلى حل عادل.(انظر بخصوص هذه المزايا د. فقي، عمرو عيسى (٢٠٠٣) الجديد في التحكيم في الدول العربية، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ص ١٨-٢٠، د. محمود، سيد أحمد (١٩٩٧) خصومة التحكيم القضائي، الكويت، مؤسسة دار الكتب، ص ١٨ وما بعدها، د. مراكبي، سيد (٢٠٠١) التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٤٨ وما بعدها).

ويؤيد الباحث الاتجاه الفقهي المتقدم بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في حال وجود نص قانوني يجيز ذلك .

وفي ضوء ما تقدم من أسانيد فقهية وما سبق بيانه في الرد على الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه المعارض للجوء الى التحكيم ، يتطلب ذلك بحث موقف النظم القانونية من هذه المسألة وهو ما سنتولى دراسته من خلال المبحث التالي:

ثانيا. موقف النظم القانونية من التحكيم في العقود الإدارية

تباينت النظم القانونية تجاه إجازة التحكيم في العقود الإدارية أو حظرها، فبعض التشريعات المقارنة نصت صراحة على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ومن أمثلتها قانون المرافعات الجزائري لسنة ١٩٦٦ حيث نصت المادة (٤٤٢) من هذا القانون على حظر اللجوء إلى التحكيم على أي شخص من أشخاص القانون العام الاعتبارية باستثناء الأمور المتعلقة بالتجارة الدولية بينما قررت تشريعات أخرى إجازة التحكيم ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة (٣) من نظام التحكيم السعودي لسنة ١٩٨٣ والتي أجازت اللجوء إلى التحكيم شريطة موافقة مجلس الوزراء.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ونبحث فيما يلي موقف النظم القانونية في كل من مصر والأردن والكويت من هذه المسألة.

أ- فـــي مصـــر :

كانت المواد ٥٠١-٥١٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة ١٩٦٨ تنظم الإجراءات والأحكام المتعلقة بفصل المنازعات عن طريق التحكيم وقد تم إلغاء هذه المواد بموجب قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ والذي تم تعديله عام ١٩٩٧ ونبحث فيما يلي موقف القانون المصري من التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإداريةفي المراحل الثلاث المتقدم ذكرها:

(١) التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون المرافعات لسنة ١٩٦٨

لم يتطرق قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري لسنة ١٩٦٨ لمسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية صراحة حيث نصت المادة (٥٠١) من هذا القانون على أنه :

" يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ".

ويلاحظ أن النص مطلق في جواز التحكيم إلا أن خلافاً فقهياً قد ثار حول جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية استناداً للنص المذكور حيث إن النظر في منازعات العقود الإدارية هو من اختصاص مجلس الدولة طبقاً لنص المادة (١١/١٠) القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ الخاص بتنظيم مجلس الدولة (د. جعفر، محمد أنس (٢٠٠٠) العقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢١٤).

وفي ظل الوضع المتقدم تباينت الاتجاهات الفقهية في مصر حيث ذهب اتجاه إلى جواز التحكيم استناداً لنص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات (من أنصار هذا الاتجاه د. شرف الدين، أحمد (١٩٩٣) ودراسات في التحكيم في منازعات العقود الإدارية، القاهرة ص ٢٣ وما بعدها، د. ابراهيم، كمال (١٩٩١) التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، ص ٦٨ وما بعدها). بينما ذهب اتجاه آخر إلى حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية لانعقاد الاختصاص في فصل هذه المنازعات لمجلس الدولة

وقد سبق لنا عرض الأسانيد القانونية الأخرى التي يستند إليها أنصار كل فريق في تأييد وجهة نظره (البند أولا من هذا الفصل). إلا أن التساؤل الذي يطرح ما هو موقف القضاء المصري من هذه المسألة؟

عرضت المسألة على محكمة القضاء الإداري في قضية الشركة المصرية المساهمة للتعمير فقررت المحكمة أنه إزاء صراحة الاتفاقية بين هذه الشركة ووزارة الإسكان بتعيين محكم في المنازعات المتعلقة بفقد الامتياز فقد ألزمت الوزارة بتعيين محكم عنها في هيئة التحكيم (حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٤٨٦) لسنة (٣٩) قضائية جلسة ١٩٨٦/٥/١٨) وقد طعنت الوزارة بالحكم المذكور أمام المحكمة الإدارية العليا التي قررت عدم جواز التحكيم في العقود ومما جاء في حكمها: " القاعدة أن المشرع الوضعي المصري يكون منزهاً عن السهو والخطأ فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق بما لا يهدم خصائص العقد الإداري وبما لا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومع القول جدلاً بأن المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تنطبق في مجال العقود الإدارية فقد تضمن نص فقرتها الأخيرة أنه لا يصح التحكيم إلا لمن يملك التصرف في حقوقه ولا يملك الوزير أن يمد أجل عقد أبرم بناء على قانون وضعي خاص إلا بعد استصدار قانون وضعي مصري آخر يجيز له ذلك والحكم القضائي المطعون فيه قد ذهب إلى غير ذلك ومن ثم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون الوضعي " (حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم (٣٠٤٩) لسنة ٣٢ قضائية جلسة ٩٩٠/٢/٢٠ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، لسنة ٣٥، العدد الأول (١٩٩٤) ص ١١٤٣).

وقد سارت أحكام القضاء الإداري المصري بعد هذا الحكم على نهج المحكمة الإدارية العليا في رفض التحكيم في العقود الإدارية (حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٠ وحكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٩١ مشار للحكمين في د. ساري، جورجي. مرجع سابق، ص ١٤٤-١٤٥).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه كانت قد صدرت عن مجلس الدولة المصري بعض الفتاوى التي ذهب فيها إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مثل فتوى الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع الصادرة في ١٧ مايو ١٩٨٩ والتي أكدت عليها الفتوى الصادرة بتاريخ ٧ فبراير ١٩٩٣، إلا أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد عدلت عن رأيها المتقدم في فتواها الصادرة بتاريخ ٢٢ فبراير ١٩٩٧ والتي قررت فيها عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية انسجاماً مع اتجاه القضاء الإداري (في تفاصيل هذه الفتاوى انظر د. ساري، جورجي. مرجع سابق، ص ١٨٤- ١٨٦، د. تحيوي، محمود. التجاء الجهات الإدارية للتحكيم، مرجع سابق. ص ٣٨٣ وما بعدها).

(٢) التحكيم في منازعات العقود الإدارية بعد صدور قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤.

تم إلغاء المواد ٥٠١-٥١٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى نص المادة (٣) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ونصت المادة الأولى من القانون المذكور على ما يلي: " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على خضوعه لأحكام هذا القانون "

فالنص المتقدم نص عام يشمل العقود الإدارية لشموله أشخاص القانون العام وجميع أنواع العلاقات القانونية، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون على ذلك بقولها إن المادة الأولى قد " نظمت سريان أحكام المشروع على كل تحكيم يجري في مصر- سواء أكان بين أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأياً كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع- وقد قصد بهذه العبارة سريان هذا القانون على العقود الإدارية وقد اتجه الرأي الغالب في الفقه المصري إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية استناداً لمطلق نص المادة (٣) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ والتي تشمل المنازعات التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها وإلى ما ورد في المذكرة الايضاحية (في هذا الاتجاه د. شرقاوي، محمود سمير (١٩٩٩) مفهوم التجارة الدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقد في جامعة بيروت العربية، من ١٦-١٨ مايو ١٩٩٩ ص ٥. د. عبد القادر، ناريمان (١٩٩٦) اتفاق التحكيم، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٤٩، د. ابراهيم أحمد ابراهيم (٢٠٠٠) التحكيم الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٢٦، د. رسلان، أنور. مرجع سابق، ص ٢٣٤)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلا أن جانباً آخر من الفقه المصري قد اتجه إلى أن نص المادة (٣) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ لم يحسم مسألة جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية واستند هذا الاتجاه إلى أن هذا القانون وإن أجاز التحكيم في المنازعات التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها إلا أن التحكيم لا يمكن قبوله إلا في نطاق عقود القانون الخاص التي يبرمها أشخاص القانون العام ولا يسري على منازعات العقود الإدارية، كما استند الاتجاه المذكور إلى نص المادة (١٧٢) من الدستور المصري والتي أسندت الفصل في منازعات العقود الإدارية إلى مجلس الدولة المصري (في هذا الاتجاه د. سيد، نجلاء حسن (٢٠٠٢) التحكيم في المنازعات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص ٨٧)

وقد عرضت المسألة على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بعد صدور قانون التحكيم لدى دراسة مشروع عقد كان من المنوي إبرامه بين كل من المجلس الأعلى للآثار وشركة جلتسير سلفرنايت وقد قررت الجمعية العمومية عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإداية في ظل قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ ومما جاء في الفتوى:

" إن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجوؤها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة، وهو تحكيم لجهة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه جهة عامة، ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي...

والحال أيضاً أن العقد الإداري يتضمن شروطاً استثنائية تقيم لجهة الإدارة المتعاقدة درجة سطوة ونفوذ في العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الآخر وبما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتيسير المرافق العامة، وأنه مما يتعارض مع هذه الطبيعة أن يرد شرط التحكيم في المنازعات التي تقوم بين أطراف هذه العقود، وما تفرضه من مشاركة بين طرفي العقد في تشكيل هيئة التحكيم تشكيلاً اتفاقياً.

وإجازة التحكيم تفيد أن يتضمن شرط التحكيم إخضاعه باتفاق طرفيه للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها وذلك طبقاً لحكم المادة (٢٥)، وإجازة التحكيم أيضاً تفيد اختيار غير العربية لغة للتقاضي ولإجراءات التحكيم وذلك طبقاً للماة (٢٥) من القانون، كما أن إجازة التحكيم تجيز لأطرافه الاتفاق على أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة بين طرفي الخصومة حكماً غير مسبب طبقاً لما تنص عليه المادة (٤٣) من القانون وكل ذلك مما يسوغ تقريره ما دام طرفا التحكيم قد اتفقا عليه في المنازعات المدنية والتجارية ولكنه مما لا يسوغ التسليم به في العقود الإدارية لعدم التسليم بأهلية الجهة الإدارية المتعاقدة بالإقرار بذلك بغير عمل تشريعي محدد وواضح الدلالة في إقرار هذا الأمر كله أو بعضه..... "

وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فإن هذا القانون في أي من مراحل إعداده وحتى صدوره لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون، وعندما قدم احد الأعضاء اقتراحاً يتضمن القانون عبارة صريحة لهذا المعنى عرض اقتراحاً بأن يتضمن القانون عبارة صريحة لهذا المعنى عرض اقتراحه بنصه على المجلس للتصويت فرفض الاقتراح

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتبين من المناقشات أن صاحب الاقتراح ذكر إن كان ثمة حرص على تفادي النص صراحة على العقود الإدارية عند إعداد المشروع ولذلك تضمن المشروع أمثلة لعقود هي مما يغلب على العقود الإدارية أن تكون من بينها، وأن اثنين من المتحدثين عن النص اختلفا في تفسيره أثناء جلسة الموافقة على القانون، بما يستبعد معه أن الموافقين على القانون جميعاً كانوا يقصدون من هذه العبارة شمولها للعقود الإدارية والعبرة هنا بالإرادة الجماعية وليس بالاجتهادات الفردية ما دام الأمر يتعلق بالنص وبمدى حسمه في الإشارة إلى حكم محدد، ولما أريد الحسم بنص صريح رفض هذا الاقتراح ". (فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٩٦) .

(٣) تدخل المشرع بإجازة التحكيم في العقود الإدارية عام ١٩٩٧

بعد صدور الفتوى عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة في جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ والمتضمنة عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية تدخل المشرع

المصري بالنص صراحة على جواز التحكيم في هذه المنازعات بإصداره القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ المعدل لقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ والذي نص على إضافة الفقرة التالية إلى نص

المادة الأولى من قانون التحكيم: " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك ".

وبذلك يكون المشرع المصري قد حسم الخلاف حول جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بنص صريح أجاز فيه التحكيم في جميع أنواع هذه العقود شريطة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

وعدم التفويض في ممارسة هذا الاختصاص مرده أهمية وخطورة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بما يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطني والخروج على الأصل العام باختصاص القضاء الإداري بالنظر في هذه المنازعات مما يستوجب أن توكل سلطة الموافقة على هذا الأمر لقيادة إدارية تقع على قمة السلم الإداري ضماناً لاستخدام التحكيم بما لا يضر المصلحة العامة (د. خليفة، عبد العزيز (٢٠٠٤) الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة ص ٣٦٢) .

ب- فـــي الأردن :

لم يتضمن قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٨ أي نص على إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية أو حظره، ومع ذلك فإن الجهات الإدارية كانت تبرم العقود الإدارية متضمنة شرط اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام هذه العقود وقد تضمن بعضها نصاً يجبر الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى التحكيم لحل هذه المنازعات (د. شطناوي، علي خطار (١٩٩٢) عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، العدد الخامس، ١٩٩٢ ص ٨٨ وما بعدها، د. عبد الهادي، بشار. مرجع سابق، ص ٦٧-٦٨).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبصدور قانون التحكيم الحالي رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ عالج المشرع الأردني مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية من خلال نص المادة الثالثة من هذا القانون والتي تنص على ما يلي: " 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 ".

ويلاحظ على النص المتقدم أنه لم يحسم الخلاف حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على الرغم من أنه أجاز التحكيم في العقود التي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها فالنص المتقدم مطابق لنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ قبل تعديلها عام ١٩٩٧ والتي كانت تنص على أنه " تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع ..." وقد سبقت الإشارة إلى أن هذا النص لم يحسم المسألة في مصر وصدرت فتوى عن مجلس الفتوى والتشريع بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في ظله وأن المسألة لم تحسم إلا بالنص الصريح على جواز التحكيم في العقود الإدارية من خلال التعديل الذي أجراه المشرع المصري على نص المادة المذكورة عام ١٩٩٧.

وعليه فإن الباحث يوصي بتعديل نص المادة الثالثة من قانون التحكيم بإضافة عبارة صريحة تجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وبخاصة وأن إجازة التحكيم وفقاً لنص المادة الثالثة من قانون التحكيم تتعلق بالمنازعات المدنية والتجارية مما يعني انعدام السند القانوني لإجازة التحكيم في العقود الإدارية.

ج- فـــي الكويـــت :

يمكن التمييز بين مرحلتين مر بها التشريع الكويتي بشأن التحكيم في العقود الإدارية، الأولى هي المرحلة السابقة على إنشاء الدائرة والثانية هي مرحلة إنشاء الدائرة الإدارية ونبحث فيما يلي مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في هاتين المرحلتين:

(١) مرحلة ما قبل إنشاء الدائرة الإدارية.

أجازت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٦) لسنة ١٩٦٠ الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما أجازت هذه المادة الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين وقد جاء نص المادة المذكورة عاماً بحيث يشمل التحكيم في كافة العقود المدنية والتجارية والإدارية.

وإضافة إلى النص العام الوارد في قانون المرافعات المدنية والتجارية أصدر المشرع الكويتي المرسوم الأميري رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠ الخاص بتنظيم إدارة الفتوى والتشريع والذي تضمن نصاً خاصاً بشأن التحكيم في العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام حيث نصت المادة (٥) من هذا المرسوم على ما يلي: " 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 ". وتطبيقاً لهذا النص فإن الإدارة يحق لها الاتفاق على التحكيم في العقود التي تقل قيمتها على مليون روبية دون أخذ رأي إدارة الفتوى والتشريع، أما في العقود التي تزيد قيمتها على الحد المذكور فيجوز للإدارة الاتفاق على التحكيم شريطة أخذ رأي إدارة الفتوى والتشريع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي عام ١٩٨٠ صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد وقد نصت المادة (١٧٣) من هذا القانون على ما يلي: " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ".

وفي ظل النصوص المتقدمة اتجه القضاء الكويتي إلى إجازة التحكيم في العقود الإدارية حيث قررت إدارة الفتوى والتشريع ما يلي: " 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 إلى من 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 (٥) من القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠ الخاص بتنظيم إدارة الفتوى والتشريع ...(فتوى رقم ١٩٢٧/٢ صادر بتاريخ ١٩٧٤/٣/١٦).

كما اتجه القضاء الكويتي إلى إقرار صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية من خلال إقرار الأحكام الصادرة عن هيئات المحكمين الصادرة في المنازعات المتعلقة بهذه العقود الأمر الذي يستخلص منه إجازة التحكيم في المنازعات المتعلقة بهذه العقود ففي قضية تتلخص وقائعها أن وزارة الأشغال العامة قد أبرمت عقداً مع شركة مقاولات لإنشاء طرق عسكرية بمنطقة الجهراء وقد نص البند (٣١) من هذا العقد على أنه عند حدوث خلاف يتعلق بموضوع العقد أو تنفيذه يحال الأمر إلى محكم يختاره الطرفان للفصل فيه بقرار نهائي ملزم.

وقد نشا خلاف عند تنفيذ أحكام العقد وتمت إحالته إلى التحكيم الذي فصل فيه بإلزام وزارة الأشغال العامة بأن تؤدي مبلغ ٦٧٢٦ ديناراً للشركة وقد تم الطعن بحكم هيئة التحكيم أمام المحكمة الكلية التي اعتبرت مشارطة التحكيم صحيحة (قرار المحكمة الكلية في القضية رقم ١٩٦٨/١٠٦٤ جلسة ١٩٦٩/٣/١٧ مجلة القضاء والقانون، السنة الأولى، العدد الثاني،ص ٨٧)

ونشير هنا إلى المادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قد نصت على أنه

" لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصلح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع ".

