



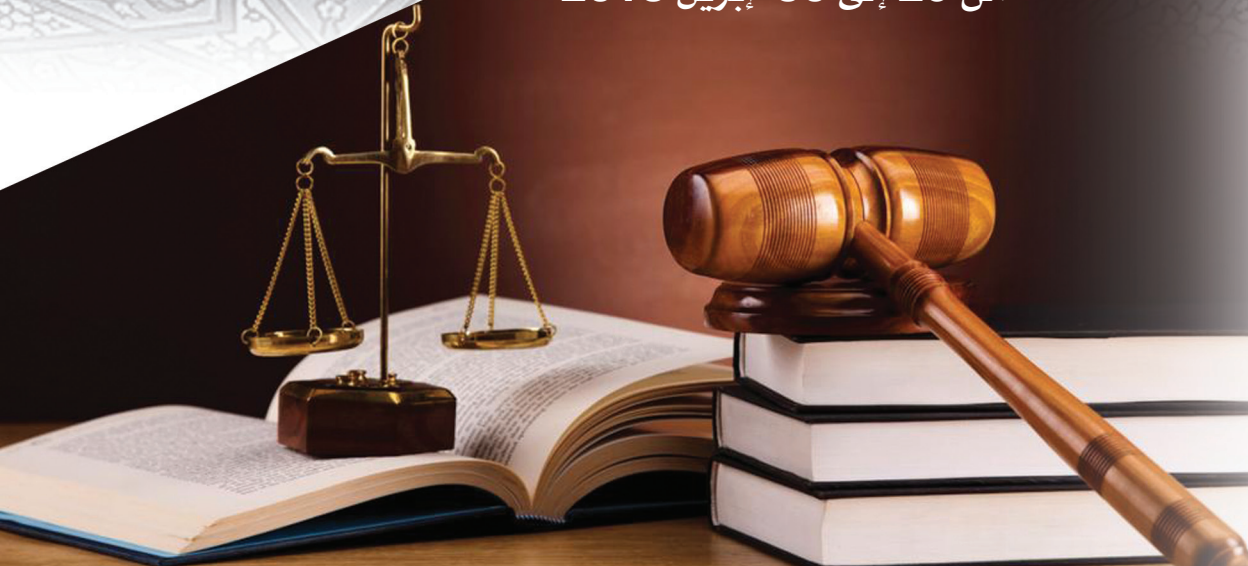
معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية

الملتقى العلمي الثالث

الاتحاد العربي للقضاء الإداري

# التحكيم في العقود الإدارية

من 29 إلى 30 إبريل 2018





# الملتقى العلمي الثالث الاتحاد العربي للقضاء الإداري

تحت عنوان  
التحكيم في العقود الإدارية

دولة الكويت  
٢٩ - ٣٠ إبريل ٢٠١٨



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## تقديم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

فقد عرفت المجتمعات الإنسانية التحكيم منذ القدم كوسيلة لحل كثير من المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والجماعات، ولقد ساهم هذا العصر -عصر العولمة- في انتشار التحكيم لما حمله هذا العصر من تحرير للعلاقات الاقتصادية التي لم تعد تعرف الحدود الجغرافية، وأضحى اللجوء إلى مؤسسة التحكيم، لتسوية المنازعات المدنية، والتجارية، والإدارية، الداخلية منها والدولية، هو البديل عن اللجوء إلى القضاء العادي، لما تتمتع به هذه المؤسسة من مزايا قد لا تتوفر في المحاكم أو القضاء العادي.

ومع تطور تدخل الدولة المباشر في الحياة الاقتصادية، ودخولها طوقاً في عمليات التبادل الدولي بصفة خاصة، صارت الحاجة للتحكيم في المنازعات الإدارية وبالأخص العقود الإدارية منها ملحة؛ لما في ذلك من اختصار للوقت، وطمأنينة ينشدها بعض الأطراف المتعاقدين مع الدولة.

ونظراً لأهمية الموضوع وحيويته فقد عقد الاتحاد العربي للقضاء الإداري، الملتقى العلمي الثالث تحت عنوان «التحكيم في العقود الإدارية»، يومي الأحد والإثنين الموافق ٢٩ و ٣٠ أبريل سنة ٢٠١٨، بدولة الكويت، وذلك بالتعاون مع المجلس الأعلى للقضاء ومعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية وتحت رعاية كريمة من معالي المستشار الدكتور/فهد محمد محسن العفاسي- وزير العدل ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت.

حيث افتتح سيادته فعاليات الملتقى مع السيد المستشار/ أحمد عبد العزيز أبو العزم رئيس مجلس الدولة المصري، ورئيس الاتحاد العربي للقضاء الإداري، وبحضور السيد المستشار/ يوسف جاسم المطاوعة -رئيس المجلس الأعلى للقضاء ورئيس محكمة التمييز والمحكمة الدستورية بالكويت والسيد المستشار/ عويد ساري الثويمر - مدير معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، ولفيف من المسؤولين ورجال القضاء والقانون بدولة الكويت.

وعقد الملتقى جلساته الثمان بحضور السادة رؤساء المجالس القضائية العليا العربية ولفيف من السادة قضاة الدول العربية وقضاة السلطة القضائية بالكويت.

ونورد في هذا الإصدار ما تناوله الملتقى خلال جلساته من أوراق علمية حول التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية، والموقف الفقهي والتشريعي والقضائي من جواز اللجوء للتحكيم، والتطور الذي لحق بتلك المسألة، ومدى مشروعية الاتفاق عليه وأشكال اتفاق التحكيم وإجراءاته والتحكيم في العقود الإدارية الدولية والقانون الواجب التطبيق، وحجية أحكام هيئات التحكيم أمام المحاكم الوطنية، وتنفيذها، وأخيراً طرق الطعن في أحكام هيئة التحكيم. حتى تكون معين للمختص واستزادة للمهتم وكفاية للمقتصد.

## لائحة الاتحاد العربي للقضاء الإداري

### نبذة عن القضاء الإداري بدولة الكويت

مرّ إنشاء القضاء الإداري الكويتي بعدة مراحل تمثلت بدايتها في صدور المرسوم بقانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء وقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٦ لسنة ١٩٩٦ وفي ظلّهما أنشأت محاكم جزئية وكلية بالإضافة إلى محكمة الاستئناف العليا، وعُهد إلى الدائرة التجارية بالمحكمة الكلية بنظر المنازعات التي تقع بين الأفراد والحكومة بالعقود الإدارية والتعويض عن القرارات الإدارية، وتستأنف الأحكام الصادرة منها أمام الدائرة التجارية في محكمة الاستئناف العليا إذا ما توافر نصاب الاستئناف.

ثم صدر القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية ونص على أن تشكل هذه الدائرة من ثلاثة قضاة وتشمل غرفة أو أكثر حسب الحاجة وحدد المسائل التي تختص بها على سبيل الحصر والتي تكون لها فيها ولاية الإلغاء والتعويض وشروط قبول الدعوى أمام هذه المحكمة، ثم صدر المرسوم الخاص بتقديم التظلم من القرارات الإدارية والبت فيه في أكتوبر ١٩٨١، وفي عام ١٩٨٢ صدر القانون ٦١ لسنة ١٩٨٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المار بيانه، حيث جرت مادته الأولى على أن:

تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض:

أولاً: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.



ثانياً: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية.

ثالثاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية.

رابعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم.

خامساً: الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

كما حددت المادة الثانية اختصاصها وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل.

أما المادة الرابعة منه فقد اشترطت لقبول الطلبات المبينة بالبنود ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً من المادة الأولى أن يكون الطعن مبيناً على أحد الأسباب الآتية:

أ- عدم الاختصاص.

ب- وجود عيب في الشكل.

ج- مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تأويلها أو تطبيقها.

د- إساءة استعمال السلطة.

ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرارات كان من الواجب اتخاذها وفقاً للقوانين واللوائح.

وأجازت المادة ١٢ استئناف الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة إذا كان النزاع غير مقدر القيمة أو كانت قيمته تتجاوز ألف دينار وعبدا ذلك يكون الحكم نهائياً، كما نصت المادة ١٥ من ذات القانون على أن يسري على الدعاوى المنصوص عليها فيه والأحكام الصادرة فيها وطرق الطعن في هذه الأحكام القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، بما مؤداه جواز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف الدائرة الإدارية أمام محكمة التمييز بذات إجراءات الطعن في سائر الأحكام الاستئنافية.



## الملتقى العلمي الثالث للاتحاد العربي للقضاء الإداري (التحكيم في العقود الإدارية)

الأحد والإثنين ٣٠، ٢٩ أبريل ٢٠١٨  
دولة الكويت



الاتحاد العربي للقضاء الإداري

اليوم الأول / الساعة	الأحد (٢٩ أبريل ٢٠١٨)
٩:٣٠ إلى ٩:٠٠	التسجيل
٩:٣٠ إلى ١٠:٠٠	<p><b>الافتتاح:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● كلمة معالي وزير الدول ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية الدكتور المستشار/ فهد محمد العفاسي (راعي الملتقى)</li> <li>● المستشار/ أحمد عبد العزيز أبو العزم</li> </ul> <p>رئيس الاتحاد العربي للقضاء الإداري ورئيس مجلس الدولة المصري.</p>

### الجلسة الأولى

١٠:٠٠ إلى ١١:٠٠	<p>«التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية، الموقف الفقهي والقضائي من جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية».</p> <p>رئيس الجلسة: المستشار/ محمد جاسم بن ناجي</p> <p>عضو المجلس الأعلى للقضاء - رئيس محكمة الاستئناف بدولة الكويت.</p> <p><b>المتحدثون:</b></p> <p>الاستاذ الدكتور/ جابر جاد نصار</p> <p>أستاذ القانون العام، رئيس جامعة القاهرة السابق</p> <p><b>التطبيقات العربية:</b></p> <p>المستشار/ ختار سيد إبراهيم</p> <p>رئيس الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بموريتانيا.</p> <p>القاضي/ عبد المنعم القنديل الحسن</p> <p>قاضي محكمة الاستئناف - السودان.</p>
-----------------	---

الجلسة الثانية

<p>مدى مشروعية اتفاق التحكيم في العقود الإدارية رئيس الجلسة: المستشار/ أحمد عبد العزيز أبو العزم رئيس الاتحاد العربي للقضاء الإداري - رئيس مجلس الدولة المصري.</p> <p><b>المتحدثون:</b> المستشار الدكتور/ برهان أمر الله رئيس محكمة استئناف القاهرة الأسبق، الأمين العام للاتحاد العربي للتحكيم.</p> <p><b>التطبيقات العربية:</b> «التشريعات والاتفاقيات المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية في العراق» المستشار الدكتور/ عبد اللطيف نايف نائب رئيس مجلس الدولة بالعراق «التحكيم في العقود الإدارية في ليبيا» المستشار/ سالم الأمين بالقاسم - المستشار بالمحكمة العليا بليبيا</p>	<p>١١:٠٠ إلى ١٢:٠٠</p>
<p>استراحة</p>	<p>١٢:٣٠ إلى ١٢:٠٠</p>

الجلسة الثالثة

<p>اجراءات التحكيم في العقود الإدارية (اتفاق التحكيم - تشكيل هيئة التحكيم - .....).</p> <p>رئيس الجلسة: المستشار/ شهاب الحمادى رئيس الدائرة المدنية والتجارية والإدارية بالمحكمة الاتحادية العليا بالامارات.</p> <p><b>المتحدثون:</b> المستشار/ حسين مصطفى نائب رئيس هيئة قضايا الدولة المصري</p> <p><b>التطبيقات العربية:</b> السيدة/ سمية عبد الصدوق رئيسة مجلس الدولة الجزائري المستشار/ جمعه عبدالله موسى القاضي بمحكمة الاستئناف العليا المدنية، رئيس المحكمة العليا الإدارية بالبحرين.</p>	<p>١٢:٣٠ إلى ١:٣٠</p>
--	-----------------------

الجلسة الرابعة

<p>التحكيم في العقود الإدارية الدولية. رئيس الجلسة: المستشار الدكتور/ فهد أبو صليب نائب مدير معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية للاتصالات والعلاقات والبحوث.</p>	<p>١:٣٠ إلى ٢:٠٠</p>
<p>الأستاذ الدكتور/ أحمد صادق القشيري أستاذ القانون الدولي، المحكم الدولي، عضو المحكمة الإدارية للبنك الدولي. عرض نموذج تطبيقي «القضية التحكيمية الخاصة بدولة الكويت في القضية التاريخية المتعلقة بتأميم عقد إمتياز شركة أمينويل العاملة في المنطقة المحايدة، والذي صدر في شأنه الحكم الإجماعي في مارس ١٩٨٢»</p>	
<p>نقاش مفتوح حول اليوم الأول</p>	<p>٢:٣٠ إلى ٢:٠٠</p>
<p>دعوة غداء على شرف المشاركين يقيمها معالي وزير العدل ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية المستشار الدكتور/ فهد محمد العفاسي</p>	

<p>الاثنين (٣٠ أبريل ٢٠١٨)</p>	<p>اليوم الثاني / الساعة</p>
<p>الجلسة الخامسة</p>	
<p>اشكال اتفاق التحكيم (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم). رئيس الجلسة: الاستاذ الدكتور/ جابر جاد نصار أستاذ القانون العام، رئيس جامعة القاهرة السابق</p>	<p>٩:٠٠ إلى ١٠:٠٠</p>
<p>المستشار/ محمد محمود حسام الدين نائب رئيس مجلس الدولة المصري، رئيس الدائرة الثانية بالمحكمة الإدارية العليا. التطبيقات العربية: المستشار/ عبد الإلاه حنين المستشار بمحكمة النقض بالمغرب.</p>	
<p>الجلسة السادسة</p>	
<p>التحكيم في العقود الإدارية بدولة الكويت رئيس الجلسة: المستشار عويد ساري التويمير مدير معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.</p>	<p>١٠:٠٠ إلى ١١:٠٠</p>
<p>المستشار الدكتور/ عادل بورسلي عضو المجلس الأعلى للقضاء رئيس المحكمة الكلية دولة الكويت التطبيقات العربية: المستشار/ طلال بيضون رئيس غرفة بمجلس شورى الدولة بלבنا. القاضية/ ناديا الحجار قاضية بمجلس شورى الدولة بلبنا.</p>	
<p>استراحة</p>	<p>١١:٣٠ إلى ١١:٠٠</p>

الجلسة السابعة

<p>القانون الواجب التطبيق، حجية حكم هيئة التحكيم أمام المحاكم الوطنية، التنفيذ العابر للحدود. رئيس الجلسة: السيدة/ سمية عبد الصدوق رئيسة مجلس الدولة الجزائري</p>	<p>١١:٣٠ إلى ١٢:٣٠</p>
<p>الاستاذ الدكتور/ أحمد صادق القشيري أستاذ القانون الدولي، المحكم الدولي، عضو المحكمة الإدارية للبنك الدولي. تجارب من المنطقة العربية «تنفيذ القرار التحكيمي في القانون العراقي» المستشار الدكتور/ علي فوزي الموسوي المستشار بمجلس الدولة بالعراق</p>	

الجلسة الثامنة

<p>«طرق الطعن على أحكام هيئة التحكيم في العقود الإدارية (تفسير حكم التحكيم - تصحيح حكم التحكيم - .....(.....)»</p>	<p>١٢:٣٠ إلى ١:٣٠</p>
<p>رئيس الجلسة: المستشار الدكتور/ برهان أمر الله رئيس محكمة استئناف القاهرة الأسبق، الأمين العام للاتحاد العربي للتحكيم. تجارب من المنطقة العربية - المشاركون من القضاة «أساس الرقابة القضائية وحجية أحكام التحكيم» المستشار الدكتور/ عبد اللطيف نايف نائب رئيس مجلس الدولة بالعراق المستشار/ سعيد التوبى نائب رئيس محكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان. المستشار/ عقيل الشريف رئيس الدائرة الابتدائية الثانية بمحكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان. «طرق الطعن في أحكام هيئة التحكيم في العقود الإدارية بالجزائر». المستشار/ ميسوري اعمارة مستشار الدولة، بمجلس الدولة الجزائري</p>	



نقاش حول الجلسة الثامنة	١:٣٠ إلى ٢:٠٠
الجلسة الختامية والتوصيات	٢:٠٠
دعوة عشاء على شرف المشاركين يقيمها معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء المستشار/ يوسف المطاوعة	

بحث بعنوان

**التحكيم**

**وتطور الخلاف الفقهي والقضائي  
حول جوازه في العقود الإدارية**

دكتور

**جابر جاد نصار**

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

والرئيس السابق لجامعة القاهرة



التحكيم أسلوب لفض المنازعات مُلزم لأطرافها. وَيُنْبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع.

والتحكيم بهذا المعنى يُقدم على اعتبار أنه بديل لنظام التقاضي، أمام المحاكم التي تنظمها الدولة. فهو يتميز ببساطة إجراءاته وسرعته في الفصل في المنازعات. وذلك راجع إلى أن التحكيم يخفف كثيراً من الإجراءات الصارمة التي يخضع لها نظام التقاضي.

وذلك لأن القضاء شديد التحوط لحقوق الأفراد. وهو ينظر في الأنزعة التي تعرض عليه، ويقضي فيها بحكم عبر إجراءات حددها القانون لا يستطيع أن يغيرها أو يبدلها.

هذا كله بخلاف التحكيم، فأطراف المنازعة يختارون من يقضي في خصوماتهم، ويختارون الإجراءات التي يجب أن يسيروا عليها حين الفصل في هذه الخصومات. هذا فضلاً عن تحديد المدة التي يجب صدور حكم التحكيم خلالها. وهذه أمور غير واردة عند التقاضي أمام المحاكم، فقد تستمر المنازعة أمام القضاء سنين عدداً.

والتحكيم بهذا المعنى وجد نطاقه الطبيعي منذ أمد بعيد في منازعات التجار. فالعاملات التجارية بصفة عامة شديدة الحساسية لمشكلة الوقت الذي تستغرقه المنازعات أمام القضاء.

على أنه في الآونة الأخيرة بدأ التحكيم يُقدم على أنه نظام عالمي وبدأ نطاق تطبيقه يتسع ليشمل منازعات جديدة. وبدأت الأمم المتحدة والأجهزة القانونية التابعة لها تتشبط في إصدار مشروعات القوانين التي توحد نظم التحكيم وتعمم أنظمتها وتدعو الدول الأعضاء للأخذ بها. علاوة على إبرام المعاهدات الدولية التي تضمن لأحكام التحكيم ذات الفاعلية والاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني.

على أنه مهما قيل في التحكيم من مميزات، فإنه على خلاف القضاء فيه ترخص في الضمانات الإجرائية والموضوعية، ثم إنه يضع الخصومة بين يدي هيئة تحكيم هي في الغالب أجنبية، وتطبق قانوناً أجنبياً، والحكم فيه نهائي وغالباً لا يقبل الطعن بأي طريق.

كل هذه الأمور - وغيرها مما سوف نعرضها في دراستنا - جعلت تحديد نطاق التحكيم أمراً في غاية الأهمية حتى لا تُهدر من خلاله مصالح تفوق أهميته ومميزاته.

ومن المشكلات التي أثارها جدلاً في الفقه وأحكام القضاء «التحكيم في العقود الإدارية». وذلك لتمايز هذه العقود من غيرها من العقود المدنية سواء من حيث خضوعها لنظام قانوني وقضائي مختلف أم من حيث استهدافها المصلحة العامة وذلك لاتصالها بتسيير وتنظيم المرافق العامة في الدولة. بالإضافة إلى أن كثيراً من هذه العقود يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدولة.

تتعدد التعريفات لنظام التحكيم إلا أنها تُجمع على أنه أسلوب لفض المنازعات مُلزم لأطرافها. وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يُحتمل أن يثور بينهم من نزاع<sup>(١)</sup>.

(١) في تعريف التحكيم راجع:

محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي - دراسة في قانون التجارة الدولية - دار النهضة العربية - ص ١٣ - مختار بريدي: التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - ١٩٩٥، ص ٥ - أبو زيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - ١٩٨١، دار الفكر العربي - ص ١٩ - ناريمان عبدالقادر - إتفاق التحكيم - ١٩٩٦ - دار النهضة العربية، ص ٢٤، عزمي عبدالفتاح: قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص ١١.

Robert (J): L Arbitrage, droit interne droit international privé 6e éd. Dalloz 1993 avec la collaboration de Me Bertrand Moreau, p. 3 et s.

وعلى ذلك فإن نظام التحكيم أساسه إرادة الأطراف؛ فهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة. وهم الذين يحددون عدد المحكمين، ويسمونهم إن شاءوا، ويعينون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التي يخضع لها.

على أنه إذا كانت إرادة الأطراف هي التي تنشئ اتفاق التحكيم وتحدد القواعد التي تحكمه فإن الأمر يتطلب تدخل المشرع للنص ببدء على جواز التحكيم ذلك أن إرادة الخصوم وحدها ليست كافية لخلقها<sup>(١)</sup>. كما يحدد نطاق التحكيم أي تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي تعتبر مناطق محرمة لا يرتادها<sup>(٢)</sup>. كما يبين كيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن عليها.

وعرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم في قضائها فذهبت إلى أن: «وحيث إن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على مُحكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.... ويلتزم المحكمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها العقل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم»<sup>(٣)</sup>.

(١) أحمد أبو الوفا: التحكيم الإختياري والإجباري، ط٣، ١٩٧٨، منشأة دار المعارف - الإسكندرية، ص١٦.  
(٢) تنص المادة ١١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية في مصر على ما يلي «لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح».  
(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجلسة ٦ يناير ٢٠٠١.

وفي تمييزها للتحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة ذهبت المحكمة الدستورية العليا في حكمها بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ إلى أن «وحيث إن التحكيم بذلك يختلف عن أعمال الخبرة ذلك أن قوامها ليس قراراً ملزماً بل مناطها آراء يجوز إطراحها أو تجزئتها والتعديل فيها. كما يخرج التحكيم كذلك عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها البعض، إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي بل يكون معلقاً إنفاذاً على قبول أطرافها في أن تتقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية إليها. ومن ثم يؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة<sup>(١)</sup>.

والتحكيم بهذا المعنى يقدم على أنه بديل لنظام التقاضي أمام المحاكم. فاتفق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين إنما يعني في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة<sup>(٢)</sup>. الذي كان يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم. وهو أمر يترتب عليه بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار من المحكمين. فهذا القرار يعتبر منهيّاً للخصومة محل النزاع.

وإذا كان التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ليس بالأسلوب الجديد فقد عرفته الحضارات القديمة<sup>(٣)</sup>. إلا أن النصف الثاني من القرن العشرين قد شهد نهضة غير مسبوقة للأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤.

(٢) مختار بريري: المرجع السابق، ص ٦.

(٣) فخري أبو سيف مبروك: مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة - مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - ص ١، ٣ وما بعدها، السنة السادسة - العدد الأول - يناير ١٩٧٤، محمد محسوب عبد المجيد درويش: نشأة وتطور قانون التجارة الدولي - دراسة تاريخية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ص ٦٣٥.

فعلى الرغم من أن مصطلح التحكيم التجاري الدولي L'arbitrage Commercial International استخدم لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد بنيويورك سنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبي<sup>(١)</sup>. فإن نظام التحكيم قد أتجه ليصبح نظاماً قضائياً عالمياً يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، وتعددت الهيئات والمنظمات التي تمارس عملية التحكيم. وتعددت الاتفاقيات الدولية التي تضمن للتحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني.

وارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية، وجذب الاستثمارات الأجنبية، ونادى كثير من الفقه بضرورة استقلاله عن فروع القانون التقليدية وإدخاله تحت مسمى القانون الاقتصادي<sup>(٢)</sup>.

وتأثراً بالاعتبارات السياسية والتغييرات الاقتصادية اتسع نطاق الأخذ بنظام التحكيم وتعدى العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية سواء أكانت عقوداً مدنية أم عقوداً إدارية.

ولعل حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٤ يلخص هذا التطور بقولها «تبلور الطبيعة الرضائية للتحكيم تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إدارياً فقد كان الأصل في التحكيم أن يكون تالياً لنزاع بين طرفين يلجآن إليه إما لأن المحكم محل ثقتهم أو لأن السلطة التي يملكها قبلهما كانت توفر لنزاعهما حلاً ملائماً وكان ينظر إلى المحكم بالتالي باعتباره صديقاً موثقاً فيه أو رجلاً حكيماً أو مهيباً بيد أن هذه الصورة التقليدية ومع احتفاظها بأهميتها حتى يومنا هذا تجاوزها التطور الراهن

(١) أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص ٣.

(٢) هدى محمد مجدي عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة، ص ٥.



في العلاقات التجارية والصناعية لتقوم إلى جانبها صورة مختلفة عنها تستقل بذاتيتها ذلك أن التحكيم اليوم في صورته الأكثر شيوعاً لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قام بينهما نزاع حول موضوع محدد ولكنها تتمثل في شرط بالتحكيم يقبل الطرفان يعمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل قد يثور بينهما . ولم يعد المحكم في إطار هذا التطور مجرد شخص تم اختياره لعلائق يربط بها مع الطرفين المتنازعين وإنما غا التحكيم تنظيماً مهنيّاً تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى رجال الصناعة والتجارة بل إن نطاق المسائل التي يشملها التحكيم متبايناً ومعقداً ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيما إذا كان تنفيذها متراجحاً . ومشوباً بسوء النية أو مخالفة - من أوجه أخرى - للقانون . وغير ذلك من المسائل الخلافية ذات الطبيعة القانونية البحتة بل توخى التحكيم إلى جانبها - وعلى نحو متزايد - إنماء التجارة الدولية عن طريق مواجهة نوع من المسائل التي لا يمكن عرضها على القضاء أو التي يكون طرحها عليه غير ملائم كتلك التي تتناول في موضوعها ملء فراغ في عقد غير مكتمل أو تعديل أحكام تضمنها العقد أصلاً لتطويعها على ضوء الظروف الجديدة التي لا يستها - وإن ظل الاتفاق دائماً - وباعتباره تصرفاً قانونياً وليد الإرادة ناشئاً عنها منبسطاً على أعمال التحكيم سواء في صورتها التقليدية أو من أبعادها الجديدة ليكون مدخلاً إليها وطريقاً وحيداً لها» .

وذئوع التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في إطار التجارة الدولية يبرره عدة عوامل منها<sup>(١)</sup>:

أولاً: التحكيم يتميز ببساطة إجراءاته وسرعتها، وذلك في مواجهة البطء الشديد لإجراءات التقاضي أمام المحاكم . فالقضاء يحاط دائماً بإجراءات معقدة وطويلة

(١) راجع في ذلك، محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي - المرجع السابق - ص ٢٨ وما بعدها .

Fouchar (PH.) : L'arbitrage Commercial International thèse. 1968-pp. 11 et s .

ومتعددة الدرجات. وذلك لأن القضاء شديد التحوط لحقوق الأفراد. هذا بخلاف التحكيم فأطراف العلاقة هم الذين يحددون إجراءاته وميعاد صدور القرار فيه.

ثانياً: يتميز التحكيم بسرية إجراءاته إن أراد أطراف العلاقة ذلك، فهو أمر يقررونه. وفي نطاق التجارية الدولية تعتبر السرية أمراً مهماً لأن الأمر قد يتعلق بأسرار مهنية أو اقتصادية قد يترتب على إعلانيتها الإضرار بمركز أطراف العلاقة. كما أن هذه السرية تحد من تضخيم النزاع وقد تؤدي إلى التسوية الودية، ومن ثم استمرار العلاقة بينهما. هذا كله بخلاف التقاضي أمام المحاكم والذي يسود مبدأ العلانية كل إجراءاته.

ثالثاً: يتميز التحكيم أيضاً بأنه يعطي لأطراف العلاقة قدراً كبيراً من الحرية في تحديد المحكمين الذين سوف ينظرون في النزاع وهو لا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة. وهو أمر يؤدي إلى اختيارهم أشخاصاً ذوي خبرة بموضوع النزاع، هذا بخلاف القاضي والذي يعين سلفاً من سلطات الدولة.

ويواجه التحكيم باعتراضات تترد في أساسها إلى أنه آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي.

فالدور الذي يلعبه التحكيم التجاري الدولي في النظام القانوني الجديد لرأس المال هو الذي يفسر ما تضمنته المادة الثامنة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٤ من جواز الاتفاق على أن تتم تسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بطريق التحكيم...»<sup>(١)</sup>.

(١) حسام محمد عيسى: دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية «التحكيم التجاري الدولي. نظرية نقدية. بدون تاريخ وبدون دار نشر، ص ٦. شبه البعض التحكيم كطريق لفض المنازعات بعيداً عن القضاء بالإعفاء الضريبي في المجال الإقتصادي، فكلاهما يفلت من سيادة ونظام الدولة.

فالتحكيم وسيلة لكي تتمكن وحدات هذا النظام وهي الشركات العابرة للقارات من الإفلات من التقاضي أمام القضاء الوطني.

ومن ناحية ثانية، فإنه من الناحية العملية توجد اعتبارات كثيرة تؤثر في اختيار المحكمين، وفي تحديد القانون المطبق على النزاع وذلك لوجود الدول الرأسمالية والشركات القوية كأطراف في علاقة التحكيم<sup>(١)</sup>. ومن ثم يضحى الأمر في حقيقته فرض إرادة من جانب على جانب آخر. وإن تم الأمر في نهاية المطاف في صورة عقد رضائي.

فالسمة الأساسية التي تميز علاقات التجارة الدولية بين الشمال والجنوب هو عدم التكافؤ بين أطراف هذه العلاقة من ناحية والتناقض الهائل بين مصالح نفس هذه الأطراف من ناحية أخرى.

ويتيح عدم التكافؤ هذا للطرف الأقوى في عقود التجارة الدولية وهو الشركات المتعددة الجنسيات أن تفرض على الطرف الأضعف وهو المشروعات العاملة في الدول النامية ما يشاء من الشروط الكفيلة بتغليب مصالحه ومن بينها شروط التحكيم<sup>(٢)</sup>.

(١) أحمد القشيري: التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي - مجموعة محاضرات الموسم الثقافي لنادي مجلس الدولة ١٩٨١، المجلد الأول، ص ٩٩.

Delvove (jean lauis): Arbitrage et ordre public dans les pays en développement. Rev arbitrage 1979 p.95.

(٢) حسام عيسى: المرجع السابق، ص ٢١.

وفي مناقشة مخاوف الدول النامية راجع:

Paulsson (J) : le tiers monde dans l'arbitrage international. Rev. arbitrage. 1983 p.3. Audit Bernard: jurisprudence arbitrale et droit du développement: collection «perspectives économiques et juridiques» sous la direction de Hervé CASSAN. Economica. 1989. pp. 115 et s.

ومن ناحية ثالثة: فإن التحكيم على خلاف ما يقال يعتبر مكلفاً جداً من الناحية الاقتصادية. فأتعاب المحكمين مرتفعة جداً والتي قد تصل بالنسبة للمحكم الواحد في قضية واحدة إلى مبالغ لا يتحصل عليها القاضي الوطني طيلة عمله بالقضاء<sup>(١)</sup>.

على أنه أياً كان الرأي من نظام التحكيم فإنه أصبح نظاماً قضائياً عالمياً وأصبح النص عليه في العقود التجارية سواء أكانت دولية أم محلية وسواء أكانت مدنية أم إدارية يكاد يكون أمراً مسلماً. ومن ثم فإن معارضة نظام التحكيم على أسس أيديولوجية لم تعد تجدي كثيراً في هذا الأمر.

فنحن ندرك أن الأخذ بالتحكيم مع التسليم بمظاهر الاختلال الواضحة بين دول الشمال ودول الجنوب قد تنتج عنه مخاطر ومفاسد تضر بمصالح هذه الدول. إلا أن ترك هذا النظام والعدول عنه قد يترتب عليه فوات منافع عديدة تصب في النهاية لصالح التنمية الاقتصادية لهذه الدول، والتي لا يمكن أن تتم إلا بمشاركة الدول المتقدمة أو المشروعات الكبيرة العاملة بها.

وبمعنى آخر فإننا نرى أن الأخذ بنظام التحكيم أو عدم الأخذ به أصبح في اعتقادنا خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية والقانونية في دول العالم الثالث. فلم يعد في مقدور هذه الأنظمة أن ترفض تنظيم التحكيم التجاري الدولي، وإلا أصبحت في معزل عن التطورات الاقتصادية العالمية.

(١) جاء في جريدة الوطن الكويتية أن وزارة الأشغال الكويتية تحرص على عدم تضمين عقود الوزارة شرط تحكيم، وذلك لأن التحكيم يكبد الوزارة مصاريف باهظة. (الوطن الكويتية ١٩٩٧/١/٢٥، الصفحة الرابعة).

وفي تكلفة التحكيم وارتفاع أسعاره، راجع: القشيري - التحكيم في عقود الدولة - المرجع السابق، ص

وهنا تكمن المشكلة والتي يجب أن يواجهها الفقه والتشريع معاً. وهي ضرورة الحد من الآثار السيئة لنظام التحكيم وتحديد نطاقه، وإعداد الأشخاص والهيئات التي تساعد على ذلك.

وإذا كنا قد أبدينا هذا الرأي في الطبعة الأولى من هذا المؤلف في أواسط تسعينات القرن الماضي فإن التطورات التي حدثت في الواقع العملي قد أثبتت صحته إلى حد كبير. فالتحكيم العربي الآن إن جاز لنا إطلاق هذه التسمية قد تميز بأنه أصبح أكثر نضجاً وماهية في واقع المال والأعمال ومثل حلاً سحرياً في كثير من الأحوال لظاهرة بطء التقاضي ذلك المرض العضال الذي تشكو منه الأجهزة القضائية في كثير من دول العالم الثالث ومنها بكل تأكيد النظام القضائي المصري. وهو بطء بكل تأكيد يصعب للعلاقات الاقتصادية والتجارية سواء أكانت محلية أو دولية التعايش معه. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فقد أنشئت مراكز للتحكيم في كثير من الدول العربية وهي مراكز لها طابع إقليمي ودولي أسهمت بعمل جليل في نشر ثقافة التحكيم كبديل نظام التقاضي وضبط آلياته وتشبيده ضماناته حتى أصبح نظام التحكيم أكثر نضجاً وانضباطاً ولعل مراكز القاهرة الإقليمية للتحكيم التجاري الدولي يأتي في مقدمة هذه المراكز وأكثرها تأثيراً في واقع التحكيم العربي. وساهم بجهد وافر في نشأة جيل ذو خبرة واسعة في أعمال التحكيم في مصر والعالم العربي<sup>(١)</sup>.

(١) وهي أمور تحرص دساتير الدول على اختلاف مناهجها السياسية أو حتى مصداقيتها على النص عليها. ومن ذلك الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ في الفصل الرابع والخامس بعنوان السلطة القضائية، المواد من ١٦٥ حتى ١٧٨.

## ٢- العلاقة بين التحكيم والقضاء:

يمثل القضاء سلطة من سلطات الدولة. ويعتبر القضاء مسئولية الدولة فعليها أن تكفله للمواطنين وتيسره لهم، وتضمن استقلاله ونفاذ أحكامه<sup>(١)</sup>. وهو أيضاً مظهر أساسي من مظاهر سيادتها لأنه من أخص واجبات الدولة إقامة العدل بين الأشخاص والفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم.

وعلى ذلك فإن القضاء هو الطريق الطبيعي لفض المنازعات بين الأفراد. وهو وسيلة الدولة لإقرار العدالة وحماية حقوق الأفراد في المجتمع. ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ لأحد أن يرفض تنظيم الدولة للقضاء كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بين الأفراد. كما أن الدولة لها أن تجيز للأفراد أن يفضوا منازعاتهم عبر طرق أخرى غير القضاء ومن ذلك التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك فإن التحكيم يعتبر استثناء من الأصل العام. ومن ثم فإنه «لا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها. وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق...»<sup>(٣)</sup>.

(١) أحمد أبو الوفا: التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية بجلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤- الجريدة الرسمية- العدد الثاني في ١٢/١/١٩٩٥.

(٣) في تفصيل هذا الخلاف الفقهي راجع: وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم - مجلة الحقوق- الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ١٧ العدد الأول والثاني، مارس - يونيو ١٩٩٣، ص ١٣١ وما بعدها.

والعلاقة بين القضاء والتحكيم ليست منقطعة. ولا يمكن لها أن تكون كذلك. وأياً كان الرأي في تكييف طبيعة التحكيم وهل هو عمل قضائي أم عمل تعاقدية أم من طبيعة مختلطة<sup>(١)</sup>.

فعلى الرغم من أن سلطة المحكم تستمد أساساً من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه وتحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلتزم بها حال قيامه بعمله. إلا أن الأنظمة القانونية المختلفة تحرص على أن يكون للقضاء الوطني رقابة وسلطة على أعمال المحكمين. وهذه الرقابة يختلف مداها من نظام إلى آخر. وتتخذ صوراً متعددة ومنها<sup>(٢)</sup>:

١- تخويل القاضي إصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين.

٢- خضوع حكم المحكمين للطعن القضائي.

٣- تنظيم دعوى قضائية يتقرر فيها بطلان حكم التحكيم لأسباب معينة.

وإذا كانت هذه المظاهر تمثل رقابة لاحقة على حكم المحكمين. فإن القوانين تعطي للقضاء سلطة تعيين المحكم إذا نكص أحد الأطراف عن ذلك، أو في حالة الاختلاف على ذلك.

ورقابة القضاء على التحكيم أمر يبرره أن التحكيم في حقيقته سلب لاختصاص قضائي أجازه المشرع واتفق على اللجوء إليه الخصوم وهو استثناء من أصل عام.

على أنه من الملاحظ أن القوانين الحديثة التي نظمت التحكيم قد ترخصت كثيراً في الرقابة على حكم المحكمين، وعلى سبيل المثال فإن قانون المرافعات في

(١) أمال أحمد الفزايري: دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة - المكتب العربي الحديث - ١٩٩٠. ص ٧٤.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ ق دستورية بجلسة ٦ نوفمبر ١٩٩٩.

مصر كان ينص في المادة ٥١٣ الفقرة الثالثة على «... ويترتب على رفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تقض المحكمة باستمرار هذا التنفيذ...» وقد خالف القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية هذا الحكم ونص في المادة ٥٧ منه على أنه «لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية...». وهو ترخيص في محله يبرره ضرورة ضمان جدية الالتزام بحكم التحكيم. إذا لو أبيع لمن خسر دعواه في منازعة أن يوقف تنفيذ حكم التحكيم بمجرد الطعن فيه فسوف يؤدي ذلك إلى العودة بهم إلى نقطة الصفر وهو ما ينسف كل المميزات التي تتسبب إلى نظام التحكيم وهو الأمر الذي يتفق مع اعتبار نظام التحكيم نظاماً قانونياً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان وهو الأمر الذي أقرته المحكمة الدستورية العليا في قضائها إذ ذهبت إلى أن «... ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان، ذلك أن مقتضاه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي أنصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها...»<sup>(١)</sup>.

وهو الأمر الذي يترتب بالضرورة أن يحجم تدخل القضاء في وقف تنفيذ حكم التحكيم وأن يكون ذلك للضرورة القصوى.

(١) محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي - المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

وراجع أيضاً: شمس مرغني علي: التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٧٣.



وفي حالات محددة على سبيل الحصر وهو الأمر الذي نصت عليه المادة ٥٧ من قانون التحكيم.

ونحن نرى أن الأسباب الجدية التي تبرر للقاضي وقف تنفيذ حكم التحكيم يجب ألا تخرج عن الأسباب التي عدتها المادة ٥٧ وهي أسباب وردت على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.

وكانت المادة ٥٧ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٦ نصت على أنه «٣- لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة ٩ من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره وهي مفارقة كانت محل نظر إذ أنها تفارق بين وضعين قانونيين متماثلين وهو ما يصطدم بمبدأ المساواة الواجب احترامه حين تتماثل المراكز القانونية. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بقضائها في القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ ق دستورية بتاريخ ٦ يناير ٢٠٠١ إذ حكمت بعدم دستورية البند ٣ من المادة ٥٨ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم.

### ٣- هل يجوز فرض التحكيم كأسلوب لفض المنازعات ؟

يكون التحكيم اختيارياً حيث يكون اللجوء إليه طوعاً وإرادة الأطراف وهو الأصل في التحكيم باعتباره طريقاً إستثنائياً لفض المنازعات. ولكن هل يجوز فرض التحكيم كأسلوب وحيد لفض منازعات معينة بين الأفراد؟

وتشير الإجابة عن هذا السؤال نطاق التحكيم الإجباري والذي فيه يوجب المشرع على أطراف نزاع معين اللجوء إلى التحكيم كأسلوب وحيد لحسمه.