وقد حددت المادة (٥٥٤) من القانون المدني الكويتي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح فنصت على أنه " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها "

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتطبيقاً لهذا النص لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام مثل الأهلية ومسائل الأحوال الشخصية والجرائم، ولكنه إذا كانت المسألة تتعلق بالنظام العام وترتب عليها حقوق مالية لصالح أحد الأطراف جاز التحكيم بشأن هذه الحقوق المالية، فلا يجوز التحكيم بشأن مسألة تكييف الفعل وتحديد ما إذا كان يعد جريمة أم لا ولكن يجوز التحكيم بشأن الحقوق المالية المترتبة على الجريمة كالحق في التعويض المدني (د. عطية، عزمي عبد الفتاح (١٩٩٠) قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ص ١١٠)

(٢) مرحلة إنشاء الدائرة الإدارية.

أصدر المشرع الكويتي القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشاء دائرة في المحكمة الكلية تختص بنظر المنازعات الإدارية، وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يلي: " تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة وتختص دون غيرها بالمسائل التالية ..."

وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على اختصاص الدائرة الإدارية بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية حيث نصت على ما يلي: " 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 ."

والنص المتقدم يمنح الاختصاص الحصري بمسألة النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للدائرة الإدارية في المحكمة الكلية وحدها ولذلك ظهر اتجاه فقهي يرى عدم جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بهذه العقود مستنداً الحجج التالية:

١- اختصاص الدائرة الإدارية اختصاصاً حصرياً بنظر منازعات العقود الإدارية وهو اختصاص نوعي متعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته.

٢ - أن أساس وجود الدائرة الإدارية هو نص المادة ١٦٩ من الدستور والتي تنص على 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 ". ومن ثم فإن المشرع لا يملك توزيع الاختصاصات بخلاف ما نص عليه الدستور.

٣ - إن التحكيم وفقاً لنص المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي والمادة ٥٥٤ من القانون المدني غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام ومن ضمنها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. (في هذا الاتجاه د. محمود، سيد أحمد. مرجع سابق، ص ١٤٣، د. مليجي، أحمد (١٩٩٦) قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت مؤسسة دار الكتب ص ٢٧٧، د. عبد الفتاح، عزمي (١٩٩٠) قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ص ١٤٨. د. صالح عثمان عبد الملك. مرجع سابق، ص ٢٧-٢٨).

غير أن هناك اتجاهاً آخر في الفقه الكويتي يرى أن اختصاص الدائرة الإدارية في نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لا يترتب عليه حظر التحكيم في هذه المنازعات لأن أحكام قانون إنشاء الدائرة الإدارية لم تتضمن نصاً صريحاً بعدم جواز لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وإن اختصاص الدائرة الإدارية المنصوص عليه في قانون إنشائها يهدف إلى بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص هذه الدائرة والدوائر الأخرى في المحكمة الكلية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والقول بأن توزيع الاختصاص المنصوص عليه في هذا القانون يتضمن حظر لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فيه تحميل للنص أكثر مما يحتمل ولو أراد المشرع ذلك لنص عليه صراحة (د. محمود، محمد ماجد (١٩٩٧) مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في الكويت من ٢٧-٢٩ إبريل ١٩٩٧، ص ٣٤٧-٣٤٨).

وفي عام ١٩٩٥ صدر قانون التحكيم القضائي وقد حددت المادة الثانية من هذا القانون اختصاص هيئة التحكيم القضائي بالمسائل الآتية:

١- الفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها، كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك.

٢- الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأسمالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات.

٣- الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء ".

من خلال النص المتقدم يتبين أن المشرع الكويتي لم يحدد نوع النزاع الذي يدخل في اختصاص هيئة التحكيم القضائي الأمر الذي يثور معه التساؤل فيما إذا كانت المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل في اختصاص هذه الهيئات أم لا؟

يرى اتجاه في الفقه أنه يشترط في النزاع الذي يكون من اختصاص هيئة التحكيم القضائي أن يكون نزاعاً مدنياً أو تجارياً ويستخلص ذلك ضمناً من عنوان القانون وهو التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية كما يستخلص ذلك من خلال نص المادة (٥) من هذا القانون والتي استوجبت لاختصاص هيئة التحكيم بالمسائل التي تعرض عليها أن تكون ضمن المسائل التي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري وبمفهوم المخالفة فإن هيئة التحكيم القضائي لا تفصل في المسائل التي تخرج عن اختصاص القضاء المدني أو التجاري ومن ضمنها العقود الإدارية (في هذا الاتجاه: د. شريف، عزيزة (١٩٩٨) تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت السنة ٢٢، العدد الثاني يونيو ١٩٩٨ ص ٢٦-٢٩ د. مقاطع، محمد عبد المحسن (١٩٩٧) 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، ص ٥٥٣).

ويرى اتجاه آخر في الفقه جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية استناداً لعموم نص الفقرة (٣) من المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي في المنازعات المتعلقة بالأشخاص الاعتبارية العامة والجهات الحكومية مما يجعل التحكيم شاملاً للعقود الإدارية ولكون قانون التحكيم القضائي قد جاء لاحقاً على قانون إنشاء الدائرة الإدارية مما يترتب عليه نسخ أحكامه ووجوب العمل بالقانون اللاحق (في هذا الاتجاه د. محمود، محمد ماجد. مرجع سابق ص ٣٤٨ د. محمود، سيد أحمد. مرجع سابق، ص ١٥١-١٥٢).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد صدرت عن إدارة الفتوى والتشريع في الكويت بعض الفتاوى التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية من ضمنها :

- فتوى رقم ٢/١٥٠/٩٥- ١٨٠٠ صادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٥:

تتعلق هذه الفتوى بعقد لتصميم وتجهيز وإنجاز وصيانة إحدى المشاريع الإسكانية في الكويت، وقد نصت المادة (٦٧) من الشروط العامة للعقد على عرض المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ هذا العقد هيئة تحكيم ثلاثية وقد نشأ نزاع بين طرفي العقد حول مستحقات الشركة عن العقد المذكور، طلبت الشركة من المؤسسة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحل النزاع عن طريق التحكيم، كما طلبت أن تقوم بتعيين محكمها، تمهيداً لتعيين رئيس الهيئة عن طريق مجلس القضاء الأعلى، إلا أن المؤسسة العامة للرعاية السكنية - التي حلت محل الهيئة العامة للإسكان - رفضت الموافقة على طلب الشركة بشأن عرض النزاع على هيئة تحكيم، وذلك لاختصاص المحاكم الكويتية بالفصل في النزاع وفقاً للمادة (١٦) من العقد.

وتقدمت المؤسسة إلى إدارة الفتوى والتشريع بطلب إبداء الرأي حول مدى جواز الالتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة ومقاولي عقود الأشغال العامة المبرمة بينهما، مع بحث مدى صحة شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية في ضوء اختصاص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وفقاً للمادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية ومدى صحة شرط التحكيم الوارد في الشروط العامة للعقد في ضوء التعارض بين النصوص الواردة بوثيقة العقد

وأبدت إدارة الفتوى والتشريع رأيها بأنه: " يبين من سياق نصوص وثيقة العقد والشروط 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 او 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 بطريق التحكيم طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الشروط العامة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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 طريق 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 . (أن المحاكم العادية تختص حالياً بنظر منازعات العقود الإدارية وتطبق بشأنها قواعد القانون الإداري ونقل الاختصاص إلى الدائرة المنشأة بموجب هذا القانون لن يترتب عليه أي أثر جديد بالنسبة لاختصاص المحاكم بهذه العقود سوى قصر الاختصاص بنظر هذه 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 نصت على جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين وعلى عدم اختصاص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها ، وعليه يجوز لكل من طرفي العقد رقم ٨٠/٧٩ المشار إليه أن يلجأ إلى طريق 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 (مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ١٩٩٠ ولغاية ديسمبر ٢٠٠٢، من إصدارات إدارة الفتوى والتشريع، الجزء الأول، يناير ٢٠٠٢، ص ٣٩٩)

غير أن محكمة التمييز الكويتية قد حسمت الخلاف بشأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فقررت أن منازعات العقود الإدارية هي من اختصاص الدائرة الإدارية حصراً وأنه اختصاص يتعلق بالنظام العام فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم لحل هذه المنازعات ويستوي في ذلك أن يكون هذا التحكيم عادياً أو قضائياً بالاستناد لأحكام القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ ومما قررته بهذا الشأن:

١- طعن ٨٨/١٢٢ تجاري، جلسة ١٩٨٩/١/٢٣

و قد جاء فيه "اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية مرجعه ما تضمنه من روابط هي من مجالات القانون العام، وإذا عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ للدائرة الإدارية وحدها الاختصاص بالمنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر، والبين من النص أن تعداد تلك العقود بالمادة سالفة الذكر يمتد إلى كافة العقود الإدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية " (طعن ٨٨/١٢٢ تجاري، جلسة ١٩٨٩/١/٢٣، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، السنة ١٧، ص ٧١).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ١٩٩٨ تجاري جلسة ١٩٩٩/٣/١٤

وقد جاء فيه : " 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 هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط 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 ".

٣- الطعن رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ (تجاري/٢) جلسة ١٩٩٨/٣/١٥

وقد جاء فيه " لما كان الواضح من الأوراق ومما سجله الحكم المطعون فيه أن الوزارة الطاعنة أبرمت مع الشركة المطعون ضدها العقد محل النزاع عن مشروع استكمال أعمال قصر بيان، وانتهجت في تعاقدها أسلوب القانون العام محتفظة لنفسها بحق تعديله وفقاً للشروط الحقوقية الملحقة به، وأنها أصدرت للشركة المذكورة أثناء العمل عدة أوامر تغييرية منها الأمر رقم (١) بما يجعل هذا العقد عقد أشغال عامة، ولما كانت المنازعات التي تختص هيئة التحكيم بالفصل فيها طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية - وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها، ومن ثم فلا اختصاص لها بالفصل في المنازعة المطروحة لتعلقها بعقد إداري مما تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيه وحدها دون غيرها إلغاءً وتعويضاً عملاً بالمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٨٢، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى برفض الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم ولائياً بنظر النزاع، ومضى إلى الفصل في موضوعه على الرغم من تعلقه بعقد إداري، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب تمييزه دون حاجةإلى بحث باقي أسباب الطعن وتعيين المحكمة الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لنظر الدعوى عملاً بنص المادة ١٥٦ من قانون المرافعات ".(الطعن رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ (تجاري/٢) جلسة ١٩٩٨/٣/١٥مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٦، الجزء الأول، مايو ٢٠٠١، ص ١٩٩)

٤- حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٣١) لسنة ١٩٩٩ (تجاري إداري) جلسة ٢٠٠٠/٣/٥ .

ومما جاء فيه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن هيئات التحكيم القضائي المشكلة تنفيذاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية لا تختص بنظر المنازعات الإدارية على ما يستفاد من عنوان القانون الصادر بإنشائها وتدل عليه نصوصه بتحديد اختصاصها وممارستها للمهام المنوطة بها، ولما كان ذلك، وكان من مقومات العقود الإدارية أن لها طبيعة خاصة بالنظر لما يمثله طرفاها من مصالح غير متعادلة حيث تنوب الإدارة فيها عن المصلحة العامة، ويحق لها أن تضمنها من الجزاءات الإدارية غير المألوفة في عقود القانون الخاص ما تستهدف به تأمين سير المرافق العامة وتأمين حسن سيرها بانتظام واضطراد، وكذلك قيام المتعاقد معها على احترام شروط العقد وبذل العناية والدقة في تنفيذه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولما كان العقد المؤرخ ١٩٩٤/٨/٣٠ قد جاء في بنوده . وكانت هذه الشروط ليست مألوفة في عقود القانون الخاص وتستهدف تأمين سير المرافق وتأمين حصول ذلك بانتظام واضطراد، فإنه سواء بالنظر إلى أطراف العقد أو غاياته أو شروطه تكون قد توافرت له مقومات العقد الإداري، ومن ثم لا تختص هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالفصل فيما ينشأ عن تنفيذه بين المتعاقدين فيه من خلافات من مثل النزاع المثار بينهما حول خطاب الضمان، وإنما - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تكون ولاية الفصل فيها للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية المنشأة بالمرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٨١، وحدها دون غيرها، ويتعين من ثم، وبغير حاجة لبحث السببين الآخرين للطعن، تمييز الحكم المطعون فيه، وتعيين المحكمة المذكورة لنظر النزاع ".(حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٣١) لسنة ١٩٩٩ (تجاري إداري) جلسة ٢٠٠٠/٣/٥مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٨، الجزء الأول، يونيو ٢٠٠٣، ص ١٢١.)

يتبين مما تقدم أن محكمة التمييز قد استقرت على مبدأ عدم اختصاص هيئات التحكيم القضائي المنشأة بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بنظر منازعات العقود الإدارية كافة، بما

فيها منازعات الحقوق المالية المترتبة على العقد الإداري، واستندت في ذلك الى حجتين أساسيتين:

الاولى : اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية حصريا بالفصل في منازعات العقود الإدارية استنادا لاحكام المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشائها.

و الثانية :أن المنازعات التي تختص بها هيئات التحكيم القضائي بموجب المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، ، هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها كما ورد في عنوانه.

وحيث إن محكمة التمييز قد حسمت الخلاف وقرت حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإن ذلك يتطلب تدخل المشرع الكويتي لإجازة ذلك بنص تشريعي صريح كما فعل المشرع المصري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصـــل الثالث :نطاق التحكيم في العقود الإدارية

بحثنا في الفصل السابق مسألة مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية من حيث المبدأ وانتهينا إلى أن العديد من النظم القانونية تجيز اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود والسؤال الذي يطرح هنا هل يشمل التحكيم جميع العقود الإدارية أم أنه ينحصر في أنواع محددة منها؟

تميز العديد من الأنظمة القانونية بشأن هذه المسألة بين التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والتحكيم في العقود الإدارية الدولية وعليه نبحث نطاق العقود الإدارية التي يجوز التحكيم فيها في كل من العقود الإدارية الداخلية والدولية على النحو التالي:

أولا. التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

ثانيا. التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

أولا. التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

تجيز بعض الدول التحكيم في كافة أنواع العقود الإدارية الداخلية بينما يقيد بعضها الآخر التحكيم في أنواع محددة من العقود الإدارية المقارنة ونبحث فيما يلي الإتجاهين المتقدمين في النظم القانونية المقارنة وفي القانون الكويتي:

أ- التحكيم المطلق في كافة أنواع العقود الإدارية.

ب- التحكيم المقيد في بعض أنواع العقود الإدارية.

أ- التحكيم المطلق في كافة أنواع العقود الإدارية

تجيز بعض الأنظمة القانونية المقارنة التحكيم في كافة أنواع العقود الإدارية دون تقييد ومن أمثلتها قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم الأردني.

(١) في مصر.

تنص الفقرة الثانية من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ (والتي أضيفت بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧) على ما يلي:

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

والنص المتقدم مطلق في نطاقه الموضوعي حيث إنه يشمل جواز التحكيم في كافة أنواع العقود الإدارية، حيث أن المشرع لم يخص نوعاً معيناً منها كما يشمل جميع صور المنازعات المتعلقة بهذه العقود سواء ما تعلق منها بإبرام العقد أو تنفيذه أو الآثار المترتبة عليه (د. خليفة عبد العزيز. مرجع سابق ص ٩٨).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ونشيرهنا إلى أن القاعدة المتقدم ذكرها تنطبق على التحكيم الاختياري وهو الصورة العامة لنظام التحكيم، إلا أن القانون المصري يتضمن نوعاً آخر من التحكيم وهو التحكيم الإجباري المنصوص عليه في قانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣، وقد حددت المادة (٥٦) من هذا القانون المنازعات التي تنظرها هيئة التحكيم الإجباري وهي:

١- المنازعات بين شركات القطاع العام.

فكل دعوى يكون كل من المدعي والمدعى عليه من شركات القطاع العام يتوجب رفعها إلى هيئة التحكيم الإجباري.

٢- المنازعات بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة.

فالتحكيم لا يكون إجبارياً إلا إذا كان أحد الطرفين شركة قطاع عام، أما الطرف الآخر فقد يكون شركة قطاع عام أو جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع أو مؤسسة عامة (د. تحيوي، محمود. مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري. مرجع سابق، ص ٩٤).

أما إذا كان النزاع بين جهتين حكوميتين أو جهة حكومية وهيئة عامة فإنه يدخل في اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مجلس الدولة حسب أحكام المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

ثانياً: في الأردن.

تنص المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ على ما يلي:

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

ويرى الفقه أن النص المتقدم مطلق بحيث يشمل كافة أنواع العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أو موضوعها أو نطاقها (د. عبد الهادي بشار. مرجع سابق، ص ٦٨-٦٩).

ويؤكد الباحث هنا على ما سبق ذكره من أن النص المتقدم لم يحسم الخلاف حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية من حيث المبدأ حيث إنه يجيز التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ولم ينص صراحة على إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في العقود التي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها لا يعني اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لأن الإدارة قد تبرم عقوداً غير إدارية تطبق عليها أحكام القانون الخاص. وإن النص المتقدم مطابق لنص المادة (١) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ قبل تعديلها عام ١٩٩٧ وهذا النص لم يحسم الخلاف حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع الأردني بالنص الصريح على جواز التحكيم في كافة أنواع العقود الإدارية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٢) التحكيم المقيد في بعض أنواع العقود الإدارية :

تقيد بعض النظم القانونية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية بأنواع محددة من هذه العقود ومن الدول التي أخذت بهذا الاتجاه فرنسا والكويت.