والتحكيم الإجباري كان يطبق على نطاق واسع في الأنظمة القانونية للدول الاشتراكية<sup>(١)</sup>.

وكان يستخدم لحسم المنازعات التي تنشأ بين وحدات القطاع العام التي كانت تسيطر على أوجه النشاط الاقتصادي في الدولة. وفي هذه الدول لم يكن يستخدم التحكيم الإجباري في نطاق منازعات الأفراد. بل إن التحكيم بصفة عامة لم يكن معروفاً في نطاق هذه المنازعات في هذه الدول.

وعرف النظام القانوني المصري التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام. ففي ١٠ يناير ١٩٦٦ صدر قرار مجلس الوزراء في شأن إنهاء المنازعات التي تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام بطريق التحكيم الإجباري وبررت مذكرة وزير العدل القرار آنذاك بأن المنازعات الخاضعة للتحكيم ليست خصومات حقيقية تتعارض فيها المصالح للأطراف المتنازعة لأن نتيجة هذه الخصومات تؤول في النهاية إلى شخص واحد، هو الدولة<sup>(٢)</sup>. وأصبح التحكيم الإجباري في القوانين المتعاقبة لتنظيم القطاع العام وغيره من المؤسسات والهيئات العامة هو وسيلة فض المنازعات التي تنشأ بينهما<sup>(٣)</sup>.

(١) في تفصيل ذلك راجع عزيزة الشريف: التحكيم الإداري في القانون المصري، ١٩٩٢-١٩٩٣، دار النهضة العربية، ص ٥٦.

وأيضاً: محمد فتوح محمد عثمان: التحكيم الإجباري لمنازعات الحكومة والقطاع العام - مجلة العلوم الإدارية - س ٢٩، العدد الأول يونية ١٩٨٧.

(٢) من ذلك القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ والصادر في ١٥/٨/١٩٦٦ بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام. والقانون رقم ٦ لسنة ١٩٧١، والقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣.

(٣) تنص المادة ٤ من القانون رقم ٢، ٣ لسنة ١٩٩١ على ما يلي «يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تقع فيما بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأشخاص الاعتبارية من القطاع الخاص أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب، وتطبق في هذا الشأن أحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية».

ولم يتغير الأمر إلا في ظل القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام<sup>(١)</sup> حيث بدأت الحكومة تتجه إلى بيع شركات القطاع العام والذي سميت شركات قطاع أعمال بمقتضى هذا القانون. وذلك ضمن سياسة الخصخصة التي تنتهجها الدولة منذ بداية التسعينات والتي فرضت العدول عن التحكيم الإجباري إلى التحكيم الاختياري.

على أن الأمر لم يقتصر على ذلك بل تعداه إلى تقرير التحكيم الإجباري لفض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد في منازعات معينة وخاصة في المجال الاقتصادي في نطاق سوق المال والجمارك، وتشريعات الاستثمار بصفة عامة<sup>(١)</sup>.

ونحن نرى أنه لا يجوز فرض التحكيم كأسلوب لحل المنازعات التي يكون الأفراد طرفاً فيها. لأن ذلك يعتبر مصادرة لحق الأفراد في التقاضي. وهو حق كفله الدستور حيث نصت المادة ٦٨ على أن «التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي. وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا.....».

وما من شك في أن التقاضي المقصود في هذا النص الدستوري مقصور على التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة ولا يمكن بحال أن يشمل التحكيم. وذلك ما قرره المحكمة الدستورية العليا في حكم لها بتاريخ ١٧ ديسمبر ١٩٩٤.

(١) تنص المادة ٥٢ من قانون رأس المال رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ على أن «يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره». وفي قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧٦ والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٨. حيث نصت المادة ٥٧ منه على أنه «إذا قام نزاع بين الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها أو منشأها أو قيمتها أثبت هذا النزاع في محضر يحال إلى حكيم يعين الجمارك أحدهما ويعين الآخر صاحب البضاعة أو ممثله، وإذا أمتنع ذو الشأن عن تحكيم المحكم الذي يختاره خلال ثمانية أيام من تاريخ المحضر اعتبر رأي الجمارك نهائياً».

وكانت تتحصل المنازعة في أن المدعي قد نعى على النص المطعون فيه (المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامي، المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٨١) <sup>(١)</sup> مخالفته للمادة ٦٨ من الدستور... وكان النص محل الطعن إذ حجب عن القاضي الطبيعي ولاية نظر المسائل محل التحكيم، وعهد بها قسراً إلى محكمين يتولون الفصل فيها بعد أن أقصاه عنها، فإنه بذلك يناقض حكم المادة ٦٨ من الدستور. وكاشفاً بالتالي عن وجه المخالفة الدستورية، ونصت المحكمة في حكمها على أن «... التحكيم هو

(١) وتنص المادة ١٨ المطعون عليها «يفصل مجلس الإدارة بأغلبية أعضائه بصفته محكماً ارتضاه الطرفان في كل نزاع ينشأ بين أي مساهم في البنك وبين مساه مآخر سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً. وذلك بشرط أن يكون النزاع ناشئاً عن صفته كمساهم في البنك، ولا يتقيد مجلس الإدارة في هذا الشأن بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي. أما إذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد، فتفصل فيه نهائياً هيئة من المحكمين معفاة من قواعد الإجراءات، عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي.

وفي هذه الحالة تشكل هيئة التحكيم من محكم يختاره كل طرف من طرفي النزاع وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلام أحد طرفي النزاع طلب إحالة المنازعة إلى التحكيم من الطرف الآخر. ثم يختار الحكمان حكماً مرجحاً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتعيين آخرهما. ويختار الثلاثة أحدهم لرئاسة هيئة التحكيم خلال الأسبوع التالي لاختيار الحكم المرجح. ويعتبر اختيار كل طرف لمحكمة، قبولاً لحكم المحكمين واعتباره نهائياً.

وفي حالة نكول أحد الطرفين عن اختيار محكمه، أو في حالة عدم الاتفاق على اختيار الحكم المرجح أو رئيس هيئة التحكيم في المدد المحددة في الفقرة السابقة، يعرض الأمر على هيئة الرقابة الشرعية لاختار الحكم أو الحكم المرجح أو الرئيس حسب الأحوال.

وتجتمع هيئة التحكيم في مقر البنك الرئيسي، وتضع نظام الإجراءات التي تتبعها لنظر النزاع وفي إصدار قرارها. ويجب أن يتضمن هذا القرار بيان طريقة تنفيذه وتحديد الطرف الذي يتحمل بمصاريف التحكيم، ويودع قرار هيئة التحكيم الأمانة العامة لمجلس إدارة البنك.

ويكون حكم التحكيم في جميع الأحوال نهائياً وملزماً للطرفين وقابلاً للتنفيذ، شأنه شأن الأحكام النهائية، وتوضع عليه الصيغة التنفيذية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في باب التحكيم في قانون المرافعات. وفي جميع الأحوال تخضع قرارات مجلس الإدارة، وأحكام هيئة التحكيم، الصادرة طبقاً لهذه المادة، لأحكام الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون المرافعات المدنية والتجارية».

عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المالأة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية. ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق<sup>(١)</sup>. ورفضت المحكمة ما ذهب إليه المدعى عليه من أن النص المطعون فيه ليس تحكيمياً إجبارياً، بل هو تحكيم من طبيعة قضائية، تولى المشرع تنظيمه عملاً بالسلطة التي يباشرها بمقتضى المادة ١٦٨ من الدستور، التي عهدت إليه بتوزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي أختصها بمباشرتها، دون عزل بعض المنازعات عنها، وبغير إخلال بالقواعد التي أتى بها الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتي حلت محلها الأحكام التي تضمنها قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وحيث أن هذا الزعم مردود بأن ما قصد إليه الدستور بنص المادة ١٦٧ منه التي فوض بها المشرع في تحديد الهيئات القضائية وتقرير اختصاصاتها، هو أن يعهد إليه دون غيره، بأمر تنظيم شئون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي يعينها، تحديداً لقسط كل منها أو لنصيبها فيه، بما يحول دون تنازعا فيما بينها أو إقحام إحداها فيما تتولاه غيرها من المهام، وبما يكفل دوماً عدم عزلها جميعاً عن نظر خصومة بعينها، ولا كذلك التحكيم إذا تم باتفاق بين طرفين، ذلك أن مؤداه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية - الجريدة الرسمية - العدد الثاني في ١٢ يناير ١٩٩٥.

استثناء من خضوعها أصلاً لها، وعلى أساس أن المحكمين يستمدون عند الفصل فيها ولايتهم من هذا الاتفاق باعتباره مصدراً لها، كذلك ليس في القواعد التي تضمنها الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات قبل إبدالها بقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ولا فيما قرره هذا القانون من قواعد، ما يدل على أن التحكيم يمكن أن يكون إجبارياً، بل تفصح جميعها عن أن قبول المحكمين للتحكيم شرط لجوازه باعتباره طريقاً استثنائياً لفض النزاع بين طرفين بغير إتباع طرق التقاضي المعتادة، ودون تقييد بكامل ضماناتها<sup>(١)</sup>.

وهو أيضاً ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق دستورية بجلسة ٣ يوليو ١٩٩٩ وقضت فيه بعدم دستورية التحكيم الوارد في قانون الجمارك بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وجاء فيه «وحيث أن النصوص الطعينة وقد فرضت التحكيم قسراً على أصحاب البضاعة وخلعت قوة تنفيذية على القرارات التي تصدرها لجان التحكيم في حقهم عند وقوع الخلاف بينهم وبين مصلحة الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها وكان هذا النوع من التحكيم... منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسليطاً وكرهاً بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التي أنشأتها النصوص الطعينة بنظر المنازعات التي أدخلتها جيدة في ولايتها يكون منتحلاً ومنعدماً وجوداً من زاوية دستورية ومنطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء في واقعة النزاع الموضوعي المائل إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعي بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور...».

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤، سابق الإشارة إليه.

وترتيباً على ما سبق حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وبسقوط المادة ٥٨ من هذا القانون وكذلك بسقوط قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٠. بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصحة الجمارك...».

#### ٤- شرط التحكيم ومشاركة التحكيم:

للتحكيم صورتان: الشرط والمشاركة<sup>(١)</sup>.

وشرط التحكيم Clause Compromissoire قد يرد في ذات العقد مصدر الرابطة القانونية، أو يكون في وثيقة مستقلة عنه غير أنه يكون في كل الأحوال سابق على قيام النزاع<sup>(٢)</sup>.

وشرط التحكيم عادة ما يدرج في العقد الأصلي أو يتفق عليه في ملحق للعقد الأصلي، وفي غالب الأحيان يأتي بصيغة عامة لا تتطرق إلى التفاصيل بل يشير إلى أن كل نزاع ينشأ بين طرفي العقد يسوى عن طريق التحكيم. وهذا لا يمنع

(١) ويقسم التحكيم إلى صور متعددة بالنظر إلى تشكيل هيئة التحكيم كما يلي:

أ- التحكيم القائم بذاته في كل حالة على حدة (ad hoc): وفيها يجري التحكيم أمام هيئات التحكيم الخاصة التي تشكل في صدد كل حالة على حدة وفقاً للإجراءات التي يتفق عليها أطراف المنازعة.

ب- التحكيم عن طريق هيئات التحكيم الدائمة: ومن هذه الهيئات:

١- الهيئات الوطنية - اتحاد التحكيم الأمريكي، محكمة لندن للتحكيم الدولي، مركز التحكيم لغرفة استكهولم التجارية.

٢- محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية.

٣- مراكز التحكيم الإقليمية ومنها المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة، والمركز الإقليمي للتحكيم بكوالالمبور.

في تفصيل ذلك راجع، إبراهيم شحاته: نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق «المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار» مقال - مجلة مصر المعاصرة، السنة الثمانون - العددان ٤١٧، ٤١٨ - يوليو، أكتوبر ١٩٨٩، ص ٥.

وراجع أيضاً: محي الدين علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، ١٩٨٦، الجزء الأول، ص ٧١.

(٢) محسن شفيق: التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص ١٧١.

تحديد الجهة التي سوف تتولى التحكيم أو القانون الواجب التطبيق سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية فضلاً عن مكان التحكيم والمدة التي يستغرقها. على أن تحديد هذه الأمور ليست بشرط، فقد يربحاً الاتفاق عليها فيما بعد. بل قد يكون الأمر الأخير هو الأقرب للمنطق إذ لا محل لتعيين محكمين لنزاع لم ينشأ بعد ولم تعرف طبيعته وحدوده.

واحتواء العقد الأصلي لشرط التحكيم يثير تساؤلاً حول أثر بطلان هذا العقد على شرط التحكيم<sup>٩</sup>.

على الرغم من أن المنطق القانوني يقضي بأنه إذا بطل العقد الذي تضمن شرط التحكيم لأي سبب، فإن هذا البطلان يشمل شرط التحكيم باعتباره جزءاً منه. إلا أن الرأي الراجح في الفقه يناهز باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فلا يبطل ببطلانه<sup>(١)</sup>. ولا شك أن هذا الرأي يترتب عليه تخويل المحكم سلطة النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه لا يستمد ولايته منه وإنما من شرط التحكيم المستقل عنه<sup>(٢)</sup>.

وقضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي، ومن ثم لا يجوز للمحكم أن ينظر في المنازعات التي تترتب على هذا البطلان<sup>(٣)</sup>. على أن ذات المحكمة قد فرقته في قضاء آخر لها بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي وقضت باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(٤)</sup> عندما يتعلق الأمر بعقد دولي.

(١) في هذا الاتجاه راجع: مختار بريدي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٤٩، والمراجع التي أشار إليها.

(٢) محسن شفيق: التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٣) حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ يناير ١٩٥٨ - مجلة التحكيم ١٩٥٨، ص ١٧.

(٤) حكمها في ٧ مايو ١٩٦٣، دالوز، ص ٥٦٥.



والواقع أن مثل هذه التفرقة بين شرط التحكيم الوارد في عقد دولي وذلك الذي يرد في عقد محلي تفرقة تفتقر إلى الأساس القانوني.

وقد أخذ المشرع المصري بفكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي حيث نصت المادة ٢٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته».

ورأينا أن شرط التحكيم يرتبط بالعقد الأصلي وجوداً وهدماً، وهو أمر منطقي تسنده الاعتبارات القانونية. فشرط التحكيم يقصد من ورائه حسم نزاعات تنشأ مستقبلاً بعد دخول العقد في حيز التنفيذ سواء كانت هذه النزاعات متعلقة بتنفيذ أو تفسير نصوص العقد.

أما إذا كان العقد الأصلي قد نشأ معيباً بعيب يؤدي به إلى البطلان وما يترتب عليه آنذاك من تحلل الرابطة العقدية التي احتوت شرط التحكيم. فإن القول بعد ذلك باستقلال شرط التحكيم وصحة إعماله يفتقر إلى الأساس القانوني السليم. ويضاف إلى ذلك أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات ومن ثم فإن نطاق إعمال شرط التحكيم إنما يتقيد بما يتقيد به إعمال كل استثناء من أنه لا يجوز التوسع في تفسيره وتلك قاعدة أصولية في التفسير لا يجوز تجاهلها.

أما مشاركة التحكيم Compromis فهي اتفاقيات لاحقة على قيام النزاع. وعلى ذلك فإن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه. بينما المشاركة تتعلق بنزاع قائماً فعلاً يحيط أطرافه بكل جوانبه.

وشرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في العمل حيث تبين أن ما يقرب من ٨ ٪ من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم<sup>(١)</sup>. ويفسر ذلك بأن الاتفاق على شرط التحكيم قبل وقوع النزاع يكون أكثر سهولة من الاتفاق على المشاركة بعد وقوع النزاع.

وقد أخذ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بصورتي التحكيم (الشرط والمشاركة)، ونص في المادة العاشرة منه على أن «اتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية».

#### ٥- الغرض من التحكيم:

يقرر التحكيم بالحاجة إلى جذب الاستثمارات الأجنبية وتهيئة مناخ صالح للاستثمار. وقد أوضح تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب هذا الهدف عند تقديم مشروع قانون التحكيم حيث قالت «... وقد جاء مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي مواكباً للجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار متمشياً مع سياسة الإصلاح الإقتصادي التي قطعت فيه الدولة شوطاً كبيراً لجذب رؤوس الأموال المستثمرة بعد أن تبين لها أن القوانين التي وضعت في مجال الاستثمار لا تكفي وحدها لتحقيق هدف زيادة الاستثمارات...»<sup>(٢)</sup>.

وارتباط التحكيم بالاستثمارات الأجنبية يثير جوانب متعددة ومتعارضة في أغلب الأحيان.

(١) ناريمان عبدالقادر: اتفاق التحكيم، ١٩٩٦- دار النهضة العربية، ص ٤٦.

(٢) مضبطة الجلسة الحادية والخمسين- الفصل التشريعي السادس- دور الانعقاد العادي الرابع- الأحد ٢٠ فبراير ١٩٩٤ ملحق رقم ١ ص ٢٥-٢٦.

فبالنسبة للمستثمر الأجنبي بحسبانه طرفاً أجنبياً لا يكون ملماً بالنظام القانوني المحلي أو حتى عالماً به وغير قابل له. كما أنه يخشى التدخلات السياسية للدولة محل الاستثمار والتي قد تسعى إلى حل المشكلات التي قد تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي بطريقة سياسية مثل استخدام التأمين أو غير ذلك من الوسائل التي لا يستطيع المستثمر لها دعفاً. هذا فضلاً عن أن القاضي الوطني في أغلب الأحيان يميل نفسياً على الأقل للاعتبارات الوطنية وهو شعور إنساني يؤخذ دائماً في الاعتبار.

أما بالنسبة للدولة المضيفة والمتلقية للاستثمار فإن ترددها في قبول التحكيم يفسر دائماً باعتبارها السيادة<sup>(١)</sup>. وهي مسألة ذات حساسية مفردة لا سيما في دول العالم الثالث، وبالذات فيما يتعلق بعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وذلك ناتج عن التاريخ الطويل للاستعمار في هذه الدول وما لازمه من نهب منظم لثرواتها الطبيعية وتقرير الامتيازات الأجنبية فيها.

وفي الحقيقة أن التوفيق بين هذه الاعتبارات المتعارضة ليس أمراً سهلاً. فلن يكون ذلك برفض التحكيم وعدم التسليم به كطريق لفض المنازعات خارج نطاق المحاكم التي تنظمها الدولة.

كما نرى أنه لا يمكن أن يتحقق بفتح الأبواب على مصارعها دون تحديد ضوابط للتحكيم لا سيما في العقود التي تتصل بحياة الدولة وسيادتها كتلك التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية وبعض العقود الإدارية التي تتصل بتنظيم أو سير المرافق الأساسية في الدولة.

ذلك أن التحكيم مهما قيل فيه من مميزات - فإنه على خلاف القضاء - فيه

(١) عصام الدين القصي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، ١٩٩٣، دار النهضة العربية، ص ١٢.

ترخص في الضمانات الإجرائية والموضوعية، ثم إنه يضع الخصومة في يد هيئة تحكيم هي في الغالب أجنبية، وتطبق قانوناً أجنبياً، والحكم فيه نهائي لا يقبل الطعن بأي طريق. ودعوى البطلان فيه إن نظمت فإن أسبابها محددة على سبيل الحصر<sup>(١)</sup>.

## ٦- التطور التشريعي لنظام التحكيم في مصر:

نظم المشرع المصري التحكيم منذ فترة طويلة، وجاء هذا التنظيم في إطار قانون المرافعات المدنية والتجارية. ففي قانون المرافعات الصادر في ١٣ نوفمبر عام ١٨٨٣ أفرد المشرع الفصل السادس من الباب العاشر بعنوان «تحكيم المحكمين» وتضمن ٢٦ مادة من المواد ٢، ٧ إلى ٧٢٧ وكانت تنظم جميع المسائل المتعلقة

(١) تنص المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على:

١- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٢- يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين.

وتنص المادة (٥٣) من ذات القانون على ما يلي:

١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاؤه مدته.

ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.....».

راجع في ذلك، أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، ١٩٩٣، ص ٧٩، رأفت محمد رشيد الميقاتي: تنفيذ حكم المحكمين الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢١٢.

بالتحكيم. باعتباره اتفاقاً، كما استلزمت ثبوت مشاركة التحكيم بالكتابة، وحددت ميعاداً لصدور حكم التحكيم. وبينت إجراءات تعيين المحكم وبينت كيفية الطعن في أحكام المحكمين.

وعندما صدر قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ عالج مسائل التحكيم في الباب الثالث من الكتاب الثالث في المواد من ٨١٨ إلى ٨٥٠.

ورغم هذا التنظيم سواء في قانون المرافعات ١٣ نوفمبر لسنة ١٨٨٣ أم قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ إلا أنه من الناحية العملية لم تظهر أهمية التحكيم ولم ينل قسطاً وافراً من التطبيق.

وفي بداية الستينات صدرت القوانين الاشتراكية ونظمت التحكيم الإجباري لحسم المنازعات التي تنشب بين شركات القطاع العام<sup>(١)</sup>.

وبصدور قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أُعيد تنظيم التحكيم الاختياري في المواد ٥٠١ إلى ٥١٣. وكان في حقيقته تنظيمًا تشريعيًا متواضعاً جداً بالقياس للتنظيم التشريعي السابق سواء في سنة ١٨٨٣ أم في سنة ١٩٤٩.

وفي مطلع الثمانينات واتجاه الدولة إلى الأخذ بنظام الاقتصاد الحر وتخصيص شركات القطاع العام والعمل في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى مصر وما ترتب على ذلك من تعديل لقوانين عديدة، وإصدار قوانين جديدة. وفي هذا النطاق صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر ما سبق ص ١٨.

(٢) وفي هذا الإطار أنشئ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بموجب اتفاقية دولية بين جمهورية مصر العربية وبين اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وأفريقيا والتي تتكون من أربع وأربعين دولة، وقد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥١٥ لسنة ١٩٧٩ بالموافقة على هذه الاتفاقية. كما تم عقد اتفاقية المركز سنة ١٩٨٧ وبمقتضاها فإن المركز يتمتع بشخصية معنوية مستقلة كما يتمتع مقره بالحصانات والامتيازات المقررة لمقر المنظمات الدولية المستقلة العاملة في مصر. وتم افتتاح فرع له يختص بالتحكيم البحري في الإسكندرية سنة ١٩٩٢.

الذي أقام نظاماً متكاملًا للتحكيم التجاري الدولي، فضلاً عن أنه وسع نطاق تطبيقه حيث نص في المادة الأولى منه على «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 أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

واختلف الرأي في شمول هذا النص للتحكيم في العقود الإدارية. وذهب الرأي الراجح إلى ذلك، وخالف آخرون هذا النظر وأوشك هذا الخلاف أن يؤدي إلى اختلاف في أحكام القضاء، فحسم المشرع الأمر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي جاء معدلاً للمادة الأولى بإضافة فقرة جديدة لها تنص على ما يلي «تضاف إلى المادة ٢ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية، نصها كالآتي:

«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».

وبهذا النص حسم المشرع خضوع العقود الإدارية للتحكيم، وإن لم يحسم بطبيعة الحال المشاكل الناجمة عن ذلك.

## ٧- التحكيم والعقود الإدارية

العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني. على أنه من الثابت أن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني سواء في كيفية

إبرامه أم مضمونه أم فحوى الالتزامات التي يولدها - هذا فضلاً عن اختلاف النظام القانوني الذي يحكم كل منهما. فالعقود الإدارية تحكمها قواعد القانون الإداري والتي تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية في القانون المدني.

وإذا كان من المتفق عليه أن القانون الإداري قانون قضائي أي هو من خلق وابتداع أحكام القضاء. وتعتبر هذه الأخيرة مصدراً أساسياً لأغلب أحكامه حتى في الدول التي لا تعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقانون. فإن العقود الإدارية باعتبارها إحدى نظريات هذا القانون هي نظرية قضائية، قد ساهم القضاء في بنائها وإنشاء الكثير من أحكامها.

### عقود الإدارة المدنية والعقود الإدارية:

من الثابت أنه ليست كل العقود التي تبرمها جهة الإدارة عقوداً إدارية. فالإدارة وهي تمارس نشاطها قد ترى أنه من الأوفق لها أن تبرم عقوداً مدنية تنزل فيها منزلة الأفراد، وتبرمها وهي متجردة من كل مظاهر وأساليب السلطة العامة.

ومن ثم فإنها تخضع لذات القواعد التي تخضع لها عقود الأفراد أي تخضع لقواعد القانون المدني. وذلك على العكس تماماً حين تكون الإدارة طرفاً في عقد إداري فإنها تكون في مركز متميز عن مركز الأفراد وليس في مركز متساوٍ كما الأمر بالنسبة للعقود المدنية. وهو ما تعبر عنه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٦ بقولها «..... تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية إذ بها في

العقود الإدارية غير متكافئة، ويجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة.....»<sup>(١)</sup>.

واستقر الفقه والقضاء على أن الضوابط التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود ثلاثة وهي كالتالي:

- ١- أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية.
- ٢- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث سيره أو تنظيمه.
- ٣- إتباع وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

والعقود الإدارية بهذا المعنى تخضع لنظام صارم في إبرامها. ويحرص المشرع في أغلب الدول إلى إصدار القوانين التي تنظم عملية إبرام العقود الإدارية<sup>(٢)</sup> وتحديد كيفية التعبير عن إرادة جهة الإدارة، بل إنه في كثير من الأحيان يتدخل المشرع الدستوري لكي يضع ضوابط معينة يجب احترامها عند إبرام بعض العقود الإدارية<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان التحكيم بصفة عامة قد واجه اعتراضات كثيرة كما سبق وبيننا<sup>(٤)</sup>. فإنه في نطاق العقود الإدارية قد واجه تصلب القضاء الإداري وعدم تسامحه تجاه نزاع اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية. ففي فرنسا لم يسلم

(١) محكمة القضاء الإداري - ٩ ديسمبر ١٩٥٦ دعوى رقم ٨٧ لسنة ٥ ق، مجموعة المبادئ، س ١١، ص ٧٦.

(٢) راجع: جابر جاد نصار: المناقصات العامة، المرجع السابق، ص ١١.

(٣) على سبيل المثال: ينص الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ في المادة ١٢١ على أنه «لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب». كما ينص في المادة ١٢٢ على أن «يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والإجراءات المنظمة لذلك».

(٤) أنظر ما سبق ص ١٢.



مجلس الدولة الفرنسي بذلك أبداً إلا في حالة وجود نص تشريعي يجيز اللجوء إلى التحكيم وأن يكون ذلك في حدود النص ونطاقه دون توسع في نطاق تطبيقه سواء بالقياس عليه أو تفسيره باعتباره استثناء لا يجوز معه ذلك<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر قد سلمت أكثر من مرة بجواز التحكيم في العقود الإدارية. فإن المحكمة الإدارية العليا قد وقفت في الاتجاه الآخر رافضة في أحكامها جواز التحكيم في العقود الإدارية<sup>(٢)</sup>. وهو الأمر الذي يترجم حقيقة صعوبة التحكيم في العقود الإدارية.

فمن ناحية أولى، فإن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات لا يضمن خضوع العقود الإدارية لنظام مفاير للنظام الذي تخضع له العقود المدنية. ذلك أن التحكيم على خلاف القضاء الإداري لا يعتد بالتمايز الجوهرى بين العقود المدنية والعقود الإدارية. هذا فضلاً عن أنه ليست كل الأنظمة القانونية تسلم بهذا التمايز.

فالعقود الإدارية قد ارتبطت في نشأتها وتطورها بنشأة وتطور القانون الإداري وتخصيص قضاء خاصاً للمنازعات الإدارية على النسق الذي تم في فرنسا وفي البلاد التي أخذت عنها هذا النظام ومنها مصر.

فالأنظمة الأخرى التي لا تفرد نظاماً قضائياً للمنازعات الإدارية لا تعرف العقود الإدارية. ففي القانون الإنجليزي أو الأمريكي يخضع العقد - أي عقد - لنظام قانوني واحد ولنظام قضائي واحد.

ومن ناحية ثانية، فإن من العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة، ويتعلق بثروات الدولة الطبيعية مثل عقود الالتزام والتي في كثير من الأحيان تمتد إلى سنين طويلة ترتب التزامات على كاهل الأجيال القادمة.

(١) وهو ما سوف نتناوله في هذا البحث.

(٢) وهو ما سوف نتناوله في هذا البحث.

ومن ناحية ثالثة، فإن التحكيم يؤسس دائماً على حرية الأطراف في اللجوء إليه، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. وإذا كان هذا المبدأ يجد نطاق تطبيقه في عقود الأفراد، فإن التعبير عن الإرادة عند إبرام العقود الإدارية تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون. ذلك أن الموظف المختص بإبرام العقد الإداري لا يتصرف في مال مملوك له. ومن ثم فإن قرار اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ليس بالأمر السهل كما هو الحال بالنسبة لعقود الأفراد.

#### ٨- اختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية الصادر برقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بين نصوصه التي نظمت التحكيم في الباب الثالث منه ما يحمل بين طياته انتصاراً لرأي دون آخر في مسألة التحكيم في العقود الإدارية.

فالمادة ٥٠١ من هذا القانون نصت على أنه «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين...»<sup>(١)</sup>.

(١) حذت أغلب التشريعات العربية حذو المشرع المصري في ذلك، فعلى سبيل المثال في نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م ٤٦ بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٢ هـ نصت المادة الأولى على أنه «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين».

كما نصت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ في دولة الكويت على أنه «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين».

كما تنص المادة ٢٢٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في البحرين رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة».

كما ينص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ في المادة ٢٥١ على أنه «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين».

فهذا النص قد أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما أجاز في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.

وظاهر النص يجيز التحكيم في جميع العقود بحسبانه أطلق عبارة جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين. يستوي في ذلك أن يكون عقداً مدنياً أم إدارياً.

وقد كان العمل يجري أن الإدارة كانت تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد لا سيما في عقود الأشغال العامة وعقود الاستغلال<sup>(١)</sup>. وعند حدوث نزاع تلجأ للقضاء تستجد به زاعمة بأن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية<sup>(٢)</sup>. وهو موقف في حقيقة الأمر يبعث على الحيرة والدهشة.

حيرة تأتي من موقف الدولة أو الأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد، وكانت تستطيع أن ترفض ذلك. ويبقى للطرف الآخر - في هذه الحالة - إما قبول العقد دون شرط التحكيم - أو عدم إبرام العقد. ثم بعد ذلك تنقض ما سبق ووافقت عليه. وبذلك ينطبق عليها القاعدة الأصولية التي تقول «من سعى إلى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه».

والدهشة من تقاعس المشرع عن التدخل واتخاذ موقف حاسم تجاه التحكيم في العقود الإدارية أياً كانت صورة هذا الموقف.

(١) من الشائع إدراج شرط التحكيم في عقود البترول، وعقود استغلال الثروات المعدنية بصفة عامة، راجع: محمد طلعت الغنيمي: شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - السنة العاشرة ١٩٦٠-١٩٦١، العدد الأول والثاني، ص ٥١ وما بعدها.

أحمد أبو الوفا: التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها. وأيضاً أحمد الشلقاني: الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة ١٩٦٦ العدد الأول، ص ٧٩.

(٢) في الحالات التي عرضت على القضاء الإداري، كانت الإدارة قد قبلت بإرادتها شرط التحكيم في العقود الإدارية. وعند حدوث النزاع لجأت للقضاء الإداري والذي قضى باختصاصه بنظر النزاع.

وكان ذلك على خلاف الوضع في فرنسا. فقد كانت نصوص قانون الإجراءات المدنية (المادتين ٨٣، ١٠٠٤) ومن بعدهما نص المادة ٢٠٦. من القانون المدني الحديث تمنع إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية. وعندما اضطرت الدولة لإبرام عقد «والدت ديزني الأوروبي» مع شركة أمريكية أصرت على إدراج شرط التحكيم في العقد. عدلت فرنسا قانونها. وذلك هو الأمر الطبيعي. لأن احترام الدولة لنظامها القانوني، يؤدي بالآخرين إلى احترامه.

على أنه إذا كان موقف المشرع المصري من التحكيم في العقود الإدارية غير مبرر. فإن اختلاف الرأي سواء لدى الفقه أم القضاء حول جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية كان يستند إلى مبررات قانونية، وذلك على الوجه التالي:

### الرأي الأول: عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية

ذهب الرأي الأول إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، واستند هذا الرأي إلى عدة حجج أهمها:

#### أولاً: التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة:

تنهض هذه الحجة على أساسين:

يتمثل الأساس الأول في أن التحكيم يعتبر في حقيقته سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي هو مظهر أساسي من مظاهر سيادتها. وإذا كان ذلك مقبولاً بالنسبة لمنازعات الأفراد بعضهم البعض، فإن قبولها بالنسبة للدولة يعتبر ماساً بسيادته.

أما الأساس الثاني فيتمثل في أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطني ويؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي<sup>(١)</sup>.

(١) في مناقشة هذه الحجج راجع: محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٤٠، وانظر أيضاً أحمد الشلقاني: الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٨٣.

وفي الحقيقة نرى أن الاحتجاج بسيادة الدولة في هذا المجال أمر في غير محله، ذلك أنه مع التسليم بأن التحكيم يعتبر في حقيقته سلباً لاختصاص قضاء الدولة، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى قانون يسمح به. فالمشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم حتى ولو كان اختيارياً فإن إرادة الأطراف ليست كافية بذاتها لخلقه، وإنما يتطلب الأمر تدخل المشرع لإقرار اللجوء إليه، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن التحكيم لا تتقطع صلته بالقضاء. فالمشرع الوطني في النصوص التي تنظم التحكيم يحرص على أن يعطي للقضاء سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة والمؤازرة أو الرقابة والإشراف وهي أمور يختلف مداها من نظام إلى آخر (١).

ومن ناحية ثالثة: فإنه إذا جاز للقاضي أن يحسم الخصومة بحكم فيها استناداً إلى رأي خبير أفلا يجوز أن يلجأ أطراف الخصومة إلى الخبير مباشرة لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم (٢).

ومن ناحية رابعة، فإن الأشخاص الخاص العامة وهي بصدد إبرام العقد الإداري وإدراج شرط التحكيم فيه تستطيع أن تشترط تطبيق القانون الوطني. وإذا قبلت تطبيق قانوناً أجنبياً فإن ذلك قد تم بإرادتها ومن ثم لا ينال من سيادتها.

حقيقة الأمر أن استخدام مبدأ السيادة في هذا النطاق نراه أمراً في غير محله وإن كان مرده فيما يبدو لنا خشية الدول النامية ومخاوفها من نظام التحكيم. والتي مردها الاختلال الواضح وعدم التوازن البين الذي يميز علاقات هذه الدول بالدول الكبرى والشركات الكبرى فيها والتي تحرص على تضمين العقود التي تبرمها مع الدول النامية شرط التحكيم وذلك لكي تستبعد من خلاله المثل أمام

(١) راجع ما سبق ص .

(٢) في هذا المعنى راجع: محسن شفيق: المرجع السابق، ص .

القضاء الوطني والقانون المعمول به في هذه الدول<sup>(١)</sup>. والدول النامية لا تقدر عن رفض التحكيم جملة وذلك لأنه أصبح مطلباً أساسياً للشركات الأجنبية عند إبرامها للعقود الدولية مع هذه الدول.

ثانياً: جواز التحكيم في العقود الإدارية يعتبر عدواناً على اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات:

ذلك أن اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية مقرر بنص الدستور، فالمادة ١٧٢ من الدستور المصري تقضي بأن «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى».

كما أن القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ينص في المادة العاشرة منه على أنه «تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:

(حادي عشر) ... المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر...».

وتطبيقاً لذلك فإن التحكيم الذي يعتبر سلباً لاختصاص القضاء لا يجوز في العقود الإدارية. وذلك لأن اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات هذه العقود قد قرره الدستور ونص عليه قانون مجلس الدولة بأنها من اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها<sup>(٢)</sup>.

(١) Audit (Bernard): Jurisprudence arbitrale et droit du développement. sous la direction de Hervé CASSAN. contrats internationaux et pays in développ - ment. 1989. economica p. 115 et s

(٢) محمد كمال منير: المرجع السابق، ص ٣٣.

وفي الحقيقة أن نص المادة ١٧٢ من الدستور لا تجدي في هذا المقام، فالنص على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية يهدف إلى تقرير ضمان استقلال مجلس الدولة بنص دستوري يغفل المشرع العادي عن النيل من هذا الاستقلال.

أما نص المادة العاشرة في فقرتها حادي عشر على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. إنما يفسره تطور اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات. فالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ كان ينص في المادة الخامسة منه على أن «تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد».

ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية. كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري».

وكان هذا الاختصاص المشترك والذي أقره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ يمثل شذوذاً في التنظيم القانوني لمسألة الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية. وهو الأمر الذي صححه القانون التالي رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن إعادة تنظيم مجلس الدولة إذ نص في المادة العاشرة منه على أن «يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر». وهو ما حرص على تأكيده القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة العاشرة سألغة الذكر. ومن ثم يتضح أن عبارة تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها... لا يقصد منها استبعاد العقود الإدارية من نطاق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات.

هذا فضلاً عن أن التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لم يكن له صدى في وعي المشرع حين إصدار قوانين مجلس الدولة ومنها القرار بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

### • القضاء الإداري وعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية؛

عرض موضوع التحكيم في العقود الإدارية ابتداءً أمام محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق. وكانت الشركة المدعية (الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية) ضد وزير الإسكان والمرافق وآخرين، استناداً إلى العقد المبرم بين الشركة المدعية ووزارة الإسكان والتعمير (عقد امتياز هضبة المقطم)<sup>(١)</sup>. والذي كان يقضي في البند خامساً على أن «كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الأحكام التي تضمنها الاتفاق وعقد ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٤ وشروط قبول التنازل يفصل فيه عن طريق التحكيم. وتؤلف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء يختار كل من الطرفين عضواً عنهم ويتولى هذان العضوان اختيار العضو الثالث، وتكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون».

وطلبت الشركة المدعية وقف تنفيذ قرار المدعى عليهم السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع بينهم وبين الشركة المدعية إلى هيئة التحكيم طبقاً للبند الخامس من الاتفاق المبرم في ١٤ من أبريل سنة ١٩٥٥ وتعيين محكم ممثل للحكومة المصرية في هيئة التحكيم.

(١) آل هذا الامتياز إلى الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات بموجب القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٥٥ وأبرم على أثره إتفاق ١٤ أبريل ١٩٥٥ بين الشركة المصرية ووزارة الشؤون البلدية والقروية نيابة عن الحكومة والتي حلت محلها وزارة الإسكان. وكان هذا الاتفاق قد عقد بين هذه الوزارة وبين إحدى الشركات الأجنبية بمقتضى القانون رقم ٥٦٥ لسنة ١٩٥٤ .



وأجابت محكمة القضاء الإداري في حكمها بجلسة ١٨/٥/١٩٨٦ الشركة المدعية إلى طلبها<sup>(١)</sup>. وعندما طعنت إدارة قضايا الدولة في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، قضت المحكمة بإلغاء الحكم المطعون فيه وبرفض الدعوى مقررة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك في حكمها بتاريخ ٢ فبراير ١٩٩٠<sup>(٢)</sup>.

وذهبت المحكمة في حكمها إلى أنه «.... ومن حيث أن اتفاق ١٤ من أبريل سنة ١٩٥٥ الملحق يعتبر استغلال منطقة قصر المنتزه واستصلاح وتعمير منطقة جبل المقطم المبرم في ٩ من نوفمبر سنة ١٩٥٤ صدر في ظل أحكام القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن مجلس الدولة والساري اعتباراً من ٢٦/٦/١٩٥٥» وقد نصت المادة العاشرة فيه على أن «يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر». ومن ثم يتعين تفسير نص البند الخامس من الاتفاق المشار إليه بما لا يتعارض مع أحكام المادة ١ - سالفه الذكر....».

وتستطرد المحكمة لمحاولة تبرير التناقض بين المادة ١. من قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والقانون الذي منح بمقتضاه الامتياز للشركة المدعية فتقول «.... ومن حيث أن القاعدة أن المشرع منزّه عن السهو والخطأ فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار إليه بما لا يهدم خصائص العقد الإداري ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد. إذ أن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة، بينما أن منح التزام المرافق العامة فهو من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من

(١) محكمة القضاء الإداري جلسة ١٨/٥/١٩٨٦ في الدعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق (غير منشور).

(٢) المحكمة الإدارية العليا - جلسة ٢ فبراير ١٩٩٠ في الطعن رقم ٣,٤٩ لسنة ٣٢ ق. انظر تعليقاً على هذا الحكم، محمد كمال منير، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٣، العدد الأول، يونيو ١٩٩١، ص ٣٢٩ وما بعدها.

الوصاية على السلطة التنفيذية، وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع وإن كانت تأخذ شكل القانون لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن إرادتها في شكل قانون...»<sup>(١)</sup>.

والتزمت محكمة القضاء الإداري بما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في قضائها. فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها في الدعوى رقم ٥٤٢٩ لسنة ٤٣ ق (الخاصة بنفق الشهيد أحمد حمدي) حين دفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص القضاء المصري وذلك لوجود شرط التحكيم بالعقد. فقد رفضت المحكمة الدفع لأنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية لكونه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢<sup>(٢)</sup>.

### الرأي الثاني: جواز التحكيم في العقود الإدارية

ذهب الرأي الثاني إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك استناداً إلى عدم وجود نصوص تشريعية تمنع التحكيم في العقود الإدارية. فالمادة ٥٠١ من قانون المرافعات تنص على أنه «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين.... ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة.

ويجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح، وإلا كان التحكيم باطلاً.

(١) مما هو جدير بالذكر أنه قبل صدور دستور ١٩٥٦ كان يتم منح الإلتزام بموجب قانون يصدر من السلطة التشريعية لكل حالة على حدة. ولقد تغير الأمر في ظل دستور ١٩٧١ وأصبح منح الإلتزام بناء على قانون.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٩١/١/٣٠ في الدعوى رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ ق مشار إليه عند إبراهيم على حسن: تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، المرجع السابق، ص ١٦.

ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف في حقوقه».

فهذا النص وإن لم يواجه أساساً مشكلة التحكيم في العقود الإدارية، إلا أنه أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين. وهي عبارة عن السعة بحيث تشمل في رحابها فكرة العقد الإداري.

وإذا كان نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات قد حظر التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. فإنه من المتفق عليه فقهاً وقضاً أنه ليس من المحظور على جهة الإدارة التصالح في منازعات العقود الإدارية، حتى ولو لم يوجد نص يجيز ذلك بشرط ألا يمس الصلح مسائل تتعلق بالنظام العام<sup>(١)</sup>.

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها<sup>(٢)</sup> إلى أنه «... لا يقدر في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانه ما أثير من أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن ذلك الاتفاقات الحاصلة على كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة، أما إذا كان الحق ذاته محلاً للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى فلا تثريب عليها إذا ما لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح...».

(١) راجع سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٨٤، ص ١٧٢.

محمد كمال منير: مدى جواز الإلتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية. تعليق على حكم الإدارية العليا - المرجع السابق، ص ٣٤٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ١١ ق، جلسة ١٠/٢/١٩٦٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، ص ٨٧٠، قاعدة رقم ٥٥٧.

وحقيقة الأمر أن استخدام نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية أمر يتجاوز حدود هذا النص، فالتحكيم يعتبر طريقاً إستثنائياً لفض المنازعات بصفة عامة وهو في حقيقته يعتبر عدواناً على اختصاص القضاء يسلبه بعضاً من المنازعات التي يجب أن تخضع له. ومن ثم فإن إقراره لا بد وأن يكون بنص تشريعي صريح<sup>(١)</sup>. وهو ما استقر عليه الأمر في فرنسا، حيث أنه لا يسمح بالتحكيم في المنازعات الإدارية إلا حيث يوجد نص تشريعي يجيز ذلك.

وثمة حجة أخرى تساق للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية مستمدة من القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المادة ٥٨ إذ تنص على «.... ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنية بغير إستفتاء إدارة الفتوى المختصة.....».

فهذه المادة تفيد بجواز التحكيم في العقود الإدارية، وتضع قيداً على ذلك وهو إستفتاء إدارة الفتوى المختصة.

على أن الرأي الآخر، والذي يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية يذهب إلى أن هذا النص لم يرد به ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية. وذلك على اعتبار أن مشروعية الاتفاق على التحكيم مسألة منفصلة عن ما يقتضيه نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة من إلزام المشرع للجهات الإدارية بعدم الاتفاق على التحكيم إلا إذا استفتت إدارة الفتوى المختصة<sup>(٢)</sup>.

(١) محمد كمال منير: المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) محمد كمال منير: المقال السابق الإشارة إليه، ص ٣٤١.

**• الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وجواز التحكيم في العقود الإدارية:**

على خلاف ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا من عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى جواز ذلك.

فقد أصدرت فتاوها الأولى بجلستها بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٩ (ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤) وبعد أن استعرضت الجمعية نص المادتين ١٦٧، ١٧٢ من الدستور<sup>(١)</sup> والفقرة الحادية عشرة من المادة العاشرة من القرار بقانون في شأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.....».

واستعرضت أيضاً نص المادة ٥٨ منه والتي تنص في فقرتها الثالثة على أنه «..... ولا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنية بغير إستفتاء الإدارة المختصة».

وخلصت الجمعية إلى أن المادة ٥٨ من القرار بقانون في شأن مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية (إدارية أو مدنية)..... فلو كان التحكيم أمراً محظوراً ما كان المشرع إلزمها

(١) تنص المادة ١٦٧ من الدستور «يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم».

كما تنص المادة ١٧٢ على أنه «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة. ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي دعاوى التأديبية ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى».

بإستفتاء مجلس الدولة. وقررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإنه يتعين في ذلك الرجوع إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع الروابط الإدارية.

ويتضح في هذه الفتوى أن الجمعية العمومية قد أقرت جواز التحكيم في العقود الإدارية دون تحفظ. وسوت بين العقود المدنية والعقود الإدارية في خضوعها للتحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في قانون المرافعات. وهو مذهب لا شك أنه يغفل خصوصية العقود الإدارية والتي تحكمها قواعد مختلفة عن تلك التي تحكم العقود المدنية حتى ولو كانت الإدارة طرفاً فيها.

هذا الإتجاه ما لبثت الجمعية العمومية أن قيدت نطاقه وحدت من إطلاقه، وذلك في فتاها بجلستها المنعقدة في ٧ فبراير ١٩٩٣. وكان الأمر يتعلق بعقد مبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكروفيلم، وتضمن العقد نصاً مؤداه «اتفق الطرفان على أن أي خلاف ينشأ أثناء تنفيذ هذا العقد -لا قدر الله- يبت فيه بالطرق الودية، فإن تعذر لجأ الطرفان إلى التحكيم.....».

واستظهرت الجمعية العمومية افتائها السابق بجلسة ١٧/٥/١٩٨٩ والتي انتهت فيه إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية تأسيساً على أن التحكيم هو اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم.

واستندت الجمعية في إفتائها اللاحق بجلسة ٧ فبراير ١٩٩٣ على ذات الأسباب التي سبق وإن إستندت إليها في إفتائها بجلسة ١٧/٥/١٩٨٩.

على أن الجديد في فتواها هذه أنها قيدت جواز التحكيم في العقود الإدارية إذا كان هذا التحكيم لا يستبعد عند نظر المنازعة أعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك فإن الجمعية العمومية وإن ذهبت في فتواها الأولى إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية دون تقييد وسوت في ذلك العقود الإدارية والعقود المدنية، فإنها في فتواها الثانية قد قيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على منازعات العقود الإدارية.

ولعل هذا التردد في الرأي إنما يفسر صعوبة القطع برأي نهائي في المسألة. فلسوف نرى أن الجمعية العمومية في فتوى ثالثة وبعد صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم قد خالفت سابق إفتائها وقررت عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

- لماذا التعارض بين أحكام القضاء الإداري وإفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع؟

لا شك أن التعارض الشديد بين اتجاه المحكمة الإدارية العليا، والتي ترى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وإفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع والتي تذهب إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية أمر يثير التساؤل عن سبب قيام هذا التعارض.

فالملاحظ أن الأسانيد التي استندت إليها المحكمة الإدارية العليا لكي تمنع التحكيم في العقود الإدارية هي ذات الأسانيد التي استندت إليها الجمعية

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٣، ملف رقم ٢٠٠٧/١/٤٥.

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لكي تجيز التحكيم في العقود الإدارية. هذا التعارض ناتج عن نظرنا من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، كان الأمر يعرض على القضاء الإداري بصدد خصومة قائمة محددة المعالم. ويقتضي الفصل فيها إصدار حكم ينهي النزاع فيها. والأمر على خلاف ذلك في الجمعية العمومية إذ أنها تستفتي في الأمر حين إبرام العقد. وفي الحالة الأولى لا يكفي استخلاص المبادئ العامة التي تجيز التحكيم بل يجب أن يمتد الأمر إلى وجود نصوص قانونية تنظم التحكيم في العقود الإدارية وهو الأمر الذي يفتقره النظام القانوني المصري. وذلك على خلاف الأمر في القانون الفرنسي على الوجه الذي سبق وبيناه.

ومن ناحية ثانية، إن التحكيم في كل حال يستبعد ولاية القضاء في الدولة وفي بعض الأحيان يستبعد القانون الوطني إذا أراد الخصوم ذلك. وهو أمر لا يسلم به القضاء الوطني -المختص بنظر النزاع أصلاً- إلا جبراً أي بمقتضى نص تشريعي صريح وفي حدوده<sup>(١)</sup>.

(١) راجع ما سبق عن موقف مجلس الدولة الفرنسي عن تفسير وتطبيق النصوص التي تجيز التحكيم في المنازعات الإدارية ص ٣٩.



## صدر القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤

## واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية

بتاريخ ١٨ ابريل ١٩٩٤ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية<sup>(٢)</sup>. ونص في مادته الأولى 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 العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

وقد حددت هذه المادة من القانون نطاق تطبيقه «على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...».

فهل حسمت هذه العبارة الجدل الذي أشد أواره في الفقه والقضاء في مصر قبل إصدار القانون حول مشكلة التحكيم في العقود الإدارية.

ذهب جمهور الفقه المصري إلى أن هذا النص قد شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح نصه على امتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص.

كما أن المذكرة الإيضاحية للقانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم حين

(١) نصت المادة الأولى من مواد إصدار القانون على أن «يعمل بأحكام القانون المرافق على كل تحكيم قائم وقت نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه ولو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون...» وحددت المادة الرابعة من مواد الإصدار زمان تطبيقه بنصها على «ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره». وقد نشر في الجريدة الرسمية في ١٩٩٤/٨/٢١، ومن ثم فإن بداية سريان العمل بأحكامه هو ١٩٩٤/٥/٢٢.

نصت على «... ويشتمل المشروع على سبعة أبواب تضم ثمانين وخمسين مادة، ويتعلق الباب الأول بقواعد عامة تتناول موضوعات متفرقة يأتي في مقدمتها تحديد نطاق تطبي أحكام المشروع، الذي عينته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر -بصريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجري في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص. فحسم المشروع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...» هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فإنه عند مناقشة المادة الأولى من مشروع القانون في مجلس الشعب<sup>(١)</sup> طلب أحد الأعضاء تعديلها والنص صراحة على العقود الإدارية. ذلك أن النص على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع لا يفيد بخضوع العقود الإدارية للتحكيم. لأن النص بحالته هذه يخالف نص المادة ٦٦ في فقرتها الرابعة من القرار بقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي تنص على اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي المسبب والملزم في المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص العامة<sup>(٢)</sup>.

(١) على الرغم من أهمية هذه المادة بحسبانها تحدد نطاق تطبيق القانون إلا أن المناقشات التي دارت حولها في مجلس الشعب كانت قليلة جداً ولا تتناسب مع أهميتها.

(٢) تنص المادة ٦٦ في فقرتها الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة على ما يلي: «تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي مسبباً في المسائل والموضوعات الآتية:

د- المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزماً للجانبين».

ورفض المجلس الاقتراح، وفي معرض رد وزير العدل على اقتراح العضو بتعديل المادة الأولى على الوجه السابق قال «السيد العضو... يتحدث عن أشخاص الجمعية العمومية لمجلس الدولة في فض المنازعات ونحن نتكلم هنا في شأن اتفاق على تحكيم وهذا أمر يتم بالاتفاق والأمر الذي يتم بالاتفاق جائز أن يكون بين شخصين من أشخاص القانون العام يتفقان على تحكيم معين، هذا لا ينزع أية سلطة من سلطات مجلس الدولة ولا يتعرض لها وأظن أننا كنا قلنا وقالت المذكرة الإيضاحية في ذلك عن جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية... إن العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها، هذا أمر انتهى بإفتاء مجلس الدولة وأفتت جمعياته العمومية بهذا أكثر من مرة وأصبحت مسألة ليست محل خلاف»<sup>(١)</sup>.

على أن الرأي الآخر ذهب إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم في العقود الإدارية وذلك راجع إلى خطورة المشكلة وتشعبها وتعدد جوانبها. ومن ثم يصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التي وردت في المادة الأولى من هذا القانون. فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخارقة للشريعة العامة

(١) واستطرد الوزير قائلاً «... الأمر الآخر سيادتكم تذكر عندما يكون شخص عام مع شخص عام يختلفان لا بد أن يذهبا إلى الجمعية العمومية لمجلس الدولة هل هناك ما يمنع أن يتفقا على أن يحكما، هل هذا الذي ينص عليه مجلس الدولة إلزامي بحيث أنه يلزمها وما عداها لا يجوز لها أن تختص بالتحكيم؟ ليست هناك نصوص بهذا المعنى الذي تفسر به سيادتكم.. التحكيم جائز في المنازعات والعقود الإدارية لأن هذا اتفاق، والتحكيم جائز بين أشخاص القانون العام بالاتفاق بينهم...». وحقيقة الأمر هذا الكلام لا يمكن قبوله بحال. فنصوص قانون التحكيم لا تنزع اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الذي ورد في قانون مجلس الدولة في المادة ٦٦ في فقرتها (د). وقرارها في حسم المنازعات بين أشخاص القانون العام فيما بينهم ملزم للجانبين بصريح نص القانون على خلاف ما يذكر الوزير. هذا فضلاً عن أن القول بجواز التحكيم بين أشخاص القانون العام بالاتفاق بينهم. فلا نراه صواباً ولا تحتمله نصوص القانون فضلاً عن عدم ملاءمته من الناحية القانونية. فالعلاقة بين أشخاص القانون العام وبعضها البعض يترتب عليها أن المنازعات التي تنشأ بينهم لا تعتبر خصومات بالمعنى الحقيقي، والأمر الذي دعى المشرع لتنظيم التحكيم الإجمالي في منازعات الأشخاص العامة أو إحالتها إلى الجمعية العمومية للفصل فيها بقرار ملزم لجانبها. وهو قرار في كل الأحوال يصب في وعاء واحد.

وهي قواعد القانون الإداري وهي في معظمها قضائية من خلق القضاء الإداري يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه<sup>(١)</sup>.

في حقيقة الأمر أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم والمناقشات التي دارت حولها في مجلس الشعب أو ما أوردته المذكرة الإيضاحية لا تقطع برأي نهائي في مسألة التحكيم في العقود الإدارية. كما أن المناقشة البرلمانية لهذه المادة كانت بالغة الضعف، ولم ترق أبداً إلى أهمية النص باعتباره يحدد نطاق تطبيق القانون.

فمن ناحية أولى، استندت إلى معلومات خاطئة. فالقول بأن موضوع التحكيم في العقود الإدارية قد حسم بإفتاء مجلس الدولة غير صحيح. فكما سبق وعرفنا أنه إذا كانت الجمعية العمومية قد ذهبت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية في فتاها الأولى ١٧/٥/١٩٨٩ - فإنها في فتاها الثانية قد قيدت ذلك بعدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الإدارية في القانون المصري.

هذا فضلاً عن أن المحكمة الإدارية العليا قد رفضت في أحكامها الصادرة بعد هاتين الفتويين التحكيم في العقود الإدارية. ومن ثم فإنه يبقى من غير المنطقي الزعم بأن مجلس الدولة قد اتخذ موقفاً من التحكيم في العقود الإدارية. بل إننا سوف نرى أن الجمعية العمومية قد عدلت عن موقفها من التحكيم في العقود الإدارية، وذهبت في فتوى لها بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

(١) أكثم الخولي: الإتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري الدولي وتجارب الدول المختلفة، التي إعتمدت القانون النموذجي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، ١٢-١٣ سبتمبر ١٩٩٤.

ومن ناحية ثانية، فإن المناقشات البرلمانية بخصوص المادة الأولى من القانون على الوجه الذي بيناه لم تنه المشكلة حتى داخل مجلس الشعب. فبعد إقرار المادة بحالتها كما جاءت بالمشروع تجدد النقاش حول التحكيم في العقود الإدارية عند مناقشة المادة الثانية<sup>(١)</sup>.

فعندما اعترض أحد الأعضاء على أمثلة العقود التي تعددها المادة على اعتبار أن «... ضرب الأمثلة ليس من عمل المشرع بل هو من عمل الفقه والقضاء، وفي التطبيق فهذه المادة تضرب أمثلة عديدة وعندما تساءلت لماذا هذه الأمثلة فقيل لي أنها من أجل أن نتفادى النص صراحة على العقود الإدارية...» ورد السيد الوزير بذات الرد الذي سبق وأن أبداه عند مناقشة المادة الأولى. ولم يقتنع العضو برد الوزير وذهب إلى أن نص المادة الأولى بقولها «كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، هذا الكلام لا يعني أبداً - لا صراحة ولا ضمناً- العقود الإدارية لأن أشخاص القانون العام تدخل في منازعات كثيرة، وكثير منها ينطبق عليه القانون المدني وليست عقوداً إدارية أي لا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً عاماً أو الدولة لكي يكون العقد عقداً إدارياً، هذا له شروط أخرى...»<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية ثالثة، فإن إعداد هذا القانون منذ لبناته الأولى لم يشترك فيه على طول مراحلها المختلفة والتي بلغت سنين عدداً أحد من فقه القانون الإداري

(١) تنص المادة الثانية من القانون على «يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقديّة كانت أو غير عقديّة، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.

(٢) نص المضبطة جلسة ١٩٩٤/٣/٦ سألقة الذكر.

أو مجلس الدولة حسب علمنا<sup>(١)</sup>. على الرغم من أن مشكلة التحكيم في العقود الإدارية كانت مثارة في هذه الأحيان سواء بين الفقه أم في أحكام القضاء الإداري أم في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

**فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ وعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية:**

مرة أخرى؛ عرض موضوع التحكيم في العقود الإدارية على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وذلك بجلستها بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ أي بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. وكان ذلك بمناسبة أن عرض على اللجنة الثانية من لجان الفتوى بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة بتاريخ ٣٠ من أكتوبر سنة ١٩٩٦ مراجعة مشروع العقد المزمع إبرامه بين كل من المجلس الأعلى للآثار وشركة جلتسير سلفر نايت الإنجليزية بخصوص الأعمال التكميلية لأعمال تنسيق الموقع الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان، وكذلك العقد المزمع إبرامه بينهما بخصوص إستكمال أعمال المتحف المذكور. وقد بدا للجنة الثانية لدى مراجعة حذف البند (السادس عشر) من العقد الأول والبند (الثاني والعشرون) من العقد الثاني حيث تضمننا نصاً يقضي بفض ما قد ينشأ عن العقدين من منازعات بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي. وذلك على سند من أن الإختصاص إنما ينعقد لمحاكم مجلس الدولة دون غيره في فض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية...»<sup>(٢)</sup>.

(١) هذا لا يمنع من القول من أن لجان إعداد هذا القانون كانت تضم أساتذة كباراً من فقه القانون التجاري والدولي الخاص والمرافعات. ويكفي أن يكون على رأسها أستاذ فاضل وعالم جليل يدين له الفقه القانوني العالمي بكثير من المآثر وهو الأستاذ الدكتور/ محسن شفيق رحمه الله.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ ملف رقم (١٦/٣٣٩/١/٥٤). في ١٩٩٧/٢/٢٢ المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسي عاماً... إصدار المكتب الفني - مجلس الدولة بمناسبة العيد الذهبي للمجلس ١٩٤٧-١٩٩٧ ص ٧٨٩.

ونظراً لما تبين للجنة الثانية من أن الرأي الذي اتجهت إليه وإن كان يتفق مع ما أقرته المحكمة الإدارية العليا في حكمين لها صادرين في ٢٠ فبراير و ١٣ مارس ١٩٩٠ إلا أن هذا الرأي يخالف ما انتهى إليه رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ١٧/٥/١٩٨٩ والمؤيدة بفتاها بجلسة ٧/٢/١٩٩٣. فرأت إحالة الأمر إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع<sup>(١)</sup>. وراجعت الجمعية العمومية سابق إفتائها والذي ذهبت فيه إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية، وكذلك أحكام المحكمة الإدارية العليا والتي ذهبت فيها إلى عدم جواز ذلك. وناقشت الجمعية أيضاً صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأثر ذلك على الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية. ثم استعرضت في فتاها تعريف العقد الإداري وطبيعته، والشروط المتطلبة فيه وما يميزه عن العقد المدني، وذلك من خلال ما استقر عليه الفقه ومبادئ مجلس الدولة قضاءً وإفتاءً. ثم بعد ذلك عرفت التحكيم وناقشت أهلية الأشخاص العامة في تقرير اللجوء إليه... وفي ذلك تقول:

«... وإن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الإستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجوءها في ذلك إلى التحكيم فهو يقيد الإستعاضة عن القضاء، بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة 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. وإذا كان القضاء مستقراً-

(١) حسب ما تقضي به المادة ٦٦ فقرة (ب) من القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بنظر المسائل التي ترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى صدرت من الجمعية العمومية.

في الأنزعة الخاصة وبين أشخاص القانون الخاص- على أنه لا يصح اتفاق التحكيم من وصي على قاصر إلا أن يكون مأذوناً له بذلك من محكمة الأحوال الشخصية، ولا يصح من وكيل إلا أن يكون مأذوناً له بإجراء اتفاق التحكيم، ولا يصح إلا ممن يملك التصرف بذاته أو بقوامة عليه إذا كان ذلك كذلك فلا يصح إجازة التحكيم من جهة عامة بشأن عقد إداري بغير أن يكون موافقاً على ذلك بعمل تشريعي...»<sup>(١)</sup>.

وتخلص الجمعية في هذه الجزئية إلى أنه «... ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والتنافي بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم، وذلك من حيث صلاحية أية جهة عامة في عقد اتفاق التحكيم ومدى ما تتسع له ولايتها في إبرامه. والحاصل أن التحكيم كما تشير المادة الرابعة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ هو اتفاق بين طرفي نزاع «بإرادتهما الحرة» والأصل حرية الإرادة في العقود المدنية، ولكن الأصل هو تقييد الإرادة في مسائل القانون العام قرارات كانت أو عقوداً إدارية.

والإرادة تستكمل حريتها بتوفير شرائط كمالها... وإرادة الجهات العامة إنما تجري كلها تفويضاً وفق مسوغ تشريعي مجيز ولا بد من توافره لأعمال الولايات العامة...»<sup>(٢)</sup>.

ويتضح مما ذهبت إليه الجمعية العمومية في فتاوها إلى أن المشكلة تتعلق في الأساس بأهلية الأشخاص العامة في الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية. ورأت أن هذه الأهلية لا تتوافر للأشخاص العامة إلا بوجود نص تشريعي يجيز لها اللجوء إلى التحكيم وأن يكون الأمر في حدوده بحسبان أن التحكيم طريق استثنائي

(١) المرجع السابق، ص ٨٠٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٠٤.



يستعاض به عن قضاء الدولة المختص أصلاً بنظر النزاع. وهو نفس الاتجاه الذي يذهب إليه مجلس الدولة في فرنسا على الوجه الذي سبق وبيناه<sup>(١)</sup>.

ولكن هل توافر هذا النص بصدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. استعرضت الجمعية العمومية في فتاها نص المادة الأولى والثانية من القانون وما ثار حولهما من نقاش في مجلس الشعب وما تناولته المذكرة الإيضاحية للقانون بصددهما<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر ما سبق من هذا البحث ص ٣٩.

(٢) ومما ذهبت إليه الفتوى في ذلك: «... وبالنسبة للأعمال التحضيرية التي صاحبت إعداد قانون التحكيم الصادر برقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فالحاصل وفق إفتاء سابق للجمعية العمومية صدر منها بجلسة ١٩ من يونيه ١٩٩٦، أن الأعمال التحضيرية للقانون هي مما يلقي الضوء على أحكام القانون عند إعمالها بعد صدوره، بمراعاة ما يستخلص منها من إدراك للتوجهات العامة التي توضح مقاصد التشريع وأسباب إعداده والتوجهات العامة والسياسات العامة التي أريد به تحقيقها، والمسائل التي أريد به علاجها. ولكن كل ذلك لا يصل به الحال إلى اعتبار ما ورد بالمذكرات الإيضاحية ولا بأقوال المناقشين لمشروع القانون، اعتبارهما بمثابة تفسير لنصوصه لها وجه إلزام أو لها حجية ترجيح وتغليب لوجه تفسير على وجه تفسير آخر مما تتسع له نصوص القانون، ذلك أن النص الذي يولد بالقانون إنما يكون تطور وتبلور وتعديلت مفاهيمه وأحكامه من مراحل إعداده الأولى وفي مرحلة مناقشة نصوصه، بحيث أن النص المولود إنما يكون تجاوز العديد من الآراء التي أحاطت به من مناقشيته عند إعداده، كذلك فإن آراء من ساهموا في إعداده إنما هي محض آراء فردية واجتهادات شخصية لا تفيد أن لأحدهم أو لجماعتهم وجه ولاية في حصر معاني القانون بعد صدوره في تفاسيرهم ورؤاهم الذاتية. .... ومع تقدير كل ذلك، رأت الجمعية العمومية استعراض ما ورد بالأعمال التحضيرية لقانون التحكيم لاستخلاص الدلالات العامة في شأن صلة التحكيم بالعقود الإدارية.

كان أحيل مشروع قانون التحكيم التجاري بمجلس الشعب إلى لجنة مشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية، وجاء في تقرير هذه اللجنة المرسل إلى رئيس مجلس الشعب في ٣١ من يناير سنة ١٩٩٦، جاء به أن نظام التحكيم يتيح سرعة الفصل في المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية ويعطي الطمأنينة للمستثمرين وأن قواعد التحكيم بقانون المرافعات وضعت للتحكيم الداخلي فهي لا تحقق الهدف المنشود ولا تفني بالنسبة إلى التحكيم الدولي «لما له من طبيعة خاصة»، وذكر التقرير أن اللجنة فضلت وضع قانون تحكيم عام في المواد المدنية والتجارية يطبق على نوعي التحكيم الداخلي والدولي» ومن هذا المنطلق عدلت نصوص المشروع وعنوانه وألفت مواد التحكيم في قانون المرافعات (م ٥٠١-٥١٣) وحذفت عبارة «تجاري دولي» من مادة الإصدار الأولى وعدلتها بما يجعل التحكيم شاملاً «سواء أكان تجارياً أو غير تجاري، داخلياً أو دولياً، وذكر أنه صار التشريعة العامة للتحكيم أيما كانت طبيعة المنازعة التي يدور بشأنها التحكيم وأيما كان وضعه» وصار عنوان القانون أنه=

وخلصت إلى أنه فيما يتعلق بالمسألة المثارة أن مشروع أعد أصلاً لينظم التحكيم في المنازعات الدولية ثم ورد استحسان أن يتضمن تنظيمًا عامًا للتحكيم في

= تحكيم «في المواد المدنية والتجارية» وليس في «التحكيم التجاري الدولي». ثم ورد بالتقرير أن المشروع يسري على كل تحكيم يجري في مصر «سواء أكان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص. وأياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا القانون على العقود الإدارية كي يصبح حكمها تقنياً لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة في هذا الشأن».

ثم عرض المشرع بمجلس الشعب، وبجلسة ٦ مارس سنة ١٩٩٤ ذكرت مقررته للجنة أن «اللجنة استقرت على أن يكون التحكيم متعلقاً بالمعاملات المدنية والتجارية، سواء أكانت داخلية أو دولية». وبالجلسة ذاتها ذكر أحد أعضاء مجلس الشعب أن التحكيم مفروض ألا يشمل الأنزعة بين الأشخاص العامة بعضها وبعض لأن ذلك من اختصاص الجمعية العمومية بمجلس الدولة، فرد وزير العدل بأن المذكرة الإيضاحية أشارت «إلى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فهل سيادتكم تختلف معنا في هذا، وأن العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها، هذا أمر انتهى بإفتاء مجلس الدولة وأفتت الجمعية العمومية بهذا أكثر من مرة وأصبحت مسألة ليست محل خلاف» ثم أشار إلى أنه ليس هناك ما يمنع شخصين عامين من اللجوء في خلافهما إلى التحكيم، «التحكيم جائز في المنازعات والعقود الإدارية لأن اتفاق التحكيم جائز بين أشخاص القانون العام بالاتفاق بينهم».

وكان عضو مجلس الشعب قد أشار بجلسة ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٤ إلى أن المستثمرين يتمسكون دائماً في عقودهم بشرط التحكيم، وأن الميزة الكبرى لمشروع القانون أنه جمع بين التحكيم الداخلي والدولي. ثم ذكر أن التحكيم يقوم على مبدأ حرية الإرادة لأن لطرفيه الحرية الكاملة في إختيار المحكمين وقواعد التحكيم ومكانته ولفته، والحرية هي محور التحكيم التجاري ثم لما نوقشت المادة (٢) من مشروع القانون في جلسة ٦ مارس ١٩٩٤، وهي المادة الخاصة بالتحكيم التجاري وأمثلة لما يشمله من عقود، ذكر سيادته أنه لا وجه لاشتمال النص على أمثلة للعقود، «عندما تساءلت لماذا هذه الأمثلة فقل لي أنها من أجل أن تنفادى النص صراحة على العقود الإدارية» وقال أن فتويين لمجلس الدولة حسمتا جواز التحكيم في العقود الإدارية «ونحن نلف وندور لكي لا نقول العقود الإدارية» واقترح حذف الأمثلة الواردة بالنص وأن يضاف إليه عبارة «ويشمل ذلك كافة العقود الإدارية».

فرد رئيس مجلس الشعب «إني أخشى ما أخشاه اليوم - والتحكيم يكون بإرادة الدولة- أنه إذا وردت هذه العقود بالإسم في القانون، فإن الدولة عندما تتعاقد مع غيرها، وخصوصاً في مجال استخراج الثروة الطبيعية وعقود المفاعلات النووية، أن تطلب الدولة المتعاقدة أو الشركة توافر شرط التحكيم وتستند إلى النص صراحة في القانون» وذكر سيادته بما كان من إلغاء المادة (٨) من مشروع قانون الإستثمار المتعلقة بقبول الحكومة المصرية للتحكيم «حتى لا يقال أن الدولة بإرادتها التشريعية قد تنازلت عن الاختصاص القضائي صراحة في عقود معينة، وبالتالي فنقول إن ذكر هذه العقود بالذات قد يورث نوعاً من اللبس».

=

المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم. فالقانون أساساً صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية. وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فإن

= فرد وزير العدل أن السيد العضو خلط بين المادتين (١)، (٢)، وأن الأمثلة التي وردت في المادة (٢) لا شأن لها بالعقود الإدارية» وأنها ليست كلها من عقود الدولة إنما يمكن أن يبرمها أفراد في علاقاتهم الخاصة، وذكر سيادته المادة (١) هي «التي تقطع بإفتاء مجلس الدولة... هو جواز التحكيم في العقود الإدارية... في قولها أيأ كانت طبيعة العلاة القانونية...».

فرد السيد العضو قائلاً أن «المادة (١) قالت كل تحكيم من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، هذا كلام لا يعني أبداً - لا صراحة ولا ضمناً- العقود الإدارية - لأن أشخاص القانون العام تدخل في منازعات كثيرة ومعاملات كثيرة تنطبق عليها أحكام القانون المدني وليست عقوداً إدارية، أي لا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً عاماً أو الدولة لكي يكون العقد عقداً إدارياً، هذا له شروط أخرى... لذلك فإن رأيي أنه يجب أن ينص صراحة على العقود الإدارية...».

ثم عرض رئيس المجلس التصويت على اقتراح السيد العضو بالنص الذي قدمه وفيه عبارة «ويشمل ذلك كافة العقود الإدارية» فلم يوافق عليه إلا أقلية، ولم توافق الأغلبية على نص أضيفت فيه هذه العبارة ورفضتها.

وقد استخلصت الجمعية العمومية من هذا العرض للأعمال التحضيرية فيما يتعلق بالمسألة المثارة أن مشروع القانون أعد أصلاً لينظم التحكيم في المنازعات الدولية ثم ورد استحسان أن يتضمن تنظيمها عاماً للتحكيم في المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم، فالقانون أساساً صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية.

وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فإن هذا القانون في أي من مراحل إعدادة وحتى صدر لم يشمل قد على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون، وعندما قدم أحد الأعضاء اقتراحاً بأن يتضمن القانون عبارة صريحة بهذا المعنى، عرض اقتراحه بنصه على المجلس للتصويت فرفض الاقتراح، 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، كما أن رئيس مجلس الشعب أوضح في المناقشات ما يخشاه من أن النص على العقود الإدارية في القانون يشجع المتعاقدين مع الدولة على طلب إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة معهم، وأن قانون الاستثمار استبعد النص على التحكيم تفادياً لهذا الأمر.

وأن وزير العدل عندما أكد في المناقشات شمول قانون التحكيم لمنازعات العقود الإدارية بما تضمنته المادة (١) من عبارة «أيأ كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع»، فقد كان سيادته دائماً في كل مرة ذكر فيها هذا الرأي كان يكرر الإشارة إلى أن الجمعية العمومية تقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة انتهت إلى جواز التحكيم في هذه العقود، ومن ثم كان قول سيادته مستنداً إلى ما تبنته الجمعية=

هذا القانون في أي من مراحل إعداده وحتى صدر لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون... وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية».

بعد صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بعدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية على الوجه الذي بيناه. سارعت الحكومة إلى تقديم مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية. وذلك لتشمل بنطاقها التحكيم في العقود الإدارية. وصدر به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وجاءت المادة الأولى منه على الوجه التالي «تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية، نصها كالآتي:

=العمومية وقتها ولم يكن محض استخلاص حتمى من العبارة العامة الواردة بالنص «أياً كانت طبيعته». بما يعني أن الأمر متروك لما يسفر عنه الترجيح في التفسير مع نظر ولما يستقر عليه الأمر من بعد. والحاصل أن المادة (١) تضمنت النص على كل تحكيم «بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيأ كانت طبيعته...» وقد أنكر صاحب الاقتراح المرصوع أن القانون يتضمن نصاً صريحاً عن العقود الإدارية ذكر أن ورود الأشخاص العامة لا يفيد ذكراً صريحاً للعقود الإدارية لأن الأشخاص العامة تبرم عقوداً مدنية في العديد من معاملاتها، ولم يستفد سيادته من العبارة العامة في هذا النص = حتمية اشتمالها على العقود الإدارية. ومن ثم فإن اثنين من المتحدثين عن النص اختلفا في تفسيره أثناء جلسة الموافقة على القانون، بما يستبعد معه أن الموافقين على القانون كانوا جميعاً يقصدون من هذه العبارة شمولها للعقود الإدارية، والعبارة 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.

وبالنسبة لفتاوى الجمعية العمومية السابقة التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية، فقد كان يقابلها أحكام للمحكمة الإدارية العليا في ذات الفترة رفضت خضوع العقود الإدارية لنظام التحكيم، وأحد هذه الأحكام لم يعد بهذا الشرط في قانون صادر بعقد امتياز، لأن القانون اشتمل على موافقة فردية تخالف نصاً عاماً مجرداً. والحاصل أن شمول نظام التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية، لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها، وإنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن نفسه، وماله، وتوافر كمال ولاية إبرامه لمن يبرمه في

«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».

=شأن غيره أو مال غيره، والأصل عند عدم النص صحة ما يجريه الشخص في شأن نفسه وماله، والأصل عند عدم النص عدم صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله. وإذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته وصياً ومحكمة، فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا بإكمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في أجزائه، ولا تكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن به في أية حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام».

# مدى مشروعية اتفاق التحكيم في العقود الإدارية

اعداد

المستشار دكتور

برهان أمر الله

الرئيس الأسبق لمحكمة استئناف القاهرة  
والأمين العام للاتحاد العربي للتحكيم الدولي



## مدى مشروعية اتفاق التحكيم في العقود الإدارية

١- التحكيم نظام قانوني لفض المنازعات بمقتضاه يتفق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق شخص أو أشخاص من اختيارهم، يصدرون قرارهم الملزم للأطراف بعد سماع وجهة نظر كل منهم تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.

٢- واتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم -سواء في العقد أو في اتفاق مستقل- يمنع القاضي من نظر الدعوى إذا تمسك به أحد الطرفين- كما أن القرار الذي يصدره المحكم تكون له حجية الشيء المقضى بحيث يمنع الطرف الخاسر من إقامة دعوى مبتدأة أمام القضاء لإعادة النظر في النزاع، كما أن أغلب التشريعات تتجه إلى منع الطعن في حكم التحكيم أو السماح بذلك على سبيل الاستثناء في حالات معينة للبطلان محددة على سبيل الحصر (المادتان ٥٢، ٥٣ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري).

٣- وإذا كان التحكيم بضمن لأطراف العلاقة القانونية تجنب طرح منازعاتهم على القضاء مع ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد وزيادة نفقات، فإنه الطريقة الأنسب لتسوية منازعات عقود التنمية الاقتصادية الشاملة، كما أنه أصبح الوسيلة العادية لحسم منازعات التجارة الدولية -ذلك أنه يسمح لأطراف العلاقة القانونية باختيار المحكم الذي يطمئنون إليه، ومكان التحكيم وإجراءاته، والقانون الواجب التطبيق.... الخ فالدولة أو أشخاص القانون العام يصعب عليهم تقبل الخضوع لقضاء دولة أجنبية، كما أن الشركات الأجنبية المتعاقدة يصعب عليها الاطمئنان إلى تطبيق قانون معين غير ملمة بأحكامه، أو الخضوع إلى قضاء دولة ما مع ما قد يثور بشأنه من مظنة



التحيز لمواطنيه أو تدني الكفاءة المهنية لقضاته كما هو الشأن في بعض دول العالم الثالث، ولذا فإنه ليس يخفى أن المستثمر الأجنبي يتردد كثيراً للمجازفة باستثماراته إذا لم يكن في إمكانه وضع شرط التحكيم أو إبرام اتفاقية تحكيم لمواجهة ما قد يثور من خلافات مع الدولة المضيفة، وهكذا فإن غالبية عقود التنمية الاقتصادية وعقود التجارة الدولية - خاصة عقود نقل التكنولوجيا أو تراخيص استغلال براءات الاختراع- تتضمن شرط التحكيم.

٤- ومواكبة للجهود التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين - عرباً كانوا أو أجنبياً- أصدر المشرع المصري القانون رقم ٢٧/١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، حيث تضمن تنظيمياً لأحكام التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة منازعات التجارة الدولية ومتطلبات فضّها- وهكذا فقد جرت المادة الأولى من القانون على أنه:

«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 العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

٥- وعلى الرغم من وضوح عبارة نص المادة الأولى من قانون التحكيم فقد اختلف الرأي حول مدى انطباق حكمها على المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية - فقد ذهب فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المؤرخة ١٩٩٧/٢/١٩ إلى عدم صحة شروط التحكيم في منازعات العقود

الإدارية<sup>(١)</sup>، بينما قضت الدائرة (٦٣) تجاري بمحكمة استئناف القاهرة بعكس ذلك في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٧/٣/١٩ في الدعوى رقم ١١٣/٦٤ ق<sup>(٢)</sup>.

٦- ويلاحظ أن الخلاف حول قابلية العقود الإدارية للتحكيم ليس جديداً أو طارئاً -ذلك أنه قبل صدور قانون التحكيم الحالي ذهب جانب من الفقه إلى بطلان شرط التحكيم المتضمن إجراؤه في الخارج إذا ورد في عقد إداري، وذلك لخضوع مثل هذا العقد للاختصاص المانع exclusive لمجلس الدولة دون غيره. وقد أخذ بهذا الرأي قضاء المحكمة الإدارية العليا في حكمين لها صادرين في ٢٠ فبراير و١٣ مارس ١٩٩٠.