أ.في فرنسا

القاعدة العامة وفقاً للتشريع الفرنسي هي حظر اللجوء إلى التحكيم في نطاق العقود الإدارية الداخلية وهو مبدأ تاريخي يعود إلى قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر عام ١٨٠٦، ويستخلص هذا الحظر من خلال نص المادتين (١٨٣) و (١٠٠٤) من هذا القانون حيث حظرت المادة (١٠٠٤) التحكيم في القضايا التي تخضع لإبلاغ النيابة العامة بشأنها وقد حددت المادة (١٨٣) من القانون المذكور القضايا المذكورة التي تخص الدولة والأملاك العامة والمدن والمؤسسات والهيئات العامة (انظر في تفاصيل ذلك د. رسلان، أنور (١٩٩٨) التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير ١٩٩٨، ص ٢٢٢)، فقي، عاطف (١٩٩٦) التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ١٦٩ وما بعدها).

وقد كان القضاء الفرنسي يطبق هذا الحظر استناداً لنص المادتين المذكورتين في نطاق العقود الإدارية (انظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة بتاريخ ١٩٥٧/١٢/١٣، ١٩٦٦/٣/٢٠ مشار إليها في د. تحيوي، محمود (٢٠٠٧) التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي ص ٣٦٣).

وعندما أعاد المشرع الفرنسي النظر في القوانين الفرنسية ألغى نص المادتين (١٠٠٣، ١٠٠٤) من قانون المرافعات بالقانون الصادر في ٥ يوليو ١٩٧٢ وهو أول تنقيح لقانون التحكيم وحلت محلها المادتان (٢٠٥٩، ٢٠٦٠) من القانون المدني حيث عدلت صياغة المادتين إلا أن محتواهما لم يتغير حيث أجازت المادة ٢٠٥٩ الاتفاق على التحكيم للأشخاص في كل الحقوق التي يملكون التصرف فيها بإرادتهم بينما منعت المادة ٢٠٦٠ اتفاق التحكيم بالنسبة لبعض المنازعات المتعلقة بالهيئات العامة والمؤسسات العامة وبصفة عامة جميع الموضوعات المتعلقة بالنظام العام (د. رفاعي، أشرف (٢٠٠٣) اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص ٢٦٦-٢٦٧).

غير أن الضرورات العملية والمزايا التي يحققها اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية أدت إلى إهدار العديد من التشريعات التي تجيز التحكيم في بعض أنواع العقود الإدارية كاستثناء على مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية ومن أهم هذه الاستثناءات (انظر بشأن هذه الاستثناءات د. ساري، جورجي. مرجع سابق، ص ٢٠١ وما بعدها).

١- قانون ١٧ إبريل ١٩٠٦ والذي نص في المادة (٦٩)على أن الدولة والمحافظات تستطيع اللجوء إلى التحكيم لسداد تكاليف الأشغال العامة والتوريدات.

٢- قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ الذي أضاف الفقرة الثانية إلى نص المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدني وقد نصت هذه الفقرة على أنه يصدر مرسوم يرخص لبعض طوائف المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية الاتفاق على التحكيم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣- قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ الخاص بالشركة الوطنية لسكك الحديدية التي تحولت إلى مؤسسة عامة من حيث نص في المادة (٢٥) فيه على السماح لهذه المؤسسة باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها مع الغير.

٤- قانون ٢ يوليو ١٩٩٠ الخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية حيث أجازت المادة لهذه الهيئة اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها مع الغير.

ب. في الكويت

ففي الكويت استقرت أحكام محكمة التمييز الكويتية كما سبقت الإشارة على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى النظر في المنازعات المتعلقة بهذه العقود هو من اختصاص الدائرة الإدارية.

غير أن المشرع الكويتي قد أدرك أهمية التحكيم في بعض أنواع المنازعات الإدارية فنصت المادة (١٤) من القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ الخاص بالمناطق الحرة على ما يلي:

" يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها وبين الجهة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بالمناطق بطريق التحكيم وتشكل هيئة التحكيم من عضو عن كل من طرفي النزاع وعضو ثالث مرجح يتفق على اختياره العضوان المذكوران، فإذا لم يتفقا على اختياره خلال ثلاثين يوماً من تعيين أحدهما يتم اختيار العضو المرجح بناءً على طلب أي من الطرفين بقرار من وزير التجارة والصناعة"

وتطبيقاً للنص المتقدم فإن المشرع الكويتي يكون قد أجاز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية التي يشملها قانون المناطق الحرة بما فيها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (د. عنزي، خالد. مرجع سابق ص ١٣٧).

وعلى ذلك فإن نطاق التحكيم في العقود الإدارية الداخلية وفقاً للتشريع الكويتي ينحصر بنوع واحد من العقود الإدارية وهي العقود التي تنشأ بين المشروعات المقامة في المناطق الحرة وبين الجهات الإدارية، وهذه الإجازة التشريعية هي نتيجة إدراك المشرع للمزايا التي يحققها التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية ويوصي الباحث بأن يوسع المشرع من نطاق العقود الإدارية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم من خلال نص عام يشمل كافة أنواعها.

ثانيا. التحكيم في العقود الإدارية الدولية

يتميز التحكيم في العقود الإدارية الدولية بأهمية خاصة حيث يميل الكثير من المستثمرين عند إبرام العقود مع الإدارة شرطاً يتضمن اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع ينشأ عن العقد، لما يحققه التحكيم من مزايا للمستثمرين مثل تجنب بطء إجراءات التقاضي وتحقيق الطمأنينة لهم بسبب تخوفهم من تأثر القضاء الرسمي للدولة بالدوافع الوطنية ولذلك نجد أن العديد من النظم القانونية قد حرصت على إجازة التحكيم في المنازعات المتعلقة بهذه العقود (د. قصبي عصام الدين (١٩٩٣) خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢، د. محمدين، جلال (١٩٩٥) التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ١٢).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ونبحث فيما يلي مفهوم العقود الإدارية الدولية وأهمية التحكيم في هذه العقود ثم تدريس نطاق التحكيم في هذه العقود في الكويت والنظم القانونية المقارنة.

أ- مفهوم العقود الإدارية الدولية وأهمية التحكيم فيها.

ب- نطاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظم القانونية.

أ- مفهوم العقود الإدارية الدولية وأهمية التحكيم فيها

يعرف الفقه العقود الإدارية الدولية بأنها " عقود تبرمها الدولة أو الأجهزة القانونية لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي أو التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد (د. قصبي، عصام. مرجع سابق، ص ١٠).

والتعريف المتقدم يشير إلى الصفة الدولية في العقد والتي تتحقق بإبرام العقد مع جهة أجنبية إلا أنه يفضل الإشارة إلى الصفة الإدارية في العقد إذ إن العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي قد تكون من عقود القانون الخاص أو عقوداً إدارية إذا أبرمتها الإدارة بوصفها سلطة عامة، ولذلك فإن اتجاهاً آخر في الفقه يعرف العقد الإداري الدولي بأنه: " عقد يبرم بين جهة الإدارة من ناحية وبين شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من ناحية أخرى وبهدف إقامة منشآت لها طابع الدوام أو استثمارات ضخمة في أحد المرافق العامة، ويتضمن هذا العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص(د. أبو حمد، علاء، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (٢٠٠٨)،الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص ٦٣).

وبنفس المعنى المتقدم يعرف العقد الإداري الدولي بأنه " عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة، مع شخص طبيعي أو معنوي، من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة " (د. خليفة عبد العزيز. مرجع سابق، ص ١٢٩، وبنفس المعنى د. حداد، حفيظة (١٩٩٦) العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٣٧)

ووفقاً للتعريف المتقدم فإن العقد يعتبر عقداً إدارياً دولياً إذا توافرت فيه صفتان هما:

الصفة الإدارية.

الصفة الدولية.

وتتحقق الصفة الإدارية في العقد إذا توافرت فيه ثلاثة أسس هي:

أن تكون الإدارة طرفاً فيه.

اتصال العقد بالمرفق العام.

اتفاق المتعاقدين على وسائل القانون العام بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص (طماوي، سليمان. مرجع سابق، ص ٥٨).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد اختلف الفقه في معيار تحديد الصفة الدولية في العقد الإداري فذهب اتجاه إلى تبني معيار قانوني في تحديدها بينما اعتمد اتجاه آخر على معيار اقتصادي في تحديد هذه الصفة وذهب اتجاه ثالث إلى الاعتماد على معيار مختلط.

(١) المعيار القانوني

وفقاً لهذا المعيار يعتبر العقد الإداري دولياً إذا كانت الرابطة العقدية فيه تنطوي على عنصر أجنبي أو أكثر ويستوي في ذلك أن يكون هذا العنصر متصلاً بطرفي العقد أو بموقع المال او بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه (د. صادق، هشام علي (١٩٩٥) القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية، منشأة المعارف ص ٦٨)

وقد انتقد جانب من الفقه المعيار المتقدم على اعتبار أنه يعتبر العقد دولياً لمجرد توافر أي عنصر أجنبي فيه وبغض النظر عن أهمية ذلك العنصر، ونتيجة لذلك اتجه بعض أنصار هذا المعيار إلى تلافي الانتقاد المتقدم بالتفرقة بين العناصر المؤثرة في العقد والتي تكسبه الصفة الدولية إذا كانت أجنبية، وبين العناصر التي لا تؤثر فيه.

ووفقاً للاتجاه المتقدم يعتبر مكان تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين من العناصر المؤثرة في العقد والتي تكسبه الصفة الدولية (د. صادق، هشام. مرجع سابق، ص ٨٠)

(٢) المعيار الاقتصادي

وفقاً لهذا المعيار يعد العقد الإداري دولياً إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية بحيث تتجاوز روابطه الاقتصاد الداخلي للدولة ويترتب عليه انتقال حركة الأموال والخدمات بين الدول (د. عبد المجيد، منير (١٩٩٧) التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٥).

فالعقد الإداري يعتبر دولياً إذا تعدت آثاره حدود الدولة بخروج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى الاقتصاد الدولي (د. بكر، محمد عبد العزيز (٢٠٠٠) العقد الإداري عبر الحدود، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٦٤).

(٣) المعيار المختلط

يجمع هذا المعيار بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي فيستلزم توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية مع تعلقها بنفس الوقت بمصالح التجارة الدولية.

ويرى أنصار هذا المعيار أن معظم العقود الإدارية الدولية يترتب عليها انتقال القيم عبر الحدود، وعلى الرغم من أن عنصر انتقال القيم الاقتصادية هو عنصر جوهري في تحديد دولة العقد إلا أنه يبقى عنصراً غير كافٍ، لأنه يركز على نتيجة العملية التجارية وأثرها التجاري فحسب، ويهمل أساس العملية وهو التصرف القانوني، فانتقال القيم الاقتصادية من دولة لأخرى لا يكون إلا نتيجة تصرف قانوني يسبق هذا الانتقال (د. أبو حمد، علاء. مرجع سابق، ص ٨٢).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى اتجاه في الفقه وبحق أن المعيار الاقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال عبر الدول والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني (د. شيخ عصمت (٢٠٠٠) التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٠٦).

ويتمتع نظام التحكيم بأهمية خاصة في نطاق العقود الإدارية الدولية ويشترط المستثمرون الأجانب اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بالعقد وتضطر الإدارة بقبول هذا الشرط رغبة منها في الاستحواذ على الاستثمارات الأجنبية (د. خليفة، عبد العزيز. مرجع سابق ص ١٣٦-١٣٧). ومن أهم الأسباب التي تدفع المستثمر الأجنبي إلى اشتراط التحكيم في العقود الإدارية الدولية:

عدم ثقة المستثمر الأجنبي بحياد القضاء الوطني.

على الرغم من أن الدولة هي مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي إلا أنها تعتبر طرفاً غير عادي بسبب المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها إضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، التأثير على حياد السلطة القضائية، فالقضاء الوطني وأياً كانت مزايا الاستقلال التي يتمتع بها فإنه لا يعتبر محايداً بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية للدولة، ويمكن درء هذا الخطر الكامن في انحياز القضاء الوطني للإدارة المتعاقدة عن طريق اللجوء إلى التحكيم والذي يصر المستثمر الأجنبي على التمسك به ولو انتهى الأمر إلى عدم إتمام التعاقد في حالة عدم قبوله (د. حداد، حفيظة (٢٠٠٣) الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون واجب التطبيق، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ٦-٧، د. قصبي، عصام. مرجع سابق، ص ٢).

عدم وجود هيئة قضائية دولية مختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية.

من مبررات تمسك المستثمر الأجنبي بشرط اللجوء إلى التحكيم كبديل عن القضاء الوطني عدم وجود هيئة ذات اختصاص دولي لحل منازعات العقود الإدارية الدولية حيث لا يمكن للمستثمر الأجنبي أن يقف خصماً للإدارة المتعاقدة أمام محكمة العدل الدولية، ولا يوجد هيئة قضائية دولية أخرى مختصة بحل هذه المنازعات (د. خليفة، عبد العزيز. مرجع سابق ص ١٣٧)

٣-خوف المستثمر الأجنبي من التمسك بالحصانة القضائية.

تتمتع الدولة بما لها من استقلال وسيادة بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون طرفاً فيها، وعلى الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل إلى تقييد هذه الحصانة على نحو يؤدي إلى عدم إفادة الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون التصرف الصادر عنها تصرفاً سيادياً استخدمت فيه ميزاتها كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام، فإن العقود الإدارية الدولية تندرج تحت هذه التصرفات لتوافر الصفة الإدارية فيها، مما يعني أن المستثمر الأجنبي في حال قيامه برفع دعوى ضد الدولة أمام قضاء دولة أخرى فإنه سوف يواجه عقبة تمسك الدولة بحصانتها القضائية مما يؤدي إلى إهدار حقوقه الخاصة الأمر الذي يجعله حريصاً على اشتراط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد (د. حداد، حفيظة. مرج سابق، ص ٨).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد تضطر الدولة إلى قبول شرط التحكيم رغبة منها في تشجيع الاستثمار واستقطابه على إقليمها الأمر الذي دفع العديد من الدول إلى النص على إجازة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية، وهو ما سوف نتولى بحثه من خلال المطلب التالي.

ب- نطاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظم القانونية

في ضوء ما تقدم ذكره من الأهمية الخاصة اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية ذات الصفة الدولية فقد لجأت أنظمة قانونية مقارنة عديدة إلى النص على إجازة حل المنازعات المتعلقة بهذه العقود بطريق التحكيم حتى في ظل تلك الأنظمة التي تسود فيها قاعدة حظر اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية من حيث المبدأ كفرنسا، ولذلك فإننا نبدأ ببحث نطاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في النموذج الفرنسي ثم نتطرق لبحث هذه المسألة في النظم القانونية في كل من مصر والأردن والكويت.

(١) في فرنسا.

قرر القضاء الفرنسي أن حظر التحكيم في نطاق العقود الإدارية المقرر بمقتضى قانون المرافعات المدنية لا يسري على العقود الإدارية الدولية، حيث قررت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ إبريل ١٩٥٧ أن الحظر المقرر على الدولة في إبرام اتفاق التحكيم يكون قاصراً على العقود الإدارية الداخلية ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولي مع الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد قررت في أحكامها القديمة بأن العلاقات الدولية لاتخضع لنفس القواعد المقررة في القانون الداخلي فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٢٨ في قضية الرسائل البحرية أن عقد قرض يتضمن حركة الأموال من دولة لأخرى يستطيع الأطراف بموجبه الاتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة في القانون الداخلي (د. رفاعي، أشرف. مرجع سابق، ص ٢٨٩-٢٩١).

غير أن مجلس الدولة الفرنسي رفض في الفتوى الصادرة منه بتاريخ ٦ مارس ١٩٨٦ الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم الواردة في العقد المبرم بين محافظة فرنسية وشركة والت ديزني الأمريكية بهدف إنشاء مدينة ملاهي فيها، الأمر الذي اضطر المشرع الفرنسي للتدخل فأصدر القانون رقم ٩٧٢ في ١٩ اغسطس ١٩٨٦ والذي أجاز فيه للدولة والمحافظات والمؤسسات العامة الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية التي تبرمها مع شركات أجنبية استثناء على الحكم المقرر بمقتضى المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني حيث نصت المادة (٩) من القانون المذكور على ما يلي: " بالمخالفة لأحكام المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التي أبرمتها مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي تثار عند تفسير وتنفيذ هذه العقود " وهو نص عام على إجازة التحكيم بحيث يشمل جميع أنواع العقود الإدارية الدولية، ويشمل كافة المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود (د. رسلان، أنور. مرجع سابق، ص ٢٢٤). وتجدر الإشارة هنا إلى أن فرنسا قد صادقت على اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر أن هذه الاتفاقية لا تؤثر على الحظر المفروض على الدولة وسائر أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم (د. شيخ، عصمت (٢٠٠٠) التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٩٦).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن بعد صدور قانون ٩٧٢ لسنة ١٩٨٦ حسمت مسألة جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

وكان المشرع الفرنسي قد أصدر بتاريخ ٩ يوليو ١٩٧٥ قانوناً أضاف بموجبه الفقرة الثانية لنص المادة ٢٠٦٠ من التقنيين المدني والذي نص على أن يصدر مرسوم يرخص لبعض أنواع المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية والاتفاق على التحكيم إلا أن هذا المرسوم لم يصدر. غير أن المشرع الفرنسي قد عالج هذه المسألة من خلال القانون الصادر في ١٩ أغسطس ١٩٨٦ المشار إليه (د. ساري، جورجي. مرجع سابق، ص ٢٠٢)

(٢) في مصر.

تنص المادة (٣) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على ما يلي: " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم.

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

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

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

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

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

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

ووفقاً للنص المتقدم فإن المشرع المصري قد وضع معياراً عاماً لتحديد ما يعتبر تحكيماً دولياً وهو تعلق التحكيم بمنازعات التجارة الدولية ثم عدد صور وحالات هذا المعيار وهذا التعداد هو من وظيفة الفقه والقضاء وكان الأجدر بالمشرع المصري أن يكتفي بالمعيار العام كما هو الوضع في فرنسا حيث نصت المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي على أن التحكيم يعتبر دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولي (د. عنزي، خالد. مرجع سابق، ص ١١٥-١١٦).