وعلى العكس من ذلك رأى بعض الفقهاء جواز التحكيم في العقود الإدارية<sup>(٣)</sup> واستندوا في ذلك إلى أن عبارة يختص مجلس الدولة دون غيره بمنازعات العقود الإدارية -الواردة في قانون مجلس الدولة رقم ١٩٧٢/٤٧- قد قصد بها وضع الحد الفاصل للاختصاص بين مجلس الدولة وبين جهة القضاء العادي صاحبة الولاية العامة، والغاء ما كان لذوي الشأن من حق الاختيار بين اللجوء إلى أي من تلك الجهتين في حالات معينة- والذي كان سائداً قبل صدور ذلك القانون- كما أن إدراج شرط التحكيم في العقد الذي تبرمه جهة

(١) النص الكامل لفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، ملف رقم ٣٣٩/٥٤ بتاريخ ١٩٩٧/٢/١٩، مؤلف الأستاذ الدكتور محمود مختار بريري، وكان التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ٢٠١٠، ص ٢٩٢-٣١٥.

(٢) وكان للكاتب شرف رئاسة الدائرة (٦٣) تجاري استئناف القاهرة حينذاك، وينظر النص الكامل للحكم رقم ١١٣/٦٤ ق، مؤلف أ.د. محمود مختار بريري، المرجع السابق ص ٣٨٨-٢٩٦.

(٣) أنظر في خضوع العقود الإدارية للتحكيم طبقاً لنص المادة الأولى من قانون التحكيم قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٩٧/٩: أ.د. فتحي والى، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً منشأة المعارف بالاسكندرية، طبعة أولى ٢٠١٤، رقم ٦٦ ص ١٣٤-١٣٦: أ.د. محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠١١ رقم ٥٤ ص ٧٩: أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ رقم ٦٧ ص ١٩٨-٢٠٧: أ.د. محمود مختار بريري، المرجع السابق، أرقام ٢٤-٢٩ ص ٤٦-٥٤.

الإدارة يمكن أن يكون مؤشراً لعدم وجود الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص. وفضلاً عن ذلك فقد سبق للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام إن أبرمت في الماضي عقوداً كثيرة مع أطراف أجنبية وتضمنت شرط التحكيم في الخارج دون أن يترتب على ذلك أية أضرار للجانب المصري- ومن ناحيتها، فإن محكمة النقض منذ سنة ١٩٥٦ تقضي بصحة شرط التحكيم المنصوص على إجرائه في الخارج- وأخيراً فإن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة قد أصدرت فتواها بجلسته ١٧/٥/١٩٨٩ (المؤيدة بالفتوى الصادرة بجلسته ٧/٢/١٩٩٣) حيث خلصت إلى جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

٧- وليس بخفي ما للخلاف حول قابلية العقود الإدارية للتحكيم من تأثير بالغ الخطورة على فرص الاستثمار الأجنبي وخطط التنمية الشاملة، وذلك لعدم اطمئنان الطرف الأجنبي الذي يفكر في التعامل مع الدولة أو أحد أشخاص القانون العام على مصير شرط التحكيم في حالة إبرام العقد، فهو دائماً مهدد باحتمال القضاء ببطلان ذلك الشرط في حالة قيام نزاع مع الجانب المصري.

ومن أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية وإعادة الثقة والاطمئنان إلى رجال الأعمال والمستثمرين- عربياً وأجنبياً - رأى المشرع حسم هذا الخلاف بإصدار قانون التحكيم رقم ٢٧/١٩٩٤ متضمناً النص في مادته الأولى على جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم سواء كان ذلك بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع. ولسنا في حاجة إلى إيضاح ما تنطبق به عبارات هذا النص عملاً بقاعدة لا اجتهاد مع وضوح النص، فضلاً عن قاعدة الأخذ بالعام

على عمومته ما لم يرد مخصص- فنص المادة الأولى المذكورة يقضى بجواز التحكيم الذي يتفق عليه الأطراف سواء كانوا من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأياً كانت الطبيعة القانونية للعلاقة التي يدور حولها النزاع، وقصد المشرع من هذه العبارات قطع دابر الخلاف الذي ثار في الماضي حول قابلية العقود الإدارية للتحكيم.

وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا المعنى صراحة إذ جاء بها «إن تحديد نطاق تطبيق أحكام المشروع الذي عينته في المادة الأولى.. بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجرى في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، فحسم المشروع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام المشروع أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...»، ويلاحظ أن عبارات المذكرة الإيضاحية تجنبت استعمال عبارة العقود الإدارية صراحة واستعاضت عنها بعبارة «بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها... الخ» بيد أن تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية بمجلس الشعب أوضحت صراحة: «إن المقصود بالعبارة الأخيرة سريان هذا القانون (أي قانون التحكيم) على العقود الإدارية كي يصبح حكم المادة الأولى من ذلك القانون تقنياً لما انتهى إليه افتاء مجلس الدولة في هذا الشأن»، ويقصد فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلسة ١٩٨٩/٥/١٧ المؤيدة بالفتوى الصادرة من نفس الجمعية بجلسة ١٩٩٣/٢/٧ بجواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

٨- بيد أنه على الرغم من وضوح قصد المشرع -على نحو ما تقدم- في ترجيح الرأي القائل بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ورغبته الصريحة في حسم الخلاف الذي كان قائماً حول هذه المسألة، إلا أن الرياح قد تأتي بما لا تشتهي السفن، إذ سرعان ما أصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى بتاريخ ١٩٩٧/٢/١٩ عدلت فيها عن رأيها السابق وانتهت إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا إذا استند إلى عمل تشريعي يُجيز التحكيم بضوابط محدّدة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن به في أية حالة مخصوصة، وضمن أسباب أخرى، إستندت الفتوى إلى القول أن الأشخاص العامة مَفوّضة من الدولة وأن سلطتها في التعاقد مُقيّدة بما رسمه لها التشريع من قيود وإجراءات في ممارسة هذا التفويض، وأن التحكيم وإن لم يكن صلحاً فهو بمثابة صلح، وأن الوصي -طبقاً لقانون الولاية على المال- لا يملك الاتفاق على التحكيم نيابة عن ناقص الأهلية إلا بإذن من المحكمة، وكذلك الجهة العامة لا يصح لها إجازة التحكيم بشأن عقد إداري بغير أن يكون موافقاً على ذلك بعمل تشريعي، لأن مكنة الجهة المذكورة في التصرف في مال الدولة ليست إلا بموجب أنها مَفوّضة في ذلك بقواعد الاختصاص بنص تشريعي أو بناء على نص تشريعي -وأنه لما كانت العقود الإدارية تتميز بانطوائها على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن ذلك فرض إخراج منازعاتها من اختصاص القضاء العادي وقصر الاختصاص بها على القضاء الإداري، وبالتالي فإن نظام التحكيم لا يتفق وطبيعة العقود الإدارية، كما أن المنازعات المتعلقة بها أكثر نأياً عن طبيعة نظام التحكيم وهيئاته، وأن لجوء جهة عامة إلى التحكيم يُفيد الاستعاضة عن القضاء -صاحب الولاية العامة- بهيئة ذات ولاية خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم

عليه الدولة والأشخاص العامة<sup>(١)</sup>، واختتمت أسانيد فتاوها بالقول أن وزير العدل -حينذاك- كان يبزر شمول قانون التحكيم لمنازعات العقود الإدارية بأن ذلك تقنين لما كان عليه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وأنه ما دام أن مجلس الدولة قد عدل عن فتاويه السابقة فعلى المشرع أن يتبع هذا العدول.

٩- وبعد مضي شهر واحد من صدور فتوى مجلس الدولة سالفة البيان أصدرت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٩ حكماً في دعوى أقامها المجلس الأعلى للأثار ضد شركة بريطانية برقم ١١٣/٦٤ ق، وذلك طلباً للحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الأخيرة تأسيساً على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

وقد انتهت محكمة الاستئناف في حكمها إلى رفض دعوى البطلان وجواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية<sup>(٢)</sup>.

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٦٠ بتاريخ ١٩٩٧/٢/١٩ ملق رقم ٣٣٩/١/٥٤، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من أكتوبر ١٩٩٦ إلى يونيو ٢٠٠٠، المكتب الفني بمجلس الدولة، ج ١ ص ١٣١ - وانظر عكس هذه الفتوى وخضوع العقود الإدارية للتحكيم طبقاً لنص المادة الأولى من قانون التحكيم قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٩٧/٩: أ. د. فتحي والي؛ المرجع السابق، رقم ٦٦ ص ١٣٤-١٣٦، أ. د. محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠١١ رقم ٥٤ ص ٧٩؛ أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ رقم ٦٧ ص ١٩٨-٢٠٧، أ. د. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، أرقام ٢٤-٢٩ ص ٤٦-٥٤.

(٢) بنظر تعليق البروفيسور فيليب لوبو لانجيه على هذا الحكم، حيث أورد ترجمة حرفية كاملة للحكم باللغة الفرنسية وأشاد بقضائه بصحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، ودعا كل من مجلس الدولة والبرلمان الفرنسيين إلى الأخذ بما استناد إليه من قضاء،

Philippe Leboulanger, Revue de l'arbitrage, 1997, no.2, pp. 283-296

وأنظر كذلك تعليق الأستاذ الدكتور أحمد الشقيري في: =

وقد استتدت في ذلك عموم نص المادة الأولى من قانون التحكيم من إجازة التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، ووضوح هذه العبارات في جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية -وقد أضافت المحكمة- تدعيماً لقضائها -الإشارة إلى ما تضمنته المذكرة الإيضاحية للقانون، وتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية بمجلس الشعب بشأن مشروع القانون، والمناقشات البرلمانية التي سبقت إقرار القانون بمجلس الشعب ووضوح دلالة ذلك كله على اتجاه إدارة المشرع إلى إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ولم يُفعل الحكم كذلك ربط كل ما تقدم بالحكمة التي شرع من أجلها قانون التحكيم وهي مواكبة الجهود الكبيرة التي تبذلها من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار وجذب رؤوس الأموال المستثمرة، وإعادة الثقة إلى رجال الأعمال والمستثمرين - عرباً كانوا أو أجانب، وذلك بتنظيم أحكام التحكيم على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها، وأشار الحكم أيضاً إلى نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة الذي يقضى بأنه «لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو

= Ahmed S.El-KOSHERI.Panorama de Jurisprudence égyptienne. Gazette du Palais. 122e année No. 163 a 164. 12-13 Juin 2002. pp. 41-43. «La motivation élaborée par la Chambre 63 dans cette affaire illaire le refus des éminents magi - trats composant cette Juridiction de s'associer avec ceux qui ont voulu vider la loi no. 27 de 1994 de l'une de ses principales realisations. Cette determination judiciaire en faveur de l'arbitrabilite des contrats administratifs. contrairement a l'attitude hautement contestable de certains Tribunaux du Conseil d'Etat. a nécssité une intervention legislative. C'est ainsi que la nouvelle loi no. 9 de 1997 a été promulguée pour... »

تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير إستفتاء إدارة الفتوى المختصة».

ومفاد هذا النص جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وإلا لما أوجب القانون عرض شرط التحكيم -قبل إدراجه في العقد- على إدارة الفتوى المختصة- وأخيراً فقد جرت المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم على إلغاء أي حكم يخالف أحكام هذا القانون.

١٠- ولا شك أن إدراج شرط التحكيم في أحد العقود الإدارية، ثم اللجوء إلى التحكيم فعلاً، وعدم إثارة مسألة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا بعد صدور حكم هيئة التحكيم ضد الجهة العامة يتعارض مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية، كما أن من شأنه هز ثقة المتعاملين مع تلك الجهة في مصداقيتها ويضر بفرص الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية.

١١- ومن أجل محاصرة الأضرار المؤكدة التي يمكن أن تصيب مشروعات التنمية وتدفق الاستثمارات الأجنبية وبالجملة العلاقات الاقتصادية الخارجية وذلك نتيجة الفتوى التي أصدرها مجلس الدولة بعدم صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية، فقد بادر المشرع إلى التدخل بالقانون رقم ١٩٩٧/٩ بإضافة فقرة جديدة إلى المادة الأولى من قانون التحكيم تقضى بأنه:

«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». وقد عمل بهذا التعديل اعتباراً من ١٣/٥/١٩٩٧. وهكذا فإن المشرع وإن قطع بذلك دابر أي شك فيما يتعلق بصحة شرط التحكيم في العقود الإدارية -دون أن يُهمل تماماً رأى مجلس الدولة في فتواه



سאלفة الإشارة- إلا أنه لم يحسم أوجه الخلاف بشأن شرط موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

١٢- إن التعديل الجديد قد فتح الباب على مصراعيه، أمام الاختلاف في الرأي حول مسائل جديدة، منها إنه إذا كانت موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه على شرط التحكيم ضرورية فما هو الشكل الذي يجب أن تصاغ فيه تلك الموافقة؟ هل يجب أن تفرغ تلك الموافقة في عمل مستقل أم أنه يكفي توقيع الوزير أو من يتولى اختصاصه على شرط التحكيم أو مشارطته؟ وهل يشترط أن تكون الموافقة على التحكيم صريحة أم ضمنية، وهل يكفي توقيع الوزير المختص على العقد المتضمن شرط التحكيم أو على مشارطة التحكيم، وهل يشترط أن تكون الموافقة كتابية أو تكفي الشفهية منها، ومن هو المكلف باستيفاء شرط موافقة الوزير؟ الجهة الإدارية أم الطرف المتعاقد معها؟ أم كل طرفي العقد؟ كذلك فإن التعديل الجديد لم يبين الجزاء الذي يترتب على تخلف شرط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه على اللجوء إلى التحكيم؟ وهل يكون جزاء ذلك بطلان شرط التحكيم؟ أم مجرد توقيع جزاء إداري على رئيس الشخص الاعتباري العام الذي أدرج شرط التحكيم في العقد دون الحصول على موافقة السلطة المختصة؟ ثم ما هو الموقف بالنسبة للعقد الدولي إذا تخلفت عنه موافقة السلطة المختصة؟ هل تستطيع الدولة أو الجهة العامة الطعن ببطلان شرط التحكيم لعدم موافقة السلطة المختصة عليه طبقاً لما اشترطته المادة الأولى المعدلة من قانون التحكيم؟ أم

(١) المستشار محمد أمين المهدي والمستشار محمد فوزي عبد الباري، الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية، عرض وتحليل للأحدث من أحكام القضاء الإداري، مجلة التحكيم العربي، العدد (١٤) يونيو ٢٠١٠، ٩٩-١١٦؛ المستشار الدكتور/ برهان أمر الله، شرط موافقة الوزير المختص في التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة التحكيم العالمية (بيروت) العدد (٢٧) ٢٠١٥، ص ٢٧-٦٦.

أنه لا يمكنها ذلك عملاً بالقاعدة العامة المستقرة في قضاء التحكيم التجاري الدولي التي تقضى بأن ليس للدولة أن تتصل من شرط التحكيم الذي التزمت به في أحد العقود الدولية وذلك عن طريق الاستناد إلى نصوص قوانينها المقيدة لسلطاتها في التعاقد؟ وبعبارة أخرى، ما هو الحكم في حالة تخلف موافقة السلطة المختصة على شرط التحكيم المدرجة في أحد العقود الدولية إذا طبقنا القاعدة القانونية العامة في قضاء التحكيم الدولي التي تتكر على الدولة التمسك بنصوص قانونها الداخلي للطعن في صحة شرط التحكيم الوارد في أحد العقود الدولية؟ وأخيراً، ما هو حكم شرط التحكيم في العقود الإدارية التي أبرمت قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٩٩٧/٩ وهل أتى القانون الأخير بحكم جديد لم يكن موجوداً في نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ١٩٨٤/٢٧؟

وإذا كان المقام لا يتسع لمناقشة كل ذلك بالتفصيل الواجب، فإن حسبنا هو إلقاء الضوء على بعض جوانب موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية لعلها تكون جديرة بالمناقشة.

والله من وراء القصد



بحث بعنوان

**التحكيم**

**في منازعات العقود الإدارية**

المستشار

**الدكتور عبد اللطيف نايف**

نائب رئيس مجلس الدولة



## التحكيم

### في منازعات العقود الإدارية

لم يعد التحكيم مجرد وسيلة فاعلة وناجحة يستعين بها أطراف العقد لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بعيداً عن طرق التقاضي العادية، وإنما أصبح عاملاً مهماً من عوامل جذب الاستثمارات للدول، لما يوفره من اطمئنان و ضمان للمستثمرين الذين ينظرون بعين الشك والريبة إلى القضاء الوطني لتلك الدول من جهة، وبالمحافظة على أسرارهم وتجنب المساس بمراكزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري، فضلاً عن السرعة التي يمتاز بها من القضاء في الفصل والبت في النزاع من جهة أخرى.

وللأهمية المذكورة فرض التحكيم التجاري الدولي اليوم نفسه بقوة على معظم التشريعات الوطنية، الأمر الذي يتطلب تشجيعه ودعمه لتعزيز فعاليته على الصعيد الدولي وإزالة المعوقات التي تعترضه وبخاصة في مجال تنفيذ الأحكام.

ونظراً إلى التحولات التي شهدتها العراق في أصدده متنوعة، منها في الجانب الاقتصادي بانتقاله من اقتصاد السوق الموجه إلى اقتصاد السوق الحر وارتباطه بالكثير من عقود توفير السلع والخدمات وما قد ينشأ عنها من منازعات يتعين حسمها بقواعد أكثر مرونة لجذب الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها، لذا كان لزاماً وجود قواعد تنظم التحكيم التجاري الدولي في العراق، ولا سيما إن القوانين النافذة لا توجد فيها معالجة لهذا الموضوع، منها قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الذي اقتصر على معالجة التحكيم المحلي الذي يجري في داخل العراق، وأن ما ورد من نصوص في قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ من جواز اللجوء إلى التحكيم يصطدم بالمادة (الأولى) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ التي اشترطت في تنفيذ

الحكم الأجنبي في العراق أن يكون صادراً من محكمة مختصة ومكتسباً درجة البتات.

وبناءً على ذلك اتجهت الجهود بخطى حثيثة لإعداد مشروع قانون للتحكيم التجاري العراقي ليكون من بين أهدافه إيجاد قواعد تحكيم تتسجم مع قواعد التحكيم التجارية الدولية ويواكب التطور القانوني في مجال التحكيم الدولي، وقد استقى أحكامه جُلّها من التشريع المقارن، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في سنة ١٩٨٥ والمعدل في ٧ تموز سنة ٢٠٠٦.

ويؤدي التحكيم دوراً مهماً في حسم المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية والمحلية بشكل عام، وفي منازعات العقود الإدارية بشكل خاص نظراً لما يتميز به من مميزات عديدة مثل سرعة الفصل في القضايا المعروضة، والسرية... الخ كما يعد أحد الوسائل التي تساعد على تشجيع أصحاب رؤوس الأموال للاستثمار داخل الدول.

أما بخصوص التحكيم في العقود الإدارية في العراق فإنه ورد في نصوص متفرقة في بعض التشريعات ويخضع لسلطة القضاء العادي بالرغم من استقلال القضاء الإداري في العراق عن القضاء العادي منذ عام ١٩٩٠ ودخوله ما يعرف بمرحلة القضاء المزدوج، ويعود سبب ذلك خروج منازعات العقود الإدارية عن اختصاص القضاء الإداري كون اختصاصه ورد على سبيل الحصر للنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة من دوائر الدولة والقطاع العام، ومن أهم التشريعات التي أجازت اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ والشروط العامة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية المأخوذة من عقود الفدك، كذلك الأمر التشريعي بالرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الذي نظم العقود العامة،

وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ الصادرة بالاستناد إليه، وتجدر الإشارة إلى أن مشروع قانون التحكيم التجاري الذي لم يرقى النور إلى الآن قد تضمن في البند (أولاً) من المادة (٣) منه معالجة للتحكيم في العقود الإدارية وعلق صحة انعقاده ووجوده على موافقه مجلس الوزراء.

ومن هنا وطناً أنفسنا على أن نلج في هذا الموضوع، فشرعنا بالعمل فيه على منهج اقتضى أن يستقيم في مباحث أربعة، الأول تناولنا فيه التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية، والثاني التشريعات والاتفاقيات المنظمة للتحكيم في العراق، أما الثالث فخصص لأساس الرقابة القضائية وحجية الأحكام، والرابع والأخير للحديث عن الآثار القانونية لحكم التحكيم.

### ■ المبحث الأول: التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية

يعد العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً اعتبارياً عاماً وكان موضوعه متصلاً بنشاط مرفق عام وإشراف الإدارة على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بما لها من سلطة عامة ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة.

وهو ما يعبر عنه فقهاء القانون الإداري بلجوء الإدارة إلى وسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق والتزامات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها. ومصطلح (العقد الإداري) هو المصطلح السائد في الدول التي تأخذ بمفاهيم النظام القانوني اللاتيني مثل القانون الفرنسي، أما دول النظام القانوني الأنجلو أمريكي فتأخذ بمصطلح (العقد الحكومي)، وتختلف فلسفة النظامين حول هذه العقود، ففي النظام القانوني اللاتيني تسمو إرادة الطرف الإداري (أي الحكومي)، بينما في النظام الأنجلو أمريكي ليس للطرف الحكومي هذه الميزة.



وتتشابه العقود الإدارية مع العقود المدنية في أحكام كثيرة وأهمها أن تنشأ عن توافق إرادتين، ولكن في المقابل هناك فروق بينهما وهي أن العقود الإدارية تخضع لأحكام القانون العام والقضاء الإداري أما العقود المدنية فتخضع لأحكام القانون الخاص والقضاء العادي، وفي العقود الإدارية التعاقد يتم بين طرفين غير متساويين فالإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة أما المتعاقد معه من الأفراد أو الشركات فيسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة. وفي العقود المدنية فالأصل هو المساواة بين طرفي العقد لأن كل منهما يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة.

وفي العقود الإدارية تتمتع الإدارة بامتيازات وحقوق في تعديل شروط العقد والإشراف على تنفيذه وتوقيع الجزاءات في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة خروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يسري على العقود المدنية. ومن الفروق أيضاً أن الإدارة تخضع لقيود في إختيار المتعاقد معها في إبرام العقد الإداري وهي قيود لا يخضع لها الأفراد في عقودهم الخاصة فالأصل أن للفرد الحرية في التعاقد مع من يشاء.

ويعرف التحكيم بأنه نظام قانوني خاص لحل المنازعات التجارية بعيداً عن القضاء، يتعهد بمقتضاه الأطراف بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم أو التي نشأت إلى التحكيم. وهو قضاء خاص يمارس اختصاصه خارج ولاية قضاء الدولة.

وقد عرفت المادة (٧) من القانون النموذجي ١٩٨٥ (اليونيسترال) المعد من لجنة التحكيم التجاري الدولي اتفاق التحكيم على أنه (اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحدودة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما، بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أو اتفاق منفصل).

ويعرف التحكيم في العقود الإدارية بأنه نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية وطنية أو أجنبية من ولاية القضاء الإداري لكي تحل بطريق التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك، وخروجاً من مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون الأخرى في اللجوء إلى التحكيم.

### ■ المبحث الثاني: التشريعات والاتفاقيات المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية في العراق.

أن قواعد التحكيم وردت في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، فخصص لها المواد (٢٥١-٢٧٦) منه، وهي قواعد عامة لتنظيم التحكيم ولا تشير صراحةً إلى جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري، إلا أنه يمكن القول بإجازة التحكيم كما فعلت بعض التشريعات الأخرى.

إذ أجاز المشرع العراقي ضمناً اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، بعد صدور الأمر التشريعي بالرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الذي نظم العقود العامة.

وكذلك أجازت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨م، اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المقابلة التي تكون الدولة طرفاً فيها، بوصفها (رب العمل) والمقاول كطرف ثانٍ عراقياً كان أو أجنبياً.

كما أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤م نصت في المادة (٨) تحت عنوان (آلية قض المنازعات بعد توقيع العقد)، التحكيم كطريق لفش هذه المنازعات، إذ ميزت بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي، فالتحكيم

الوطني يكون وفق اجراءات قانون المرافعات المدنية، أما التحكيم الدولي (يكون في حالات الضرورة، والمشاريع الاستراتيجية الكبرى والمهمة، عندما يكون أحد الأطراف أجنبياً) مع مراعاة: اختيار أحد الهيئات التحكيمية الدولية، تحديد مكان ولغة التحكيم، اعتماد القانون العراقي الواجب التطبيق، توفر المؤهلات لدى العاملين لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب.

وكذلك الحال بالنسبة لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م المعدل، فقد أجاز البند (أولاً) من المادة (٢٧) منه اللجوء إلى التحكيم باعتباره وسيلة لحل المنازعات في نوع من أنواع العقود الدولية وهي عقود الاستثمار حيث نص على (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).

فضلاً عن ذلك، أن الاتفاقيات الدولية تؤدي دوراً مهماً في السماح بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي في العراق، ومن أبرزها عقود امتيازات النفط، من ذلك الاتفاقية المعقودة في ٣/شباط/١٩٥٢م بين حكومة العراق وشركات النفط العراقية المحدودة، ونفط البصرة المحدودة، ونفط الموصل المحدودة، وأهم الاتفاقيات التي وقع عليها العراق وتضمنت أحكاماً في التحكيم، اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات سنة ١٩٧٤، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨٠، اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣ اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧، اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي ١٩٨٨. اتفاقية القاهرة لتسوية نزعات الاستثمار في

الدول العربية لسنة ٢٠٠٠. بروتوكول جنيف المتعلق بشروط التحكيم لعام ١٩٢٣. إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ومواطني دول أخرى لسنة ١٩٦٥ (لاكسد). أما بخصوص إتفاقية نيويورك الخاصة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨ حصلت موافقة مجلس الوزراء بقراره المرقم (٥٤) لسنة ٢٠١٨ بإكمال إجراءات الانضمام إلى الإتفاقية المذكورة، كما انضم العراق إلى إتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعااهدي بين المستثمرين والدول، كما وقع العديد من الإتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع وحماية الإستثمار مع العديد من الدول وقد دخلت حيز النفاذ مع فرنسا، اليابان، أرمينيا، الكويت الأردن ... الخ.

ويرى البعض أن أحكام المادة (٢٥١) لا تصلح أساساً لإجازة التحكيم، لأن اختصاص القضاء هو الأصل وخلافه يتطلب نصاً خاصاً كون المادة (٢٩) من القانون هي من تحدد ولاية المحاكم المدنية، والبعض الآخر يطالب بوضع قيود على أحكام قانون العقود الحكومية تتمثل بضوابط تحد من لجوء الإدارة للتحكيم.

لما تقدم فإن اللجوء إلى التحكيم الإداري في العراق، وإن كان جائزاً إلا أنه ليس منظماً بشكلٍ دقيق بحيث يشمل جميع منازعات العقود الإدارية، إذ نراه موجوداً بين طيات نصوص ومواد القوانين متفرقة مثل (قانون المرافعات المدنية، قانون العقود الحكومية وتعليماتها، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية وغيرها...).

لذلك كان لزاماً تدخل المشرع وإصداره تشريعاً خاصاً بالتحكيم الإداري يجيز اللجوء إليه وينظم أحكامه، ويعدّه طريقاً لحل المنازعات المتعلقة بالعقود بما فيها العقود الإدارية لذا تم إعداد مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي استقى جل أحكامه من قانون الاونسيترال النموذجي وتضمن أحكام ومبادئ أهمها

(شروط التحكيم ومشارطة التحكيم، استقلال شرط التحكيم: شرط التحكيم يبقى صحيحاً حتى ولو أبطل العقد الأصلي أو جرى فسخه أو إنهاؤه إلا إذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم أيضاً كما لو أن موقع العقد ناقص الأهلية، نزع تخصص المحاكم القضائية: في حالة قيام المدعى عليه بالتمسك بشرط التحكيم قبل إبدائه أي طلب. عدم جواز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها، مبدأ الاختصاص بالاختصاص ويقصد به أن هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في كل ما يتعلق بالدفع المتعلقة بعدم اختصاصها، التنفيذ والاعتراف بقرارات التحكيم، إنشاء مراكز للتحكيم التجاري).

أما بخصوص التحكيم في العقود الإدارية في مشروع القانون فقد نصت المادة (٣) منه على (أولاً- مع مراعاة عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية ذات العلاقة التي تكون جمهورية العراق طرفاً فيها، تسري أحكام هذا القانون على .... ج- التحكيم في منازعات العقود الحكومية، ويشترط أن يكون التحكيم في هذه العقود بموافقة مجلس الوزراء).

وتجدر الإشارة إلى أن العقود الإدارية في العراق لا تخضع لتخصص القضاء الإداري، فبالرغم من أن العراق يعد من البلدان التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج بوجود قضاء إداري مستقل يتخصص بالمنازعات الإدارية إلى جانب القضاء العادي الذي يتخصص بالمنازعات المدنية والتجارية، إلا أن المشرع حدّد تخصص محكمة القضاء الإداري في العراق بالنظر إلى صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات الإدارية في دوائر الدولة والقطاع العام، مستبعداً في ذلك منازعات العقود الإدارية من تخصصه، يضاف إلى ذلك أن القضاء العادي في العراق في كثير من أحكامه لم يميز عند نظر دعاوى العقود الإدارية من العقود المدنية وما يترتب عليها من نتائج.

### ■ المبحث الثالث: أساس الرقابة القضائية وحجية الأحكام

تعد الرقابة في مرحلة تنفيذ الحكم التحكيمي، أخف وأكثر حيادية وأضعف أثراً على التحكيم، فهي لا تعدو أن تكون رقابة شكلية، انحسرت فيها أسباب وضوابط التدخل الخارجي في معيار واحد، هو معيار النظام العام بمدلول ضيق وحيادي تجاه الحكم التحكيمي ونظراً لأهمية الرقابة القضائية على تنفيذ حكم التحكيم الصادر في العقد الإداري من حيث أساسها وصورها، بالإضافة إلى الآلية المتبعة في تنفيذ هذه الأحكام، فإننا نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي:

#### أولاً: حجية حكم التحكيم

يتمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره وقبل صدور الأمر بتنفيذه حتى لو كان قابلاً للطعن فيه وتبقى هذه الحجية بقاء الحكم وتزول بزواله، ويترتب على هذه الحجية منع الخصوم من عرض النزاع نفسه الذي فصلت فيه هيئة التحكيم على القضاء أو التحكيم، ومنعهم من مناقشة ما قضت به هذه الهيئة إلا بالطرق التي حددها القانون.

ويشترط للقول بوجود حجية الأمر المقضي به، هو اتحاد الخصوم والموضوع والسبب مما يعد معه الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي به، ويمتنع على المحكمة معاودة نظر الدعوى، ومعنى ذلك أن تكون المسألة واحدة في الدعويين وثانياً: أن تكون المحكمة فصلت في موضوعها بحيث تستقر حقيقياً بالحكم الأول استقراراً جامعاً وثالثاً: أن تكون المسألة نفسها هي موضوع الدعوى الثانية من أي الطرفين قبل الآخر.

ومن أهم الاعتبارات التي تقوم عليها هذه الحجية، وضع حد للمنازعات

بمنع تجديدها، وهذه الاعتبارات تتطلبها المصلحة العامة والخاصة، لأن استمرار المنازعات يؤدي إلى عدم استقرار الحقوق وتعطيل المعاملات وتناقض الأحكام في الخصومة الواحدة.

ولقد وضعت تشريعات التحكيم المختلفة هذا الأمر في حساباتها للاعتبارات السابقة وغيرها، وهذا ما قننه المشرع الفرنسي فالمادة (١٤٧٦) من قانون الإجراءات المدنية الجديد تقول: «يتمتع حكم التحكيم منذ صدوره بحجية الأمر المقضي بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه».

بينما لم يشير المشرع العراقي إلى مثل هذا النص، واكتفى بتحديد نطاق هذه الحجية في المادة (٢/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية النافذ بالقول: «لا ينفذ قرار المحكمين إلا في حق الخصوم الذين حكموهم في الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله». وهي حجية نسبية مقتصرة على أطراف المنازعة التحكيمية فقط.

أما مشروع قانون التحكيم العراقي فقد نصت المادة -٤٤- منه على (أولاً- يعد قرار التحكيم ملزماً بغض النظر عن الدولة التي صدر فيها).

### ثانياً: كيفية تنفيذ حكم التحكيم

لا يملك المحكم سلطة الأمر أو الجبر التي تمكنه من تنفيذ ما يصدر عنه من أحكام تنفيذ جبرياً، باعتبار أن هذه السلطة تبقى حكراً على الدولة، وتعد لازمة من لوازم السلطة والسيادة فيها وحدها، وأن المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام القضاء والمحكمين هي من اختصاص القضاء وحده، وهو الذي يضي عليها القوة التنفيذية، والمبدأ العام هو الامتثال لحكم التحكيم، من قبل أطراف المنازعة الإدارية، وتنفيذه طواعية، من قبل من صدر ضده حكم التحكيم الإداري، وهي الطريق الودية المنسجمة مع الطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم.

أما في حالة الامتناع عن التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم الصادر في العقد الإداري، فإنه لا بد من اللجوء إلى القضاء في هذه الدولة للحصول على أمر بتنفيذ هذا الحكم لكي ينفذ جبرياً.

غير أن هذا التنفيذ الجبري يستوجب إسباغ الصفة التنفيذية عليه، من خلال المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة، لكي يكون بمثابة الحكم القضائي من حيث قوة التنفيذ، وعندها لا يكون في وسع الممتنع عن التنفيذ الاستمرار في الامتناع، لأنه سيكون في مواجهة سلطة الدولة في إنفاذ الأحكام، كما ويعد الحكم التحكيمي في هذه الحالة -بعد المصادقة عليه من المحكمة المختصة- قطعياً وفاصلاً في الخصومة بين أطرافها بصورة نهائية ومانعة، بحيث يمتنع على المحكم معها، العدول أو التراجع عن هذا الحكم، أو محاولة تعديله بعد إصداره. وتتفق التشريعات المقارنة في مسألة وجوب المصادقة على قرار المحكمين، إلا أنها تختلف في كيفية هذه المصادقة أو إصدار أمر التنفيذ، وفي الإجراءات الواجبة الاتباع بهذا الصدد.

فإذا كانت مسألة إصدار أمر التنفيذ لقرار المحكمين في القانون الفرنسي سابقاً، تتطلب حضور الخصوم أمام القضاء، والقضاء بدوره يضي الصيغة التنفيذية على هذا القرار، فإنه وبصدور قانون ١٦/آب/١٩٧٠ أصبح لرئيس المحكمة سلطة إصدار الأمر بالتنفيذ من دون إحضار الخصوم أمامه، وسرعان ما تغير هذا الوضع بعد صدور قانون ٥ تموز عام ١٩٧٢ والذي بموجبه أصبح أمر التنفيذ من اختصاص قاضي التنفيذ، كما نص على ذلك أيضاً قانون رقم (٦٥٠) لسنة ١٩٩١ والمتعلق بإجراءات التنفيذ.

يضاف إلى ذلك أن أمر تنفيذ حكم التحكيم الداخلي غير قابل للطعن أو التظلم منه، أما القرار الصادر برفض التنفيذ يكون قابلاً للطعن به استئنافاً



خلال شهر من تاريخ تبليغه، بعكس حالة التحكيم الدولي، إذ إن قرار رفض التنفيذ يخضع للطعن به استئنافاً لدى محكمة الاستئناف التي يتبعها القاضي الذي أصدر الرفض.

وقد عالج قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ مسألة تنفيذ حكم التحكيم وكيفية المصادقة عليه في المادة (٢٧٢/١) والتي جاء فيها «لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً، ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة.

إذ تبين المادة آنفة الذكر صلاحية المحكمة المختصة بنظر النزاع بالمصادقة على حكم التحكيم ليكون قابلاً للتنفيذ، وذلك بعد قيام المحكمين بإيداع الحكم من أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المشار إليها، خلال الثلاثة أيام التالية لصدوره كما أوجبت ذلك المادة (٢٧١) من القانون أعلاه.

أما في مشروع قانون التحكيم فقد نصت البند (ثانياً) من المادة (٤٤) منه على (على الطرف الذي يطلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه ان يقدم ما يلي إلى المحكمة المختصة:

أ- طلب تحريري لتنفيذ قرار التحكيم.

ب- أصل قرار التحكيم أو نسخة مصدقة من الجهة التي أصدرته.

ج- اتفاق التحكيم الأصلي أو صورة مصدقة منه.

د- نسخة مترجمة باللغة العربية لقرار التحكيم من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية).

أما البند (أولاً) من المادة (٤٥) من المشروع المذكور آنفاً فإنه نص على (لا يجوز رفض الاعتراض بقرار التحكيم ورفض تنفيذه، إلا إذا:

أ- قدم الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده للمحكمة المختصة ما يثبت:

١- أن حكم التحكيم لم يعد ملزماً للأطراف، أو قد تم ابطاله أو إيقاف تنفيذه من قبل إحدى محاكم الدولة التي صدر فيها الحكم أو وفقاً لقانونها.

٢- توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في الفقرات (ج) و (د) و (هـ) و (و) من البند (أولاً) من المادة (٤٢) من هذا القانون.

ب- رفضت المحكمة المختصة من تلقاء نفسها الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه في إحدى الحالتين التاليتين:

١- إذا كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً للقانون العراقي.

٢- أن الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه يتعارض مع النظام العام في جمهورية العراق).

### ثالثاً: صور الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم

#### أ- الرقابة الشكلية

أن رقابة القاضي في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم، تكون ذات طبيعة شكلية لهذا الحكم من دون أن تمتد لفحص هذا الحكم من الناحية الموضوعية.

ففي فرنسا يقتصر دوره على التحقق من وجود حكم التحكيم الصادر، وأنه غير مخالف للنظام العام، ويكون ذلك عن طريق الفحص الظاهري لهذا الحكم من دون الخوض في بياناته.

وقد تمتد سلطة القاضي إلى التحقق الفعلي لخلو حكم التحكيم من موانع التنفيذ قبل تذييله بأمر التنفيذ، فيكون لهذا القاضي علاوة على التحقق من شروط تنفيذ هذا الحكم التحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته، وكذلك صحة تشكيل هيئة التحكيم ومدى التزامها بحدود مهمتها، وملاحظة أن صدور حكم التحكيم جاء مستوفياً للقواعد الشكلية المحددة قانوناً، فضلاً عن التحقق من صحة صدور حكم التحكيم نفسه.

وبخلاف هذه الشروط يرفض القضاء المختص تنفيذ حكم التحكيم، وأن هذا الدور الموسع لسلطات القاضي الأمر بالتنفيذ، قد نصت عليه المادة (٥) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨. والبند (أولاً) من المادة (٤٥) من المشروع قانون التحكيم العراقي.

### ب: الرقابة الموضوعية

إن سلطة القاضي تكون مقيدة ببحث مدى توافر المقتضيات القانونية لصحة حكم التحكيم وخلوه من موانع التنفيذ، من دون أن التدخل لإعادة تقييم الوقائع أو مراجعة النتيجة التي توصل إليها، فهو لا يراقب مضمون الحكم أو مناقشة ما فصل فيه من الوقائع أو القانون، كما أن تدخل القاضي يجب أن لا يمس استقلال المحكم، وحجية حكمه أو طبيعته القضائية.

فضلاً عن ذلك فإن رقابة القاضي الأمر بالتنفيذ لا تمتد لبحث ملاءمة حكم التحكيم للقانون الواجب التطبيق، أو مدى سلامة أسباب هذا الحكم أو مدى كفايتها، على اعتبار أن ذلك من اختصاص قاضي البطلان وليس قاضي التنفيذ،

ورغم ذلك هناك بعض حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم لا يمكن التحقق منها إلا من خلال فحص الحكم من الناحية الموضوعية، كحالة مخالفة هذا الحكم

للنظام العام، فقاضي التنفيذ باعتباره الحامي لهذا الأخير، فيكون له فحص مضمون حكم التحكيم للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام.

وبذلك فإن رقابة القاضي في مرحلة التنفيذ يصعب تصورهما، على أنها مجرد رقابة شكلية بحتة، بل تتعدى ذلك وتمتد في بعض الأحيان إلى رقابة الحكم من الناحية الموضوعية، وإن كانت رقابة موضوعية محددة تمكنه من التحقق من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ حكم التحكيم، لا سيما فيما يتعلق بعدم انطواء هذا الأخير على ما يخالف النظام العام.

وقد حدد المشرع العراقي حدود سلطة المحكمة المختصة بالتصديق على قرار الحكم بموجب نص المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية النافذ، إذ نصت على «يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم، أو تبطله كلاً أو بعضاً، ويجوز لها في حالة الإبطال أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم، أو تفصل في النزاع نفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها».

ويتبين من النص المذكور، ما للمحكمة من سلطة على حكم التحكيم، وما تمارسه من رقابة عليه، حتى أنه بوسعها ترك قرار التحكيم، وتقوم هي بالفصل في النزاع، مما يعني أنها تمارس رقابة شكلية وموضوعية على القرار في آن واحد.

#### رابعاً/ حدود الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم

الأصل أن حكم المحكمين يجوز حجية الأمر المقضي به، ويجوز تنفيذه اختياراً بإرادة المحكوم ضده الصريحة أو الضمنية في الأحوال التي يصدر فيها الحكم خالياً من العيوب، أما إذا رفض المحكوم ضده التنفيذ اختياراً، فإن الأمر يتطلب ضرورة صدور أمر بتنفيذه من القضاء المختص، كشرط أساسي للتنفيذ.

فالحكم لا يكون نافذاً إلا بعد صدور أمر التنفيذ، وذلك لتحقيق رقابة القاضي الإداري على حكم التحكيم في الدولة المراد تنفيذه فيها عن طريق الأمر بالتنفيذ.

أ- الجهة المختصة بإصدار أمر تنفيذ الحكم يتجه غالبية الفقه بأن الاختصاص بإصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في العقود الإدارية، يخول للقاضي الإداري وليس العادي مستنداً إلى الحجج الآتية:

١- أن تحديد القاضي المختص بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم يتوقف على طبيعة النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم، فإذا كان هذا النزاع ذا طبيعة إدارية فيكون الاختصاص للقاضي الإداري، وتحديداً لرئيس المحكمة الإدارية الصادر في نطاقها حكم التحكيم.

٢- إذا كانت مهمة المحكم ذات طبيعة خاصة نشأت تحت مظلة القانون الخاص، فإن هذه المهمة تنتهي بصدور حكم التحكيم، وبالتالي يعامل هذا الحكم حسب طبيعة المنازعة التي فصل فيها، فإذا كانت صادرة في نزاع إداري فإنه يدخل تحت مظلة القانون العام ويخضع لأحكامه.

٣- إن أمر التنفيذ لا يكون -كما قال الاتجاه الأول- مجرد إجراء بسيط وشكلي، إذ إن حكم التحكيم وصدوره من هيئة التحكيم، فضلاً عن عدم مخالفته للنظام العام، فيكون من الأفضل إسناده للقاضي الإداري باعتباره الأجدر على ذلك.

٤- أضاف هذا الاتجاه حجة عملية في غاية الأهمية، وهي أن إسناد أحكام التحكيم الصادرة في نطاق القانون العام للقضاء الإداري، يتيح إمكانية اللجوء لهذا القاضي في حالة امتناع الشخص المعنوي العام

(جهة الإدارة) عن تنفيذ حكم التحكيم، فهذا القاضي بما يملكه من سلطات يساعد على تنفيذ هذا الحكم كفرض الغرامة التهديدية، وهو ما طبقته المحكمة الإدارية الاستئنافية في فرنسا/ ليون في حكمها الصادر ٢٧ ديسمبر عام ٢٠٠٧، واستقر عليه مجموعة العمل المكلفة بوضع مشروع قانون التحكيم الإداري الفرنسي بقولها: «إن أمر تنفيذ حكم التحكيم الصادر في عقود الأشخاص المعنوية العامة يسند لرئيس المحكمة الإدارية الصادر في نطاقها هذا الحكم أو القاضي الذي يفوضه في ذلك.

أما في القانون العراقي فقد أعطى الاختصاص بالمصادقة على قرار المحكمين وإسباغ الصيغة التنفيذية عليه لمحكمة البداية التي يقع النزاع ضمن دائرة تخصصها في حالة كون طرفي النزاع من العراقيين، كما رسمتها المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية النافذ، وذلك بعد تسليم المحكمين صورة من قرار التحكيم للطرفين، وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم، إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال الثلاثة أيام التالية مع تقديم أحد أطراف النزاع طلباً بذلك، أما في مشروع القانون فقد أناط المهمة بالمحكمة المختصة بموجب البند (ثانياً) من المادة (٤٤) منه كما أسلفنا وقد عرفت المحكمة المختصة بموجب البند (رابعاً) من المادة (١) منه بأنها (محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفتهما الأصلية ما لم يتفق أطراف النزاع على اختصاص محكمة استئناف أخرى).

ب - شروط استصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم

اقتصر المشرع الفرنسي على تحديد شروط تنفيذ حكم التحكيم الدولي أو الصادر في الخارج وهما شرطان، الأول: التحقق من وجود حكم التحكيم؛ والثاني: ألا يكون الاعتراف أو تنفيذ هذا الحكم مخالفاً للنظام العام الدولي (م١٤٩٨)

إجراءات مدنية فرنسي، أما فيما يتعلق بحكم التحكيم الداخلي فقد جاء قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، خالياً من تحديد شروط دخول هذا الحكم حيز التنفيذ، وهذا ما أحدث خلافاً على الساحة القانونية الفرنسية حول تحديد تلك الشروط.

ومفادها هذا النص أن القاضي الإداري المختص بنظر طلب تنفيذ حكم التحكيم الصادر في العقد الإداري، عليه التحقق من أن الحكم مستوف لهذه الشروط، فضلاً عن شرط مهم آخر وهو انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم من دون صدور حكم بالبطلان.

والحكمة من ذلك أن صدور أمر التنفيذ يصبح سنداً تنفيذياً يقبل التنفيذ الجبري في الوقت الذي تنظر فيه المحكمة المختصة دعوى البطلان مع احتمال أن يصدر حكم المحكمة مؤكداً بطلان حكم التحكيم.

إذ إن مجرد رفع دعوى البطلان نفسها لا يوقف أمر تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا طلب رافعها في عريضة دعواه وقف التنفيذ، واستجابت محكمة القضاء الإداري المختصة لذلك، لوجود أسباب جدية، وعليها الفصل في دعوى البطلان خلال الميعاد المحدد بالقانون من تاريخ أمر التنفيذ.

أما في القانون العراقي وبالرغم من عدم وجود دعوى البطلان ضمن نصوص قانون المرافعات، إلا أن المشرع العراقي أشار إلى الإجراءات والشروط التي تسبق أمر المصادقة من المحكمة المختصة حصراً - بسبب عدم وجود قاضي تنفيذ، وإنما منفذ عدل كما مر سابقاً - ومنها وجوب أن يقوم المحكمون بأنفسهم بإعطاء صورة من قرار التحكيم للطرفين، وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم إلى هذه المحكمة المختصة خلال الثلاثة أيام التالية بوصول يوقع عليه كاتب المحكمة (٢٧١) مرافعات.

كما أعطى القانون العراقي سلطة تقديرية واسعة للمحكمة في المصادقة على أمر التنفيذ من عدمه لأسباب عدة (٢٧٣) مرافعات، ومن هذه الأسباب مخالفة القرار لقاعدة من قواعد النظام.

أما المادة -٤٢- من مشروع القانون فإنها نصت علي (أولاً- لا يجوز الطعن بقرار التحكيم أمام المحكمة المختصة إلا بطلب إبطال يقدم من أحد أطراف التحكيم في إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا جرى التحكيم في ظل غياب اتفاق المحكم.

ب- إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو مفسوخاً أو عديم الأثر وفقاً للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم أو سقط بانتهاء مدته.

ج- إذا كان أحد اطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام اتفاق التحكيم فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته أو فاقداً للصفة التي تؤهله التعاقد.

د- إذا لم يبلغ طالب الإبطال على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو لم يمكن من تقديم دفعه أمام هيئة التحكيم أو وقع خرق لمبدأ المساواة بين الخصوم.

هـ- إذا تناول قرار التحكيم مسائل لم يتضمنها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق وكان بالإمكان فصل أجزاء القرار الخاضعة للتحكيم عن أجزائه غير الخاضعة له، فلا يقع الإبطال إلا على الأجزاء غير الخاضعة للتحكيم.

و- إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم مخالفاً للقانون أو لاتفاق الأطراف.



ثانياً- تقضي المحكمة المختصة من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم في إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً للقانون العراقي.

ب- إذا كان قرار التحكيم يتعارض مع النظام العام في جمهورية العراق.

ثالثاً- تنظر المحكمة المختصة في دعوى البطلان في الحالات المنصوص عليها في البندين (أولاً) و (ثانياً) من هذه المادة، من دون أن يكون لها فحص الوقائع أو الدخول في موضوع النزاع.

ج- التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ الحكم

أن الأصل هو تنفيذ حكم التحكيم وليس إعاقة تنفيذه، وبناءً على ذلك فقد أجاز المشرع الفرنسي، التظلم من القرار الصادر برفض تنفيذ هذا الحكم.

فيما يتعلق بحكم التحكيم الداخلي تنص المادة (١٤٨٩) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على أن «القرار الذي يرفض أمر التنفيذ يكون قابلاً للاستئناف في خلال شهر اعتباراً من تاريخ إعلانه، وفي هذه الحالة يكون لمحكمة الاستئناف أن تنظر بناءً على طلب أحد الأطراف في الأسباب التي كان يمكن التذرع بها ضد الحكم التحكيمي عن طريق الاستئناف أو دعوى البطلان حسب الحالة».

وقد أراد المشرع الفرنسي من ذلك تجنب تكرار ممارسة طرق الطعن نفسها في حكم التحكيم والقرار الصادر برفض التنفيذ، على اعتبار أن الهدف من الطعن في هذا الأخير، يمكن تحقيقه أثناء ممارسة الطعن في حكم التحكيم، كما أن مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الصادر عام ١٩٩٣م، أجاز تطبيق نص

المادة المذكورة أعلاه، على هذه الطائفة من العقود شريطة أن يكون الاختصاص للقاضي الإداري.

أما في القانون العراقي، فقد نصت المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المدنية على أن «الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة في القانون».

ويتضح من النص أعلاه أن الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة سواء أكان بالقبول أو الرفض، يكون قابلاً للطعن فيه بجميع طرق الطعن المقررة في المادة (١٦٨) مرافعات، باستثناء الاعتراض على الحكم الغيابي لتعارضه مع اتفاق التحكيم، لأن لفظه (الحكم) جاءت عامة أو مطلقة، والقاعدة تقضي بأن «المطلق يجري على إطلاقه».

من جانبه أشار المشرع العراقي في البند (ثانياً) من المادة (٤٥) من مشروع قانون التحكيم، إلى إمكانية الطعن بقرار رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه، وذلك من خلال التظلم أمام محكمة التمييز باعتبارها -محكمة الدرجة الثانية لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع ما لم يتفق الأطراف على محكمة أخرى- خلال (٣٠) ثلاثين يوم من تاريخ التبليغ بالحكم وعلى المحكمة نقض القرار أو تعديله.

### ■ المبحث الرابع: الآثار القانونية لحكم التحكيم

الحقيقة أن الطبيعة المركبة للتحكيم في كونه اتفاقي النشأة، قضائي الوظيفة يكشف في وجهها الثاني في أن فعالية عمل المحكم تنحصر في حجية الأمر المقضي به، فهي أدواته في تحقيق وظيفته، وحكم المحكم بوصفه عمل إجرائي يحاط منذ صدوره بضمانات، لا يقتصر على ترتيبه لآثاره الإجرائية، وإنما يرتب

آثاراً قانونية أيضاً، منها عدم جواز المساس به، خارج حدود معينة بعد صدوره فالمحكم بعد صدور الحكم في المنازعة الإدارية لا يصبح محكماً، ويخرج النزاع من سلطته، وهو ما يعبر عنه باستتفاذ المحكم لولايته، ومضمون هذه القاعدة منع المحكم من العدول عن حكمه أو تعديله، وكل ما يمكنه القيام به هو تصحيح ما ورد به من أخطاء مادية أو تفسيره بناءً على طلب المحكم من دون المساس به.

هذا وبصدور حكم التحكيم في المنازعة الإدارية، فإنه يرتب جملةً من الآثار بعضها يخص المحكم والبعض الآخر يخص طرفي النزاع، وكما سيأتي بيانه:

#### أولاً- آثار حكم التحكيم على المحكمين:

إن الأثر الذي يخلفه صدور الحكم التحكيمي على المحكمين يمثل التزاماً عليهم تجاه الأطراف والمحكمة المختصة بنظر المنازعة الإدارية، فقد نص المشرع العراقي بشكل واضح وجلي على التزام المحكمين بتسليم طرفي النزاع نسخة من الحكم الصادر في النزاع المعروض على التحكيم، إذ نصت المادة (٢٧١) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ على ذلك بقولها:

(بعد أن يصدر المحكمون قرارهم على الوجه المتقدم يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين، وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع، خلال الثلاثة أيام التالية لصدوره، وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة).

والملاحظ أن المشرع العراقي قد أوجب على المحكمين وألزمهم بتسليم صورة من القرار إلى طرفي النزاع، ولم يترك لهم تقدير ذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الالتزام يكون على شكل صورة من الحكم بأسبابه وحيثياته، وليس فقط فقرته الحكمية، كما أن هذا الالتزام يكون شاملاً لطرفي النزاع من دون أحدهما، فلا يصح تسليمه لمن صدر الحكم لمصلحته.

كما يتبين من نص المادة (٢٧١) آنفه الذكر، أنه على المحكمين واجب تسليم حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال الثلاثة أيام التالية لصدوره مع أصل اتفاق التحكيم، وتحديد مهلة الإيداع، مع ضرورة إيداع أصل الحكم وليس صورة منه، فضلاً عن إيداع أصل اتفاق التحكيم وأن هذا الالتزام يقع على عاتق المحكمين.

أن صدور الحكم التحكيمي في المنازعة الإدارية يمثل نهاية المهمة المعهودة للمحكمين في اتفاق التحكيم، وبانتهاء هذه المهمة تنتهي سلطات المحكم وواجباته، وهو ما يعني انتهاء ولاية المحكم، وانتهاء الولاية تعني عدم إمكانية الرجوع ثانية لبحث موضوع النزاع، أو إعادة النظر في الحكم الذي اتخذه المحكمون وفضوا به المنازعة.

وانتهاء ولاية المحكمين بصدور الحكم، هو نتيجة مكملة لانتهاء مهمتهم التحكيمية، ومن ثم زوال صفة المحكم عنهم، لأنه لا يوجد نزاع يستلزم بقاء هذه الصفة، وهذا المبدأ أصبح أصلاً عاماً من أصول التنظيم القضائي يجب أعماله، حتى مع عدم النص عليه صراحةً، فإن ذلك لا يمنع من الأخذ به لكونه من متطلبات نظام التحكيم، ويعد ضماناً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية، وهو ما يتفق مع الهدف من التحكيم، غير أن هذا المبدأ ترد عليه الاستثناءات الآتية:-

أ- إذا ما طلب أحد أطراف النزاع أو كليهما، تفسير ما أشكل من حكم التحكيم، مما يتطلب توضيح المقصود منه، وقد نص المشرع المصري على ذلك في المادة (٤٩) من قانون التحكيم المصري النافذ، إذ أجاز لكل من طرفي النزاع أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، خلال الثلاثين يوم التالية لتسلمه حكم التحكيم.

ولقد ترك المشرع العراقي سلطة تقدير ذلك للمحكمة المختصة من دون أطراف النزاع، إذا أعيد الحكم من المحكمة المختصة إلى المحكمين لإصلاح ما شابه من خطأ أو غموض، إذ نصت المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ على ذلك بقولها:

(يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الابطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها).

ب- إذا احتوى الحكم على خطأ مادي، الأمر الذي يستوجب التصحيح: فلكل من طرفي النزاع أو لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أن تبادر إلى تصحيح الأخطاء المادية الكتابية أو الحسابية التي لا تمس أصل الحكم.

وقد أغفل المشرع العراقي بيان حكم الأخطاء المادية في قرار المحكمين، رغم أنه تطرق في المادة (١٦٧) من قانون المرافعات إلى الأخطاء المادية البحتة أو الحسابية في الأحكام الصادرة من المحاكم، إذ تقوم المحكمة بتصحيح هذه الأخطاء بناء على طلب الخصوم، إلا أنه قد تدارك ذلك في نص المادة (٣٧/أولاً) من مسودة مشروع قانون التحكيم التجاري والتي نصت على (لأي من أطراف التحكيم وخلال (٣٠) يوماً من تاريخ تسلم قرار التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم بشرط أخطار الطرف الآخر ما يأتي:

أ- تصحيح الأخطاء الحسابية أو الكتابية أو المطبعية أو أية أخطاء أخرى مماثلة من دون المساس بموضوع القرار.

ب- تفسير ما يشوب قرار التحكيم من غموض.

ومن جانب آخر تناول المشرع العراقي بيان حكم الأخطاء الجوهرية في قرار التحكيم أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار، إذ في مثل هذه الحالة يتعين على المحكمة المختصة من تلقاء نفسها أن تبطل قرار المحكمين، كما يجوز للخصوم التمسك ببطلان قرار التحكيم أمام المحكمة المختصة إذا ما شابته خطأً جوهرياً.

ج- إذا ما أغفل حكم التحكيم الإداري الفصل في بعض المسائل المعروضة على التحكيم: فيكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب من الخصوم أو أحدهما، وليس من تلقاء نفسها، الفصل في ما أغفلت الفصل فيه من الطلبات المقدمة إليها من دون أن تتعدها إلى طلبات جديدة.

#### ثانياً- آثار حكم التحكيم على طرفي النزاع:-

إن الهدف الرئيسي من إحالة المنازعة الإدارية إلى التحكيم الإداري، القصد منه التوصل إلى تسوية لهذه المنازعة من خلال حكم التحكيم، وإنهاء هذه المنازعة يكون من خلال تنفيذ الحكم الصادر، لذا فإن الأثر المهم بالنسبة لحكم التحكيم على طرفي المنازعة الإدارية، هو تنفيذ هذا الحكم، فكل إحالة إلى التحكيم تتضمن التزاماً ضمناً، من كل الأطراف للالتزام بحكم التحكيم الذي يصدر عن المحكمين وتنفيذه.

ويترتب على صدور حكم التحكيم بالإضافة إلى الآثار القانونية السالفة الذكر، اكتسابه حجية الأمر المقضي به، فحكم التحكيم يحوز الحجية القضائية المانعة من إعادة المناقشة حول ما قضى به المحكم، إلا بالطرق التي تحددها الأنظمة القانونية الوضعية في هذا الصدد، مشابهاً بذلك الأحكام القضائية الصادرة من محاكم الدولة العادية منها والإدارية.

فحكم التحكيم هو عمل قضائي له خصائص تلك الأحكام، وبموجبه يتمتع على أحد أطراف النزاع الذي فصل فيه، اللجوء إلى جهة قضائية أخرى في الموضوع نفسه محل حكم التحكيم الإداري من جديد.

والمقصود بحجية الأمر المقضي به امتناع طرفي النزاع الذي صدر به حكم من المحكمين، عن إعادة عرض النزاع مجدداً أمام القضاء أو التحكيم، ويكتسب الحكم التحكيمي هذه الحجية حتى قبل صدور الأمر بتنفيذه.

فالتحكيم نوع من القضاء أقره المشرع إلى جانب القضاء العادي في الأصل والقضاء الإداري في الدول التي تأخذ بازواج القضاء، ومن ثم فإن الوظيفة التي يؤديها المحكم هي الفصل في المنازعة الإدارية المعروضة عليه بحكم نهائي، وهي وظيفة القاضي نفسه في محاكم الدولة، فالتحكيم وأن كان مصدره اتفاق أطرافه على حسم منازعاتهم من خلاله، فإنه يعد عملاً قضائياً في آثاره، ومن ثم يحوز الحكم الصادر من المحكم حجية الأمر المقضي به، وهي حجية لا تثبت إلا للأحكام القضائية.

وقد وصفت هذه الحجية أنها من مقتضيات المصلحة العامة والخاصة بضرورة وضع حد للمنازعات، والمحافظة على استقرار الحقوق والمراكز القانونية، كما أن عدم تقرير مثل هذه الحجية سيؤدي إلى فقدان الثقة بالأحكام، وزعزعة التعامل، فضلاً على أنه قد يؤدي إلى صدور أحكام متباينة في النزاع الواحد، وهذه الحجية محددة النطاق من حيث الموضوع والأشخاص، فمن حيث الموضوع، فإن المنازعة الإدارية المنظورة من قبل هيئة التحكيم وتم الفصل فيها، هي التي تحوز الحجية وحدها من دون غيرها من المسائل، التي تم الاتفاق على عرضها على التحكيم الإداري، ولكنها لم تنظم من قبل المحكمين، ولم يتم البت فيها من قبلهم.

أما من حيث الأشخاص فقد حددت المادة (٢/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ، من هم المعنيون بالحكم بقولها:

(لا ينفذ قرار المحكمين إلا في حق الخصوم الذين حكموهم في الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله).

ونلاحظ مما تقدم أن حكم التحكيم الإداري له حجية نسبية تقتصر على أطرافه فقط، ولا يمتد أثرها إلى الغير، الذي لم يكن طرفاً فيه.





عرض موجز  
مقدم من طرف مجلس الدولة الجزائري

**إجراءات التحكيم**  
**في العقود الإدارية**  
**(اتفاق التحكيم، تشكيل هيئة التحكيم...)**

إعداد  
المشاركة: سميرة عبد الصدوق  
رئيسة مجلس الدولة الجزائري



من أهم الظواهر القانونية الحديثة هي انتشار التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، إلى جانب طرق أخرى وهي الصلح والوساطة.

إن الجزائر كرست التحكيم كوسيلة أخرى للفصل في النزاعات وجاء ذلك في الباب الخامس الفصل الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة ٩٧٥ إلى المادة ٩٨٩، ثم في الباب الثاني المادة ١٠٠٦ إلى المادة ١٠٦١.

وسنت القوانين التي تكفل سلامة إجراءات التحكيم، والتحكيم هو نظام قانوني ناشئ عن فعل المتنازعين الذين يختارونه كأداة لحسم نزاعاتهم. ويتسم التحكيم بعدة مزايا جعلته محط أنظار الأطراف المتنازعة بما في ذلك سرعة الإجراءات وسرعة الفصل والتخصص الفني.

ونظراً للتطور الكبير الذي يشهده النشاط الإداري وامتداده ليشمل كل مظاهر النشاط الإنساني فإن ذلك أدى إلى ظهور نظام تحكيمي خاص يعرف بنظام التحكيم في العقود الإدارية، ويعتبر التحكيم في مجال العقود الإدارية آخر مجال شمله التحكيم، وقد سائر المشرع الجزائري التشريعات المقارنة بتكريسه لقواعد تضبط إجراءات التحكيم في العقود الإدارية (اتفاق التحكيم، تشكيل هيئة التحكيم...) وهو ما سوف نتطرق إليه في هذا البحث الوجيز.

### ١- التطور التاريخي للتحكيم في التشريع الجزائري؛

قبل استقلال الجزائر سنة ١٩٦٢ كان يُطبَّق على الجزائر قانون الإجراءات الفرنسية الذي يتضمّن قواعد عن التحكيم في مجال العقود الإدارية.

إلا أنه بعد الاستقلال وعند صدور قانون الإجراءات المدنية القديم بموجب الأمر رقم ١٥٤/٦٦ الصادر بتاريخ ٠٨/٠٦/١٩٦٦ نجد أن المشرع الجزائري قد وضع تدابير مُنظمة للتحكيم بين أشخاص القانون الخاص فقط في المادة ٤٤٢

وما يليها منه، بينما مُنِعَ التحكيم على الدولة وعلى جميع الأشخاص المعنوية العامة بما في ذلك التحكيم في مجال العقود الإدارية وذلك بصريح العبارة في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٢ المذكورة أعلاه. بعد تكريس المشرع الجزائري للنظام الليبرالي بموجب دستور ٢٣ فبراير ١٩٨٩ وتخليه عن النظام الاشتراكي الذي إعتقه منذ الإستقلال وإلى جانب الإلتزامات الدولية التي صادقت عليها الجزائر المتعلقة بالتحكيم بصفة عامة والمتمثلة في اتفاقية واشنطن المنشئة لمركز تسوية الخلافات في مادة الاستثمار المصادق عليها بتاريخ ١٨/٠٣/١٩٦٥ واتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها المصادق عليها بتاريخ ١٠/٠٦/١٩٨٨ تم تعديل الأمر رقم ٦٦/١٥٤ المتضمن قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٣/٠٩ المؤرّه في ٢٥/٠٤/١٩٩٣ أين سمح المشرع بإجراء التحكيم بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك في المواد من ٤٥٨ مكرر إلى ٤٥٨ مكرر ٢٨ منه.

وعند صدور القانون رقم ٠٨/٠٩ المؤرّه في ٢٥/٠٤/٢٠٠٨ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغى الأمر رقم ٦٦/١٥٤ الصادر بتاريخ ٠٨/٠٦/١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات المدنية السابق نظم المشرع مسألة التحكيم بصفة عامة بما في ذلك التحكيم في العقود الإدارية في الكتاب الخامس تحت عنوان «في الطرق البديلة لحل النزاعات» وهذا في الباب الثاني منه تحت عنوان «في التحكيم» ضمن المواد من ١٠٠٦ إلى ١٠٦١ منه، إلا أن المواد من ١٠٣٩ إلى ١٠٦١ من هذا القانون تضمّنت الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والتي تخرج من نطاق دراستنا هذه، لذلك فإن المواد التي تخصّ التحكيم بصفة عامة والتحكيم في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة وردت في المواد من ١٠٠٦ إلى ١٠٣٩ من هذا القانون.

## ٢- تعريف التحكيم:

التحكيم لغة كلمة مُشتقة من «حَكَم» وتعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه<sup>(١)</sup>. أما اصطلاحاً فيُقصد بالتحكيم إتفاق أطراف علاقة قانونية معيّنة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يُحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم إختيارهم كمحكّمين<sup>(٢)</sup>.

ولم يخرج الفقهاء عن التعريف اللغوي للتحكيم. فبعضهم يعرفه على أنه: «الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»<sup>(٣)</sup>.

والبعض الآخر يُعرفه على أنه «نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إمّا مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يَرْتَضُونَهَا»<sup>(٤)</sup>. في حين يُقصد بالتحكيم في القانون الجزائري باتفاق الأطراف على عرض نزاع ناشئ أو سينشأ عند تنفيذ عقد سابق بينهما إلى هيئة تحكيمية للفصل فيه بدلاً عن القضاء العمومي. والدافع لذلك هو ممارسة حرية منحها المشرّع للأشخاص في اختيار مُحكّم يفترضون فيه الأمانة والحياد والكفاءة القانونية للحكم بالعدل في النزاع هذا من جهة ومن جهة أخرى تفادياً للإجراءات والشكليات المتبعة أمام القضاء العمومي والتي قد تتميز بالضغوط وإطالة أمد التقاضي ناهيك عن تميّز التحكيم عن القضاء العمومي بسرية الجلسات.

(١) محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٥٠.

(٢) أبو زيد رُضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٧٠.

(٣) أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، مصر، ١٩٩٦، ص ٣٤.

(٤) مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط ١، لبنان بيروت منشورات الحلبي الحقوقية ١٩٩٨ ص ٢٨.

### ٣- تعريف العقد الإداري:

يُعرف العقد الإداري طبقاً للقانون الجزائري على أنه هو ذلك العقد الذي يُبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو توفير حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، تظهر فيه نية الإدارة للأخذ بأحكام القانون العام، ويتضمن العقد شروطاً إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

### ٤- العقود الإدارية الجائز التحكيم فيها:

أجاز المشرع الجزائري لكل شخص طبيعي اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مُطلق الحرية للتصرف فيها ما عدى المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم وذلك حسب الفقرة الأولى والثانية من المادة ١٠٠٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فليست لها مُطلق الحرية في اللجوء إلى التحكيم بل هي مقيدة في ذلك، بحيث أجاز لها المشرع أن تطلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية فقط، أما بالنسبة للمجالات الأخرى فلا يجوز لها ذلك، وهذا ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة ١٠٠٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

### ٥- كيفية إبرام اتفاق التحكيم:

نصّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على طريقتين لإبرام اتفاق التحكيم وهما: شرط التحكيم ومُشاركة التحكيم.

## أ- شرط التَّحْكِيم (la clause compromissoire):

يُقصد به اتفاق أطراف عقد معيّن صراحة على عرض أي نزاع مُستقبلي ينشأ بينهما أثناء تنفيذ هذا العقد على التَّحْكِيم من خلال الإشارة إلى ذلك في العقد الأصلي أو في وثيقة مُنفصلة مُلحقة بالعقد الأصلي.

وقد وردت هذه الطريقة في كيفية إعداد اتفاق التَّحْكِيم في المادة ١٠٠٧ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «شرط التَّحْكِيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد مُتصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة ١٠٠٦ أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تُثار بشأن هذا العقد على التَّحْكِيم».

ويجب أن يُثبت شرط التَّحْكِيم كتابةً وأن يتضمّن تعيين المحكّم أو المحكّمين أو تحديد طريقة تعيينهم وهو ماورد في المادة ١٠٠٨ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «يُثبت شرط التَّحْكِيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تَسْتَدّ إليها. يجب أن يتضمّن شرط التَّحْكِيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكّم أو المحكّمين، أو تحديد كيفية تعيينهم».

## ب - مُشارطة التَّحْكِيم (un compromis d'arbitrage):

يُقصد به اتفاق أطراف عقد معيّن على عرض نزاع ناشئ بينهما على التَّحْكِيم. بمعنى أن مُشارطة التَّحْكِيم تكون بعد نشوء النِّزاع.

وقد وردت هذه الطُّريقة في كيفية إعداد إتفاق التَّحْكِيم في المادة ١٠١١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «اتفاق التَّحْكِيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نُشووه على التَّحْكِيم».



ويجب أن تُثبت مُشارطة التحكيم كتابةً وأن تتضمن موضوع النزاع وأسماء المحكّمين أو تحديد طريقة تعيينهم وهو ما ورد في المادة ١٠١٢ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «يحصل الإتفاق على التّحكيم كتابياً. يجب أم يتضمنّ اتفاق التّحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكّمين، أو كيفية تعيينهم».

والجدير بالذكر أن المشرّع الجزائري سمح بإبرام اتفاق التحكيم حتى أثناء سير الدعوى أمام القضاء العادي وقبل صدور حكم نهائي وهو ما ورد في المادة ١٠١٣ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «يجوز للأطراف الاتفاق على التّحكيم، حتى أثناء سير الخصومة أمام الجهة القضائية».

#### ٦- كيفية تشكيل هيئة التحكيم:

أجاز المشرّع الجزائري أن تتشكّل محكمة التّحكيم من محكّم واحد أو عدة محكّمين بعدد فردي حسب ما ورد في المادة ١٠١٧ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويُشترط أن يقبل المحكّم المهمة المُسندة إليه وهو ما ورد في المادة ١٠١٥ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «لا يُعد تشكيل محكمة التّحكيم صحيحاً، إلا إذا قبل المحكّم أو المحكّمون بالمهمة المُسندة إليهم...» والحكمة من ذلك أنه لا يجوز إجبار شخص على ممارسة التّحكيم.

وقد يتولى مهمة التّحكيم إمّا شخص طبيعي أو شخص معنوي. فبالنسبة للشخص الطبيعي فإن المشروع الجزائري قد إشتراط أن يكون هذا الشخص مُتمتعاً بحقوقه المدنية حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٠١٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فإنه يتولى تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠١٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### ٧- تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم:

تشكيل محكمة التحكيم يحكمها مبدأ أساسي يتمثل في كون أن إرادة الخصوم هي المرجع الأول في تشكيل هاته الهيئة. غير أنه إذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يتم تعيين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

وإذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يُعين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالألّ وجه لتعيين المحكم أو المحكمين وهو ما ورد في المادة ١٠٠٩ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وكما سبق ذكره، فإنه يتعين على المحكم قبول مهمة التحكيم المُسندة إليه، وفي حالة رفضه القيام بمهمة التحكيم يُستبدل هذا المحكم بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة حسب ما تنص عليه المادة ١٠١٢ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما يشكل وجه من أوجه تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم.

#### ٨- حالات رد المحكم:

يُقصد برد المحكم تعبير أحد أطراف الخصومة التحكيمية عن إرادته في عدم المشول أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي نصّ عليها القانون. ولقد منح المشرع الجزائري للمحتكمين صلاحية رد المحكم أو المحكمين

في حالات محددة حصرتها الفقرة الأولى من المادة ١٠١٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

١- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

٢- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

٣- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط...».

غير أن توفر سبب من هذه الأسباب قد يكون غير كافٍ في بعض الأحيان بحيث لا يُسمح للمحكّم برد المحكّم الذي ساهم في تعيينه إذا كان عالماً بسبب الرد قبل تعيين المحكّم وهو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «..... لا يجوز طلب رد المحكّم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علّم به بعد التعيين».

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري ألزم المحكّم بإخبار المحكّمين في حالة ما إذا توفر فيه سبب من أسباب الرد الواردة في المادة ١٠١٦ السالفة الذكر ولا يجوز له القيام بالتحكيم إلا بموافقة المحكّمين وهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٠١٥ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه «...إذا علم المحكّم بأنه قابل للرد، يُخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم».

**٩- إجراءات رد المحكم:**

لم يُحدّد المشرّع الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة ١٠١٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بوضوح إجراءات رد المحكمين مكتفياً بالقول أنه «.... في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءً على طلب من يهمله التّعجيل».

وعليه يمكن القول أن المشرّع الجزائري قد كرّس مبدأ حرية الأطراف في الاتفاق على إجراءات رد المحكم، وفي حالة غياب هذا الإتفاق فإنه يتعيّن على الطرف الذي يعتزم رد المحكم أن يقدم طلبه كتابةً إلى المحكم الذي يعتزم رده كما يقوم بتبليغ محكمة التحكيم والطرف الآخر بسبب الردّ.

وإذا تمّ قبول طلب الردّ الذي تقدم به أحد الأطراف أو المحكم ذاته فلا إشكال في ذلك، وفي حالة عدم قبول طلب الردّ، تتم إحالة النزاع سواء من طرف مقدم الطلب أو من هيئة التحكيم إلى الجهة القضائية المختصة التي تصدر أمراً في ذلك ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن حسب ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة ١٠١٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**١٠- سير الخصومة التحكيمية:**

الأصل أن تُطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية غير أنه يُمكن للمُحكّمين تكريس قواعد مختلفة لسريان الخصومة التحكيمية وهو ما تنص عليه المادة ١٠١٩ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتبدأ الخصومة التَّحكيمية بطرح النزاع على المحكم أو المحكمين. وفي حالة تعدد المحكمين فإن جميعهم يشترك في إنجاز أعمال التحقيق والمحاضر إلا إذا خوّل لهم اتفاق التَّحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بها حسب ما تنص عليه المادة ١٠٢٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا يجوز للمُحكَمين التَّخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها ولا يجوز ردّهم إلا طرأ سبب من أسباب الرّد بعد تعيينهم. غير أنه في حالة الطّعن بالتزوير مدنياً في سند أو في محضر أو إذا حصل عارض جنائي، فإنه يتعيّن على المحكمين أن يُحيلوا الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة على أن يتمّ سريان أجل التَّحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة وذلك طبقاً لأحكام المادة من ١٠٢١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتعيّن على المُحكَم تقديم دفاعه ومُستنداته إلى المحكمين قبل إنقضاء أجل التَّحكيم بخمسة عشر (١٥) يوماً وإلا تمّ الفصل بناء على ما تم تقديمه قبل هذا الأجل وذلك طبقاً لأحكام المادة ١٠٢٢ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### ١١- إنتهاء التَّحكيم:

من المنطقي أن اتفاق التَّحكيم غير مُؤبّد كما أنه غير مُحتّم على المحكمين إجراء التَّحكيم في جميع الظروف، وعليه فإن المشرّع الجزائري قد وضع عدة أسباب لنهاية التَّحكيم. وفي هذا الشأن فإن المادة ١٠٢٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه «ينتهي التَّحكيم:

١- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمّته بمبرر أو تحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مُخالف، أو إذا اتَّفَق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتَّفاق تُطبَّق أحكام المادة ١٠٠٩ أعلاه.

- ٢- بانتهاء المدّة المقررة للتّحكيم، فإذا لم تُشترط المدّة، فبانتهاء مدّة أربعة (٤) أشهر.
- ٣- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدّين المتنازع فيه.
- ٤- بوفاة أحد أطراف العقد».

### ١٢- صدور حكم التّحكيم:

على غرار أغلب التّشريعات المقارنة لم يُعرف المشرّع الجزائري حكم التّحكيم وإنما ترك مسألة تعريفه إلى الفقه والقضاء، وبالرجوع إلى القانون رقم ٠٩/٠٨ المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرّع الجزائري تطرق في المواد ١٠٢٥ إلى ١٠٣١ منه إلى كيفية صدور حكم التّحكيم والبيانات الواجب توافرها فيه إلى جانب حجّيته.

أما بالنسبة إلى الفقه فقد عرّف حكم التّحكيم بأنه:

«الحكم النهائي الذي تصدره هيئة التّحكيم في موضوع النزاع المعروض عليها، سواء تعلّق هذا الحكم بموضوع المنازعة في حد ذاتها وكان شاملاً لكلّ النزاع أو لجزء منه، وكانت هيئة التّحكيم قد قبلت طلبات أي من الطرفين كلّها أو رفضتها كلّها أو قبلت جزءاً منها ورفضت الجزء الآخر، أو تعلّق هذا الحكم بمسألة الإختصاص أو الإجراءات وأدّت بالمحكّم أو الهيئة التّحكيمية إلى الحُكم بإنهاء الخصومة».

وعليه فإن ما يصدر من هيئة التّحكيم في غير الخصومة لا يعد حكم تحكيمي، ومثال ذلك القرارات المتعلّقة بتحديد زمان ومكان جلسات التّحكيم، وكذلك قرارات التّأجيل أو ندب خبير أو القرار المتضمّن معاينة بضائع أو سماع شاهد.

غير أنه بالرجوع إلى المادة ١٠٢٥ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري لم يفرّق فيما يخص أحكام التحكيم بين حكم التحكيم النهائي وبين حكم التحكيم الجزئي وكذا حكم التحكيم التحضيري، بل إعتبر أن هذه الأحكام قابلة للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها.

وبالتالي يُعدّ حكماً تحكيمياً طبقاً للقانون الجزائري كل حكم فصل بصفة نهائية أو جزئية في النزاع، وكذلك كل حكم تحضيري صدر عن المحكم أو هيئة التحكيم بمناسبة الفصل في النزاع المعروض عليها كالحكم القاضي بتعيين خبير أو سماع شاهد إلى غير ذلك.

يخضع حكم التحكيم لإجراءات وأشكال خاصة حددها المشرع في المادة ١٠٢٥ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنصّ على إلزامية إجراء المداولات بين المحكمين قبل إصدار حكم التحكيم وتكون هذه المداولات سرّية وليست علنية، وفي حالة تعيين محكم واحد فلا داعي للمداولة ولا للتصويت فحكمه هو الفاصل وفقاً للقواعد القانونية، وفي حالة تعيين عدة محكمين وجب مشاركتهم جميعاً في إصدار حكم التحكيم.

وقد نصت المادة ١٠٢٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على صدور الحكم بأغلبية الأصوات. كما يجب أن يتضمّن حكم التحكيم عرضاً موجزاً لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ويجب أن يكون مسبباً، ويُقصد بالتسبيب أن يكون حكم التحكيم مسبباً من حيث الوقائع والقانون مثل الحكم القضائي تماماً.