أما بشأن مدى جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية في القانون المصري فسوف نبحث موقف المشرع المصري من إجازة هذا التحكيم في ظل قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ وبعض القوانين الخاصة الأخرى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الوضع في ظل قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤.

تنص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المصري على ما يلي: " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دوليا واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك ".

وطبقاً لصيغة النص أعلاه (المعدلة بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧) فإن نطاق النص يشمل من الناحية الموضوعية جواز كافة العقود الإدارية سواء أكانت داخلية أم دولية(د. خليفة، عبد العزيز. مرجع سابق، ص ٩٨).

غير أنه ينبغي أن يلاحظ أن التحكيم في العقود الإدارية الدولية يخضع لقانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ في حالتين هما:

إذا كان التحكيم يجري في مصر.

إذا كان التحكيم تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم المصري.

أما بالنسبة للتحكيم الذي تم في الخارج ولا يخضع لأحكام هذا القانون فإنه يخرج عن نطاق تطبيقه وبالتالي يكون الحظر الوارد على الدولة وأجهزتها في قبول شرط التحكيم واختصاص قضاء مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود على الرغم من وجود اتفاق التحكيم باقياً، ولا سيما أن القول بعكس ذلك يعني صحة الاتفاق على التحكيم في الخارج حتى بالنسبة لأشخاص القانون العام الداخلي في إطار المعاملات الداخلية وهي نتيجة لا يعقل أن يكون المشرع المصري قد قصدها

وقد أكدت محكمة استئناف القاهرة على جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية في قضية تتلخص وقائعها بأن المجلس الأعلى للأثار قد تعاقد بتاريخ ١٩٩٣/١١/١٠ مع شركة سيلجستر نايت الإنجليزية لإنجاز عملية تنسيق الموقع العام الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان وقد حدث خلاف بشأن تنفيذ العقد وثم اللجوء إلى التحكيم تنفيذاً لشرط التحكيم الوارد في العقد وأصدرت هيئة التحكيم في القاهرة حكمها بإلزام المجلس الأعلى للآثار بدفع تعويض للشركة الانجليزية، فطعن المجلس في الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة التي قررت صحة شرط التحكيم في العقد المذكور وهو من العقود الإدارية الدولية، ومما جاء في حكمها:

" عن السبب الثاني وهو الادعاء ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل النزاع هو عقد إداري مما لا يجوز التحكيم فإنه غير سديد فقد جرت المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٤ على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. والقاعدة أنه لا اجتهاد مع مورد النص ودلالة عبارة هذا النص واضحة وقاطعة في إجازة المشرع للاتفاق على التحكيم حتى ولو كان أحد أطرافه من أشخاص القانون العام وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعند أخذ الأصوات لمجلس الشعب على مشروع القانون تمت الموافقة على نص المادة الأولى على النحو الذي صدرت به في القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وكان أحد النواب قد اقترح النص في المادة الأولى على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بيد أن هذا الاقتراح لم يحظ بموافقة الأغلبية ومن كل ما تقدم يتبين أن المشرع قصد على وجه القطع جواز التحكيم في العقود الإدارية ولا شك أن ذلك يتفق أيضاً مع الحكمة التي شرع من أجلها قانون التحكيم وهي مواكبة الجهود التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثرة وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين -عرباً أكانوا أم أجانب- بتنظيم أحكام التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات قضيتها، خصوصاً بعد أن تبين أن القوانين التي وضعت في مجال الاستثمار لا تكفي وحدها لتحقيق زيادة الاستثمارات ...".(حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ غير منشور، مشار له في د. حداد، حفيظة. مرجع سابق، ص ٣٩ وما بعدها).

مما تقدم نخلص إلى القول بأن التحكيم الدولي في ظل القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ يعتبر جائزاً ويستثنى من ذلك الحالات التي يتم الاتفاق فيها على التحكيم في الخارج فلا يجوز الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة في العقود الإدارية الدولية إلا إذا تضمن الاتفاق شرطاً يقضي بتطبيقه أحكام قانون التحكيم المصري.

ويرى اتجاه في الفقه أن التحكيم الدولي في العقود الإدارية الذي يتم في الخارج ولا يطبق عليه قانون التحكيم غير جائز بسبب مخالفة شرط المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات التي ترفض حكم التحكيم في الخارج والتحكيم تبعاً لذلك الذي يكون في مسألة من اختصاص محاكم الجمهورية، حيث إن منازعات العقود الإدارية هي من اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها تطبيقاً لنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة (د. عنزي، خالد. مرجع سابق، ص ١٢٠).

وقد قيل في الرد على الرأي المتقدم أن نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة كان يواجه مسألة توزيع الاختصاص الولائي بين محاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي وأن المشرع لم يكن يقصد منع التحكيم في هذه المنازعات (د. شرف الدين، أحمد (١٩٩٧) سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، ط٢، القاهرة. ص ٧٢).

ويرى الباحث أن نص المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات تمثل قيداً يحظر التحكيم في الخارج فإذا كانت المادة الأولى من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ بعد تعديلها عام ١٩٩٧ قد أجازت التحكيم في العقود الإدارية فإن المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات لا تجيز تنفيذ حكم التحكيم إذا كانت محاكم الجمهورية مختصة فيها حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي:

" لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:

إن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعات التي صدر فيها الحكم ".

وطبقاً لما تقدم فإنه لا يجوز للإدارة الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الصفة الدولية إلا في حال اشتراط تطبيق قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ لأن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في غير هذه الحالة يكون غير قابل للتنفيذ عملاً بنص المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالتحكيمات التي لا يسري عليها قانون التحكيم وهي التي تجري في الخارج ولا يتفق على تطبيق القانون المصري فإنها تخرج عن مجال تطبيق القانون المصري وتعتبر بالنسبة لمصر أحكاما أجنبية ويجوز لمصر رفض تنفيذه إذا تبين أن النزاع الذي صدر فيه الحكم لا يجوز تسويته عن طريق التحكيم وفقاً للقانون المصري فيلتزم أن تكون صادرة في مسألة يجوز فيها التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون أي أن مسألة قابلية النزاع للتحكيم في هذه الحالة تعتبر شرطاً لإمكان تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، ويخضع للقانون المصري وحده، وتلك أيضاً قاعدة استناد مفرده الجانب أو قاعدة واجبة التطبيق بصورة ضرورية مباشرة بما لا يقبل معها التزاحم بين القانون المصري وأي قانون آخر(د. شهاب، عاطف بيومي(٢٠٠١) الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص ١٢٦-١٢٧)

ب- إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في بعض القوانين الخاصة.

كانت المادة (٨) من قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٤ تنص على ما يلي: " تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧١ في الأحوال التي تسري فيها ".

وقد أثار تفسير هذه المادة خلافاً في التطبيق العملي في إطار قضيتين كانت جمهورية مصر مدعى عليها فيهما أمام المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة للاستثمار، القضية الأولى هي قضية SPP والمعروفة بقضية هضبة الأهرام، والقضية الثانية هي قضية MHT ضد الحكومة المصرية.

وقد تمسكت مصر في القضيتين المذكورتين بأن نصت المادة (٨) من قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة لسنة ١٩٧٤ لا تتضمن سوى مجرد دعوة إلى التحكيم لا يتحقق بها الرضاء المطلوب بمقتضى أحكام المادة (٢٥) من معاهدة واشنطن من أجل انعقاد الاختصاص لمركز التحكيم.

بينما تمسكت الشركات الأجنبية المدعية بأن نص المادة (٨) يتضمن إيجاباً ملزماً صادراً عن الحكومة المصرية بقبول التحكيم يتحقق به وحده دون حاجة إلى اتفاق لاحق الرضاء بالخضوع لتحكيم المركز، وذلك بمجرد قبول المستثمر للتحكيم وقد أخذت محاكم التحكيم في القضيتين بهذا الاتجاه (في تفاصيل القضيتين انظر د. حداد، حفيظة. مرجع سابق ص١٠-١١)

وقد انتقد اتجاه في الفقه موقف الحكومة المصرية في هاتين القضيتين على اعتبار أنه يدل على أنها لا ترحب باللجوء الفعلي إلى التحكيم في منازعات الاستثمار، وهو ما تدل عليه سياستها في الدفاع عن نفسها أمام التحكيم في منازعات الاستثمار بإنكارها اختصاص هيئة التحكيم التي تنظر النزاع الأمر الذي يترتب عليه أثر سلبي من جهة اعتراف الحكومة المصرية بالتحكيم كضمانة للاستثمار (د. ابراهيم، نادر محمد (١٩٩٩) تقييم السياسة التشريعية المصرية تجاه التحكيم في منازعات الاستثمار دراسة في إطار تشريعات الاستثمار ومعاهداته. بحث مقدم للمؤتمر الدولي السادس لمركز الاسكندرية للتحكيم البحري الدولي المنعقد من ٦-٧ فبراير ١٩٩٩. ص ١٥. مشار له في د. حداد، حفيظة. مرجع سابق، ص ١٣).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وينتقد اتجاه آخر في الفقه -وبحق- الرأي المتقدم، إذ إنه لا يجوز النظر إلى نظام التحكيم على أنه مجرد ضمانة إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار فقط بل يجب أيضاً أن يؤخذ بالاعتبار المصالح المشروعة بطرفي عقد الاستثمار، والحكومة المصرية شأنها شأن أي طرف في الدعوى لها الحق في استخدام كافة الوسائل الإجرائية والموضوعية في الدفاع عن حقوقها (د. حداد، حفيظة. مرجع سابق، ص ١٥).

وفي ضوء ما تقدم من خلاف حول صياغة المادة (٨) من قانون الاستثمار عدل المشرع هذه الصياغة في قانون الاستثمار الحالي رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ والتي تنص على ما يلي:

" يجوز تسوية الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعينة على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية في جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧١ وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري فيها تلك الاتفاقيات أو وفقاً لأحكام التحكيم في المواد المدينة والتجارية الصادرة بالقانون رقم (٢٧) لسنة١٩٩٤ كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم امام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ".

ووفقاً لهذا النص فإن قانون الاستثمار لا يقدم إيجاباً ملزماً للحكومة المصرية بقبول التحكيم، ولكنه يتضمن مجرد دعوة للمستثمر للتعاقد على التحكيم.

وطبقاً للنص المتقدم فإن التحكيم في العقود الإدارية ذات الصفة الدولية المتعلقة بتطبيق أحكام قانون الاستثمار لسنة ١٩٩٧ يكون جائزاً بالاستناد إلى نص تشريعي صريح وارد في هذا القانون.

(٣) في الأردن

تنص المادة (3) من قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١ على ما يلي:

" تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق 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 ".

ووفقاً للنص المتقدم فإن المشرع الأردني قد أخذ بمعيار مكان إبرام العقد لتحديد الصفة الدولية في العقد فإذا كان العقد مبرماً في المملكة كان عقداً داخلياً أما إذا كان العقد مبرماً خارج المملكة فإنه يعتبر عقداً دولياً.

وإذا كانت العقود الإدارية الداخلية تصطدم بعقبة خروجها عن نطاق المادة الثالثة من قانون التحكيم كونها لا تتعلق بنزاع مدني أو تجاري فإن جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الصفة الدولية يصدم بعقبتين إضافيتين:

الأولى، خروج هذه العقود عن نطاق سريان قانون التحكيم لأن هذا القانون يسري على كل تحكيم اتفاقي يجري داخل المملكة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والثانية، عدم إمكانية تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية طبقاً لأحكام قانون الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة ١٩٥٢ ووفقاً لنص المادة (٢) من هذا القانون يعتبر قرار التحكيم الأجنبي في منزلة الأحكام الأجنبية حيث نصت هذه المادة على ما يلي: " .. ويشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم بحيث يكون قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور "

واستناداً لنص هذه المادة فإن المشرع الأردني قد أخذ بمعيار مكان التحكيم كمعيار لتحديد ماإذا كان التحكيم وطنياً أم أجنبياً دون الالتفات إلى جنسية المحكمين أو جنسية الخصوم، وبمقتضى أحكام هذه المادة تكون الشروط المطلوبة في تنفيذ الأحكام الأجنبية هي ذات الشروط التي يتطلب توافرها في الأحكام القضائية الأجنبية لتكون قابلة للتنفيذ في الأردن (ضمور، قاسم (٢٠٠٣) تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للقانون الأردني والاتفاقات الدولية، عمان، دار وائل، ص ٤٠، د. عرموش، ممدوح (١٩٩٨) القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، ص ٣٤٥).

غير أن المادة الثانية من القانون قد عرفت الحكم الأجنبي بأنه كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الأردنية الهاشمية (بما في ذلك المحاكم الدينية) يتعلق بإجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب ويشمل قرار المحكمين في إجراءات حقوقية ..."

والنص المتقدم صريح بأن أحكام المحكمين القابلة للتنفيذ هي الأحكام المتعلقة بالمنازعات أي المدنية أما أحكام المحكمين المتعلقة بالمنازعات الإدارية فإنها تخرج عن نطاق تطبيق قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية

كما أن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي يواجه مشكلة المعاملة بالمثل التي تطلبها نص المادة (٢/٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ١٩٥٢.

مما تقدم تبين أن قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١ لا تجيز التحكيم في العقود الإدارية ذات الصفة الدولية ويوصي الباحث هنا بضرورة تدخل المشرع لإجازة التحكيم في المنازعات المتعلقة بهذه العقود لتحقيق متطلبات تشجيع الاستثمار.

(٤) في الكويت

نصت المادة (١٨٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٣٨) لسنة ١٩٩١ على ما يلي: " ويجب أن يصدر حكم المحكم في الكويت وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي "

ووفقاً للنص المتقدم فإن التحكيم الأجنبي يتحدد على أساس معيار مكان صدور الحكم وبصرف النظر عن جنسية المحكمين او أطراف الخصومة أو القانون واجب التطبيق. وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية على ذلك بقولها إن المشرع الكويتي " قد تحيز للتفرقة بين أحكام المحكمين الوطنية وأحكام المحكمين الأجنبية الضابط الذي يجعل العبرة في ذلك بالبلد الذي صدر فيه الحكم دون غيره فأحكام المحكمين تكون وطنية إذا صدرت في الكويت وتلحق بالأحكام الأجنبية إذا صدرت في بلد أجنبي (حكم محكمة التمييز رقم ١٩٧٤/١ تجاري جلسة ١٩٧٩/٣/١٩، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة، العددان ١،٢ سنة ١٩٧٥، ص ١١٢).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد سبقت الإشارة إلى أن محكمة التمييز الكويت قد استقر اجتهادها على عدم جواز التحكيم في نطاق العقود الإدارية، لاختصاص الدائرة الإدارية حصراً بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، غير أن هناك عقبة أخرى تظهر بالنسبة للعقود الإدارية الدولية بشأن إمكانية تنفيذ هذه العقود في الحالة التي يصدر فيها حكم هيئة التحكيم في الخارج، فهل يجوز تنفيذ هذا الحكم؟

نصت المادة (١٩٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٠ على ما يلي: " الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الكويت. ويطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الكلية بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يلي:

أن الحكم أو الأمر الصادر من محكمة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.

ب- إن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

جـ- إن الحكم أو الأمر قد حاز قوة الأمر المقضي به طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته.

كما نصت المادة (٢٠٠) من نفس القانون على ما يلي:

" يسري حكم المادة السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ويجب أن يكون حكم المحكيمن صادراً في مسألة يجوز فيها التحكيم وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه ".

وتطبيقاً لحكم المادتين (١٩٩)،(٢٠٠) من قانون المرافعات فإنه يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في بلد أجنبي وفقاً لنفس الشروط التي يتوجب توافرها لتنفيذ الحكم الأجنبي كما يشترط إضافة إلى ذلك أن يكون حكم المحكمين صادراً في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً للقانون الكويتي وتطبيقاً لهذا الشرط الأخير فإن أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي في العقود الإدارية الدولية لا تكون قابلة للتنفيذ لأن التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية غير جائز وفقاً لاجتهاد محكمة التمييز الكويتية إذ أن الاختصاص بنظر هذه المنازعات تنعقد حصراً للدائرة الإدارية في المحكمة الكلية.

وبالرغم مما سبق فقد صدرت عن إدارة الفتوى والتشريع قرارت تجيز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الدولية والإدارية الدولية، كما صدر قرار عن مجلس الوزراء بجواز اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات وصدرت بعض القوانين الخاصة التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في أنواع محددة من العقود الإدارية الدولية:

١.الفتاوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع بجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لاحظت إدارة الفتوى والتشريع أنه فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها الجهات الحكومية ويكون الطرف الآخر فيها أجنبياً، إنه في بعض الأحيان قد يرفض الطرف الأجنبي المتعاقد مع الجهة الحكومية الفصل في النزاع عن طريق المحاكم الكويتية، مما يعرقل إجراءات التعاقد رغم حاجة هذه الجهة العاجلة والضرورية إلى تنفيذ المشاريع بشأنها؛ لذا رأت الإدارة أن الجهات الحكومية في دولة الكويت إنما تراعي دائماً في كل أعمالها تحقيق مصلحة المرفق العام الذي تتولى إدارته والإشراف عليه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على ضوء تحقيق المصلحة العامة. التي تهدف إلى تحقيقها كل أعمال جهات الإدارة، ومن بينها العقودالإدارية، وعليه لم تمانع الإدارة من تضمين هذه العقود شرط التحكيم تحقيقاً لمصلحة المرفق العام(فتوى رقم ٢٠٠١/٣٩٠/٤-٣٢٠٨ صادرة في ٢٠ أكتوبر ٢٠٠١، فتوى غير منشورة.)

وعلى سبيل المثال، فقد عرض على الإدارة مشروع العقد الخاص بتقديم خدمات طلابية بين وزارة التعليم العالي وإحدى المؤسسات التعليمية الأجنبية، إذ نص في أحد بنود العقد الخاص بتسوية النزاعات على أنه في حالة فشل التسوية الودية، تتم تسوية النزاع نهائياً بموجب قواعد التراضي والتحكيم لغرفة التجارة العالمية.

ولقد رأت الإدارة استبدال هذا النص بما يلي: " أي نزاع ينشأ عن هذا العقد أو تنفيذه أو تفسيره يعهد به إلى هيئة تحكيم تتكون من ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكماً، ويتفق الطرفان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يقم كل طرف باختيار المحكم الخاص به أو لم يتفقا على اختيار المحكم الثالث وذلك خلال شهر من تاريخ إخطار أحدهما الآخر بخطاب مسجل بعلم الوصول، تتولى الأمر غرفة التجارة الدولية بباريس، على أن تتم إجراءات التحكيم وفقاً لقواعد المصالحة والتحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية، وأن القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق "(فتوى رقم ٢٠٠١/٧٨٢/٤، صادر في أغسطس ٢٠٠١، وأيضاً فتوى رقم ٤/ ٢٠٠٠/٤٨٨ صادرة في يوليو ٢٠٠٠، فتوى غير منشورة.)

وكذلك وبصدد مراجعة الإدارة لمشروع العقد الخاص بتقديم خدمات التموين بين مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية وإحدى الشركات الأجنبية، وقد تضمن مشروع العقد المذكور نصاً يفيد باختصاص قضاء الدولة الأجنبية وتطبيق قانونها عند نشوء نزاع حول تنفيذ العقد؛ حيث رأت الإدارة تعديل هذا البند بحيث يكون القانون الكويتي هو الواجب التطبيق، وأن أي نزاع ينشأ عن العقد يختص بالفصل فيه القضاء الكويتي أو يعهد به إلى هيئة تحكيم وفقاً لقواعد المصالحة والتحكيم الخاص من ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكمه ويكون اختيار المحكم الثالث بموافقة الطرفين(فتوى رقم ٢٠٠١/٧٧٠/٤-٢٦١ صادر في ٧ أغسطس ٢٠٠١، فتوى غير منشورة.).

ويتضح مما سبق أن إدارة الفتوى والتشريع قد وضعت شرطين لتطبيق التحكيم العادي الأجنبي في منازعات العقود الإدارية، وهي:

الأول. أن تتم إجراءات هذا التحكيم بموجب قواعد المصالحة والتحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس.

الثاني. أن يكون القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

٢. قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٨٨/١١ الخاص بالعقود المبرمة بين الجهات الحكومية والمقاولين الأجانب

لقد أصدر مجلس الوزراء القرار رقم١١ لسنة ١٩٨٨ بجلسته رقم ١٩٨٨/١٤ المنعقدة بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٣ بالموافقة على توصيات لجنة الخدمات العامة في مجلس الأمة بمحضرها رقم ١٩٨٨/٢ بتاريخ ١٩٨٨/٣/٥، والتي عالجت أسباب النزاع بين الجهات الحكومية والمقاولين الأجانب والسبل التي تساعد على تفاديها، حيث نصت على الآتي:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

" أ- بالنسبة للتعاقد في المستقبل:

عدم النص في العقود التي تبرمها الوزارات والمؤسسات العامة والشركات المملوكة بالكامل للدولة على اللجوء إلى التحكيم الدولي أو التحكيم المحلي، وأن ينص في شروط العقود بكل وضوح على أن القضاء الكويتي هو المختص بالفصل في أي نزاع ينشأ عن العقد، وأن القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق.

في حالة الضرورة القصوى التي تنشأ عن طبيعة العقد وظروفه والتي تفرض قبول شرط التحكيم الدولي فإن على الجهة الحكومية أن تتقدم بمذكرة في ذلك مشفوعة برأي إدارة الفتوى والتشريع للعرض على مجلس الوزراء ليقرر ما يراه.

في حالة موافقة مجلس الوزراء على قبول شرط التحكيم الدولي فإنه يراعي ما يلي:

ضرورة التزام الدقة في اختيار المحكمين في الحدود التي يسمح فيها بهذا الاختيار والتأكيد في ذلك على الكفاءة والخبرة العملية والسمعة العالمية، وأن يتم هذا الاختيار بموافقة كل من الوزير المختص وإدارة الفتوى والتشريع.

الاتفاق مع محامين مشهود لهم بالكفاءة والقدرة دون التقيد بجنسية معينة وأن يتم ذلك بموافقة كل من إدارة الفتوى والتشريع والوزير المختص، وأن تكفل شروط الاتفاق ضمان حسن سير الدفاع عن الحكومة في مراحل القضية المتتابعة.

تنظيم عملية الاتصال بين الجانب الكويتي ومحاميه وتزويده بالمعلومات الوافية التي تمكنه من شرح وجهة نظر الجانب الكويتي وإيفاد المندوبين للقيام بهذه المهمة.

أن تقدم الجهة الحكومية المختصة بعد انتهاء التحكيم مذكرة وافية إلى مجلس الوزراء عما تم في هذا التحكيم.

كما تقوم الوزارة المعنية برفع مذكرة إلى مجلس الوزراء فيما اتخذ من إجراءات بحق المتسببين في هذه المطالبات.

ب- بالنسبة للعقود القائمة التي تتضمن شرط التحكيم الدولي:

١- تقوم الجهة الحكومية بإجراء تسوية ودية فيما ينشأ من نزاع بينها وبين المقاول ويراعى في هذه التسوية تحقيق العدالة وتطبيق شروط العقد بحسن نية من الطرفين والمحافظة على المصلحة العامة وأن تتم هذه التسوية على لجنة تشكل من وزارتي التخطيط والمالية وإدارة الفتوى والتشريع قبل البت فيها.

٢- إذا لم يقبل المقاول التسوية الودية وأصر على اللجوء إلى التحكيم الدولي فيتبع في هذا التحكيم ما سبق بيانه في البند (أ) ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبناءً على ما تقدم، يتبين أن مجلس الوزراء الكويتي أجاز التحكيم الدولي في العقود الإدارية بالشروط التالية:

يجب أن يكون العقد الإداري من عقود المقاولات، فلا يشمل قرار مجلس الوزراء السابق الأنواع الأخرى من العقود الإدارية.

لابد أن يكون الطرف المتعاقد مع الجهة الحكومية طرفاً أجنبياً فإذا كان الطرف الآخر المتعاقد مع الجهة الحكومية وطنياً فإنه لا ينطبق عليه قرار مجلس الوزراء.

يجب أن يكون هناك ضرورة قصوى تفرض الاتفاق على التحكيم في العقد الإداري، وتقوم الجهة الحكومية التي تنوي إبرام العقد ببيان الضرورة التي تستدعي قبول شرط التحكيم في العقد.

يجب موافقة مجلس الوزراء على قبول شرط التحكيم الدولي، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى والتشريع.

وللباحث وقفة في قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٩٨٨، يسطرها في الملاحظات التالية:

لم يبين قرار مجلس الوزراء مفهوم التحكيم الدولي بشكل واضح، فهل يقصد التحكيم الذي يقع خارج دولة الكويت أو هو التحكيم الذي تتوافر فيه شروط معينة حتى ولو تم في داخل دولة الكويت؟.

ما هو معروف أن القرارات واللوائح الإدارية لا يجوز أن تخالف أداة أعلى منها سواء أكان قانوناً أم دستوراً وإلا تحققت عدم مشروعيتها (الطعن رقم ٨٦/١٠٨ إدارياً بجلسة ١٩٨٦/١٢/١٧، الطعن ١٠٥/١٠٣ تجارياً جلسة ١٩٨٧/٢/١٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز (خلال الفترة من ١٩٩١/١/١)، القسم الثاني، يونية ١٩٩٦، ص ٤٦١، ٤٦٣.)

وفي القرار قد خالف مجلس الوزراء وبأداة أقل القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية، حيث إن هذا القانون في المادة الثانية جعل الدائرة الإدارية مختصة وحدها بنظر منازعات العقود الإدارية. وعليه فإن قرار مجلس الوزراء السابق يعتبر غير مشروع في حدود إجازته للتحكيم الدولي في العقود الإدارية.

وفي جلسة مجلس الوزراء رقم ٩٠/٢٠ المنعقدة بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٠ن أصدر القرار رقم ٤٢٤ لسنة ١٩٩٠ بالموافقة على طلب وزارة المالية في أن يقتصر قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٩٨٨ على العقود التي تبرمها الجهات الحكومية والمؤسسات والشركات المملوكة بالكامل للدولة مع المقاولين الأجانب للقيام بأعمال مشاريع محلية، أما فيما عدا ذلك من العقود التي تبرمها الجهات الأخرى فتخرج عن نطاق قرار مجلس الوزراء المشار إليه.

ويرى الباحث أن صدور الفتاوى عن إدارة مجلس الفتوى والتشريع وكذلك القرار الصادر عن مجلس الوزراء بجواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية بين الحكومة والمقاولين الأجانب بالشروط المحددة في هذا القرار لا يغير حكم القانون بحظر اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بهذه العقود في ضوء ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز بشأن هذه المسألة إذ إن العبرة لصحيح القانون دائماً، فمحكمة التمييز سبق وأن قررت عدم شرعية شرط التحكيم الوارد في الاتفاقيات التي عقدتها الحكومة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. النص على جواز التحكيم في بعض منازعات العقود الإدارية الدولية بموجب قوانين خاصة.

أجاز المشرع الكويتي اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية في بعض القوانين الخاصة مثل قانون المناطق الحرة وقانون تنظيم الاستثمار المباشر لراس المال الأجنبي.

- قانون المناطق الحرة لسنة ١٩٩٥

تنص المادة (١٤) من قانون المناطق الحرة رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ على ما يلي: " يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها وبين الجهة التي تتولى إدارة تلك المناطق أو غيرها من السلطات والأجهزة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بطريق التحكيم ..."

وحكم المادة المتقدم صرح على جواز تسوية المنازعات المحددة منها بطريق التحكيم وهو نص مطلق يجري على العقود الإدارية الداخلية والدولية.

- قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي.

تنص المادة (١٦) من قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ على ما يلي:

" تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أياً كان ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم".

ويأتي هذا النص استجابة لمتطلبات تشجيع الاستثمار وإدراكاً من المشرع الكويتي لمدى أهمية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية كإجراء ضروري لتشجيع الاستثمار.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الرابع : أثر التحكيم في العقود الإدارية على القانون الواجب التطبيق

بينا في الفصل السابق أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية يعتبر جائزاً في العديد من النظم القانونية ، وإن تباينت هذه النظم في تحديد نطاق العقود الإدارية الدولية التي يجوز اللجوء إلى التحكيم فيها، والسؤال الذي يطرح هنا ما هو القانون الذي يخضع له العقد الإداري هل هو قانون الإدارة المتعاقد بالنظر إلى صفة العقد أم يتوجب استبعاد تطبيق هذا القانون بالنظر إلى صفة المتعاقد الآخر وهو المستثمر الأجنبي؟ وهل يبقى العقد متحفظاً بصفته الإدارية رغم اللجوء إلى التحكيم أم أن ذلك يستوجب تطبيق أحكام القانون الخاص على العقد؟

نحاول الإجابة عن السؤالين المتقدمين على النحو التالي:

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد

ثانيا: تكييف العقد

أولا. تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الصفة الدولية من المسائل المهمة والتي أثارت خلافاً فقهياً وقضائياً واسعاً وبخاصة وأن الدولة تعتبر طرفاً في هذا العقد الأمر الذي يتبع صعوبة إخضاع هذا العقد لغير القانون الوطني للإدارة المتعاقدة. غير أنه ينبغي التمييز هنا بين حالتين: الأولى اتفاق أطراف العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق والثانية عدم وجود هذا الاتفاق، ونبحث فيما يلي القانون الواجب التطبيق في النزاع المعروض على جهة التحكيم في الحالتين المتقدم ذكرهما .

أ- حالة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد

ب- حالة غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد.

أ-حالة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد

قد يتفق طرفا العقد الإداري الدولي على أن تحديد القانون الذي يتوجب على جهة التحكيم تطبيقه بشان النزاع المعروض عليها ، وقد أثار الفقه عدة مسائل بشان هذا الاتفاق ، فيما يتعلق بشكل الاتفاق هل يشترط أن يكون صريحاً أم أن المحكم يمكن أن يستخلصه ضمناً من خلال العقد، ومنها ما يتعلق بمدى حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

(١) صورة الاتفاق

الأصل أن يكون اتفاق العقد بشأن القانون الذي يتوجب على المحكم تطبيقه على العقد الإداري صريحاً، ولكن ثار التساؤل في حال غياب الاتفاق الصريح هل يجوز للمحكم أن يبحث عن الإرادة الضمنية لطرفي العقد بشأن القانون الواجب تطبيقه على النزاع؟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يرى اتجاه في الفقه أن الاتفاق يشترط أن يكون صريحاً وأن مسألة الإرادة الضمنية لطرفي العقد بشأن القانون الذي يتوجب تطبيقه على النزاع هي مجرد وهم ، فلا يمكن افتراض وجود إرادة ضمنية لطرفي العقد، إذ إن الافتراض يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قانون لم يقصده أطراف العقد.

كما استند الاتجاه المتقدم إلى حكم محكمة التحكيم في قضية s.p.p ضد جمهورية مصر العربية، فقد تمسكت مصر بوجود عدة إشارات ضمنية في العقد المبرم بأن القانون المصري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ هو القانون واجب التطبيق إلا أن محكمة التحكيم لم تأخذ بذلك (د. بكر، محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص٤١٠)

بينما يرى اتجاه أخر في الفقه أن جهة التحكيم يمكن أن تستخلص إرادة طرفي العقد في اختيار القانون الذي يتوجب تطبيقه على النزاع ضمناً عن طريق القرائن التي تكشف عن الإرادة الحقيقة لطرفي التعاقد (د . رفاعي أشرف عبد العليم. القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.٢٠٠٣، دار الفكر الجامعي ، ص ٥٧-٥٨).

ويستند الاتجاه المتقدم إلى بعض الأحكام الصادرة عن المحكمين ، ففي العقد المبرم بين شركة حكومية في الجزائر وشركة أمريكية بهدف إنشاء سكك حديدية في الجزائر، قررت محكمة التحكيم الدولية بباريس Icc البحث عن الإرادة الضمنية لطرفي العقد وقررت تطبيق القانون الجزائري بوصفه قانون مكان العقد وتنفيذه(د. علم الدين، محي الدين اسماعيل(١٩٨٦) منصة التحكيم التجاري الدولي، القاهرة ، ص ٢٠٥)

ويرى الباحث أنه لا محل للبحث عن الإرادة الضمنية بشان تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الإدارية لأن الأصل أن هذه العقود خاضعة للقانون العام للإدارة المتعاقدة ولا مسوغ للخروج عن هذه القاعدة بافتراض ارادة ضمنية غير منصوص عليها صراحة في العقد المبرم.

(٢) مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

الأصل أن لطرفي العقد حق اختيار القانون الذي يحكم العقد ، وهذا الحق منصوص عليه صراحة في بعض الاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة (٧) من الاتفاقية الأوروبية بشان التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام ١٩٦١ على ما يلي:

" للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...."

كما نصت المادة (١٤٢) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار نفس المبدأ حيث جاء فيها:" لفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف.."

كما أكدت محاكم التحكيم على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث أكدت محكمة التحكيم في قضية ارامكو ضد المملكة العربية السعودية عام ١٩٥٨ على أن القانون الذي يتوجب تطبيقه على العقد الدولي في المقام الأول هو القانون الذي اختاره أطراف العقد صراحة.

كما أكد المحكم Dupuy في قضية تسكاكو ضد الحكومة الليبية على حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد (انظر تفاصيل هاتين القضيتين د. حداد، حفيظه، مرجع سابق، ص ٤٨ وما بعدها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الفقه أن للدولة والأشخاص العامة شأنها شأن أي متعاقد أخر حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفاً فيه مع شخص أجنبي، حيث لا يوجد اختلاف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسبما إذا كانت الإدارة طرفاً في العقد أم لا، فصفة الأطراف المتعاقدة ليس لها أي تأثير في هذا الخصوص، ولا 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 القانون الواجب التطبيق هو المبدأ الذي يتوجب اتباعه في العقود الإدارية الدولية فإذا اختار طرفا العقد الإداري الدولي قانوناً يحكم العقد كان المحكم ملزما بهذا الاختيار، فالدولة ليست ملزمة في إطار هذه العقود بتطبيق قانونها الوطني(د . أبو زيد، سراج حسين ٢٠٠٤ التحكيم في عقود البترول، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٥٧١).

والسؤال الذي يطرح هنا إلى أي مدى يملك المتعاقدان الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي؟

ذهب اتجاه في الفقه إلى أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم العقد دون قيد وأن هذا المبدأ يطبق على كافة العقود التي تبرمها الدولة بما فيها العقود ذات الصفة الإدارية (د. أبو زيد ، سراج، مرجع سابق ص ٥٧١ وما بعدها).

بينما ذهب اتجاه أخر إلى أن إرادة طرفي العقد ليست مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وإنما 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 (د. أكيابي، يوسف ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ وما بعدها).

ويرى الباحث أنه لا يوجد مسوغ لتقييد حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ما لم يوجد قيد في قانون الإدارة المتعاقدة يحد من حريتها في ذلك.

وعلى الرغم من أن القاعدة في نطاق العقود الإدارية الدولية تقضي حرية أطراف العقد في اختيار القانون المطبق على العقد إلا انه قد صدرت بعض الأحكام التي استبعد فيها المحكم القانون الذي اختاره طرفا العقد.