ويصدر حكم التحكيم وفق شكليات معينة حدّدها المادة ١٠٢٨ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل فيما يلي:

- ١- إسم ولقب المحكّم أو المحكّمين.
  - ٢- تاريخ صدور حكم التّحكيم.
  - ٣- مكان إصدار حكم التّحكيم.
  - ٤- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجماعي.
  - ٥- أسماء وألقاب المحامين أو من مثّل أو ساعد الأطراف عند الإقتضاء.
- ويتمّ توقيع حكم التّحكيم من طرف المحكّمين وفي حال امتناع الأقلية عن التّوقيع يُشير بقية المحكّمين إلى ذلك ويرتّب حكم التّحكيم أثره باعتباره موقعاً من جميع المحكّمين طبقاً لما تنص عليه المادة ١٠٢٩ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- وبمجرد الفصل في الخصومة التّحكيمية يتخلّى المحكّم أو المحكّمين عن النزاع. غير أنه يُمكن الرّجوع إلى المحكّم أو المحكّمين لتفسير حكم التّحكيم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه وذلك طبقاً للمادة ١٠٣٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ويحوز حكم التّحكيم حجّية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره فيما يخص النزاع المفصول فيه ويُعتبر سند تنفيذي حسب ما تنص عليه المادة ١٠٣١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



## الخاتمة

لقد سائر المشرّع الجزائري أغلب التشريعات المقارنة بالسّماح للأفراد بطرح النزاعات الناشئة عن بعض العقود الإدارية على التّحكيم وهو ما أدى إلى ازدياد الإهتمام بالتحكيم في المجال الإداري وإنشاء مراكز مُختصة بالتحكيم في المجال الإداري وعقد المؤتمرات والندوات الخاصة بهذا النوع من التّحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن عدد القضايا المطروحة على القضاء الجزائري والمتعلقة بالنزاعات الناشئة عن إجراءات التّحكيم في العقود الإدارية محدود وذلك راجع إلى احترام المحكّمين للإجراءات المنصوص عليها في اتفاقيات التّحكيم في المادة الإدارية وهو ما يحد من عرض هذا النوع من النزاعات على القضاء.

وتجد الإشارة كذلك أنه لا يوجد نص قانوني أو دستوري يمنع اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، وعليه يُمكن للأفراد اللجوء إلى هذا النوع من التّحكيم ولا يعد ذلك إعتداء على إختصاص القضاء الإداري الذي يظل الإختصاص الأصيل لحل المنازعات الإدارية.

## قائمة المراجع:

### الكتب:

- ١- محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- ٢- أبو زيد رُضوان، الأسس العامة في التّحكّم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٣- أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم واجراءاته، مصر، ١٩٩٦.
- ٤- مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، لبنان بيروت منشورات الحلبي الحقوقية ١٩٩٨.

### النصوص القانونية:

- ١- دستور ٢٣ فبراير ١٩٨٩، الجريدة الرسمية عدد ٩، صادرة بتاريخ ١ مارس ١٩٨٩.
- ٢- الأمر رقم ١٥٤/١٩٦٦ الصادر بتاريخ ٠٨/٠٦/١٩٦٦ المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.
- ٣- المرسوم التشريعي رقم ٩/١٩٩٣ المؤرخ في ٢٥/٠٤/١٩٩٣ المتضمن تعديل الأمر رقم ١٥٤/٦٦ المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- ٤- القانون رقم ٩/٢٠٠٨ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



# تطور قضاء التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية

(التوافق والتناغم في الحلول مع استبعاد سلبيات الماضي)

بقلم

أ.د. أحمد صادق القشيري



## تطور قضاء التحكيم

### في مجال العقود الإدارية الدولية

(التوافق والتناغم في الحلول مع استبعاد سلبيات الماضي)

١- كان صدور قرار الهيئة التحكيمية التي نظرت قضية المملكة العربية السعودية/ أرامكو في عام ١٩٥٨ إيذاناً بنهاية مرحلة تاريخية اتسمت بإعطاء قدسية مطلقة للإمتيازات البترولية الممنوحة في الثلث الأول من القرن العشرين من جانب دول الشرق الأوسط للشركات العالمية الناشطة بدءاً من D'Arcy في بلاد فارس عام ١٩٠١ إلى أرامكو في السعودية وزميلاتها في العراق والكويت وأبو ظبي وقطر، حيث امتدت جميعها لتشمل كامل إقليم الدولة مانحة الإمتياز البترولي ومقابل إتاوة مقدارها عدة شلنات لكل برميل بترول مستخرج وطوال عشرات السنين الممتدة والتي تشمل عمليات الإستخراج من باطن الأرض أو المياه المجاورة وتمديد الأنابيب والتصنيع والنقل والتصدير خارج البلاد دون ضرائب على أرباح تلك الشركات وذلك الوضع استمر طوال الفترة السابقة على إكتشاف الدول الأعضاء بجامعة الدول العربية من خلال المؤتمر الأول للبترول في أوائل الخمسينات بالقاهرة أن دول أمريكا اللاتينية مثل فينزويلا تحصل في المقابل على عائد يعرف بال-٥٠/٥٠ كضرائب تساوي نصف قيمة البترول المستخرج.

٢- وعندما علم جلالة الملك/ عبدالعزيز السعود مؤسس المملكة بهذا التفاوت، قام فوراً باستدعاء ملاك أرامكو وإلزامهم بتغيير الشروط المجحفة للدول العربية لإدخال نظام أقسام العوائد عن طريق فرض ضرائب يتم سدادها بالإضافة إلى الإتاوة الممنوحة سابقاً.

وكان هذا إيذاناً بأفول مرحلة الإستغلال الإستعماري الذي ظل قائماً طوال النصف الأول من القرن العشرين، والذي تمثل على وجه الخصوص في أول قضيتين تحكيميين قد تم الفصل فيها عامي ١٩٥١ و ١٩٥٣ بواسطة محكم منفرد، (اللورد / Asquith في تحكيم إمارة أبو ظبي، والسيد / Dunhill في تحكيم قطر) واللذين انتهيا إلى القضاء بإستبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق في كل من الإماراتين بزعم أن الشرعية الإسلامية في مفهومها الأول نظام بدائي متخلف ليس به قواعد تحكم المعاملات البترولية المعاصرة، بينما الثاني حاول التعرف على القواعد الواجبة التطبيق بواسطة استاذين فرنسي وبريطاني متخصصين.

ولكن إزاء عجزهما عن الوصول إلى التعريف بمفهوم هذه القواعد في المذهب الواجب الإلتباع شرعاً، انتهى إلى ضرورة استبدال هذا النظام الواجب التطبيق بقواعد القانون الإنجليزي الذي يعد رمزاً للعدالة وتقنياً للقانون الطبيعي.

وجاء هذان الحكمان بأسوأ ما تكشف عنه العقلية الاستعمارية التي كانت تحكم العلاقات البترولية في منتصف القرن العشرين، حيث يتم تعيين المحكم الفرد بواسطة الممثل السياسي البريطاني في منطقة الخليج العربي على نحو مثير للاشمئزاز وينم عن غياب القدر الأدنى من الإحترام للحضارة الإسلامية عريقة الأصول.

٣- وكان المأمول بعد الدرس الذي تلقتة الشركات البترولية الاستعمارية على يد جلالة الملك / عبدالعزيز ومحاولات المملكة السعودية لإدخال قدر أدنى من التعديلات في نظام الامتيازات كما رسمته العقود الاستعمارية القديمة تبدأ بها صفحة جديدة عن طريق التطوير عن طريق الإتفاق على تحكيم حديث يكون لكل طرف فيه محكماً على علم بتراته القانوني والقواعد الواجبة الإلتباع في تفسير وتطبيق القواعد المتفق عليها على نحو منصف وعادل.

وجاءت المناسبة في مجال تنفيذ عقد شحن أبرمته المملكة السعودية لتصدير قدر من إنتاجها النفطي على سفن الاسطول البحري المملوك حين ذاك لاوناسيس اليوناني، ولكن أرامكو اعترضت على أساس أن حقوقها المطلقة والمكتسبة لا تسمح للحكومة السعودية بالتدخل في تصدير البترول المستخرج الذي تتمتع أرامكو بإحتكار عمليات تصنيعه ونقله خارج البلاد.

ورغم وجود أسماء عربية فاضلة ضمن المشاركين في تلك القضية التحكيمية، سواء كمحكم يعين عن الجانب السعودي ومستشارين مدافعين عن حقوق الدولة.

فقد جاءت النتيجة مخيبة للآمال، وصدر حكم تحكيمي لصالح شركة أرامكو وقدسية عقد إمتيازها الذي لا تملك سلطات الدولة أن تغير في ظلّه أي قواعد لا يقبلها الطرف الآخر طوال فترة الإمتياز البترولي مهما تغيرت الظروف وجدت إعتبرات توجب إعادة التوازن إلى عقد فقد مقومات وجوده واستمراره.

٤- وإذا كانت المملكة قد عبرت عن إستيائها حين ذاك بإصدار قرار من مجلس الوزراء يحذر وضع شرط تحكيم في عقود الدولة مستقبلاً إلا بعد أخذ موافقة من مجلس الوزراء في كل حالة على حدة، فإن القوي الفاعلة في العالم العربي قد بدأت حينذاك في إتخاذ الخطوات اللازمة لمعالجة ذلك الحوار الذي لم يعد مقبولاً إستمراره. وساعد على ذلك حدوث تطورات عميقة تتمثل في ثلاث إتجاهات:

(أولاً): بدء افول عصر للسيطرة للدولار الأمريكي على المجال البترولي، خاصةً في نهاية ستينات القرن الماضي عندما اضطرت الولايات المتحدة



الأمريكية إلى التخلي عن قاعدة الذهب، حيث قام الرئيس الأمريكي نيكسون بإتخاذ قرار مقتضاه أن الدولار الأمريكي لم يعد يمثل قدراً معيناً من الذهب، وبذلك افقدت الحرب الفيتنامية الدولار الأمريكي دوره التاريخي سابقاً، مع ما إستتبعه ذلك من تدخل منظمة الاوبك عن طريق اتفاقيات طهران لزيادة أسعار المقابل النقدي لنفط دول المنظمة.

(ثانياً): إقرار دول الاوبك للسياسة العامة وتأصيل مبدأ تغيير الظروف وضرورات التخلص من الامتيازات الأجنبية عن طريق إنشاء شركات وطنية يتم تدريجياً إشراكها في كافة العمليات البترولية من بداية عمليات الإستكشاف والبحث ليشمل كافة مراحل الإنتاج والتسويق.

(ثالثاً): التفاوض بصفة جماعية بقيادة الوزير السعودي الفذ/ أحمد زكي يمانى الذي تمكن في الوقت المناسب، مع زيادة حدة الصراع العربي الإسرائيلي وإستخدام سلاح البترول في حرب أكتوبر في عام ١٩٧٣، للتخلص نهائياً من الامتيازات البترولية في صورتها القديمة وبداية مرحلة جديدة تسترد فيها الدول الوطنية سلطاتها في رسم سياستها البترولية وتحديد القواعد الواجبة الإتباع في مختلف المجالات بما يحمي ابتداء مصالحها الوطنية.

٥- وتتوجاً لهذه التغييرات الجوهرية، جاء تحكيم الكويت/ أمينويل ليؤكد مدى عمق التطورات التي حدثت خلال السنوات ما بين ١٩٦٩ و ١٩٧٧ في تغيير كافة ملامح التحكيم الدولي في صدد العقود البترولية والوصول إلى التوازن المنشود بين المصلحة العامة التي تمثلها الدولة صاحبة السيادة الدائمة على مصادر ثرواتها الطبيعية، وعلى رأسها الطاقة اللازمة لتحديث اقتصادها والإستجابة لمتطلبات شعبها، في علاقاتها بالأشخاص الاعتباريين الوطنية والأجنبية على السواء التي يتم التعاون معها والتعاقد لتحقيق مصالح

مشتركة على نحو يحكمه مزيج من القواعد القانونية تتمثل في نظام قانوني متسق، أساسه التنظيم القانوني التشريعي في الدولة ذاتها وتلعب القواعد عبر الدولية دوراً تكميلياً لتوضيح ما يعد من قبيل «حسن إستغلال الثروات الطبيعية» وما لا يعد كذلك، والضوابط البيئية الواجبة الإلتباع تكنولوجياً وفنياً وإقتصادياً.

وقد لعب النزاع الذي قام خلال تلك الفترة بين دولة الكويت وشركة أمينول العاملة في المنطقة المحايدة دوراً هاماً في رسم معالم الحلول الجديدة الواجبة الإلتباع في الحال وفي المستقبل.

ذلك أن الشركة المذكورة كانت قد رفضت الخضوع طواعية للنظام الجديد الممثل في المشاركة وتحويل التعامل من قبيل التملك إلى تأدية خدمات مقابل عائداً عادلاً، مع تصفيات كافة المشكلات العالقة في شأن أسعار الموجودات التي تؤول إلى الدولة وقيمة الإمتياز الذي يتم إنهائه على نحو مبتسر، مع إستمرار التعامل مستقبلاً في إطار توازن تعاقدى قابل للتعديل بالتوافق أو عن طريق التحكيم مهما لزم الأمر.

ذلك أن الحكومة الكويتية كانت قد تفاوضت في حينه مع شركة إمانويل وصولاً إلى حل على غرار ما تم مع شركة KOC المنتج الأساسي للغالبية العظمى من بترول الكويت، ونظراً لتعذر المفاوضات الودية، تم تجميد الموقف إلى أن انتهت تصفيات كافة المسائل المعلقة مع KOC.

٦- وصار التأميم هو السلاح الوحيد الذي يمكن أن تلجأ إليه الحكومة، وهو ما تم في عام ١٩٧٧ بالإستيلاء على كافة الموجودات المادية وإنهاء الإلتزام التعاقدى الذي كانت مدته ممتدة حتى عام ٢٠٠٨.

وفي لجوئها إلى التحكيم لم تكن دولة الكويت ملزمة بذلك، لأن اتفاق التحكيم المنصوص عليه في إمتياز عام ١٩٤٨ كان غير قابل للتطبيق لأنه يجعل الجهة التي تتولى اختيار المحكم المرجح هو الممثل السياسي البريطاني في منطقة الخليج كما كان عليه الحال في تحكيمى أبو ظبي وقطر، وهذا المنصب لم يعد له وجود عند التأميم في عام ١٩٧٧ .

وإظهاراً من جانب حكومة الكويت لنواياها التي تتسم بمبدأ حسن النية في كافة تصرفاتها، قبلت التفاوض على اتفاقية تحكيم يكون من مقتضاها أن يتم تعيين الحكم المرجح عن طريق رئيس محكمة العدل الدولية، وهذا ما تم بالفعل حيث ام إختيار رئيس هيئة التحكيم بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية الذي قام بتسمية أستاذ القانون الدولي الفرنسي الشهير Paul Reuter رئيساً للمحكمة، واختارت الحكومة الكويتية، أستاذ أجيال رجال القانون العرب، الدكتور/ حامد سلطان، بينما قامت شركة امينويل بتعيين Sir Gerard Fitzmaurice محكماً عنها .

٧- ومن الجدير بالذكر كذلك أن حكومة الكويت كانت حريصة في مرسوم التأميم ذاته أن تذكر تعيين لجنة لتقوم بتحديد التعويض الذي يستحق للشركة نتيجة للتأميم وإنهاء العقد البترولي، بمعنى أنها تعتزم الوفاء بما عليها من إلتزام يتقرر قانوناً في هذا الشأن، وهذا أوضح تعبير عن أن ما قامت به ليس عقاباً أو مصادرة وإنما إنهاء لمواجهة أزمة تعذر الخروج منها بالتفاوض الذي حدث في حينه .

والمحوظة الأخرى الواجب ابرازها في هذا الصدد أن معالي وزير النفط الكويتي كان حريصاً عقب قرار التأميم أن يوضح للجميع أن فريق المحامين

البريطانيين الذين يمثلون الحكومة الكويتية عادةً في قضاياها الخارجية وهو المكتب الشهير Freshfields سيتولى المهمة في مجال تمثيل الحكومة، على أن يضاف إلى فريق دفاع قانوني عربي يتولى مهمة معالجة مسألة مشروعية التأمين وآثاره كعمل مشروع مما يؤثر على حجم التعويض الواجب كمقابل عادل ومناسب.

وإذ كان لي هذا الشرف، فإنني أجد من واجبي أن أعبر عن عميق شكري لهذه الثقة الكبيرة التي أولتني إياها دولة الكويت الكريمة، والذي أحمد الله أنني قمت بمهمتي على أفضل وجه، بل إن نجاحي في هذه المهمة الغالية كان مفتاحاً لنجاحات لاحقة جاء على رأسها تشريف مصر الحبيبة لي بأن أكون عضو فريق الدفاع عن طابا من ما مكنتني من الترافع أمام محكمة طابا الدولية عن ١٣ علاقة حدود من الـ ١٤٠ علاقة المتنازع عليها، وكان الزميل الفاضل Sir Derek Bowet هو الذي ترافع عن العلاقة ٩١ (الرابعة عشر) المطلة على مياه خليج العقبة.

٨- ويسعدني أن أخص فيما يلي أهم النجاحات التي أسفر عنها تحكيم امانويل الذي دخل التاريخ وتم نشر مقال عنه في الكتاب الذي صدر في العام الماضي عن مركز Stockholm للتحكيم الدولي تحت عنوان «التحكيم من أجل السلام» (Arbitration for Peace).

وتضمن الكتاب تحت الرقم (٧) حكم الكويت/ أمينويل مع إضافة: «its legacy»، بالنظر إلى ما كان له من صدى خلال العقود الأربعة التالية: حيث جاء نبزاً نبراساً اهدت به المحكمة الإيرانية/ الأمريكية في القضايا التي عالجتها بمثابة «أحكام تحكيمية صدرت باتفاق الأطراف».

وفي القضايا التحكيمية التي اتبعت ذات المنهج بمعالجات الآثار المالية المترتبة على التأميم الذي لا يتضمن عملاً غير مشروع وإنما إصلاحاً لظروف اختلفت ولم يعد من الممكن استمرارها دون تعديلات مقبولة.

### النجاح الأول:

قبول فكرة أن العقود التي تبرمها الدولة في مباشرة سيادتها على مصادر ثروتها الطبيعية ليست لها قدسية تحول دون إمكانية إعادة النظر فيها. باعتبار أن قدسية العقد (Pacta Sunt Servanda) ليست قاعدة مطلقة وإنما تعمل في الحدود التي تقتضيها الظروف، فإذا ما حدث تغيير جوهري في الظروف المحيطة وتحقق إختلال في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الطرفين، تعين إعادة النظر لمعالجة ذلك باعتبار أن الـ(Pacta) يقتضي لاستمراره كما هو عدم حدوث ما مؤداه ضرورة إعادة التوازن المفتقد اعمالاً لهذا المبرر الذي يعبر عنه (rebus sic stantibus) أي أن بناء العقد ملزم شريطة بقاء التوازن الأصلي قائماً دون تغيير.

فالمبدأ أن وجهان لعملة واحدة، فإذا حدث ما يوجب تعديل الإلتزامات القانونية تعين إعادة التفاوض أو اللجوء إلى القاضي أو المحكم لتحقيق التوازن المطلوب في صورته الجديدة.

### النجاح الثاني:

التطور سنة الحياة، وهذه الظاهرة هامة للغاية في العلاقات المستمرة لمدة زمنية ممتدة، وديناميكية العلاقات التعاقدية التي تغطي عدداً من السنوات تقتضي النظر لهذه العلاقات بأنها بمثابة نظم متطورة تمر بمراحل يتعين على الأطراف وعلي كل من القاضي والمحكم أن يمارس دوراً في تعميمها وجعلها قابلة للحياة بأقل أضرار ممكنة.

وبناء على ذلك، يجب فهم شروط تثبيت العلاقة التعاقدية (stabilization clauses) على أن لها دوراً هاماً في مرحلة بداية المدة، ويبدأ التثبيت في فقد أهميته كلما استطاع الطرف الذي تحمل استثمارات بالغة في جاني حصاد هذه الاستثمارات.

ولعل ما انتهى إليه البرفسور (Virally) في رأيه القانوني الذي صدر بناءً على طلب من شركة إمينويل ذاتها خير دليل على صحة ما انتهت عليه هيئة التحكيم من أن وجود شرط تثبيت طوال مدة العقد (أي ستون عاماً) أمر غير مقصور أو مقبول، فالدولة يمكنها أن تغير ما دام المستثمر الأجنبي قد تمكن من إسترداد استثماره وبالتالي، تفسير الشرط على أنه واجب الإلتباع في نطاق المدة المعقولة وليس طوال مدة السنوات الستين، فإذا جاء تأمين الدولة بعد أربعين عاماً تمت خلالها الإفاءة الكاملة من الاستثمار يتعذر وصف ذلك التأميم المتأخر بأنه عمل غير مشروع ويكون وصفه بالتعسف أمراً متعذر قبوله بمراعاة أن الإلتزام بالتثبيت تم احترامه في حدوده المقبولة.

### النجاح الثالث:

بقاء الامتياز لمدة ستين عاماً كاملاً تكون الدولة محرومة خلالها من فرض ضرائب على شركة إمانويل أمر يتعارض مع مقتضيات السيادة للدولة الوطنية، ومن ثم فإن مقررات منظمة الأوبك الخاصة بفرض ضرائب دخل مرتفعة أو زيادة الإتاوة أو إنهاء الإمتياز قبل عشرين عاماً من مدته الأصلية، كلها أمور مشروعة دولياً، ولا تخل بضرورة إعتبار ما تم من تأميم عملاً مشروعاً دولياً ولا يترتب عليه مسؤولية دولية كاملة تتمثل في تعويض الشركة عن ما فاتها من كسب خلال فترة الإنهاء المبكر.

ولا يكون لشركة إمينويل حقوقاً تتجاوز ما لحقها من خسارة نتيجة نقل أصولها المادية إلى الحكومة الكويتية. وهذه الأصول المادية أجمع المحاسبون المعترف بهم دولياً أنها لا تزيد عن مبلغ مائة وستون مليون دولار أمريكي بحسب قيمتها النقدية عند التأميم، وهو ما يقتضي رفض ما اقترحه خبراء جامعات هارفارد والـ MIT من تطبيق مفهوم الـ (Discounted Cashflow Method)، الذي وصلوا إلا احتسابه بمبلغ يتجاوز الإثنان مليار دولار أمريكي حين ذاك، ويتمثل فيما كان متوقعاً أن تدره عمليات إمانويل من دخل حتى عام ٢٠٠٨ في نهاية مدة الإلتزام البترولي بعد إجراء عملية تخصيصه لإحتساب المبالغ الواجبة الدفع في عام ١٩٨٢ في تاريخ تنفيذ حكم هيئة التحكيم.

فالثابت أن هيئة التحكيم في حكمها الإجماعي الصادر في مارس ١٩٨٢ قد رفضت تماماً عنصر ما فات من كسب بناءً على قضائها بمشروعية التأميم مع فرض ضرائب وإتاوات على الشركة كانت قد رفضت هذه الأخيرة سدادها.

ومن ثم، فإن قيمة العقد الذي تقرر إنهائه المبسر في عام ١٩٧٧ لا يتجاوز عملاً بضعة عشرات من ملايين الدولارات التي تضاف إلى قيمة الأصول المادية لتمثل مبلغ التعويض الإجمالي الذي تلقته شركة إمينويل في الموعد المحدد من هيئة التحكيم لتنفيذ حكمها في أول يوليو ١٩٨٢ وجملته تقع في حدود المائتين وستون مليون دولار أمريكي.

وجاءت أحكام التحكيم الدولي اللاحقة الصادرة عن المحكمة الإيرانية/ الأمريكية أو في تحكيمات بترولية أخرى صدرت في دول أمريكا اللاتينية مؤكدة أن حكم تحكيم إمينويل قد فتح الباب لإعادة التوازن المنشود بين الدول المنتجة للبترول والشركات غير الدولية العاملة فيها.

وقد حرصنا على إبراز هذه الحقيقة بياناً للدور الرائد الذي قامت به دولة الكويت في معالجتها للقضية التحكيمية محل البحث والتي يمثل الحكم الإجماعي الصادر بشأنها معلماً هاماً من معالم تطور التحكيمات الدولية في شأن العقود الدولية المتعلقة بالبتروول، والتي امتدت في العقود الأخيرة لتغطي فروعاً أخرى من الأنشطة الإقتصادية في مختلف دول العالم.





**تنفيذ أحكام هيئات التحكيم  
وفقاً لإتفاقية نيويورك  
عام ١٩٥٨ المطبقة في أكثر  
من ١٨٠ دولة  
أعضاء في الأمم المتحدة**

بقلم  
أ.د. أحمد صادق القشيري



## تنفيذ أحكام هيئات التحكيم

وفقاً لاتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨

المطبقة في أكثر من ١٨٠ دولة أعضاء في الأمم المتحدة

١- إذا أخذنا في الاعتبار أن التحكيم يعتبر في بدايته مجرد إتفاق بين الأطراف المتعاقدة لحل المنازعات التي تنشأ بصدد العقود التي يبرمونها بواسطة محكمين يقومون بإختيارهم مباشرة أو عن طريق جهات تقوم بذلك وفق نظم إتفقوا على اللجوء إليها في هذا الشأن، فإن التحكيم في وسطه يعد إجراء يتم على هدى قواعد إتفاقية أو تنظيمية من المقرر ضرورة إتباعها خلال مختلف المراحل منذ إقامة دعوى التحكيم إلى حين أن تصدر هيئة التحكيم قرارها المنهى للنزاع، والمحصلة النهائية لذلك كله الوصول إلى قضاء يتمثل في حكم تحكيمي صادر عن محكمين مفروض أنهم يمسون بميزان العدالة، ولكنهم يفترون عن قضاة المحاكم المعينين من الدولة في أنه ينقصهم سيف التنفيذ بواسطة السلطات العامة، بمعنى أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم يحتاج في تنفيذه جبراً على الطرف الخاسر يتطلب اللجوء لمحاكم الدولة المطلوب التنفيذ على إقليمها للحصول على أمر بالتنفيذ يمكن بمقتضاه أن يياشر الطرف المحكوم لصالحه إجراءات التنفيذ الجبري ضد المحكوم عليه.

وفي ذات الوقت، فإن هذا الأخير يجوز الطعن بطلب إبطاله لأحد الأسباب المقررة وفقاً للنظام المعمول به في الدولة التي صدر حكم التحكيم على إقليمها أو وفق للقواعد المعمول بها في مجال صحة إتفاق التحكيم وسلامة إجراءاته وخلو محصلته من عيب مخالفة النظام العام.

٢- وتشجيعاً للتحكيم كأسلوب عصري لحل المنازعات في المعاملات الدولية التي صارت تتطلب إماماً واسعاً بالأوضاع القانونية والإقتصادية السائدة عالمياً، فضلاً عن الإجابة للغات المستخدمة في مجالات التجارة والمال والإستثمار، وبخاصة اللغة الإنجليزية الشائعة في إبرام العقود والمراسلات بين المتعاقدين وسائر المتعاملين في الأسواق العالمية، فقد سعت الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة إلى الدعوة لمؤتمر دولي انعقد في مدينة نيويورك عام ١٩٥٨ أو انضمت إليها لاحقاً وصادقت عليها بحيث صارت حالياً بمثابة جزء لا يتجزأ من نظامها القانوني. وهذه الدول تشمل مختلف الدول العربية بإستثناء ليبيا.

٣- ومن المسلم في ظل إتفاقية نيويورك أن مجال تطبيق قواعدها لا يتناول سوى الأحكام التحكيمية الصادرة خارج البلاد، بإعتبار أن هذه وحدها التي تعد أجنبية وفقاً لمعاري الدولية والأجنبية للذين أخذت بهما الإتفاقية في الفقرة الثالثة من مادتها الأولى عندما نصت على أن تطبيق أحكام الإتفاقية تقتصر «على الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة».

ورغم أن إتفاقية نيويورك تنص على خضوع التنفيذ لقواعد المرافعات في الدولة التي يجري فيها التنفيذ، فإن المعاهدة في مادتها الرابعة قد فرضت شروطاً تجب مراعاتها من جانب كل شخص يطلب الإعتراف بالحكم أو صدور أمر بتنفيذه، كما أوردت المادة الخامسة بياناً حصرياً بالحالات التي تجيز رفض الإعتراف بالحكم أو تحول دون إصدار أمر بتنفيذه.

٤- وتجدر الإشارة إبتداءً إلى أنه وفقاً للمادتين الرابعة والخامسة لا يقع عبء إثبات ما ورد بهاتين المادتين من شروط على طالب الأمر بالتنفيذ، وإنما أُلقت

الاتفاقية كأصل عام على الطرف الآخر عبء إثبات توافر سبب يبرر رفض الإعراف أو التنفيذ .

فوفقاً للمادة ١/٥ من الإتفاقية، «لا يجوز رفض الإعراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في الدولة المطلوب الإعراف أو التنفيذ الدليل على أي من الأمور التالية:

أ- بطلان الاتفاق على التحكيم لسبب من الأسباب التي أوردتها المادة الثانية من الإتفاقية (المادة ١/٥/أ).

ب- وجود عيب إجرائي مؤثر، مثل عدم توافر المواجهة بين الطرفين أو عدم الإعلان إعلاناً صحيحاً مما أدى إلى إستحالة تقديم الطرف المضروب دفاعه (المادة ١/٥/ب).

ت- أن يكون الحكم قد فصل في نزاع لا يدخل في نطاق ما ورد في إتفاق التحكيم من أشخاص أو موضوعات، بمعنى أن هناك تجاوزاً لحدود الإختصاص الشخصي أو الموضوعي لهيئة التحكيم (المادة ١/٥/ج).

ث- أن يتسم تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته بعيب مخالفة إتفاق التحكيم أو القواعد القانونية الواجبة الإلتباع (المادة ١/٥/د).

ج- أن يكون حكم التحكيم لم يصبح ملزماً للخصوم في الدولة التي صدر فيها أو بموجب قانونها، أو كان قد ألغى أو أوقف تنفيذه من السلطة القضائية المختصة في تلك الدولة التي صدر على إقليمها أو بموجب قانونها (المادة ٥/هـ).

٥- وإلى جانب الدفع المذكورة التي نصت عليها المادة الخامسة والتي يجوز التمسك بها من جانب الطرف صاحب الشأن، فإن الإتفاقية قد تضمنت أحوالاً أخرى يكون فيها للمحكمة المرفوع أمامها الإعتراض على الأمر بالتنفيذ أن ترفض من تلقاء نفسها الأمر بالإعتراف أو التنفيذ، وبيانها كالاتي:

- إذا كان حكم التحكيم صادراً في مسألة تعد من المسائل التي لا يجوز التحكيم في شأنها وفقاً للنظام القانوني في الدولة المطلوب الإعتراف أو الأمر بالتنفيذ بواسطة محاكمها (المادة ٥/٢/أ).

- إذا كان حكم التحكيم يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب بحسب المفهوم السائد في النظام القانوني للدولة المطلوب الإعتراف أو التنفيذ بواسطة محاكمها (المادة ٥/٢/ب).

٦- ويمكن أن نوجز أهم المشكلات التي تثور من الناحية العملية بصدد تنفيذ أحكام تحكيم صادرة في الخارج بالتطبيق لقواعد إجرائية مغايرة لما يسود في النظام القانوني الوطني على النحو التالي:

أولاً: إذا كان حكم التحكيم صادراً ببلغة أجنبية والمطلوب الأمر بتنفيذه داخل الدولة، فإنه يتعين، ليس فقط إيداع أصل الحكم أو صورة معتمدة منه لدى الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ ووضع الصيغة التنفيذية عليه (Exequatur)، وإنما يجب كذلك أن تودع ترجمة باللغة العربية يتم التصديق عليها من جهة رسمية أو من محلفين مرخص لهم بترجمة الوثائق الرسمية.

ثانياً: الأصل أن الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج لا يجوز أن ترفع في شأنها دعوى بطلان في الحالات التي تجيز فيها اتفاقية نيويورك

ذلك وبالأوضاع المقررة لذلك، لأن هذا الإجراء لا يصح اللجوء إليه إلا بالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة على إقليم دولة مقر التحكيم، أي في البلد الذي أقيمت فيه الدعوى التحكيمية وتم نظرها لنظمها الإجرائية الى حين صدور الحكم المراد الطعن فيه توطنه لمنع صدور امر بتنفيذه.

وقد حدثت في بعض الأحيان تجاوزات بحيث أقيمت دعاوى بطلان في صدد أحكام صادرة خارج البلاد، ولكن الاتجاه السائد قد إنتهى إلى عدم جواز ذلك، إلا في حالات نادرة كما لو كان التحكيم قد تخلف ركن من أركانه الأساسية مثل إنعدام الأهلية لدى الشخص الطبيعي المحكّم ضده أو أقيمت الدعوى التحكيمية على غير الممثل القانوني للشخص الاعتباري، أو تعلقت المنازعة بأمر لا يصح أن يكون محلاً للتحكيم، أو إنقضت المدة الزمنية التي كان يجب اللجوء إلى التحكيم خلالها، أو كان موضوع التحكيم متعلقاً بمسائل مخالفة للنظام العام أو حسن الآداب.

ثالثاً : وتجدر الإشارة إلى أن الجهة القضائية التي تختص بإصدار الأمر أو رفضه، تقتصر سلطتها على مراعاة توافر حالة أو أكثر من الحالات التي تبرر عدم الأمر بإصدار وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الصادر في الخارج، أي أنها في وضع مماثل تماماً للوضع الذي تواجه فيه دعوى بطلان حكم تحكيمي صدر داخل الدولة وبالتطبيق لنظامها الإجرائي.

ففي الحالتين ليس لجهة القضاء الوطني أن تمتد سلطتها لتراجع ما إذا كانت هيئة التحكيم قد أصابت أو اخطأت في تفسير أو أعمال القانون



الواجب التطبيق من حيث الموضوع أو في استخلاص الوقائع حيث أن قاضي الأمر بالتنفيذ مثله مثل قاضي البطلان ليس جهة استئنافية تنظر حجج وطلبات الأطراف وتعيد نظر الدعوى التحكيمية.

وبعبارة أخرى، فالأمر في الحالتين إما أمر بتنفيذ الحكم أو رفض ذلك، كما في حالات الطعن بالبطلان لأحد الأسباب التي جاءت بها إتفاقية نيويورك حيث لا يكون امام القاضي الذي ينظر دعوى البطلان سوى الخيار بين أحد أمرين:

إما إلغاء أو رفض ذلك، دون أن يكون له إعادة نظر النزاع لتقييم مدى سلامة النتائج التي توصل إليها المحكمون.

والفارق الوحيد بين الأمرين، أنه في مجال طلب الأمر بالتنفيذ، يقوم القاضي المنظور أمامه هذا الطلب إما بإصدار الأمر أو رفضه، بينما في حالة الطعن بالبطلان فإن القاضي يستطيع أن يبطل الحكم التحكيمي بأكمله أو الاكتفاء ببطلان جزء منه، كما يحدث في مصر بصدد صدور حكم تحكيمي يقرر إستحقاق فوائد مركبة أو فوائد تزيد عن الحدود القصوى التي يسمح بها القانون المصري.

رابعاً: وأخيراً، فإنه من الملاحظ أن إتفاقية نيويورك قد تضمنت قاعدة مقتضاها أنه إذا ما كان الحكم التحكيمي قد أوقف تنفيذه في الدولة التي صدر على إقليمها وبالتطبيق لقانونها أو قضى بإلغائه في بلد صدوره، فإن قاضي الأمر بالتنفيذ الذي يلجأ إليه الطرف الكاسب للتحكيم في دولة أخرى طاباً الأمر بتنفيذه على أموال للطرف الخاسر في ذلك البلد يكون له أن يرفض الأمر بالتنفيذ.

وقد استعمل النص الانجليزي لاتفاقية نيويورك لفظ (May) وليس (Shall)، مما أدى في دولة مثل فرنسا إلى أن يتجه قضاؤها في بعض القضايا إلى الأمر بتنفيذ أحكام تحكيمية كان قد قضى ببطلانها في الدولة التي صدر على إقليمها الحكم التحكيمي.

ويلقى هذا الاتجاه معارضة فقهية وقضائية في غالبية النظم القانونية الأخرى بإعتبار أنه إذا ما صدر حكم قضائي في دولة مقر التحكيم ببطلان حكم التحكيم صار بمثابة حكم تحكيمي منعدم، فكيف يمكن بعثه من جديد في دولة أخرى تمنحه قوة النفاذ كسند يمكن عن طريقه الحجز على أموال الشخص المعنى الموجودة في ذلك البلد الأجنبي.

ويأخذ الفقه والقضاء الفرنسي بمنطق مغاير ينهض على مقولة أن حكم التحكيم متى صدر صار كياناً قانونياً مستقلاً هائماً في الفضاء القانوني لا يرتبط بأقليم معين، بما في ذلك دولة مقر التحكيم، وإنما ينطلق بنوع من الحياة الخاصة التي تسمح بإستقطابه لإعمال آثاره في أي دولة أخرى يكون للطرف الخاسر على إقليمها من الأموال ما يصح أن تكون محلاً للحجز لصالح الطرف الذي كسب التحكيم.

وفي تقديرنا أن هذا الموقف الفرنسي الذي استخدم في قضايا تحكيمية تمس دولاً عربية مثل الجزائر ومصر معيب وينبو عن جادة الطريق في تفسير وإعمال القواعد التي أوردتها إتفاقية نيويورك في مفهومها الصحيح.

وعلى خلاف المفهوم الذي سمح للقضاء الفرنسي بأن يعيد إلى الحياة أحكاماً تحكيمية كان قد قرر القضاء الوطني في الدولة التي تم التحكيم على إقليمها

وفي ظل النظام القانوني المعمول بها كنوع من النظام العام الواجب الإلتباع ساد القضاء التحكيمي في جمهورية مصر العربية وخاصة في قضية تتصل بالتأهيل الفني لطائرات مروحية للقوات الجوية.

ولكن للقضية المذكورة ظروفاً خاصة، حيث أن هيئة التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية إستمرت في نظر القضية التحكيمية على أساس أن التحكيم في عقود صيانة طائرات مروحية تخضع لقواعد القانون المدني.

وأودع الحكم المصري رأيه بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وخضوع عقود الدولة لقواعد مغايرة في رأي معارض (dissenting opinion) أودع ملف القضية بعد صدور حكم هيئة التحكيم بمالاً يشكك في صحة حكم التحكيم وأن قد شابه عيب يؤدي إلى عدم صحته على عكس ما إنتهت إليه محكمة إستئناف القاهرة التي قضت ببطلان حكم التحكيم لمخالفته قاعدة آمرة من النظام العام تجعل القانون الإداري وحدة دون غيره هو القانون الواجب التطبيق إبتداءً.

ولا يفوتنا أن ننوه إلى أن إتفاقية نيويورك عندما تم إبرامها عام ١٩٨٥ لم تكن حينذاك اللغة العربية قد صارت بعد إحدى اللغات الرسمية للأمم المتحدة، حيث كللت جهود دولة الكويت بالنجاح عقد ذلك بعدة سنوات، وبالتالي، فإن اللغة العربية ليست إحدى اللغات الرسمية في خصوص معاهدة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨، بمعنى أن الترجمة المنشورة في مكان أو آخر بهذه اللغة لا يعد نصاً رسمياً يمكن الاستناد إليه لترجيح تفسيرها.

هناك دول كثيرة نشرت نص إتفاقية نيويورك في جريدها الرسمية بواحدة أو أخرى من اللغات الأصلية، كما فعلت هولندا عندما نشرت النص الأصلي باللغتين الإنجليزية والفرنسية.

ولمواجهة المثالب المترتبة على مثل هذا الوضع على فقهاء العالم العربي أن يضاعفوا الجهد وصولاً إلى إعلاء فقهه قد يعالج مشكلات العالم العربي المعاصر ويضع حداً لمثل هذه المشكلات.



ورقة عمل بعنوان

## **التحكيم في العقود الإدارية**

نبذة تاريخية عن تطور القضاء الإداري في الأردن  
واختصاصات محكمة العدل العليا سابقاً  
ومن بعدها المحكمة الإدارية



## مقدمة

«نبذة تاريخية عن تطور القضاء الإداري في الأردن واختصاصات محكمة العدل العليا سابقاً ومن بعدها المحكمة الإدارية».

لا بُد من إضاءة سريعة على تطور القضاء الإداري في الأردن حيث أنه وقبل إنشاء الدولة الأردنية كانت المنطقة خاضعة للحكم العثماني الذي كان في عهده القضاء موحداً تتولى فيه المحاكم العادية الفصل في كافة النزاعات بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو التي تقام عليها، وفي عهد الانتداب البريطاني على الأردن أبقى الانتداب على الأنظمة التي كانت سائدة إبان الحكم العثماني إلى أن صدر القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن لعام ١٩٢٨ الذي نظم السلطة القضائية في الأردن وحدد أنواع المحاكم بالمدينة والدينية والخاصة وحدد اختصاصاتها لتشمل المنازعات الخاصة بجميع الأشخاص في الإمارة بما في ذلك الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها.

وبقي هذا الوضع سائداً حتى اندماج الضفتين الغربية والشرقية لنهر الأردن في دولة واحدة عام ١٩٥٠ (المملكة الأردنية الهاشمية) وبدأت مرحلة جديدة كان من نتائجها وجود نظام قضائي جديد في المملكة كان من أبرز مظاهره إصدار الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ والذي جاء فيه إعطاء الصلاحية للمشرع إصدار قانون خاص بإنشاء محكمة عدل عليا وبناء على ذلك صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ المنشور على الصفحة رقم ١٥٩ من ملحق عدد الجريدة الرسمية رقم ١١٠٤ الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٤/٨ الذي أكد في المادة ٣/١٠ منه على اختصاص محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا وتختص في الطعون الخاصة بانتخاب المجالس البلدية والمحلية والإدارية والمنازعات الخاصة بمرتبات التقاعد المستحقة للموظفين العموميين ورتبهم والطلبات التي يقدمها ذوو



الشأن بالطعن بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين بالوظائف العامة أو بمنح الزيادات السنوية والطلبات التي يقدمها الموظفون العموميين بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية والطلبات بإلغاء قرارات فصل الموظفين بصورة غير قانونية على أن يكون سبب الطعن عدم الاختصاص أو مخالفة القوانين والأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة ويكون في حكم القرار الإداري امتناع السلطة أو رفضها اتخاذ أي قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وقد طبقت محكمة التمييز بصفقتها محكمة عدل عليا قواعد القانون الإداري على المنازعات الإدارية التي كانت تعرض عليها.

إلا أن هذا القانون لم يستجب للنص الدستوري المشار إليها سابقاً الذي قضى بإنشاء محكمة عدل عليا وفي عام ١٩٨٩ صدر قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ والذي نص على إنشاء محكمة العدل العليا كمحكمة قضاء إداري مستقلة عن المحاكم النظامية وجعل لها تشكيلها الخاص واختصاصتها المحددة في مجال المنازعات الإدارية ونصت المادة ٩ من قانون محكمة العدل العليا المشار إليه على اختصاصات المحكمة على سبيل الحصر وهي:

أ- مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة وأحكام المادتين (١٠ و ١١) من هذا القانون:

تختص محكمة العدل العليا دون غيرها بالنظر والقضاء في الدعاوى المتعلقة بالأمر التالي:

١- الطعون الخاصة بانتخاب المجالس البلدية والإدارية وغرف الصناعة والتجارة والجمعيات ولا تشمل هذه الصلاحية الإجراءات السابقة لعملية الاقتراع أو الممهدة لها.

- ٢- الطعون التي يقدمها ذو الشأن في القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة أو بمنح الزيادات السنوية للموظفين العاميين.
- ٣- طلبات الموظفين العاميين بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بفصلهم من وظائفهم بغير الطريق القانوني.
- ٤- طلبات الموظفين العاميين بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بفصلهم من وظائفهم بغير الطريق القانوني.
- ٥- المنازعات المتعلقة برواتب التقاعد المستحقة للمتقاعدين من الموظفين العاميين أو لورثتهم.
- ٦- الدعاوى التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.
- ٧- الدعوى بإبطال أي قرار صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على طلب المتضرر.
- ٨- المنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص محكمة العدل العليا بموجب أي قانون آخر.
- ب- لا يقبل الطعن لدى محكمة العدل العليا في أي قرار يتعلق بعمل من أعمال السيادة.
- وبإنشاء محكمة العدل العليا تم فتح أفق رحمة أمام القضاء الإداري الأردني لإرسال قواعد إدارية وتكريس مبادئ حماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة السلطة الإدارية.

وبقي هذا القانون سارياً إلى أن صدر قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ المنشور على الصفحة رقم ٥١٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٨١٣ تاريخ ١٩٩٢/٣/٢٥ الذي حل محل القانون المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٢ والذي أقره مجلس النواب ومثل هذا القانون مرحلة جديدة وهامة في طريق تطور القضاء الإداري في الأردن، ووسع هذا القانون من اختصاصات هذه المحكمة دون غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة حيث نصت المادة ٩ من القانون رقم ١٢ على اختصاصات محكمة العدل العليا على سبيل الحصر وهي:

أ- تختص المحكمة من غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة والمتعلقة بما يلي:

١- الطعون بنتائج انتخابات مجالس الهيئات التالية: البلديات، غرف الصناعة والتجارة والنقابات، والجمعيات والنوادي المسجلة في المملكة، وفي سائر الطعون الانتخابية التي تجري وفق القوانين والأنظمة النافذة المفعول.

٢- الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو المتعلقة بالزيادة السنوية، أ، بالترقية أو بالنقل أو الانتداب أو الإعارة.

٣- طلبات الموظفين العموميين بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بإحالتهم على التقاعد أو الاستياداع أو فصلهم من وظائفهم أو فقدانهم لها أو إيقافهم عن العمل بغير الطريق القانوني.

٤- طلبات الموظفين العموميين بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بحقهم من قبل السلطات التأديبية.

- ٥- المنازعات الخاصة بالرواتب والعلاوات والحقوق التقاعدية المستحقة للموظفين العموميين أو المتقاعدين منهم أو لورثتهم.
- ٦- الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب إلغاء أي قرار أو إجراء بموجب أي قانون يخالف الدستور أو أي نظام يخالف الدستور أو القانون.
- ٧- الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بإحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور.
- ٨- الطعون والمنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص المحكمة بموجب أي قانون آخر.
- ٩- الدعاوى التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.
- ١٠- الطعن في أي قرار إداري نهائي حتى لو كان محصناً بالقانون الصادر بمقتضاه.
- ١١- الطعن في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل.
- ب- تختص المحكمة في طلبات التعويض عن القرارات والأجراءات المنصوص عليها الفقرة (أ) السابقة من المادة رفعت إليها بصفة أصلية أو تبعية.
- ج- ١: لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بإعمال السيادة.
- ٢: لا تقبل الدعوى المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية.

وعلى أثر التعديلات التي طرأت على الدستور الأردني في عام ٢٠١١ تم تعديل المادة (١٠٠) منه بالنص على إنشاء قضاء إداري على درجتين لأول مره.

وبناء عليه صدر قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤ الذي بدأ العمل به من تاريخ ١٦/١٠/٢٠١٤ ونص القانون في المادة (٣) منه على إنشاء قضاء إداري على درجتين يتكون من المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا.

وقد جعل المشرع الأردني اختصاص المحكمة الإدارية المكاني جميع أراضي المملكة ومقرها في عمان ويكون عقد جلساتها في أي مكان آخر يقرره رئيسها أما اختصاصها النوعي فقد وسع المشرع الأردني من اختصاصاتها ونص في المادة (٥) من قانون القضاء الإداري على اختصاصات هذه المحكمة على سبيل الحصر على أن يشمل اختصاصها دون غيرها النظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك:

١- الطعون في نتائج انتخابات مجالس هيئة غرف الصناعة والتجارة والنقابات والجمعيات والنوادي المسجلة في المملكة، وفي الطعون الانتخابية التي تجري وفق القوانين والأنظمة المعمول بها ما لم يرد نص في قانون آخر على إعطاء هذا الاختصاص لمحكمة أخرى.

٢- الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة أو بالترقية أو بالنقل أو بالانتداب أو بالإعارة أو بالتكليف أو بالتثبيت في الخدمة أو بالتصنيف.

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

٤- طعون الموظفين العموميين المتعلقة بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بحقهم من السلطات التأديبية.

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

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

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

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

٩- الطعون التي تعتبر من اختصاص المحكمة الإدارية بموجب أي قانون آخر.

وتختص بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار اللاحقة نتيجة القرارات والإجراءات إذا رفعت إليها تبعاً لدعوى لإلغاء، كما تختص بالنظر في الطلبات المتعلقة بالأمور المستعجلة التي تقدم إليها بشأن الطعون والدعاوى الداخلة في اختصاصها بما في ذلك وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً إذا رأت أن نتائج

تنفيذه يتعذر تداركها، ويجوز تقديم الطلب المستعجل عند تقديم الدعوى أو بعد مباشرة النظر فيها، وتتنظر المحكمة في الطلب المستعجل تدقيقاً إلا إذا رأت خلاف ذلك.

واستثنى المشرع من اختصاصها الطعون المتعلقة بالعقود الإدارية والضرائب والرسوم وجعل الطعن بها بموجب طرق الطعن المبينة في القوانين الخاصة كذلك ولا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة ولا تقبل الدعوى المقدمة ممن ليس له مصلحة شخصية.

ورقة عمل بعنوان

# أشكال اتفاق التحكيم

(شرط التحكيم ومشاركة التحكيم)

إعداد

عبدالإله حنين

مستشار بمحكمة النقض





## أشكال اتفاق التحكيم

### (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم)

يعتبر التحكيم أداة هامة لفض النزاعات وتسويتها من قبل محكم أو محكمين يتفق الأطراف على توليتهم مهمة الفصل في خلافاتهم القائمة أو المستقبلية، وهو بذلك له صبغة اتفاقية من جهة ووظيفة قضائية من جهة أخرى، مما يجعله يتميز بالتراضي في مرحلة الانعقاد والإلزام في مرحلة التنفيذ، ويتخذ هذا الاتفاق التحكيمي أحد شكلين، فهو إما عقد للتحكيم *Le compromis* وهو الوثيقة التي يتفق الأطراف بموجبها على عرض النزاعات التي حدثت بينهم على محكم أو محكمين.

كما يمكن أن يتخذ شكل شرط للتحكيم *la clause compromissoire* إذ يتفق أطراف العقد الأصلي على عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع حول تفسير هذا العقد أو تنفيذه على محكمين للفصل فيه.

فعقد التحكيم يأتي إذن لاحقاً لحدوث النزاع بين المتعاقدين، يتفقان بمقتضاه على حل نزاعهما القائم بواسطة التحكيم، وهو ما يطلق عليه الفقه بمشارطة التحكيم، خلاف شرط التحكيم الذي يشكل شرطاً أو بند في العقد الأصلي.

هذا ولقد تأثر المشرع بهذا التمييز الفقهي فنص بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل ٣٠٧ من قانون المسطرة المدنية كما وقع تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم ٠٨-٠٥ صراحة على أن «اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية. يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم».

ولدراسة موضوع شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ارتأينا التعرض أولاً للأركان اللازمة لتوافرها لإبرامهما، ثم نقارن بينهما من خلال التطرق لأوجه اتفاقهما وأوجه اختلافهما.

### أولاً: الأركان اللازمة لانعقاد الاتفاق على التحكيم:

لقيام الاتفاق على التحكيم التجاري صحيحاً سواء ورد في شكل شرط تحكيمي أم في شكل مشارطة للتحكيم يلزم توفر الأركان التالية:

#### ١- الأهلية:

نص الفصل ٣٠٨ من قانون المسطرة المدنية على أنه:

«يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص في هذا الباب...»، وعلى هذا الأساس، فالأشخاص الذين لا تتوفر لديهم هذه الأهلية كالقصر والمحجور عليهم ليسوا أهلاً لإبرام اتفاقات التحكيم.

فإذا ما أبرم أحدهم اتفاقاً من هذا القبيل كان الاتفاق باطلاً، كما لا يجوز للوكيل بغير إذن خاص إبرام هذا العقد.

#### ٢- الكتابة:

استوجب المشرع بمقتضى الفصلين ٣١٣ و٣١٧ من قانون المسطرة المدنية لصحة الاتفاق على اللجوء للتحكيم -سواء تتعلق الأمر بشرط تحكيمي أم بمشارطة التحكيم- أن يصاغ في شكل محرر مكتوب، غير أن المشرع لم يلزم الطرفين بشكل محدد للكتابة، وإنما أجاز لهما إبرام اتفاقهما إما في شكل عقد رسمي أو عرفي

أو بمحضر يحضر أمام الهيئة التحكيمية المختارة نفسها أو في أي وثيقة موقعة من الطرفين أو في رسائلهما المتبادلة أو أي وسيلة اتصال أخرى من شأنها أن تفيد اتفاقهما كتابة على اللجوء للتحكيم، وبذلك لا يقع صحيحاً الاتفاق على اللجوء للتحكيم دون ورود ذلك كتابة، فالكتابة تعتبر ركناً لانعقاد الاتفاق وليست مجرد شرط للإثبات.

### ٣- الرضا:

إن اتفاق التحكيم شأنه شأن كافة العقود لا بد لإبرامه من اتجاه إرادة طرفيه إلى عرض نزاعهما القائم أو المستقبلي على التحكيم، وأن تكون تلك الإرادة سليمة وخالية من عيوب الرضا.

### ٤- أن يكون موضوع النزاع مما يجوز الفصل فيه بالتحكيم.

ليقع الاتفاق على اللجوء للتحكيم صحيحاً يجب أن ينصب اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم على موضوع لا يحظر القانون إجراء التحكيم بشأنه.

فبالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية ذات الصلة كما وقع تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم ٠٥-٠٨، نجد أن المشرع منع بمقتضى الفصلين ٣٠٩ و ٣١٠ منه الاتفاق على إجراء التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي تكون موضوع تجارة وكذا النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية، علماً أنه بالنسبة لهذا النوع الأخير من التصرفات أجاز (المشرع) الاتفاق على إجراء التحكيم لتسوية النزاعات المالية الناتجة عنها ما عدا ما يتعلق منها بتطبيق القانون الجنائي.

## ثانياً: مقارنة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم:

### ١: أوجه الاختلاف بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم:

- شرط التحكيم يرد بالعقد الأصلي، ويتعلق بنزاعات مستقبلية محتملة وليس بنزاع قائم بذاته، فيكون في الغالب الأعم شاملاً لجميع النزاعات التي قد تتجم عن ذلك العقد برمته، اللهم إلا إذا تبين من سياق العقد الأصلي أن إرادة الطرفين اتجهت إلى جعل ذلك الشرط خاصاً فقط بنوع محدد من النزاعات دون غيرها، كأن يكون الأمر متعلقاً بعقد مقاوله مثلاً ويخصص القسم الأول من العقد لتنفيذ الأشغال المتفق عليها، بينما يخصص القسم الثاني من ذات العقد للضمانات التي يتحملها المقاول أو لضمانات الأداء ويرد الشرط التحكيمي في قسم معين دون الآخر، فهنا قد يفسر الأمر على أن الشرط التحكيمي قاصر فقط على القسم الذي ورد فيه.

أما مشاركة التحكيم فتفترض مبدئياً عدم وجود شرط تحكيمي في العقد الأصلي، ولما يقع النزاع بين الطرفين يفضلًا عوض اللجوء للقضاء الرسمي الاتفاق على إحالة نزاعهما على التحكيم، ومن ثم فالفرق بينهما هو أن شرط التحكيم يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل، بينما مشاركة التحكيم فهي تتعلق بنزاع موجود.

مما يفترض معه أن الاتفاق في هذه الحالة الأخيرة يقتضي تضمينه نوع النزاع وطبيعته وبيان مكان التحكيم وتسمية الهيئة التحكيمية وأجل البت في النزاع، ولهذا نجد في الاتفاق في مثل هذه الأحوال غالباً ما يستهل ببيان النقط موضوع النزاع القائم بين الطرفين ثم تتضمن بعد ذلك اتفاقهما على عرضه على التحكيم وتعيين هيئة التحكيم ومكانه ومدة البت،

بل إن لمشرع المغربي شأنه في ذلك شأن بعض التشريعات العربية الأخرى (المصري والعماني) نص على ذلك صراحة، إذ استوجب بمقتضى الفصل ٣١٥ من قانون المسطرة المدنية تضمين عقد التحكيم (مشارطة التحكيم) تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وتعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيص على طريقة تعيينها.

خلاف شرط التحكيم الذي لم يستلزم سوى تضمينه تعيين الهيئة التحكيمية أو بيان كيفية تعيينها (الفصل ٣١٧ من قانون المسطرة المدنية).

علماً أن ما فرضه المشرع من بيان للنزاع موضوع اتفاق التحكيم لا يعني بالضرورة الإشارة بدقة إلى كافة تفاصيله، وإنما يكفي لتحقيق ذلك فقط الإشارة للنقط موضوع خلاف الطرفين بكيفية مجملية.

هذا وتجب الإشارة هنا إلى أنه يعتبر من قبيل شرط التحكيم كذلك الاتفاق اللاحق على إبرام العقد بإحالة النزاعات التي ستتجم عن تنفيذ ذلك العقد إلى التحكيم، والذي يتم إبرامه قبل وقوع أي من تلك النزاعات، لكونه يتعلق دائماً بنزاع مستقبلي.

وقد يحث كذلك أن يكون هناك شرط تحكيمي منصوصاً عليه بصلب العقد الأصلي أو بعقد لاحق مبرم قبل حدوث نشوب النزاع، غير أن الطرفين يبرما بعد وقوع النزاع، استناداً لذلك الشرط التحكيمي اتفاقاً آخر يتعلق بتسوية النزاع تحكيمياً، يحددا بمقتضاه طبيعة النزاع، أو مدة التحكيم أو يعينا فيه هيئة التحكيم، ففي هذه الحالة لا نكون أمام مشارطة التحكيم، وإنما أمام اتفاق آخر للتحكيم لم يكونا أصلاً مجبران على إبرامه لتفعيل الشرط التحكيمي الأول.

- يكون الأطراف عند إبرامهما لاتفاق مشارطة التحكيم على بينة من النزاع القائم، ومن ثم يحصر موضوعه فلا يكون للطرف المدعي عليه أن يتقدم بدعوى مقابلة أو أصلية ناشئة عن تنفيذ نفس العقد الأصلي إلا إذا وقع الاتفاق على ذلك صراحة، بينما في الغالب تتيح له الصيغة العامة التي يرد بها شرط التحكيم ذلك.

## ٢- أوجه الاتفاق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم:

- إن كلاهما يهدف على حل النزاع، إذ أن الباعث على إبرام الاتفاق هو رغبة الطرفين في حل نزاعهما القائم أو المستقبلي المحتمل عن طريق هيئة تحكيمية خاصة غير القضاء الرسمي للدولة.

- إن كلا منهما ملزم للطرفين، ذلك أنه بمجرد اتفاق الطرفين على إحالة نزاعهما إلى التحكيم يكونا قد نزعا من القضاء الرسمي للدولة صلاحية الفصل فيه لفائدة الهيئة التحكيمية ويصير ذلك الاتفاق ملزماً لهما، يكون بموجبه لأي منهما التمسك بعدم قبول الدعوى التي يرفعها خصمه أمام القضاء الرسمي، لوجود عقد تحكيمي أو شرطه، شريطة أن يثير ذلك قبل كل دفع أو دفاع (الفصل ٣٢٧ من ق م م).

هذا علماً أن الاتفاق على التحكيم -بمقتضى عقد أو شرط- لا يمنع من الالتجاء إلى القضاء التجاري الاستعجالي، لاتخاذ الإجراءات المستعجلة الضرورية كالوضع تحت الحراسة أو إجراء بعض الحجوز التحفظية أو أي إجراء تحفظي آخر، اعتباراً لأن المحكمين ليست لهم الصلاحية لاتخاذ هذه الإجراءات التي لها طابع استعجالي ولا تمس بجوهر الحق المتنازع حوله (الفصل ٣٢٧-١ من قانون المسطرة المدنية).

- ثم إنه سواء أكنّا أمام شرط تحكيمي أم مشاركة للتحكيم، فإنه بصرف النظر عما إن تعلق الأمر بتحكيم داخلي أم دولي، فإن الأمر يفضي في كل الأحوال في النهاية إلى عرض النزاع على التحكيم، فيصدر المحكم أو المحكمين، بعد دراسة النزاع ومناقشته حكماً تحكيمياً فاصلاً في موضوع النزاع، ليس مستمداً فقط من عقد التحكيم وحده، وإنما أيضاً من إرادة المشرع التي تعترف به وتجعل له حجية الأمر المقضي، إذ أنه يكون في شكل حكم قضائي، ينطوي على الحثيات والمنطوق ويصدر بالأغلبية، فيكون اعتباراً لذلك ملزماً لأطراف الخصومة التحكيمية، ما دام أنه لم يتجاوز أو يخالف نصوص الاتفاق الذي أعطى للمحكمين ولاية الفصل، كما أنه يتمتع بالصفة النهائية لكونه منه للنزاع ولا يكون قابلاً للطعن فيه إلا للبطلان ولأسباب محددة، وبذلك فتتفيده من قبل الأطراف قد يتم طواعية إن هم رضوا به، وإلا فيلجأ المحكوم له لمسطرة تذيله بالصيغة التنفيذية، ليكتسب بذلك القوة التنفيذية من لذن الجهة القضائية المختصة وفق ما تقضي به اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ المعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وكذا الفصلين ٢٦-٣٢٧ و ٤٦-٣٢٧ من قانون المسطرة المدنية.

- وأخيراً فإن تصريح المحكمة ببطلان إجراءات التحكيم بمناسبة نظرها الطعن السالف الذكر لا يترتب عنه بطلان سند التحكيم سواء أكان شرطاً تحكيمياً أو مشاركة للتحكيم لاستقلال الاتفاق المذكور عن إجراءات التحكيم.

صفوة القول يترتب عن الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم سواء أتم بمقتضى شرط تحكيمي أم بمشاركة للتحكيم نزع صلاحية الفصل في النزاع من القضاء الرسمي للدولة لفائدة الهيئة التحكيمية، التي مع ذلك تظل خاضعة لمساعدة



القضاء أحياناً ومراقبته أحياناً أخرى، وذلك من خلال تدخله إما لتعيين المحكمين كلما اقتضى الأمر ذلك أو لإكساء الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية أو لمراقبة عمل المحكمين ولو في حدود ضيقة من خلال الفصل في دعوى بطلان إجراءات التحكيم التي يمارسها الطرف المتضرر استناداً إلى الأسباب التي أوردها المشرع على سبيل الحصر بمقتضى الفصل ٣٢٧-٣٦ من القانون المسطرة المدنية.

ورقة عمل مختصرة مقدمة من  
المستشار الدكتور/ عادل ماجد بورسلي  
بعنوان

## **التحكيم في المنازعات الإدارية بدولة الكويت**

في الملتقى العلمي الثالث للاتحاد العربي للقضاء الإداري  
المنعقد بدولة الكويت  
بتاريخ ٢٠١٨/٤/٣٠



## التحكيم في المنازعات الإدارية في دولة الكويت

### المقدمة

التحكيم أحد الوسائل البديلة لحل المنازعات وهو آلية خاصة تهدف إلى تسوية منازعات الأفراد، وتحقيق نوع من العدالة الخاصة المتحررة من أغلال إجراءات وقواعد قوانين المرافعات يسمو فيه مبدأ سلطان الإرادة، قد تنوعت أنماطه فيما أن يكون عن طريق اللجوء إلى التحكيم الحر الذي يختار فيه الخصوم محكم أو أكثر، وإما أن يلجأ ذوو الشأن إلى التحكيم المؤسسي عن طريق مؤسسات ومنظمات دائمة للتحكيم، وقد توسعت عملية التحكيم بتوسع التجارة العالمية وزيادة نشاطها توسعها.

وفي دولة الكويت، وبسبب ازدهار الحياة الاقتصادية وتزايد معدلات المعاملات التجارية برزت قوانين عدة لتنظيم التحكيم جلها في المجال التجاري أما بشأن ميدان المنازعات الإدارية فالمشهد يظهر لنا أن التحكيم غير مرغوب فيه ولا مرب به وسنين ذلك لاحقاً ونشير في هذا الخصوص أن:

المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المدنية والتجارية أكدت في معرض شرحها للمادة (١٧٣) أن التحكيم طريق استثنائي للتقاضي، ورغبة في أن يكون هذا الاستثناء واضحاً ومحددأً تحديداً لا يأتيه اللبس، فقد حرص المشرع على النص صراحة على وجوب تحديد موضوع النزاع الذي يطرح من الاتفاق على التحكيم تحديداً نافياً للجهالة، يستوي في ذلك التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح.

وأوضحت الفقرة الأخيرة من المادة آنفة الذكر أن جزاء مخالفة ذلك هو البطلان.

### التنظيم التشريعي للتحكيم في دولة الكويت

في عام ١٩٧١ صدر القانون رقم (٣) الذي ينظم التحكيم بين المؤسسات والهيئات في دولة الكويت وهذا القانون عبارة عن تعديل طرأ على أول قانون للمرافعات في دولة الكويت وكان برقم ٦ لسنة ١٩٦٠، وأجاز في المادة ٢٦٤ مكرر اشتراك قضاة في هيئات التحكيم.

وأفرد قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨١ للتحكيم الباب الثاني عشر منه المواد من ١٧٣ حتى ١٨٨.

ونصت المادة (١/١٥) من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ١٩٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ على أن «فيما عدا ما نص عليه. في هذا القانون، يسري على الدعاوى المنصوص عليها فيه، والأحكام الصادرة فيها، وطرق الطعن في هذه الأحكام القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية».

وبتاريخ ١٩/١٢/١٩٩٥ صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي.

وقد انضمت دولة الكويت إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، وصدرت بشأنها قوانين ومراسيم أميريه أضحى بموجبها لبنات في البناء

القانوني للدولة، ولعل أهمها اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٨ بالإضافة إلى اتفاقية جامعة الدول العربية واتفاقية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي وأنشأت بعض مراكز التحكيم المؤسسي منها في غرفة تجارة وصناعة الكويت، وجمعية المهندسين الكويتية، وجمعية المحامين الكويتية.

### موقف الفقه من مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية.

تباينت توجهات الفقهاء حول هذه المسألة وذهب البعض إلى عدم جواز ذلك باستثناء الحقوق المالية الناشئة عن العقود الإدارية<sup>(١)</sup> في حين ذهب جانب آخر إلى التشكيك في دستورية التحكيم في العقود الإدارية، ومرد ذلك يجد أساسه في المادة (١٦٩) من الدستور الكويتي التي نصت على أن:

«ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون» وبالتالي لم يفوض الدستور المشرع العادي في وضع نصوص تحد أو تنتقص شيئاً من الولاية الكاملة للدائرة الإدارية بالنظر في المنازعات الإدارية على إطلاقها دون تقييد أو استثناء، وإنما جعل مهمة المشرع قاصرة على إنشاء هذه الدائرة، ومن ثم لا يجوز للمشرع أن يتعدى حدوده التي رسمها له الدستور، ويذهب إلى حد تقييد اختصاص الدائرة الإدارية الذي أطلقه الدستور أو إخراج بعض المنازعات الداخلة في اختصاصها إلى جهة أخرى قضائية أو غير قضائية<sup>(٢)</sup> أما بشأن ما نص عليه القانون رقم ١١

(١) د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت «١٩٩٠» ص ٨.

(٢) د. عثمان عبدالملك ولاية الدائرة الإدارية في نظر طعون الموظفين، بحث منشور في كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الرابع ص ٧.

لسنة ١٩٩٥ في شأن التحكيم القضائي فهناك رأي يرى أن المشرع الكويتي أجاز صراحة للجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون طرفاً فيها بل أوجب عليها ذلك في الأحوال التي يقدم فيها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة طلب لهيئة التحكيم القضائي لأجل حسم النزاع الذي نشب بينهم.

وترتيباً على ذلك لا يصح قياس القانون الكويتي على القانون الفرنسي الذي لا يجيز لجوء الدولة أو أشخاص القانون العام إلى التحكيم في غير الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي خاص يجيز اللجوء للتحكيم بصدد نوع معين من أنواع المنازعات<sup>(١)</sup>.

### موقف القضاء الكويتي من مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية.

تميل محكمة التمييز الكويتية إلى رفض ومنع التحكيم في العقود الإدارية وأشارت في حكمها الصادر بتاريخ ١١/٢٦/١٩٨٩ إلى أن من المقرر أن «اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية مرجعه ما تتضمنه من روابط «هي مجالات القانون العام، وليس كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري يخضع لذلك القانون بما مقتضاه أن يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بالمعنى الفني، وإذ عقدت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ للدائرة الإدارية وحدها الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في «عقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد، أو أي عقد إداري آخر» فيكون البين من أن تعداد تلك العقود بالنص سالف الذكر إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر باعتبارها من أهم العقود الإدارية المسماة، ومن ثم لا يكون

(١) د. يسري العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية دار النهضة العربية، ٢٠١٠ ص ١٤٥.

اختصاص الدائرة الإدارية مقصوراً على تلك العقود بل يمتد إلى جميع العقود الإدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الطبيعية لا بتحديد القانون أو وفقاً لإدارة الطرفين<sup>(١)</sup> وقضت محكمة التمييز الكويتية في حكم آخر لها أن «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 هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر بشأن التحكيم فيها، ومن ثم فلا اختصاص لها بالفصل في المنازعات الإدارية مما تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيها وحدها دون غيرها إلغاءً وتعويضاً عملاً بالمادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦١ لسنة ١٩٨٢<sup>(٢)</sup>.

ونشير في هذا الصدد إلى الحكم الذي قررت فيه محكمة التمييز الكويتية أن «من مقومات العقود الإدارية أن لها طبيعة خاصة بالنظر لما يمثله طرفاها من مصالح غير متعادلة، حيث تتوب 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، ويقصر حمل المتعاقد الآخر على احترام شروط العقد، وبذل العناية وتوخي الدقة في تنفيذها فإنه سواء بالنظر إلى أطراف العقد أو غايته أو شروطه تكون قد توافرت له مقومات العقد الإداري، ومن ثم لا تختص هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالفصل فيما نشأ عن تنفيذه يبين المتعاقدين فيه من خلافات من

(١) الطعن رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٨ تجاري إداري، جلسة ١٩٨٩/١١/٢٣ مجلة القضاء والقانون السنة ١٧، العدد الأول ص ٧١.

(٢) الطعن رقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ تجاري إداري/٢ جلسة ١٩٩٨/٣/١٥ منشور في موسوعة القضاء الإداري الكويتي الكتاب الأول الجزء الأول المستشاران (ناصر معلوي، جمال الجلاوي) طبعة ٢٠١٥، ص ٤٤٥.



مثل النزاع المثار بينهما حول خطاب الضمان وإنما -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تكون ولاية الفصل فيه للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية المنشأة بالقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨١ المعدل وحدها دون غيرها<sup>(١)</sup>.

والمستفاد مما تقدم أن توجه محكمة التمييز الكويتية مستقر على عدم اختصاص هيئات التحكيم ولأثماً بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، واختصاص الدوائر الإدارية وحدها ودون غيرها عملاً بقانون إنشائها رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل.

### تقدير مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في دولة الكويت.

بعد الاستعراض السريع للتنظيم التشريعي للتحكيم في دولة الكويت، وموقف الفقه والقضاء من إمكانية التحكيم في العقود الإدارية نخلص إلى القول بأن الود مفقود والعداء قائم بين العقود الإدارية، وبين نظام التحكيم أي كانت أنواعه ومسمياته في النظام القانوني الكويتي، إستناداً للآراء الفقهية التي تذهب في هذا الاتجاه، وما تواترت عليه أفضية محكمة التمييز في هذا الخصوص، ونضيف أن المنازعات الناشئة والمنبثقة عن العقود الإدارية تدرج في نطاق المسائل المتعلقة بالنظام العام وأن الأمور المتعلقة بالنظام العام لا يجوز أن تكون محلاً للصالح وإذ القاعدة أن ما يخضع للصالح فقط يمكن أن يكون محلاً للتحكيم.

وقد نصت المادة (٥٥٤) من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ في فصله الخامس المخصص لباب الصلح أنه «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكن يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها».

(١) الطعن رقم ٤٣١ لسنة ١٩٩٩ تجاري إداري جلسة ٢٠٠٠/٣/٥، منشور في موسوعة القضاء الإداري الكويتي المرجع السابق، ص ٤٥٥.

ومن جانب آخر: نص المرسوم الأميري بقانون تنظيم القضاء رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز الغاء الأمر الإداري وأجاز التعويض عنه وكانت الدوائر التجارية تتصدى للعقود الإدارية وبصدور الدستور الكويتي عام ١٩٦٣ أفرد بابه الخامس للسلطة القضائية، ونقل المشرع الدستوري للمشرع العادي الاختصاص في تنظيم الفصل في المنازعات الإدارية وخيرة بين ثلاثة سبل، لا يجوز اللجوء لغيرها في أي نزاع إداري وهذه الطرق الثلاثة هي:

غرفة أو دائرة في كنف النظام القضائي الموحد وهذا ما اختاره المشرع العادي بمقتضى القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة إدارية في المحكمة الكلية المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ أو محكمة قضاء إداري كما هو الحال في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة.

والخياران السابقين كانا بمقتضى المادة (١٦٩) من الدستور أما المادة (١٧١) فقد أجازت إنشاء مجلس دولة كجهة مستقلة عن القضاء العادي.

والمستفاد مما تقدم أن المشرع الدستوري احتكر الفصل في المنازعات الإدارية عن طريق الوسائل الثلاثة السابقة، ولم يفوض المشرع العادي بابتداع أي أسلوب آخر بما في ذلك التحكيم بأنواعه وهذا ما تبناه أستاذنا الدكتور عثمان عبد الملك وفقاً لما سلف ذكره ونورد دعماً لما تقدم أن القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٩٢ في شأن التنظيم الإداري وتحديد الاختصاصات والتفويض فيها وضع في مجمل موادها شروطاً للتفويض أخصها ما نستخلصه من المادة الأولى أنه يلزم توافر نص يأذن أو يسمح بالتفويض والتشريعات في دولة الكويت حاوية على عروشها من نص يأذن لأي وزير بالتصالح في أي نزاع محله أموال الخزينة العامة وانطلاقاً من هذه الحجة نؤكد على انطباق المادة (٥٥٤) من القانون المدني التي تحظر الصلح في المسائل الماسة بالنظام العام.

ولا ينال من ذلك ما ورد في قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ الفقرة الثانية من مادته الثانية التي نصت على أن «تختص هيئة التحكيم دون غيرها بالفصل في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون أن المشرع استهدف من هذا النص تخفيف العبء على جهات القضاء، وباعتبار أن تلك المنازعات يجمعها قاسم مشترك هو أن محلها المال العام وقد استخلص الفقه أن الهدف والقصد من وراء ذلك التحكيم الإجباري هو هيمنة السلطة القضائية على منازعات التحكيم في البلاد وتفادي عيوب تطبيق المادة (١٧٧) من قانون المرافعات بإعتبار أن هيئات التحكيم القضائي الغلبه في تشكيلها لرجال القضاء، وهي أقرب لمحكمه خاصة تمثل جزءاً من النظام القضائي الكويتي، وأن الحكم الصادر عنها مماثل لأي حكم صادر عن محكمة الاستئناف<sup>(١)</sup>.

ولعل التطور الحديث في قضاء منازعات العقود الإدارية يشجع على تبني وجهة النظر المناوئه لاختصاص هيئات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد تصدت المحكمة الإدارية العليا في مصر لطلبات وقف تنفيذ القرار العقدي، وأقرت اختصاصها بنظره وهذا التوجه المحمود بلا شك إضافة مؤثرة يشجع على حجب هيئات التحكيم من الاختصاص في نظر منازعات العقود الإدارية.

(١) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانوني الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٦، ص ٢٩٤.

## الخاتمة

ينتهي بنا المطاف في هذه الورقة الموجزة إلى نتيجة مفادها، اختصاص القاضي الإداري وحده دون سواه في التصدي لكافة المنازعات الإدارية أيا كان نمطها في النظام القانوني الكويتي.

ويتأكد عدم الاختصاص الولائي لهيئات التحكيم سواء فردي أو مؤسسي أو قضائي في نظر جميع المنازعات الإدارية، ومنها بلا شك منازعات العقود الإدارية، والواقع العملي يبارك هذا الاستخلاص ويعضده فإحصائيات تثبت ندرة لجوء أصحاب الشأن للتحكيم في دولة الكويت ليس فقط في العقود الإدارية بل في سائر المنازعات والخصومات، فضمانات المحاكمة العادلة، والفصل في القضايا في المدد المعقولة، وتوافر الرادع الذاتي لدى القاضي، وقيم وتقاليد القضاء، كلها عوامل تدفع أصحاب الشأن للعزوف عن الوسائل البديلة لفض المنازعات، ومن ناحية أخرى، فإن استلزام تذييل حكم التحكيم المحلي بالصيغة التنفيذية من رئيس المحكمة عملاً بالمادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والرقابة الدقيقة على الشأن الإجرائي، أثارت الخشية والتوجس من عودة النزاع إلى نقطة البداية بعد صدور حكم التحكيم جزاء أية أخطاء قد تشوبها.

ونختم هذه الورقة بالقول بأن القضاء الإداري هو المختص دون غيره في فض المنازعات الإدارية بأنواعها.



**أشكال اتفاق التحكيم**  
**(شرط التحكيم - مشاركة التحكيم)**



## أشكال اتفاق التحكيم

(شرط التحكيم - مشاركة التحكيم)

### تعريف التحكيم

التحكيم لغة جعل الحكم فيما لك لغيرك، وشرعاً وردت الإشارة إليه في سورة النساء ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾. وقد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم، وعمل به الخلفاء الراشدون، وقد أجمعت المذاهب الإسلامية على الأخذ به.

والتحكيم هو نظام قانوني يتفق بموجبه طرفان على عدم عرض النزاع بينهما على محاكم الدولة، وإنما يختاران شخصاً أو أشخاصاً من الغير، للفصل في النزاع القانوني بينهما بحكم ملزم لهما، فهو يرتكز على أساسين هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة، فالمحكم يحل محل القاضي ولكنه ليس قاضياً وليس موظفاً رسمياً، وليست له صفة رسمية لكن القانون هو الذي منحه ذلك.

ومؤدى ذلك أيضاً أن التحكيم قضاء خاص يصدر حكماً له حجية الأمر المقضي، وهو نظام استثنائي للتقاضي، كما يتضمن نزولاً من الطرفين عن حق رفع الدعوى زمام محاكم الدولة بسبيل آخر لحل النزاع بينهما وهو التحكيم، ولا يجوز للخصم أن يتأرجح بين قبول السبيل القضائي أو اللجوء للمحاكم، وبين التمسك بالتحكيم، كأن ينتظر فترة لمعرفة اتجاه محاكم الدولة في المسألة فإن كان في صالحه سكت، وإن كانت الأخرى لجأً للتحكيم.

فالتحكيم يبدأ بعقد بإرادة طرفين، وينتهي بحكم ملزم لهما، ولما كان من أخص واجبات الدولة إقامة العدل بين الأشخاص والفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم



ورد الإعتداء حتى يطمأنوا على أرواحهم وحررياتهم وأموالهم، فالدولة لها وحدها حق فرض العدالة، فلا يملك أحد أن يرفض تدخلها أو يتحرر من سلطانها، لأن القضاء هو مصدر سيادتها، ولكن الدولة لا تستطيع أن تحرم مواطنيها من اللجوء للتحكيم، لأنها لا تغفل أن التحكيم كان هو طريق العدالة الأول الذي عرفته البشرية، وأقرته الشرائع السماوية، وهو يرمي للسلام في المجتمع سواء داخل الدولة بين المواطنين، أو في المجتمع الدولي والعلاقات الدولية بين الدول وأشخاص القانون الدولي العام الأخرى.

### مزايا نظام التحكيم

- إذا أخذ الطرفان بنظام التحكيم فله عدة مزايا، يختلف فيها عن أي نظام آخر للمطالبة بالحقوق وتعطيه أفضلية عليها، ومن هذه المزايا ما يلي:
- ١- الطرفان يختاران شخصاً أو أشخاصاً محل ثقة لهما، ومعروفين لديهما، للفصل في المنازعة بينهما.
  - ٢- لا يشترط في المحكم أن يكون قانونياً.
  - ٣- الهدف الأساسي من اللجوء للتحكيم هو السرعة في الفصل في النزاع وتوفير الوقت والجهد وبخاصة في منازعات الاستثمار.
  - ٤- أحكام التحكيم لا يطعن فيها إلا بالبطلان، وفي حالات محددة على سبيل الحصر.
  - ٥- يختار الطرفان القانون الواجب التطبيق على منازعتهم.
  - ٦- تجنب مبدأ علانية التقاضي، والتحلل من غالبية الإجراءات المقررة أمام محاكم الدولة.

٧- يؤدي الأخذ بنظام التحكيم إلى تخفيف العبء عن محاكم الدولة، مما يؤدي لسرعة إنجاز القضايا، وبالتالي استقرار المجتمع.

### عيوب نظام التحكيم

رغم ما سبق فإن لنظام التحكيم بعض السلبيات التي تواجهه أثناء التطبيق ومنها:

- ١- يتحمل الطرفان المتنازعات مصروفات التحكيم وأتعابه.
- ٢- قد تطول إجراءات التحكيم إذا تم الطعن بالبطلان على اتفاق التحكيم أو حكم التحكيم.
- ٣- قد يتولى التحكيم أشخاص غير أكفاء أو غير أمناء.
- ٤- عدم قابلية حكم التحكيم للطعن العادي أو غير العادي. التحكيم جزئي في نطاقه، نسبي في أثره، مقصور على ما اتفق عليه الطرفان من منازعات.