ففي قضية أبو ظبي ضد شركة PDC أتفق طرفا العقد على تطبيق القانون السائد في إمارة أبو ظبي على أي نزاع ينشأ عن العقد المبرم بينهما، إلا أن المحكم الانجليزي LORD AQUITH قرر عدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بدعوى أن المبادئ المقررة منها لا يمكن أن تتضمن حلاً للمشاكل المتعلقة بأحكام التجارة الدولية، وخلص إلى أن طرفي العقد لم يقصدوا تطبيق هذه المبادئ وإنما قصدوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة والتي تمتلكها المبادئ العامة للأمم المتمدينة ومن بينها إنجلترا وطبق المحكم القانون الإنجليزي على النزاع (د. بكر ، عبد العزيز ، مرجع سابق، ص ٢٦٩).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه المحكم هو مجرد جهل بأحكام الشريعة الإسلامية فالفقه الإسلامي يتضمن نظرية متكاملة للمعاملات والعقود ولا يجوز للمحكم أن يقرر مسبقاً عدم وجود مبادئ فيها تصلح للتطبيق على النزاع وكان عليه أن يستعين بخبير يستخلص من هذه الأحكام ما يطبق على موضوع النزاع، وقد انتهى المحكم إلى نتيجة غريبة وهي تطبيق قانون دولة لا تمت الى العقد بصلة تحت شعار تفسير إرادة طرفي العقد، ويتساءل الباحث هنا ما هي العلاقة بين الشريعة الإسلامية التي ارتضى أطراف العقد بالاحتكام لها وبين القانون الإنجليزي الذي طبقه المحكم على العقد؟

وفي قضية أخرى أبرمت الحكومة السوفيتية عقداً مع شركةGOLD FIELD الإنجليزية وتضمن العقد شرطاً بتطبيق أحكام القانون الروسي على أي نزاع ينشأ بخصوص العقد، غير أن محكمة التحكيم بدعوى أن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط وما عدا ذلك فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون (د.أبو حمد، علاء ، مرجع سابق، ص ٣٤٨).

ويؤكد الباحث هنا أيضاً أن حكم محكمة التحكيم يمثل خروجاً على المبادئ المستقرة في العقود الإدارية الدولية والتي تقتضي بتطبيق القانون الذي اختاره طرفا العقد في حالة الاتفاق على ذلك.

ب.حالة غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق

قد يتفق طرفا العقد الإداري الدولي على اللجوء إلى التحكيم محل المنازعات المتعلقة بالعقد دون تحديد القانون الذي يتوجب تطبيقه على العقد ، وقد تباينت الاتجاهات الفقهية بصدد تحديد القانون الذي يتوجب تطبيقه في هذه الحالة فذهب اتجاه في الفقه إلى إخضاع العقد للشروط والأحكام الواردة في العقد وذهب اتجاه آخر إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القانون واجب التطبيق، بينما ذهب اتجاه ثالث إلى إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام بينما يرى اتجاه رابع إخضاعه للمبادئ العامة للأمم المتمدينة ويرى إتجاه آخر خضوع العقد لقانون الإدارة المتعاقدة، ونادى بعض الفقهاء بوجود قانون عابر للدول تطبق على العقود الإدارية الدولية ونبحث فيما يلي الاتجاهات المتقدم ذكرها.

(١) خضوع العقد لقانونه الذاتي

يرى اتجاه في الفقه أن أطراف العقد يقومون بتحديد الالتزامات والحقوق المتعلقة بكل منهم بحيث يعتبر هذا 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، انطلاقاً من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يكون العقد بمثابة القانون الذي يحكم أي خلاف ينشأ بشأن تطبيق أحكامه ويعتبر بمنزلة القانون المستقل الذي يخلقه أطراف التعاقد.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن العقود الإدارية الدولية لا تخضع لقانون أي دولة لأن طرفي العقد لا يخضعون لقانون مشترك فهذه العقود لا تخضع إلا لمبدأ سلطان الإرادة، ولذلك فإنه يتعين على أطراف التعاقد الاجتهاد في وضع الحلول المناسبة لأي خلاف قد ينشأ في المستقبل والتطرق للتفاصيل الدقيقة ، وهذا الأمر قد أصبح سهل المنال بعد أن تم إعداد مجموعة من العقود النموذجية ، لعقود نقل التكنولوجيا (في عرض هذا الاتجاه: د. أكايبي، يوسف. مرجع سابق، ص ٤١٩ وما بعدها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد تعرض هذا الاتجاه لعدة انتقادات من أهمها:

أن العقد لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني بل يتعين أن يستند إلى نظام قانوني قائم يقرر أن تطابق الأمر وأن من شانه أن يحدث آثاراً قانونية ورسم حدود سلطان الإرادة ويحدد ضوابطها القانونية.

٢.أن نظرية القانون الذاتي للعقد تعد خيالية وتتنافى مع الواقع العملي فلا يمكن الإدعاء بكفاية العقد الإداري الدولي لحل أي خلاف ينشأ في المستقبل فمهما بلغت دقة نصوص العقد وتعددت تفاصيله فإنه من غير المتصور أن يحيط طرفا التعاقد بكافة الأحداث التي يمكن أن تنشأ في المستقبل

٣.قانونيا يترتب عليه نتائج بالغة الخطورة لأن ذلك يعني إمكانية خروجها على القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز لها مخالفتها(د. أبو زيد، سراج حسين، مرجع سابق، ص ٦٦١-٦٦٢)

(٢) تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق.

يرى اتجاه في الفقه وجوب تطبيق قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الذي يتوجب تطبيقه على العقد الإداري الدولي، غير أن المشكلة التي تبرز هنا تتعلق بتحديد قواعد تنازع القوانين التي يمكن للمحكم اللجوء اليها، فذهب مؤيدو هذا الاتجاه إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد الإسناد التي يحمل الأطراف جنسيتها او التي يوجد بها موطن مشترك بينهم، أو الدولة التي يوجد بها مقر التحكيم وقد أخذ مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في امستردام عام ١٩٥٧ إلى هذا الاتجاه الاخير فقرر أن قواعد الاسناد النافذة في الدولة مقر التحكيم هي التي يجب اتباعها لتحديد القانون الواجب التطبيق.

غير أن الاتجاه المتقدم منتقد من حيث إنه معيار غامض يحتاج إلى معيار آخر لتوضيحه فكل ما قدمه هذا المعيار هو الرجوع إلى قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص دون الوصول إلى معيار حاسم في تحديد قاعدة الإسناد التي يتوجب تطبيقها بمعنى أن المحكم سوف يقع في مشكلة البحث عن قاعدة الإسناد بدلا من البحث عن القاعدة الموضوعية التي يتوجب تطبيقها، ويزداد الوضع صعوبة في الحالات التي لا يوجد فيها موطن مشترك أو علاقة مشتركة بين طرفي العقد الاداري الدولي ، ويؤدي بالنتيجة إلى تطبيق قواعد قانونية ليس لها أي علاقة بموضوع النزاع كما هو الحال في حالة تطبيق قواعد الإسناد في الدولة مقر التحكيم.

(٣) خضوع العقد للقانون الدولي العام.

يرى اتجاه في الفقه إخضاع العقود الإدارية الدولية إلى قواعد القانون الدولي العام ونبحث فيما يلي أهم الحجج التي استند إليها هذا الاتجاه الفقهي:

١- اعتبار العقد الإداري الدولي اتفاقية دولية.

يرى اتجاه في الفقه أن العقود التي تبرمها الإدارة مع جهة أجنبية تمثل اتفاقيات دولية تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام بسبب تمتعها بالخصائص التالية:

- تأخذ العقود الإدارية الدولية شكل الاتفاقيات الدولية من حيث الإجراءات المتبعة في إبرامها شرط اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي يتضمنه العقد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- تتضمن هذه العقود إرادة صريحة أو ضمنية لأطراف العقد في عدم تطبيق القانون الداخلي لدولة الإدارة المتعاقدة (د. حداد حفيظه ١٩٩٦ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، القاهرة دار النهضة العربية ، ص ٦٢٢) .

غير أن الاتجاه المتقدم قد تعرض لانتقادات أهمها أن من المسلم به أن اصطلاح الاتفاقية الدولية في ظل الوضع الراهن للقانون الدولي العام لا ينصرف إلا إلى الاتفاقيات التي تبرم من أشخاص القانون الدولي العام ووفقاً لقانون المعاهدات.

ومن ناحية ثانية فإن الدولة من تمارس نشاطها التعاقدي مع الجهات الخاصة لا تخضع لأحكام القانون الدولي العام إذ يتعين التمييز بين التصرفات التي تباشرها الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الداخلي.

كما أن اللجوء الى التحكيم الدولي واستبعاد تطبيق القانون الداخلي للدولة لا يعني أن العقد قد أصبح اتفاقية دولية إذ إنه من غير الممكن إدراج الإتفاق في إطار القانون الدولي العام لمجرد استبعاد تطبيق القانون الداخلي ما دام أن أحد اطراف هذا الاتفاق ليس من ضمن أشخاص القانون الدولي العام (د. أبو زيد سراج، مرجع سابق، ص ٦٢٤-٦٣٧)

٢-القانون الدولي العام هو القانون المناسب للعقد

يرى الفقيه mann أن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني اذ إن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي باعتباره القانون المناسب للعقد، فالدول ترفض غالباً الخضوع لقانون أجنبي كما أن الطرف المتعاقد مع الإدارة يرفض أيضاً اللجوء إلى قانون الادارة، وبالتالي تطبيق أحكام القانون الدولي العام يعد الوسيلة الفعالة لمواجهة الظروف التي تتناسب مع مصالح طرفي العقد ومتطلباته الاقتصادية، ويعبر عن رغبة الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الذي يتوجب تطبيقه خارج نطاق القانون الوطني(mann (1959) the proper law of contrants, coneluded by international persons B.Y.B.L.L. p.34 مشار له في د. أبو حمد ، علاء، مرجع سابق، ص ٣٦١)

وقد تعرض الاتجاه المتقدم لانتقادات أهمها:

- إن القانون الدولي العام لا يعتبر قانوناً مناسباً لحكم العلاقة فيما بين الإدارة والمتعاقد الأجنبي لأن قواعد هذا القانون لا تسري إلا على أشخاص القانون الدولي العام المخاطبين بأحكامه إذ إن هناك علاقة وثيقة بين جوهر القاعدة القانونية وأشخاص النظام القانوني الذي توجد فيه هذه القاعدة حيث تتم صياغة القاعدة تبعاً لاحتياجات الشخص المخاطب بها، وبالتالي فإن هذه القواعد لا تكون ملائمة في تطبيقها على العقود الإدارية الدولية لأن المتعاقد مع الإدارة لا يعتبر من أشخاص القانون الدولي العام وقواعده لم تتم صياغتها لتحكم هذا النوع من العلاقات.

- لا يمكن قبول القول بأن للأطراف الحق في اختيار القانون الدولي العام كقانون مطبق على العقد لأن ذلك يعني أن بمقدور الأفراد أن يقرروا الحق في أن يعتبروا أنفسهم من بين أشخاص القانون العام في حين أن قواعد القانون الدولي العام هي التي تحدد الأشخاص الخاضعين لأحكامه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- إن المعاهدات التي تبرم بين الدول تختلف بصفة أساسية عن الاتفاقيات الخاصة التي تبرم بين الدول والأشخاص الأجانب بحيث لا يمكن قبول تطبيق قواعد القانون الذي يطبق على المعاهدات الدولية تطبيقاً سليما وفعالاً على الاتفاقيات الخاصة، فالاتفاقيات التجارية والصناعية لا تتناول على نحو مباشر الموضوعات التي تناولتها المعاهدات الدولية مما يعني وجود اختلافات جوهرية فيما بين هذين النوعين من الاتفاقيات(الدولية والخاصة) من حيث موضوعاتها وأطرافها ولا يمكن التسليم بخضوعها لقانون واحد.

(د. عشوش ، أحمد عبد الحميد ١٩٧٥ النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، القاهرة دار النهضة العربية، ص ٨٥٨ ما بعدها)

(٤) خضوع العقد للمبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدنة

تمثل هذه المبادئ القواعد القانونية التي تكون الأسس القانونية للدولة المتقدمة وهي تعد أحد مصادر القانون الدولي وقد استند بعض المحكمين الدوليين إلى هذه المبادئ في الأحكام الصادرة عنهم، ففي قضية gold fields أوضح المحكم أنه عندما تحوز الدولة المتعاقدة ودولة المستثمر أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي الذي يؤهلها لأن تحكم هذا النوع من العقود ، فإن المحكم يختار من بينها أو مجمع بينها عند الفصل في النزاع، أما اذا كان القانون الوطني لكل من الطرفين غير متطور بالقدر الكافي فإن النظام القانوني الذي يكون مناسباً للتطبيق على العقد هو المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الدول المتمدنة (د. أبو حمد ، علاء، مرجع سابق، ص ٣٧٢) .

وفي قضية أبو ظبي ضد شركة PDC الإنجليزية رفض المحكم تطبيق قانون إمارة ابو ظبي المتفق على تطبيقه بمقتضى العقد بدعوى أنه لا يتضمن أيةّ مبادئ تتعلق بالمعاملات التجارية الحديثة وطبق المبادئ العامة للأمم المتمدنة والتي يمثلها القانون الإنجليزي من وجهة نظره (د. بكر ، محمد عبد العزيز ، مرجع سابق، ص ٢٦٩)

وقد تعرض الاتجاه المتقدم للانتقاد لأن المبادئ العامة للقانون لا تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً ومتميزاً عن الأنظمة القانونية الداخلية والدولية وإنما تمثل أحد مصادر هذين القانونين ، ويترتب على اعتبار هذه المبادئ القانون الذي يتوجب تطبيقه على العقد منح المحكم السلطة الكاملة في تحديد القواعد الواجب تطبيقها على العقد مما يؤدي إلى إمكانية التعسف في الأحكام الصادرة عنهم، وإضافة إلى ذلك فإن هذه المبادئ لا يمكنها أن تحكم العديد من المسائل المتصلة بالعقد من حيث تكوينه وشروطه وصحته وبالتالي فإنه لا يمكن اعتبارها اساساً صالحا ليحكم العقد موضوع النزاع (د. أكيابي، يوسف، مرجع سابق، ص ٥١٦ وما بعدها)

(٥) خضوع العقد للقانون العابر للدول.

يرى الفقيه الأمريكي فيليب جيسوب Jessup أنه يوجد قانون عابر للدول ينظم التصرفات التي تتعدى حدود الدولة الواحدة ، وأن هذا القانون يشمل قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص كما يشمل أيضا بعض القواعد التي لا يمكن إدراجها تحت أي نوع من هذين القانونين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ووفقا للرأي المتقدم يحكم القانون العابر للدول جميع العلاقات التي تتجاوز حدود دولة واحدة والتي تكون متعلقة بالأفراد أو الدول أو المنظمات الدولية ويدخل في نطاق هذه العلاقات العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي(جيسوب، فيليب ١٩٦٦ قانون عبر الدول في أبعاده الجديدة، ترجمة إبراهيم شحاتة، مكتبة القاهرة الحديثة ص ١٢ وما بعدها)

وبالاستناد الى الفكرة المتقدمة يرى J. Lalive أن العقود المبرمة بين الدول والمستثمر الأجنبي لا يمكن أن تطبق عليها قواعد القانون الداخلي أو القانون الدولي ، بل تخضع هذه العقود لنوع ثالث من القواعد القانونية هو القانون العابر للدول والذي يمثل قانوناً ثالثاً إلى جانب القانونين الداخلي والدولي يتوجب اللجوء إليه عندما يوجد مركز قانوني ثالث يتعذر إدراجه في أي من هذين القانونين (د. أبو زيد، سراج، مرجع سابق، ص ٦٦٧-٦٦٨)

وقد تعرض الرأي المتقدم للاعتراض بأن القانون العابر للدول ليس له مصادر قانونية خاصة ، إذ إن مصادره القانونية مشتركة فبعضها مستمدة من القانون الداخلي وبعضها الآخر مستمد من القانون الدولي العام ، كما أن هذا القانون المفترض لا يضع معياراً للاستعانة بالأنظمة القانونية الأخرى لاختيار القاعدة التي يتوجب تطبيقها على النزاع ولا يملك في ذاته الوسائل القانونية اللازمة لتطبيق احكامه ويفتقر إلى الجزاءات التي تؤيد قواعده.

فالقانون العابر للقارات هو مجرد قانون مفترض وهو لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانوني لافتقاره إلى التحديد والوضوح الأمر الذي يمكن معه القول بأن هذا القانون هو مجرد افتراض لا وجود له في حقيقة الأمر(د. أكيابي ، يوسف، مرجع سابق، ص ٤٩٢ وما بعدها)

(٦) خضوع العقد لقانون الإدارة المتعاقدة

يرى اتجاه في الفقه أن العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الإدارة مع مستثمر أجنبي تخضع لقانون الإدارة المتعاقدة، ونناقش فيما يلي الحجج والأسانيد التي يرتكز عليها هذا الاتجاه:

١- وجود قرينة مفترضة لصالح قانون الإدارة المتعاقدة

تستند هذه الحجة في أساسها إلى الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية البرازيلية عام ١٩٢٩ وقد 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(د. أبو حمد ، علاء، مرجع سابق، ص ٣٦٥).

وقد اخذت بهذا الإتجاه اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار في المادة (١١٤٢) حيث نصت على تطبيق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة عند الاتفاق على هذا العقد.

وقد أخذت محكمة التحكيم في قضية الخلاف الناشئ بين شركة ارامكو والمملكة العربية السعودية بهذه القرينة فقررت أن تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي بتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة محل المنازعة... وأن التكييف يخضع لقانون محل وجود المال إذا كانت العلاقة القانونية تتعلق بأموال عقارية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإعمالا لذلك فإن محكمة التحكيم لجأت إلى القانون السعودي من أجل تحديد الطبيعة القانونية لامتياز البترول الممنوح بوساطة الحكومة السعودية لتحديد ما إذا كان هذا الامتياز يعد تصرفاً صادراً بالإرادة المنفردة أو عقدا عاما أو عقدا إداريا أو عقداً من عقود القانون الخاص وقد انتهى الحكم الى أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز البترولي ، اذ إنه من المفترض أن العقود التي تبرمها الدولة ذات السياده تخضع لقانونها الوطني (د. حداد، حفيظه، مرجع سابق، ص ٥٠-٥١) .

وأخذت بذلك ايضا محكمة النقض الفرنسية في أحكامها القديمة حيث ذهبت في حكم صادر لها عام ١٨٤٩الى أن كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة (د. ابوزيد ، سراج. مرجع سابق، ص ٦٧٨) .

إلا أن الاتجاه الذي أرسته محكمة العدل الدولية قد تعرض للنقد من جانب بعض الفقه فقد ذهب الى أن قضاء محكمة العدل الدولية لم يعد مواكبا للتطورات التي لحقت بالتجارة العالمية وأوضح أنه اذا 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 ، والذي يعرضها لمخاطر السيادة .

وقد أكد الاتجاه المتقدم على أنه لا يمكن التسليم بوجود مثل هذه القرينة ، فالدولة عندما تتعاقد مع شركة أجنبية فإنها لا تتعاقد بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام بل باعتبارها مجرد شخص عادي، وبالتالي فإن الدولة التي تتعاقد مع الأفراد العاديين على قدم المساواة لا يجوز لها أن تتمسك بحصانة تشريعية تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها اذ أن في ذلك خرقا لمبدا المساواة بين الأطراف في العقد (د. أبو حمد ، علاء، مرجع سابق، ص ٣٦٧) .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه الى أن محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية قد عدلت عن موقفها السابق ، فذهبت محكمة استئناف باريس في حكم صادر في ١٠ ابريل ١٩٥٧ في قضية Steam ship الى أن وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد مبرم مع شركة أجنبية لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي ، وذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٣/٢١ الى عدم وجود قرينة خاصة تطبق قانون الدولة المتعاقدة على العقد المبرم بين الدولة وإحدى الشركات الأجنبية (د. ابوزيد ، سراج. مرجع سابق، ص ٦٢٢)

٢- القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة

يرى اتجاه في الفقه أن العقود الإدارية الدولية تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا الى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وقد كان أولها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ الصادر في ١٤ديسمبر ١٩٦٢ والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية فقد نصت المادة الرابعة من هذا القرار على 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 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثم صدر القرار رقم ٣٢٨١ قاطعا في الدلالة على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقد فقد نصت المادة (٣١٢) منه 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 اذا اتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول وطبقا لمبدأ حرية اختيار الوسائل.

وأكدت الجمعية العامة على ذلك في القرار رقم ٣١٧١ حيث أوضحت أن إعمال مبدأ التأميم بوساطة الدولة على اعتبار أنه تعبير عن سيادتها من أجل الحفاظ على ثروتها الطبيعية ، يتضمن أن كل دولة لها الحق في أن تحدد قيمة التعويض ووسائل الوفاء به ، ويتم الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني (انظر بشأن توصيات الجمعية العامة للامم المتحدة بهذا الخصوص د. عشوش، أحمد مرجع سابق ، ص ٢١٦ وما بعدها، د. ابوزيد ، سراج. مرجع سابق، ص ٦٠٨ وما بعدها).

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد حيث ذهب البعض الى أن هذه القرارات لا تعدو كونها مجرد توصيات لا تتمتع بأية قوة ملزمة كما أنها غير مصحوبة بأي جزاء ولكن تصدى أنصار هذا الإتجاه للنقد السابق ، وأكدوا أن القرارات الصادرة عن الأمم المتحده تتضمن التزامات لها طابع قانوني فالتغيرات السياسية والاقتصادية التي لحقت بالجماعة الدولية بلغت من العمق حدا اصبح معه من الضروري الأخذ في الحسبان القرارات الصادرة من الأمم المتحدة ، فلم يعد من الممكن بعد ذلك إنكار دور القواعد الناجمة عن الرضاء الذي تحقق من خلال القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي كرست مبادئ قانونية عامة والتى تشكل نوعا جديدا من الالتزامات المعروفة تحت مصطلح law–Soft (د. أبو حمد ، علاء، مرجع سابق، ص ٣٦٩).

وقد أتيحت الفرصة لقضاء التحكيم في إبداء رأيه في القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.

ففي قضية Aminoil تمسكت الحكومة الكويتية بأن حق السيادة على الموارد الطبيعية قد أصبح قاعدة آمرة تحظر على الدول أن تمنح عن طريق العقد أو المعاهدة أية ضمانات تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية إلا أن محكمة التحكيم اتجهت الى عكس ذلك فقد أوضحت أن قرارات الجمعية العامة العامة للأمم المتحدة لا تشكل قواعد قانونية آمرة تحظر على الدول أن تتعهد القيام بإجراء اية تأميمات خلال فترة معينة ، فقد يكون من المفيد للدولة المضيفة أن يكون لها القدرة على أن تتعهد بعدم تأميم مشروع أجنبي خلال فترة زمنية محددة ، ولاتوجد أية قاعدة في القانون الدولي العام تمنعها من ذلك (د. ابو زيد، سراج. مرجع سابق ص ٦١٢، ٦١٦).

وبخلاف الاتجاه المتقدم ذهب المحكم في قضية ليامكو الى أن هذه القرارات وان لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون فإنها على الأقل تعد دليلا على الاتجاه المسيطر لدى الرأي العام الدولي المتعلق بحق الدول في السيادة على ثرواتها الطبيعية ، الا أن هذا الحق ينبغي أن يمارس في حدود احترام الإتفاقيات التعاقدية والالتزام بالتعويض (د. أبو حمد ، علاء، مرجع سابق، ص ٣٦٩).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد أخذ قضاء التحكيم بذلك في أكثر من قضية ، ومنها على سبيل المثال القضية التي تتلخص وقائعها في أن وزير الزراعة المصري أبرم عقدا مع شركة سرفيس النمساوية يهدف الى القيام برش القطن بالطائرات من ١٩٨٢الى ١٩٨٤ الا انه في ٩ سبتمبر ١٩٨٣ وأثناء قيام أحد طياري الشركة من مطار اسيوط لتأدية مهام وظيفته فوجئ بسيارة مدير زراعة أسيوط تقطع المطار بالعرض وحاول تفاديها ولكن باءت المحاولات بالفشل مما أدى إلى تحطيم الطائرة وإصابة الطيار ، فطالبت الشركة النمساوية بالتعويض، وكان أطراف العقد قد اتفقوا على حل منازعاتهم بالتحكيم وأن يكون المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة هو المختص بنظر النزاع .

وقد قام المركز بتعين الأستاذ فتحي عبد الصبور كمحكم فرد وقد لاحظ المحكم عدم اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق على العقد ، وانتهى المحكم الى تطبيق قانون الدولة المتعاقده وذلك لأنه القانون الأكثر صلة بالنزاع نظرا لأن العقد أبرم في هذه الدولة ومحل تنفيذ العقد في هذه الدولة أيضا

ويرى الباحث تأييد الاتجاه الأخير الذي يرى بخضوع العقد الإداري لقانون الإدارة المتعاقدة إذ لا يمكن افتراض أن إرادة الدولة قد اتجهت إلى خضوع عقودها الإدارية المتصلة بالمرافق العامة والتي تتصل بالنظام العام إلى قانون غير قانونها ما لم ينص العقد صراحة على تحديد قانون آخر خلاف قانون الإدارة المتعاقدة وشريطة أن يسمح القانون الداخلي للدولة بتطبيق قانون أجنبي على العقد الإداري خلاف قانون الدولة المتعاقدة.

ثانيا. تكييف العقود المبرمة بين جهة الإدارة والمستثمر الأجنبي

تبرم الإدارة نوعين من العقود، الأول عقود تقف فيها على قدم المساواة مع المتعاقد الآخر وتخضع فيها للقانون الخاص والنوع الثاني عقود تظهر فيها بمظهر السلطة العامة وتخضع هذه العقود للقانون العام.

والسؤال الذي يطرح هنا هل تخضع العقود التي تبرمها الإدارة مع المستثمر الأجنبي لقواعد القانون العام رغم وجود شرط التحكيم فيها أم أنها تخضع لقواع القانون الخاص؟ نناقش فيما يلي الفرضيتين المتقدم ذكرهما على النحو التالي:

أ- خضوع العقود الدولية التي تبرمها الإدارة للقانون الخاص .

ب- خضوع العقود الدولية التي تبرمها الإدارة للقانون العام .

أ-خضوع العقود الدولية التي تبرمها الغدارة للقانون الخاص

يرى اتجاه في الفقه أن العقود التي تبرمها الإدارة مع المستثمر الاجنبي تخضع لاحكام القانون الخاص و يستند هذا الاتجاه إلى الحجج التالية:

(١) إن التحكيم يؤثر على سلطات الإدارة في العقد الإداري فثمة سلطات ثابتة للإدارة لا يمكن تصور ممارسة الإدارة لها في ظل خضوع العقد الإداري للتحكيم كتوقيع الجزاءات الإدارية وحقها في استرداد المرفق قبل انتهاء مدة العقد، ففي عقود الاستثمار يلتزم المستثمر الاجنبي بانشاءالمرفق العام و يشغله مدة العقد ثم ينقل ملكيته إلى الإدارة، ولا يتصور ممارسة الادارة لهذا الحق الا اذا اتفق الطرفان على ذلك صراحة فهو أمر يهدد استثمارات شركة المشروع (د. نصار، جابر جاد(٢٠٠٢) عقود البوت، القاهرة،دار النهضة العربية، ص ٢١٠-٢١٢).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٢) إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد مع المستثمر الأجنبي على قدم المساواة وألا تتمسك الدولة بإرادتها العليا وهذه الخطوة تعطي المستثمر الأجنبي نوعا من الاطمئنان النفسي الامر الذي يؤدي الى تشجيع الاستثمار في الدولة اما إذا تمسكت الدولة بسيادتها وسلطتها فإن ذلك يؤدي إلى هدم العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمستثمر(بكر، محمد.مرجع سابق، ص ٢٣٩)

وقد قيل في الرد على هذه الحجة أن اتباع اساليب القانون العام لا يؤدي مطلقاً إلى هدم العلاقة التعاقدية بل على العكس فإن الدولة حريصة على المستثمر الأجنبي وتعطيه العديد من المزايا منها على سبيل المثال الإعفاءات الضريبية، واذا قامت جهة الإدارة(الدولة، أحد الأشخاص العامة) بفسخ العقد من تلقاء نفسها أو تعديله فإنها تلتزم بدفع تعويض مناسب للمستثمر الأجنبي (د. أبو أحمد، علاء. مرجع سابق، ص ١١١-١١٢)

(٣) تستطيع الدولة أن تمارس أساليب القانون العام على إقليمها بمالها من سيادة غير أن الأمر يختلف اذا ما تعاقدت مع مستثمر أجنبي فلا بد أن يتم هذا التعاقد على أساس من المساواة القانونية بين الأطراف، استنادا إلى أن سيادة الدولة محدودة داخل إقليمها أما خارج إقليمها فتقف الدولة موقف المساواة مع المتعاقد الأجنبي .(اكيابي، يوسف. مرجع سابق، ص ٣٠٢)

وقد قيل في الرد على هذه الحجة بأن العقد المبرم بين الطرفين يتم تنفيذه داخل إقليم الدولة وبالتالي تمارس سيادتها عليه،بالإضافة إلى أن الطرف عندما يتعاقد مع الدولة يعلم بأنه يتعاقد مع طرف ذي سيادة له سلطات عامة فلا يستطيع أن ينكر ذلك عند حدوث نزاع بين الطرفين(د. أبو أحمد، علاء. مرجع سابق، ص ١١٢) .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى بعض الاحكام الصادرة عن المحكمين ومن ضمنها:

١-قضية Aramco ضد المملكة العربية السعودية

تتلخص وقائع القضية بأن المملكة العربية السعودية أبرمت عقداً في ٢٩ مايو ١٩٣٣ مع شركة Stander Oil of California ويتعلق هذا العقد بمنح الشركة امتيازا مدته ستون عاماً لاستغلال البترول في المنطقة الشرقية، وإعمالا لنص المادة (٣٢) من عقد الامتياز المبرم بين الطرفين تم انشاء شركة(cosac) – california arbian standard oil company.

والتي تنازلت لها الشركة الموقعة عن كافة حقوقها ووافقت المملكة العربية السعودية ولقد غيرت هذه الشركة اسمها في ٣١ يناير ١٩٤٤ إلى (aramco) arabien American oil company.

وفي٢٠ يناير ١٩٥٤ أبرمت الحكومة السعودية عقداً مع المليونير أوناسيس ويقتضي قيام الأخير بتأسيس شركة في المملكة العربية السعودية تحمل اسم (satco) soudi ariban maritime tanker company وتحتفظ 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.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

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 ولذلك قررت اللجوء الى قضاء التحكيم.

وتم عرض النزاع على محكمة التحكيم، وطبقاً لاتفاق الطرفين ، فإن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون السعودي والذي يستمد أحكامه من مذهب الأمام أحمد بن حنبل، وقد تمسكت المملكة العربية السعودية بأن العقد إداري لأن العقد يتعلق بمرفق عام وهو مرفق البترول، وأبرمته الحكومة السعودية(جهة الإدارة) وتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

إلا أن محكمة التحكيم لم تأخذ بوجهة نظر المملكة العربية السعودية استناداً إلى أن فقه الامام أحمد بن حنبل لا يعرف فكرة العقد الإداري أو القانون العام على الوجه السائد في القانون الفرنسي وانتهت هيئة التحكيم إلى ان العقد يخضع للقانون الخاص(د. حداد، حفيظة. مرجع سابق. ص ٤٨-٥٢) .

ويلاحظ أن الحكم في قضية (Aramco) قرر أن المحكم رفض تكييف العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية والشركة المذكورة على أنه عقد إدراي لأن القانون السعودي المستند إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل لا يعرف فكرة العقود الإدارية وبالتالي فإن هذا الحكم لا يعني رفض تكييف العقد على أنه إداري اذا كان القانون واجب التطبيق يأخذ بفكرة العقود الادارية .

٢-قضية Texaco ضد ليبيا:

أبرمت الحكومة الليبية في الفترة ما بين عامي ١٩٥٥ و ١٩٧١ مجموعة من عقود الامتياز لصالح الشركتين الأمريكينCalifornia Asiatic Oil company and Texaco Verseas Petroleum Company

وقد تضمن جميع هذه العقود شرطاً تلتزم الحكومة الليبية بمقتضاه بعدم تعديل الحقوق الناجمة عن الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الاطراف، إلا أنه في عام ١٩٧٣ قامت الحكومة الليبية بإصدار القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ وأعلنت بمقتضاه تأميم بعض الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود الامتياز في مجال البترول، ومن بينها الشركتان المذكورتان ولقد أمم هذا القانون ٥١% من كل الأموال والحقوق والأصول التي تتمتع بها الشركتان ، بمقتضى عقود الامتياز ونص القانون على تعويضهما تعويضا عادلا، وبتاريخ ١١ فبراير أصدرت الحكومة الليبية القرار رقم ١١ لسنة ١٩٧٤ وبمقتضاه أممت كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين.

فقررت الشركتان اللجوء الى التحكيم، وأخطرت الحكومة الليبية بذلك ورفضت الحكومة الليبية التحكيم، وامتنعت عن تعيين محكم لها وإزاء هذا الموقف وطبقاً لنص المادة ٢٨ من العقد المبرم بينهما قامت الشركتان بتقديم طلب إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم للفصل في النزاع الناشي بين الطرفين وقام رئيس محكمة العدل الدولية بتعيين الأستاذ Dupuy وهو استاذ بقسم القانون الدولي بجامعة نيس كمحكم مفرد.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وطلب المحكم Dupuy من الدكتور سليمان مرقص أن يقدم له رأياً استشارياً يوضح من خلاله متى يكون العقد إدارياً وأوضح الأخير أن هناك ثلاثة شروط لابد من توافرها حتى يكون العقد إدارياً وهي:

١. أن يكون موضوع العقد تسيير أو استغلال مرفق عام .

٢. أن يتم ابرام العقد بوساطة سلطة عامة بصفتها شخصاً من أشخاص القانون العام .

٣. أن تتمتع السلطة الإدارية بحقوق وسلطات لا يمكن مصادفتها عادة في العقود المبرمة في القانون الخاص كحقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو فسخ العقد إذا استدعت المصلحة العامة هذا الفسخ.

ولقد انتهى الدكتور سليمان مرقص إلى أن هذا العقد هو عقد من عقود القانون العام ،

إلا أن المحكم قد رفض ما انتهى إليه الدكتور سليمان مرقص وذلك لأنه يرى أن الحكومة الليبية قد ارتضت التعاقد مع الشركتين على قدم المساواة وأن هذا العقد لا يتعلق بتسيير مرفق عام وأنه لم يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ولا محل في هذا الصدد للقول بأن تضمين العقد في المادة ١٦ لشرط الثبات التشريعي يعد من قبيل الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص، وأن نظرية العقد الإداري لا يمكن الأخذ بها لأنها نظرية فردية خالصة، كرسها القانون الفرنسي وأخذت بها بعض الأنظمة القانونية التي استلهمت روح هذا القانون وقواعده، وهي نظرية غير معروفة في العديد من الأنظمة القانونية (د. حداد، حفيظة. مرجع سابق. ص ٥٢وما بعدها) .

ويلاحظ أن المحكم قد انتهى الى تطبيق أحكام القانون الخاص لأن العقد من وجهة نظره لايتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة ، ولو تضمن العقد مثل هذه الشروط فإن نتيجة الحكم سوف تكون مختلفة.

ب-خضوع العقود الدولية التي تبرمها الإدارة للقانون العام.

يرى اتجاه في الفقه أن لجوء الإدارة إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإداريه لا يؤثر على طبيعتها القانونية أو النظام القانوني الذي تخضع له حيث تبقى هذه العقود خاضعة لقواعد القانون العام المطبقة على العقود الإدارية ويستند هذا الاتجاه إلى الاعتبارات التالية:

(١) توافر الصفة الإدارية في العقد يوجب خضوعه لأحكام القانون العام.

فالإدارة تبرم نوعين من العقود الأول عقود تقف فيها على قدم المساواة مع المتعاقد الآخر وتخضع فيها للقانون الخاص، وأما النوع الثاني فيتمثل بالعقود التي تبرمها الإدارة وتظهر فيها بمظهر السلطة العامة وتضع فيها شروطاً استثنائية غير مألوفة وتهدف من ورائها إلى تسيير أحد المرافق العامة بانتظام واطراد، فهذه العقود تخضع لقواعد القانون العام، وحيث أن العقود الإدارية الدولية تكتسب هذه الصفة من خلال الشروط الاستثنائية التي تضعها الإدارة وتظهر فيها بمظهر السلطة العامة، فإن هذه العقود تخضع لقواعد القانون العام(د. أبو حمد، علاء، مرجع سابق، ص ١٠٥ وما بعدها) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٢) سيادة الدولة .

يستند الاتجاه الفقهي المؤيد لخضوع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لقواعد القانون العام رغم وجود شرط التحكيم فيها إلى حجة أخرى مفادها أن الدولة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة لا يمكن أن تخضع لقانون آخر غير قانونها، ومن ثم فإن العقود الإدارية الدولية التي تبرمها الادارة مع شخص أجنبي تخضع لقواعد القانون العام وتحكمها المبادئ التي تخضع لها العقود الإدارية التي تبرمها الدولة (د. أكيابي ، يوسف (١٩٨٩) النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ص ٣٠٠) .

(٣) مصلحة في تسيير المرافق العامة .

فعقود الاستثمار وإن كانت في ظاهرها تستهدف تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي ، إلا أنها تستهدف في المقام الأول من وجهة نظر الإدارة تسيير أحد المرافق العامة بانتظام وإطراد كاستخراج البترول أو عمل مترو الأنفاق وغيرها، ومصلحة تسيير هذه المرافق العامة بانتظام واطراد تقتضي خضوع هذه العقود لقواعد القانون العام (د. أبو حمد ، علاء، مرجع سابق، ص ١١٥) .

وقد صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي بعض الأحكام المؤيدة لهذا الاتجاه من ضمنها حكمه الصادر في قضية dame laglois وتتلخص وقائع القضية بأن الحكومة الفرنسية ابرمت عقد قرض يتضمن شرط الدفع بالذهب مع الولايات المتحدة الأمريكية في الفترة ما بين الحرب العالمية الأولى والثانية وتنتهي في عام ١٩٤١ وقد تم تأجيله لما بعد الحرب، نظراً لظروفها وفي عام ١٩٤٨ طالب حاملو السندات بدفع قيمتها إما بالذهب أو الفرنك الفرنسي طبقاً لقيمتها يوم المطالبة، ولما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي تمسك وزير المالية الفرنسي بإعمال القانون الأمريكي الصادر في عام ١٩٣٣ والذي أبطل شرط الدفع بالذهب.

وتعرض مجلس الدولة الفرنسي لتكييف هذا العقد، وانتهى إلى أن العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية ومواطني الولايات المتحدة الأمريكية هو عقد إداري (د. أبو أحمد ، علاء. مرجع سابق ص ١١٦) .

كما قررت محكمة استئناف القاهرة أن العقد المبرم بين شركة امريكية وهيئة تسليح القوات الجوية المصرية هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام لتوافر خصائص العقد الاداري فيه، وقضت ببطلان حكم هيئة التحكيم إلى تطبيق قواعد القانون الخاص على العقد واعتبار قيام مصر بإنهاء العقد غير قانوني(حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٥ مشار له في : د. حداد، حفيظة. مرجع سابق، ص ٦٣ وما بعدها)

ويؤيد الباحث هذا الاتجاه الاخير بخضوع العقود الإدارية الدولية لقواعد القانون العام مادامت الصفة الإدارية متوافرة فيها فهذه العقود تخضع لأحكام القانون العام ولا يوجد مسوغ للقول بخضوعها لأحكام القانون الخاص الا اذا اتفق طرفا العقد على ذلك صراحة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الخامس : النتائج و التوصيات

تناولت هذه الدراسة بحث التحكيم في منازعات العقود الإدراية حيث ناقشت مدى جواز اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بهذه العقود وبحثت في موقف النظم القانونية في كل من مصر و الأردن و الكويت من هذه المسألة مع بيان نطاق المسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية والدولية في هذه الدول كما بحثت في أثر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية في تحديد القواعد القانونية التي يتوجب تطبيقها على هذه العقود ، ونبين فيما يلي أهم النتائج التي توصل اليها البحث و التوصيات التي نقترحها:

أولا. النتائج :

١- اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يصطدم مع الثوابت الأساسية التي يقوم عليها القانون العام، فالنظام القانوني في الدول التي تأخذ بمبدأ القضاء المزدوج لا يتعارض مع طبيعة الروابط القانونية التي يقوم عليها القانون العام ، كما أن التحكيم في منازعات العقود الادارية لا يتعارض مع سيادة الدولة بسبب سلب القضاء اختصاصه ، لأن المشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم فهو طريق مواز لهذا القضاء ويخفف العبء عنه، فهو مجرد طريق تمهيدي لمحاولة حل النزاع ويقبل الطعن أمام الجهات القضائية، كما أن التحكيم لايتم أصلا الا بالنص الصريح على إجازته من قبل المشرع .

٢- اللجوء إلى التحكيم لا يخالف نص الدستور في النظم الدستورية التي تنص على اختصاص القضاء الإداري في الفصل في المنازعات الإدارية مثل الدساتير في كل من مصر والكويت حيث إن هذه النصوص وإن كانت تنطوي على تقرير ولاية عامة للقضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية إلا أن ذلك لا يعني حرمان المشرع من إسناد الاختصاص بالفصل في بعض المنازعات الإدارية ومنها منازعات العقود الإدارية إلى جهات أخرى وبخاصة وان الدساتير في هذه الدول قد أسندت للقانون مسألة تنظيم الاختصاصات التي تدخل في ولاية القضاء الإداري.

٣- حسم المشرع المصري الخلاف حول جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بنص صريح أجاز فيه التحكيم في جميع أنواع هذه العقود شريطة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، كما أجاز التحكيم الدولي ويستثنى من ذلك الحالات التي يتم الاتفاق فيها على التحكيم في الخارج فلا يجوز الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة في العقود الإدارية الدولية إلا إذا تضمن الاتفاق شرطاً يقضي بتطبيق أحكام القانون المصري.

٤- عالج المشرع الأردني مسألة التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الادارة من خلال نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الحالي رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ والتي تنص على ما يلي: " 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 ". غير أن هذا النص لم يحسم الخلاف حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على الرغم من أنه أجاز التحكيم في العقود التي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥- حسمت محكمة التمييز الكويتية الخلاف بشأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فقررت أن منازعات العقود الإدارية هي من اختصاص الدائرة الإدارية حصراً وأنه اختصاص يتعلق بالنظام العام فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم لحل هذه المنازعات ويستوي في ذلك أن يكون هذا التحكيم عادياً أو قضائياً، غير أن المشرع الكويتي قد أدرك أهمية التحكيم في بعض أنواع المنازعات الإدارية فنصت المادة (١٤) من القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ الخاص بالمناطق الحرة جواز الاتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها وبين الجهة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بالمناطق بطريق التحكيم وهو نص مطلق يجري على العقود الإدارية الداخلية والدولية، كما أجازت المادة (١٦) من قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم حول أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار المباشر.

٦- للدولة والأشخاص العامة شأنها شأن أي متعاقد أخر حق اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفاً فيه مع شخص أجنبي، حيث لا يوجد اختلاف فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد حسبما إذا كانت الإدارة طرفاً في العقد أم لا، فصفة الأطراف المتعاقدة ليس لها أي تأثير في هذا الخصوص، ولا 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 القانون واجب التطبيق هو المبدأ الذي يتوجب اتباعه في العقود الإدارية الدولية فإذا اختار طرفا العقد الإداري الدولي قانوناً يحكم العقد كان المحكم ملزما بهذا الاختيار، فالدولة ليست ملزمة في إطار هذه العقود بتطبيق قانونها الوطني.

٧- حال غياب الاتفاق على تحديد القانون الذي يتوجب تطبيقه في العقود الادارية الدولية التي تتضمن شرط اللجوء الى التحكيم يخضع العقد الإداري لقانون الإدارة المتعاقدة إذ لا يمكن افتراض أن إرادة الدولة قد اتجهت إلى خضوع عقودها الإدارية المتصلة بالمرافق العامة والتي تتصل بالنظام العام إلى قانون غير قانونها ما لم ينص العقد صراحة على تحديد قانون آخر خلاف قانون الإدارة المتعاقدة وشريطة أن يسمح القانون الداخلي للدولة بتطبيق قانون أجنبي على العقد الإداري خلاف قانون الدولة المتعاقدة.

٨- تخضع العقود الادارية الدولية التي تتضمن شرط اللجوء الى التحكيم لقواعد القانون العام مادامت الصفة الإدارية متوافرة فيها ولا يوجد مسوغ للقول بخضوعها لأحكام القانون الخاص إلا إذا اتفق طرفا العقد على ذلك صراحة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا : التوصيات

في ضوء النتائج التي توصل اليها البحث يوصي الباحث بما يلي:

١- تعديل نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني بإضافة عبارة صريحة تجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية تحقيقا لمتطلبات تشجيع الاستثمار وتحفيز المستثمرين على التعاقد مع الإدارة.

٢- تعديل نص المادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدني الكويتي لسنة ١٩٨٠ بإضافة عبارة تسمح بالتحكيم العادي في منازعات العقود الإدارية وتعديل المادة الثانية من قانون التحكيم الكويتي لسنة ١٩٩٥بإضافة نص عام يسمح بالتحكيم القضائي في منازعات هذه العقود حيث إن التحكيم في العقود الإدارية ينحصر في نطاق ما أجازه المشرع الكويتي من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في بعض القوانين الخاصة وهي قانون المناطق الحرة وقانون تنظيم الاستثمار المباشر لراس المال الأجنبي، وهذه الإجازة التشريعية هي نتيجة إدراك المشرع للمزايا التي يحققها التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية ويوصي الباحث بأن يوسع المشرع من نطاق العقود الإدارية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم من خلال نص عام يشمل كافة أنواعها.

٣- إضافة نصوص تشريعية في كل من الكويت والأردن تسمح بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية شريطة أن يجري التحكيم في الداخل وأن تطبق أحكام القانون الوطني على النزاع و بحيث يكون قرار المحكم قابلا للطعن أمام القضاء الوطني، حيث إن التحكيم الذي يجري في الخارج ولا يشترط فيه تطبيق أحكام القانون الوطني يؤدي إلى منح المحكم صلاحية واسعة في اختيار القواعد التي يتوجب تطبيقها مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالإدارة في كثير من الحالات.

٤- ان تتضمن العقود التي تبرمها الإدارة نصوصا بتطبيق قواعد القانون العام من قبل المحكم كون هذه القواعد تتلاءم مع متطلبات و احتياجات المرافق العامة بمنح الادارة صلاحيات تعديل شروط العقد وإعادة التوازن المالي للعقد بما يحفظ مصلحة المرفق العام ويحقق العدالة للمتعاقد في نفس الوقت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المراجع

الكتب :

د. أبو الوفا، أحمد (٢٠٠١) التحكيم الاختياري والإجباري. الاسكندرية، منشأة المعارف

د. ابراهيم، كمال (١٩٩١) التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي.

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

د . أبو زيد، سراج حسين(٢٠٠٤) التحكيم في عقود البترول، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. بكر، محمد عبد العزيز (٢٠٠٠) العقد الإداري عبر الحدود، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. تحيوي، محمود (٢٠٠٢) مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري وأساس التفرقة بينهما، الاسكندرية، منشأة المعارف.

د. تحيوي، محمود (٢٠٠٣) الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار الفكر الجامعي .

د. تحيوي، محمود (٢٠٠٧) التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي .

د. جعفر، محمد أنس (٢٠٠٠) العقود الإدارية - دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية.

جيسوب، فيليب ١٩٦٦ قانون عبر الدول في أبعاده الجديدة، ترجمة إبراهيم شحاتة، مكتبة القاهرة الحديثة .

د. حداد، حفيظه(١٩٩٦) العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، القاهرة دار النهضة العربية .

د. حداد، حفيظة (١٩٩٦) العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. عنزي، خالد (٢٠٠٧) التحكيم في العقود الادارية في الكويت، القاهرة، دار النهضة العربية.

خليفة، عبد العزيز (٢٠٠٦) التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي.

د. خليفة، عبد العزيز (٢٠٠٤) الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة .

د . رفاعي أشرف عبد العليم (٢٠٠٣). القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم. ، دار الفكر الجامعي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

د. رفاعي، أشرف (٢٠٠٣) اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي.

د.ساري جورجي شفيق (٢٠٠٥) التحكيم ومدى جواز اللجوء الية لفض منازعات العقود الادارية، القاهرة ، دار النهضة.

د. سيد، نجلاء حسن (٢٠٠٢) التحكيم في المنازعات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٢

د. شريف، عزيزة (١٩٩٣) التحكيم الإداري في القانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. شرف الدين، أحمد (١٩٩٣) ودراسات في التحكيم في منازعات العقود الإدارية، القاهرة .

د. شيخ، عصمت (٢٠٠٠) التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. صادق، هشام(١٩٧٧) النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف.

ضمور، قاسم (٢٠٠٣) تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للقانون الأردني والاتفاقات الدولية، عمان، دار وائل.

د. طماوي، سليمان (٢٠٠٥) الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي.

د. طماوي، سليمان (١٩٦١) القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط ٣، القاهرة، دار الفكر العربي

د. عبد الرحمن هدى (١٩٩٧) دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. عصار، يسري (٢٠٠١) التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والغير عقدية، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. عبد الهادي، بشار (٢٠٠٥) التحكيم في منازعات العقود الإدارية، عمان، دار وائل.

د. عطية، عزمي عبد الفتاح (١٩٩٠) قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت.

د. عكاشة، حمدي ياسين (بدون سنة نشر) موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، القاهرة.

د. عرموش، ممدوح (١٩٩٨) القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان.

د. علم الدين، محي الدين اسماعيل(١٩٨٦) منصة التحكيم التجاري الدولي، القاهرة .

د. عشوش ، أحمد عبد الحميد ١٩٧٥ النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، القاهرة دار النهضة العربية.

د. عبد المجيد، منير (١٩٩٧) التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، القاهرة، دار النهضة العربية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقي، عمرو عيسى (٢٠٠٣٠) الجديد في التحكيم في الدول العربية، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث.

د. قصبي عصام الدين (١٩٩٣) خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢،

د. مصري، حسن (١٩٩٦) شرط التحكيم التجاري. بحث مقدم إلى مؤتمر جامعة عين شمس حول التحكيم في القانون الداخلي والدولي.

د. محمود، سيد أحمد (١٩٩٧) خصومة التحكيم القضائي، الكويت، مؤسسة دار الكتب

د. مراكبي، سيد (٢٠٠١) التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثره بسيادة الدولة، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. محمدين، جلال (١٩٩٥) التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر.

نجار، زكي (١٩٩٣) الوسائل غير القضائية لحسم النزاعات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية

د. نصار، جابر جاد (١٩٩٧) التحكيم في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. هاشم، محمود (١٩٩٠) النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج١، اتفاق التحكيم القاهرة، دار الفكر العربي.

د. هند، حسن (٢٠٠٤) التحكيم في المنازعات الإدارية، القاهرة، دار الكتب القانونية.

د. نصار، جابر جاد(٢٠٠٢) عقود البوت، القاهرة،دار النهضة العربية

الرسائل الجامعية

د. أكيابي ، يوسف (١٩٨٩) النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس .

د. شهاب، عاطف بيومي(٢٠٠١) الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.

د. شناوي، أسامة (١٩٩٥) المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

د. فقي، عاطف (١٩٩٦) التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البحوث و المقالات :

د. ابراهيم، نادر محمد (١٩٩٩) تقييم السياسة التشريعية المصرية تجاه التحكيم في منازعات الاستثمار دراسة في إطار تشريعات الاستثمار ومعاهداته، بحث مقدم للمؤتمر الدولي السادس لمركز الاسكندرية للتحكيم البحري الدولي المنعقد من ٦-٧ فبراير.

د. رسلان، أنور (١٩٩٨) التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الأول، يناير ١٩٩٨.

د. منير، محمد كمال (١٩٩١) مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، يونية ١٩٩١، ص ٣٣٠.

د. شلقاني، أحمد (١٩٦٦) الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الأول.

د. شطناوي، علي خطار (١٩٩٢) عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، العدد الخامس.

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

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

د. مقاطع، محمد عبد المحسن (١٩٩٧) 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.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المراجع الاجنبية :

Jarroson (1997) L' Arbitrage en Droit public, A.J.D.A.

persons mann (1959) the proper law of contrants, coneluded by international B.Y.B.L.L.

Laferriere (1896) Juridiction administrative, 2ed.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com