### نظام التحكيم وما قد يتشابه معه

رغم أن التحكيم نظام متفرد وله خصوصية تميزه عن غيره، إلا أنه قد يتشابه مع بعض الأنظمة الأخرى منها:

#### ١- التحكيم والوكالة:

من المعروف أن الوكيل يقوم بعمله باسم الموكل ولحسابه ويلتزم بتعليماته ولصالحه، أما المحكم فيصدر حكمه باسمه طبقاً للقانون، ويتمتع في عمله بولاية قضائية.

## ٢- التحكيم والصلح:

الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً محتملاً بينهما، بأن يتنازل كل طرف عن جزء مما يراه حقاً له، فالطرفان يفصلان في النزاع بينهما بإرادتهما أي بعمل تعاقدية، أما في التحكيم فيتم الفصل في النزاع بحكم يصدر عن المحكم له حجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن عليه، ويجوز للمحكم أن يقضي لأحد الطرفين بكامل حقه، ويرفض طلب الآخر، فهو حكم نهائي ملزم، أما في الصلح فيجوز للطرفين اللجوء لقضاء الدولة بعد هذا الصلح، بل يجوز لهما اللجوء للتحكيم.

## ٣- التحكيم والوساطة:

في الوساطة يلجأ الطرفان لشخص ثالث للتوسط بينهما ولتقريب وجهات النظر، ورأيه غير ملزم لهما، على عكس التحكيم فيلجأ الطرفان فيه لشخص ثالث (المحكم) للفصل في النزاع بينهما بحكم ملزم لهما.

## ٤- التحكيم والخبرة:

لما كان حكم التحكيم عمل قضائي، له خصائص وحجية الأحكام القضائية، ويلتزم الطرفان بتنفيذه جبراً عنهما، رغم أنهما بإرادتهما سبق لهما اختيار المحكم الذي أصدر هذا الحكم.

إلا أن الخبير يكلف عادة بإبداء رأيه في مسألة فنية بحتة، يندب الخبير لبحثها وإعداد تقرير برأيه فيها من الناحية الفنية فقط، ولا يجوز له إبداء الرأي من الناحية القانونية، وهذا الرأي الفني الذي يودعه الخبير لا يلزم المحكمة التي طلبته، على عكس حكم التحكيم، فهو ملزم للطرفين، كما أن الخبير عادة يؤدي اليمين قبل مباشرة مأموريته، على خلاف المحكم الذي اتفق الطرفان على اختياره في المنازعة بينهما، فهو محل ثقتهما فلا مجال لاشتراط حلف اليمين.

## شرط التحكيم

هو اتفاق بين طرفين على أن أي خلاف قد ينشأ بينهما مستقبلاً، بشأن علاقة قانونية معينة، يتم الفصل فيه بواسطة التحكيم.

وغالباً ما يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي كبند من بنوده، ولكن لا يوجد ما يمنع من وروده في اتفاق لاحق، بعد إبرام العقد الأصلي، قبل نشوء النزاع، إلا أن شرط التحكيم يتميز عن غيره بأنه ينصب على منازعات محتملة لم تنشأ بعد، فإذا تم شرط التحكيم بعد وقوع النزاع فهو مشاركة أو اتفاق تحكيم، وليس شرط تحكيم.

وشرط التحكيم قد يكون مؤسسياً أي يتضمن بصراحة أنه في حالة وقوع خلاف بين الطرفين يفصل فيه مركز تحكيم معين، أو غرفة محددة بالإسم، أو جهة معروفة في هذا المجال.

ويجب في شرط التحكيم أن يكون واضحاً وشاملاً، يقرر صراحة اللجوء للتحكيم وعدم عرض النزاع على قضاء الدولة، كما يجب أن يحدد نطاق التحكيم أي المسألة التي سيفصل فيها المحكم، وضوابط اختيار هذا المحكم، ومكان التحكيم، ولغته، والقانون الواجب التطبيق، وميعاد التحكيم، فإذا جاء خلواً مما سبق فلا يرقى لمستوى شرط التحكيم.

وشرط التحكيم يغني عن إبرام مشاركة تحكيم بعد وقوع الخلاف، فهو ليس وعداً بإبرام مشاركة تحكيم، ولكنه اتفاق كامل ونهائي على ولوج الطرفين لطريق التحكيم لحسم النزاع بينهما، ورغم قيام شرط التحكيم، فهذا لا يمنع الطرفين من إبرام مشاركة تحكيم بعد ذلك عند وقوع الخلاف بينهما، وفي هذه الحالة تعتبر المشاركة هي المرجع، ولها تناول ما لم يتسع له أو يتناوله شرط التحكيم.

وإذا كان شرط التحكيم باطلاً فلا تبطل مشاركة التحكيم التي تم إبرامها بعد ذلك، كما أن بطلان المشاركة لا ينسحب على شرط التحكيم.

ومن خصائص شرط التحكيم أنه مستقل عن بنود العقد الأصلي الوارد فيه، فهو عقد داخل عقد، حتى لو أبرم في اتفاق مستقل ولم يرد ضمن بنود العقد الأصلي، فلكل من شرط التحكيم والعقد الأصلي محل مختلف، فمحل الشرط هو الفصل في أي منازعة محتملة بين الطرفين قد تنشأ بينهما عن طريق التحكيم، وعدم اللجوء لقضاء الدولة، أما محل العقد الأصلي فشيء آخر، حسب نوع العقد سواء بيع أو مقاوله أو غيرها.

### مشاركة التحكيم

هي الاتفاق الذي يتم بين الطرفين، بعد وقوع نزاع بينهما، على الفصل في هذا النزاع بنظام التحكيم، وعدم عرضه على قضاء الدولة.

فالمشاركة اتفاق بين الطرفين بعد وقوع الخلاف فعلاً، على عكس شرط التحكيم فهو يتناول نزاع محتمل وقوعه فيما بعد بين الطرفين في المستقبل.

وقد تسمى المشاركة وثيقة التحكيم الخاصة، أو اتفاق أو عقد التحكيم، وهي تصح ولو كان النزاع مطروحاً على القضاء ما دام لم يصدر فيه حكم نهائي، ويمكن إبرام مشاركة التحكيم، سواء كانت مسبقة بشرط تحكيم أم لا.

### شروط صحة المشاركة:

مشاركة التحكيم كأي عقد يتم بتقابل إرادتين متطابقتين، أي بتراضي الطرفين على ولوج طريق التحكيم لحل النزاع بينهما، وعدم اللجوء لقضاء الدولة.

وتخضع المشاركة في هذا للقواعد العامة في العقود، ولكن نركز بصفة خاصة على ما يلي:

### ١- أن تكون المشاركة مكتوبة، فالكتابة شرط لانعقادها:

وليس مجرد شرط للإثبات كغالبية العقود، وعلة اشتراط الكتابة لصحة مشاركة التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب أمام منازعات فرعية حول وجود أو محتوى أو مضمون المشاركة، ولا يشترط في المشاركة الرسمية أو الشكلية، وإنما يكفي تدوين المشاركة في وثيقة ولو عرفية يوقعها الطرفان، أو ترد في مراسلات مكتوبة متبادلة بينهما مباشرة أو عن طريق شخص ثالث، ما دامت هذه المراسلات تعبر صراحة عن اتفاق الطرفين على اللجوء للتحكيم للفصل في النزاع بينهما، وعدم عرضه على قضاء الدولة.

### ٢- أن تتضمن المشاركة تعيين محل النزاع الذي يخضع للتحكيم.

فالتحكيم باعتباره طريق استثنائي للتقاضي، يجب أن يكون مقصوراً على ما تنصرف إليه إرادة الطرفين، واتفقا على عرضه على التحكيم وعدم اللجوء لقضاء الدولة، فإذا خرج المحكم عن حدود ما اتجه إليه الطرفان وفصل في مسألة أخرى فحكمه يقع باطلاً، ويتعين أن يتم تحديد المنازعة موضوع التحكيم بعبارة نافية للجهالة، ولكن الطلبات الختامية لطرفي التحكيم يحددانها أمام المحكم نفسه أثناء تداول القضية التحكيمية.

### ٣- صلاحية الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم:

يشترط أن يكون الحق المتنازع عليه ناشئاً عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، سواء تعلق بحق شخصي، أو عيني، أو بعقار أو منقول، وسواء

كان مصدره عقداً أو عملاً غير مشروع أو غير ذلك من مصادر الالتزام، وسواء كان الحق له طابع مدني أو تجاري أو إداري.

كما أنه لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز الصلح فيه، فكما لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب، كالجرائم مثلاً، أيضاً لا يجوز التحكيم بخصوص حالة شخص معين وأهليته أو صاحب الولاية أو الوصاية أو تحديد نسب شخص معين أو صاحب الحق في الحضانة.

فمشاركة التحكيم شأنها أي عقد آخر يجب أن يكون محله قابلاً للتعامل فيه ولا يخالف النظام العام أو الآداب.

ومثال ذلك عدم جواز الاتفاق على التحكيم بخصوص الحد الأدنى للأجور، أو دستورية القوانين، أو عدم استحقاق ضريبة.

#### ٤- أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه:

فلا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي كامل الأهلية، أو الشخص الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، فلا يجوز للقاصر أو عديم الأهلية الاتفاق على اللجوء للتحكيم، وبالنسبة للشخص الاعتباري يتعين التثبت أولاً من أن الذي يوقع المشاركة يمثل الشخص الاعتباري تمثيلاً صحيحاً طبقاً للقانون، والشخص الاعتباري العام يجوز له الاتفاق على التحكيم بضوابط وردت في القانون المصري منها موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، وأن يؤخذ رأي مجلس الدولة المصري دون اشتراط الالتزام بهذا الرأي.

## آثار اتفاق التحكيم

لشروط التحكيم ولمشاركة التحكيم أثاراً أحدهما إيجابي والآخر سلبي، فالإيجابي: هو حق طرفيه في اللجوء للتحكيم، وعرض منازعتهم عليه، والأثر السلبي: هو التزام طرفيه بعدم عرض منازعتهم على قضاء الدولة.

### الدفع بوجود اتفاق تحكيم:

من المقرر أنه رغم وجود شرط أو مشاركة تحكيم، فإذا لجأ أحد الطرفين إلى المحاكم مطالباً بحقه، ولم يعترض الطرف الآخر وسكت ولم يدفع بوجود شرط أو مشاركة تحكيم، فعلى المحكمة نظر الخصومة بينهما، ويعتبر اتفاق التحكيم لاغياً في هذه الحالة، لأن الطرفين تخليا بإرادتهما عن الاتفاق على التحكيم وتقايلا عنه رضاً.

أما إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً وناظراً ورفعت دعوى قضائية أمام محاكم الدولة، كان للطرف الآخر أن يدفع بوجود اتفاق تحكيم.

وقد اختلف الرأي حول هذا الدفع هل هو دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول، إلا أنه لا يتصور أن يكون دفعاً بعدم الاختصاص لأن ذلك يتم بين المحاكم، والتحكيم ليس محكمة، ولكنه دفع إجرائي متعلق بقبول الدعوى أمام محاكم الدولة، فإذا دفع أمام المحكمة قبل الكلام في الموضوع بوجود اتفاق تحكيم فيجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى، وهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها، بل يجب التمسك به أمام المحكمة، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه بالكلام في الموضوع.



وعندما تحكم المحكمة بالاستجابة للدفع وبعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم، فلا تحكم المحكمة بالإحالة وإنما تنتهي سلطتها عند هذا الحد، وتترك الطرفين وشأنهما.

● أثر الاتفاق على التحكيم على مواعيد السقوط والتقدم:

لا يؤدي مجرد الاتفاق على التحكيم إلى أي أثر على تقادم الدعوى، أو سريان الفوائد، أو مواعيد السقوط.

● أثر الاتفاق على التحكيم على الأوامر الوقتية أو الدعاوى المستعجلة:

لا شك أن اللجوء للتحكيم لا يعني سلب ولاية قضاء الدولة، وإنما لا تقبل إقامة الدعوى بخصوص المنازعة التي تم الاتفاق على الفصل فيها عن طريق التحكيم فقط، فيظل لقضاء الدولة الفصل في الدعاوى المستعجلة، أو إصدار الأوامر الوقتية، فهذا مما يدخل في الولاية العامة لمحاكم الدولة ولا تسلبه الولاية الخاصة للمحكمة، فهو يستمد سلطاته من التحكيم، وهي سلطة استثنائية ومقصورة على ما ورد في اتفاق التحكيم.

**طرق الطعن في أحكام  
هيئة التحكيم  
في العقود الإدارية**

إعداد

**السيد ميسوري اعمارة**

مستشار الدولة، بمجلس الدولة الجزائري



## طرق الطعن في أحكام هيئة التحكيم في العقود الإدارية

إن المعاملات بين الأفراد أو بين الأفراد والأشخاص الاعتبارية لا تخلو من حدوث منازعات، وأن هذه المنازعات أسبابها مختلفة، قد تكون بإرادة أحد طرفي المعاملة أو بدون إرادة، بل قد تكون حتى بقوة قاهرة، ولما كان من الضروري حل هذه المنازعات، لأن عدم حلها يؤدي إلى عرقلة سير الحياة الاجتماعية، ومنذ القدم وجد ما يسمى بالصلح كطريقة لفض المنازعات، ومع تطور المجتمعات وجد ما يسمى بـ«القضاء» والذي بموجبه أصبحت الدولة هي التي تقوم بفض النزاعات بين مواطنيها مهما كان نوعها، بأحكام تصدر باسم الشعب، ولكن لما كانت إجراءات التقاضي تتميز بالبطء وطول مدة الفصل فيها، فإن الأفراد كانوا في كثير من الأحيان يلجؤون إلى الصلح بعيداً عن أروقة المحاكم لحل المنازعات فيما بينهم، ولكن وبالرغم مما للصلح من آثار ايجابية في حل المنازعات بعيداً عن تدخل الدولة، فإن بعض الإشكالات تبقى دائماً قائمة ولو في كيفية تنفيذ ما يتوصل إليه المتصالحون، لذلك تدخل المشرع وأوجد ما يسمى بالطرق البديلة لفض المنازعات بين الأطراف، ومن هذه الطرق ما يسمى بـ«التحكيم»، وهو طريقة سريعة لفض المنازعات سواء على المستوى المحلي أو الدولي، يلجأ إليها الأطراف لفض أي نزاع قد ينشأ بمناسبة تنفيذ أي عقد سواء أكان بين أشخاص طبيعية أو اعتبارية، وتدخل المشرع كذلك في تحديد طريقة سيره، والهيئات المكلفة به، وطريقة تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئاته، بل أكثر من ذلك فقد أجاز للأطراف الطعن في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم سواء أكانت دولية أو محلية وهذا الشق الآخر وهو الطعن في أحكام هيئات التحكيم هو الذي سيكون موضوع هذه المداخلة وذلك حسب متطلبات ورقة عمل الملتقى.

إن التحكيم هو طريقة بديلة لحل النزاعات بعيداً عن مرفق القضاء يلجأ إليه الأطراف طواعية لحل أي نزاع قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد المبرم بينهم، لكن وبالرغم من ذلك فإن المشروع وباعتباره ينظم جميع شؤون المتعاملين فإنه أوجد آليات للجوء إليه، وطريقة اختيارهم المحكمين، وأنواع العقود التي تكون محلاً للتحكيم، والأشخاص المعنية التي لها الحق في اختيار هذه العملية، كما أنه نظم أحكام التحكيم نفسها، وأوكل للقضاء مهمة مراقبة كل ذلك عن طريق الطعن، من أجل مراقبة كل هذه الآليات عن طريق ما يسمى بالطعن في أحكام التحكيم بكل أنواعها، سواء كانت محلية أو دولية، وأن المشرع الجزائري شأنه كمشرعي باقي الدول حذا هذا الحذو، وبالتالي نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الرابع منه على أحكام التحكيم وأوامر رفض تنفيذ، وعليه سنقسم هذه المداخل إلى فرعين، الأول حول أحكام الطعن في التحكيم المحلي، فيما يخص الفرع الثاني لأحكام الطعن في التحكيم الدولي.

### ■ الفرع الأول: الطعن في حكم التحكيم الداخلي:

أجاز المشرع الجزائري كما ذكرنا أعلاه كجميع مشرعي الدول الأخرى لأي طرف الطعن في حكم التحكيم الصادر عن هيئة تحكيمية محلية، وذلك بالمادة ١٠٣٢ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: «أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة».

يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم».

ثم نصت المادة ١٠٣٣ من: «يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (١) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائره اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم».

كما نصت المادة ١٠٣٤: «تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون».

إذن، وبمراجعة هذه المواد يتضح أولاً: أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، وبالتالي فإن المشرع استبعد هذا النوع من الطعون، أي أن حكم التحكيم ولو كان غيائياً، كما أنه أجاز طريقة غير عادية للطعن في أحكام التحكيم وهي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وبالتالي فإنه يجوز لكل من له مصلحة أن يطعن في حكم التحكيم عن هذا الطريق وذلك في إطار القواعد المنظمة لهذا النوع من الطعن، ذلك أن المادة ٩٧٧ من ق.ا.م.ا، تنص على ما يلي:

«تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية».

وبالتالي فإن من يرغب في اللجوء لهذا الطريق للطعن في حكم التحكيم أن يتقيد بما ورد في هذا القانون فيما يخص الشروط الشكلية والإجرائية الواجب توافرها، والمبينة في المواد ٩٦٠، ٩٦١ و٩٦٢ من ق.ا.م.ا، والهدف من هذا النوع من الطعون هو مراجعة حكم التحكيم كلياً أو جزئياً.

كما أن المشرع أجاز الطعن في أحكام التحكيم عن طريق الاستئناف، وهو الطريق الوحيد من طرق الطعن العادية التي سمح بها المشرع وهذا بموجب المادة ١٠٣٣ المذكورة أعلاه، ولكن بشرط أن لا يتنازل عن هذا الحق في اتفاقية

التحكيم، وبالتالي يظهر أولاً أن الاستئناف يمكن قبوله بشرط أن تكون إرادة أطراف اتفاقية التحكيم مطابقة على استعمال هذا النوع من الطعون، كما يجب أن يكون الأطراف قد اتفقوا بموجب بند في اتفاقية التحكيم على أنه غير قابل للاستئناف، أي أنه بمفهوم القانون يصدر نهائياً، ولا يكون الاستئناف حينئذ جائزاً حتى ولو عرض على القضاء، أما إذا لم يرد هذا الشرط في اتفاقية التحكيم، ورغم أن المشرع قد أكد، كما ذكر أعلاه، في المادة ٩٧٧ من ق.ا.م.ا على أنه تطبق المقتضيات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية، إلا أن المشرع أورد شرطاً خاصاً فيما يخص قبول هذا الاستئناف من حيث الميعاد، وهو شهر واحد من يوم النطق بحكم التحكيم، وكذلك من حيث الاختصاص الإقليمي اشترط أن يتم ذلك في دائرة اختصاص المجلس القضائي الذي صدر في نطاق اختصاصه حكم التحكيم، ويتضح من هذا كله أن الشروط الشكلية لقبول الاستئناف هي:

- أولاً: ألا يكون حكم التحكيم غير قابل للاستئناف، أي ألا يرد في اتفاقية التحكيم شرط بعدم خضوع حكم التحكيم لأي طعن.
- ثانياً: أن يتم هذا الاستئناف في خلال شهر من يوم صدور حكم التحكيم.
- ثالثاً: أن يتم هذا الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم.

لكن حصل هنا جدل حول الاختصاص النوعي للجهة المختصة نوعياً في هذا النوع من الاستئناف، هل يرفع الاختصاص للقضاء العادي أو القضاء الإداري، وذلك أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الفصل بين القضاء العادي، والقضاء

الإداري، وأرجع الاختصاص في هذا النوع الأخير على أساس المعيار العضوي، إذ نصت المادة ٨٠٠ من ق.ا.م.ا على أنه:

«المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها».

وبالتالي ذهب البعض للقول بأن الاستئناف في حكم التحكيم يكون أمام مجلس الدولة لما يكون أحد أطرافه الأشخاص الاعتبارية المذكورون أعلاه، وقد صدر في هذا الشأن قرار عن مجلس الدولة الجزائري في ٠٧-١٢-٢٠١٧ تمسك باختصاصه النوعي في استئناف حكم تحكيم كانت أحد أطرافه ولاية سوق أهراس، استناد للمادة ٩٧٦ من ق.ا.م.ا التي تنص على أنه:

«تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية»، ولما كان مجلس الدولة هو الجهة الفاصلة في الاستئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، فإنه يكون كذلك مختصاً في استئناف أحكام التحكيم، بينما ذهب البعض الآخر للقول بأن هذا نص خاص والخاص يقيد العام، وما دام المشرع ذكر حرفياً أن الاستئناف يكون أمام المجالس القضائية المختصة محلياً، فإن حكم التحكيم يكون أمام هذه الجهة، حتى ولو كان أحد أطرافها للأشخاص المذكورين في المادة ٨٠٠ أعلاه، وأخيراً فإن هذه هي الشروط الشكلية لقبول الاستئناف، وزيادة على ذلك فإن شرطي الصفة والمصلحة يجب كذلك توافرها في الاستئناف، إذ لا يمكن قبول أي دعوى قضائية من دونهما طبقاً لمقتضيات المادة ١٣ من ق.ا.م.ا، هذا عن الشروط الشكلية لقبول الاستئناف، أما عن الاستئناف بحد ذاته، فإذا كانت القاعدة العامة، فيه أن له الأثر الناقل



للنزاع أمام جهة الاستئناف، فهذا يعني أن النزاع يتم نقله برمته أمام هذه الجهة، وبالتالي فل هذه الأخيرة الحق في مراجعة حكم التحكيم بناء على طلب الطرف المستأنف، وتكون هذه المراجعة من حيث مدى احترام محكمة التحكيم لقانون في إصدار حكمها، وهذا كله بناء على ما جاء في المادة ١٠٠٠ وما يليها من ق.ا.م.ا، فإذا خالف حكم التحكيم الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، فإن جهة الاستئناف تلغي الحكم، على أساس أنه مخالف للقانون، وتجدر الإشارة هنا أن جهة الاستئناف لما تلغي أو تبطل حكم التحكيم، لا تتصدى للنزاع وتحكم فيه من جديد، لأن الاستئناف لحكم التحكيم يبنى على مدى احترام حكم التحكيم للإجراءات المنصوص عليها قانوناً في كيفية إصدار حكم التحكيم، ولا يبنى على الرضا بالنتيجة التي توصل إليها حكم التحكيم في حالة احترامه لكل الإجراءات المنصوص عليها قانوناً في إصدار هذا الحكم، كما يجب الإشارة كذلك إلى أن حكم التحكيم لما يكون نهائياً هو قابل للتنفيذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة، وأن هذا الأمر هو الآخر قابل للاستئناف، وهو ما جاء في المادة ١٠٣٥ من ق.ا.م.ا.

وفي الأخير يجب كذلك الإشارة إلى أن المشرع أجاز الطعن بالنقض في الحكم القضائي الصادر أثر الاستئناف في حكم التحكيم أمام الجهة المختصة، وهو ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من ق.ا.م. بقولها: «تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون»، وبالتالي تكون الأحكام هي القابلة للطعن بالنقض بناء على الأسباب الواردة في المادة ٣٥٨ من ق.م.ا وهي:

١- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

٢- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.

- ٣- عدم الاختصاص.
- ٤- تجاوز السلطة.
- ٥- مخالفة القانون الداخلي.
- ٦- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.
- ٧- مخالفة الاتفاقيات الدولية.
- ٨- انعدام الأساس القانوني.
- ٩- انعدام التسبب.
- ١٠- قصور التسبب.
- ١١- تناقض التسبب مع المنطوق.
- ١٢- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.
- ١٣- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.
- ١٤- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض.
- ١٥- وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة ٣٥٤ أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معاً.

- ١٦- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.
- ١٧- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.
- ١٨- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.
- ١٩- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

### ■ الفرع الثاني: الطعن في أحكام التحكيم الدولية؛

يقصد بالتحكيم الدولي، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهو ما نصت عليه المادة ١٠٣٩ من ق.ا.م.ا، وأن هذا النوع من التحكيم يعتبر كذلك بديلاً لحل النزاعات بعيداً عن مرفق القضاء الذي يتسم بطول الإجراءات في حين أن النزاعات الاقتصادية تتطلب السرعة في الفصل، وبالتالي فإن المشرع الجزائري أجاز للأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، وحكم التحكيم هذا قد يصدر من الجزائر أو خارجها، والقاعدة العامة أنه لا يمكن الطعن في أحكام التحكيم إلا إذا كانت صادرة بالجزائر لأن المادة ١٠٥٨ من ق.ا.م.ا، تنص على أنه: «يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة ١٠٥٦ أعلاه...»، وبمفهوم المخالفة، فإن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر غير قابل للطعن أمام الجهات القضائية الجزائرية، لأن القاضي الجزائري في هذه الحالة لا يمكن له مراجعة حكم صادر عن هيئة أجنبية، وأن دوره يكمن فقط في مراقبة مدى صحة تنفيذ هذا الحكم، هذا أولاً، وثانياً، فإن المشرع حدد الأوجه التي بينا

عليها هذا الطعن، لما يكون الحكم صادراً بالجزائر في المادة ١٠٥٦ وهي:

١- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم، أو بناء على اتفاقية باطلة.

٢- إذا كانت تشكيلة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

٣- إذا فصلت المحكمة بما يخالف المهمة المسندة إليها.

٤- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

٥- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها.

٦- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

ومن هنا يظهر أن المشرع أجاز للقاضي أن يبطل حكم التحكيم الدولي للأسباب المذكورة أعلاه على سبيل الحصر، وبالتالي فإن مراقبة القاضي محصورة في هذه الأسباب، ولا يجوز له أن يتعدها، أي أن دور القاضي هنا يشبه دور قاضي النقض، كما أن المشرع سمى هذا الطعن بطعن البطلان، وبالتالي استبعد كل أنواع الطعون الأخرى، سواء العادية أو غير العادية، وبالتالي تكون هذه الدعوى هي طريق خاص لمراجعة قرارات صادرة في التحكيم الدولي بالجزائر، أما عن الجهة التي يرفع أمامها هذا الطعن، فقد نصت المادة ١٠٥٩ من ق.ا.م.ا، على أنه:

«يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة ١٠٥٨ أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم» وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة: «لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (١) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ»، وبالتالي فإنه يظهر من هذه المادة أن الجهة

المختصة بالفصل في دعوى البطلان لحكم التحكيم الدولي هي المجلس القضائي رغم أن الجدل يبقى قائماً كما ذكرنا أثناء تعرضنا للطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الداخلي لمن يرجع هذا الاختصاص إذا كان أحد أطراف حكم التحكيم من الأشخاص الاعتبارية المذكورين في المادة ٨٠٠ من ق.ا.م.ا، والتي يسند على أساسها الاختصاص للقضاء الإداري، والشرط الثاني لقبول هذا الطعن هو أن يتم في خلال شهر من يوم التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.

هذا فيما يخص الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي بذاته، أما الأوامر القضائية الصادرة في شأن الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي سواء كانت صادرة في الجزائر أو خارجها، فإن تنفيذها يخضع لما سمي بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتعتبر قابلة للتنفيذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة التالي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر المحكمة التي أصدرت حكم التحكيم موجوداً بالخارج، وأن المادة ١٠٥٥ من ق.ا.م.ا نصت على أن:

«يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف»، ثم نصت المادة ١٠٥٦ على أنه لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالتنفيذ لا في الحالات الست المذكورة أعلاه فيما يتعلق بأسباب الطعن في حكم التحكيم، وأن القرار الصادر في شأن هذا الاستئناف يمكن أن يكون محل طعن بالنقض، وهو ما نصت عليه المادة ١٠٦١ من نفس القانون.

وأخيراً يظهر من هذا كله أن المشرع في الجزائر قد أخذ بما أخذت به باقي الدول في شأن مسألة الطعون في أحكام التحكيم سواء أكانت داخلية أو خارجية، وذلك لأن تنفيذ أحكام التحكيم مرتبطة بالاتفاقيات الدولية والتي تسعى للاعتراف

وتنفيذ الأحكام التحكيمية وتوحيد الجهود والتعاون الدولي لإيجاد قواعد خاصة لتنفيذ هذه الأحكام.

كما يجب التنوية كذلك إلى أن المشرع الجزائري ولم كان قد ذكر في المادة ٩٧٧ من ق.ا.م.ا على أن تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون والمتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية، وبالتالي فإن تفسير حكم التحكيم أو تصحيحه يكون بناء على ما جاء في القانون في باب تفسير الأحكام وتصحيحها.



ورقة عمل مقدمة من وفد محكمة القضاء الإداري  
بسلطنة عُمان

## رقابة القضاء الإداري على أعمال المحكمين

إعداد كلاً من:

المستشار/ سعيد بن خلف التوبي

نائب رئيس محكمة القضاء الإداري

عقيل بن سالم الشريف

رئيس الدائرة الابتدائية الثانية





## رقابة القضاء الإداري على أعمال المحكمين

### مقدمة

يحظى التحكيم بأهمية فائقة كوسيلة فاعلة لسرعة الفصل في المنازعات بصفة عامة، ومن بينها منازعات العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، لذلك نصت التشريعات المختلفة في أغلب الدول ومنها سلطنة عمان على الأخذ به وضمآن تطبيقه التطبيق الأمثل، وأقرت مبدأ استقلال التحكيم الذي يُعد من أهم المبادئ التي تحرص عليها التشريعات الحديثة والتي اعتتقت التحكيم كنظام بديل لتسوية المنازعات المدنية والتجارية، بحيث لا يجوز للقضاء إعادة فحص وتقييم الوقائع التي نظرها المحكم -أو هيئة التحكيم- وإعادة النظر في حكمه لكون المحاكم لا تُعد جهة استئنافية بالنسبة لأحكام المحكمين، كما يجب على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى المرفوعة إليها إذا دُفع أمامها بوجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين طرفيها، إلا أن ذلك لا يعني الانفصال التام بينهما، وإنما يعني عدم طرح النزاع مرة أخرى على القضاء اختصاراً للوقت والجهد والنفقات.

ويخضع التحكيم لمجموعة من القواعد العامة التي تتعلق بتحديد ماهيته وطبيعته القانونية، وأنماطه المختلفة، وهو ما ينطبق بدوره على التحكيم في العقود الإدارية.

فيمكن تعريف التحكيم بشكل عام بأنه: «اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة».

وبالنسبة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية فهو:

«وسيلة يلجأ بمقتضاها طرفا العقد الإداري - جهة الإدارة والمتعاقد معها- إلى إخراج بعض أو كل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما من ولاية القضاء الإداري وطرحها على محكم أو هيئة تحكيم، مع التزامهم بالحكم الصادر عن هيئة التحكيم في إطار الضوابط التي يضعها المشرع بهذا الصدد، وذلك تحت غطاء الرقابة القضائية الإدارية».

### • أهمية الرقابة القضائية على أعمال المحكمين

تبرز أهمية الرقابة القضائية على أعمال المحكمين في أنه لا غنى للتحكيم عن الدور الذي يقوم به القضاء لكفالة فعالية التحكيم وتحقيقه لأهدافه، إذ توجد جملة من الأمور تقتضي مؤازرة ومعاونة القضاء لهيئة التحكيم لضمان حسن سير وصحة إجراءات التحكيم من ناحية، وكفالة تنفيذ أحكام التحكيم وتلافي السير في إجراءات مصيرها البطلان من ناحية أخرى.

فإذا كان الهدف من التحكيم هو استبعاد الأطراف اختصاص المحاكم من الفصل في المنازعات التي قد تثور بينهم، وتكليفهم لشخص أو أشخاص خاصة بنظرها والبت فيها وفقاً لإرادتهم في هذا الشأن، إلا أن الرقابة القضائية تبقى ضرورة حتمية في هذا المجال، وذلك حماية لإرادة الأطراف أنفسهم من جهة، والدولة من جهة أخرى، ويبرز ذلك من خلال تدخل القاضي لإزالة كل ما يعيق تشكيل هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق أو الامتناع عن اختيار محكم، وتصحيح التشكيل غير السليم لهيئة التحكيم من خلال رد المحكمين، أو عزلهم وبعدم إمكانية الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه دون التحقق من عدم مخالفته للنظام العام، أو القضاء ببطلان حكم التحكيم في الحالات التي تقتضي ذلك، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي نص عليها قانون التحكيم المنظم لهذه المسائل في

كل دولة، على أنه يجب أن تكون هذه الرقابة القضائية لهيئة التحكيم رقابة مرنة تحفظ لهيئة التحكيم استقلاليتها، وفي الوقت ذاته تحافظ على اعتبارات النظام العام في الدولة.

### التحكيم في النظام القانوني العماني

عنى المشرع العماني عناية خاصة بأهمية التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية في سلطنة عُمان، فصدر في شأن ذلك المرسوم السلطاني رقم (٩٧/٤٧) بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، والذي تم تعديل بعض أحكام بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٧/٣)، فنظم طريقة اختيار المحكم وتنظيم عمله وتشكيل هيئة التحكيم وكيفية مراقبة أعمال المحكمين، حماية لمصالح الأطراف وحفاظاً على النظام العام، كما أبرز المشرع دور الرقابة القضائية على أعمال المحكمين مع ضمان استقلاليتهم في ممارستها، فأخضع حكم هيئة التحكيم للرقابة القضائية في الحالات التي تقتضي ذلك، وحدد المحاكم التي تختص بها، للتحقق من مراعاة حكم التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون، والتثبت من وظيفة المحكم والمهام المنوطة به للقيام بها، ومدى احترامه للقواعد القانونية سواء تلك المتصلة باتفاق التحكيم ذاته أو بإجراءات التحكيم، وذلك في حالة الطعن على حكم التحكيم بدعوى البطلان، وصولاً إلى الاعتراف بحكم التحكيم من خلال شموله بالصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذه.

فقد أكد قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية المشار إليه في المادة (١) منه على أنه:

«مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في السلطنة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو

القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في السلطنة أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

وتنص المادة (٦) بند (٢) على أنه:

«إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم».

كما أكد المشرع العماني على أهمية التحكيم في العقود الإدارية، واختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المسائل المتعلقة به، فأضاف مادة جديدة برقم (٦ مكرراً) إلى قانون المحكمة، بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) الذي أجرى تعديلات على هذا القانون، ومن بينها المادة (٦ مكرراً) المشار إليها والتي تنص على أنه:

«تسري أحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على الخصومات المتعلقة بالعقود الإدارية، ويكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون المذكور إلى القضاء فيما يتعلق بالعقود الإدارية للدائرة الابتدائية أو للدائرة الاستئنافية أو لرئيس المحكمة بحسب الأحوال.

وفي ضوء هذا النص أصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري اختصاصاً شاملاً لكافة مسائل التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية، والمنصوص عليها في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية سالف الذكر، وهو ما جرى عليه العمل لدى هذه المحكمة منذ تطبيق المرسوم السلطاني المشار إليه.

أما بالنسبة إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الجهات الإدارية بالسلطنة، فيرجع أصل ذلك إلى نص المادة (٦٧) من وثائق العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية (طبعة عام ١٩٨٢م وما بعدها وطبعة سبتمبر عام ١٩٩٩م)، المعمول به قبل صدور قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية سالف الذكر، والتي تلتزم الجهات الحكومية بالتعاقد في معظم العقود التي تبرمها مع شركات القطاع الخاص وفقاً لنموذج هذا العقد الموحد، حيث تنص المادة (٦٧) من هذا العقد على أن:

«تسوية الخلافات والتحكيم: إذا حصل خلاف أو نزاع ما بين صاحب العمل أو المهندس من جهة والمقاول من جهة أخرى حول أي أمر سواء فيما يتعلق بالعقد أو ما ينتج عنه أو فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال أكان ذلك أثناء التنفيذ أو بعد إتمام الأعمال وسواء كان ذلك قبل أو بعد إنهاء العقد أو التخلي عنه أو فسخه، يحال هذا الخلاف إلى المهندس ليقوم بالفصل فيه.

وعلى المهندس وخلال فترة لا تتعدى (٩٠) يوماً من إحالة الخلاف إليه بطلب من أي من الطرفين أن يبعث بقراراته بهذا الشأن إلى كل من صاحب العمل والمقاول.

ويكون هذا القرار فيما يتعلق بأي أمر أحيل إلى المهندس بهذا الشكل نهائياً وملزماً لصاحب العمل وللمقاول، وعلى الطرفين العمل بقرار المهندس هذا.

ويتوجب على المقاول أن يتابع التنفيذ بكل جهد مستطاع بغض النظر عما إذا كان قد طلب إحالة الموضوع على التحكيم، أو إذا كان هذا الطلب قد تم من قبل صاحب العمل أولاً.

وإذا لم يتقدم أي من صاحب العمل أو المقاول خلال مدة تسعين (٩٠) يوماً من تاريخ قرار المهندس المبلّغ خطياً إلى الطرفين بأي طلب للتحكيم يبقى قرار المهندس نهائياً وملزماً لصاحب العمل والمقاول، أما إذا فشل المهندس في إصدار قراراته كما ورد أعلاه خلال مدة تسعين (٩٠) يوماً بعد إحالة الموضوع إليه كما ورد أعلاه، أو إذا لم يرض أي من صاحب العمل أو المقاول بقرار المهندس فإنه يحق لأي من صاحب العمل أو المقاول في أي من هذه الحالات، وخلال مدة تسعين (٩٠) يوماً من تاريخ تسلم مثل هذا القرار، أو خلال تسعين (٩٠) يوماً من تاريخ انقضاء مدة التسعين (٩٠) يوماً الأولى المذكورة آنفاً، حسب مقتضى الحال، أن يطلب إحالة الأمر أو الأمور المتنازع عليها إلى التحكيم بموجب الإجراءات الموجودة أدناه.

إن جميع الخلافات والنزاعات التي لم يصبح فيها قرار المهندس -إن وجد- نهائياً وملزماً كما ورد أعلاه يجب أن تحال إلى محكم يتفق عليه فيما بين الطرفين.

أما إذا لم يتفق الطرفان على المحكم فعند ذلك يحال أمر التحكيم إلى المحكم المعين من قبل المحكمة التجارية (محكمة القضاء الإداري حالياً) في سلطنة عمان التي تقوم بتعيين محكم مهني تعتبر قراراته نهائية وملزمة للطرفين.....».

ويستفاد من نص المادة (٦٧) من العقد الموحد وجوب لجوء طرفا العقد الإداري إلى التحكيم لحل أي خلاف أو نزاع يحصل بين صاحب العمل أو المهندس من جهة والمقاول من جهة أخرى وفقاً للإجراءات والمواعيد التي نصت عليها، وفي حالة قيام أحد الطرفين برفع دعوى أمام القضاء مباشرة، فإنه يحق للطرف الآخر الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، ففي هذه الحالة يتعين على

المحكمة المعروضة عليها الدعوى أن تحكم بعدم قبولها لوجود شرط التحكيم، ومع ذلك يجوز للطرفين التنازل عن التحكيم وحل نزاعهما عن طريق المحكمة المختصة.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها في هذا الشأن بأنه:

«وحيث إنَّ الاستفادة ممَّا تقدّم أنّ المشرع مراعاةً منه لإرادة المتعاقدين وتحقيقاً لنيتهما التي ارتضوها لدى تضمين التعاقد شرط اللجوء للتحكيم - حال نشوء نزاع بينهما - فقد أوجب على المحكمة التي تنظر نزاعاً يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، والمشرع في هذه المادة راعى بالإضافة إلى الاعتبارات المتقدمة مسألة الاختصاص القضائي للمحكمة بالمنازعات المتعلقة بالعقود وما تمثله مسألة اللجوء إلى التحكيم من شرط استثنائي لولاية القضاء على هذا الصنف من المنازعات، وبالتالي اشترط أن يكون الدفع المبدى من المدعي عليه للجوء للتحكيم سابقاً على أي طلب موضوع أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق في التمسك بعد ذلك بهذا الشرط، والمغزى الذي ابتغاه المشرع من ذلك يتمثل في أنّ إبداء دفع موضوعية أو طلبات أخرى في الدعوى يعدّ تنازلاً من المدعي عليه عن شرط التحكيم وقبوله الاحتكام إلى القضاء بحكم ولايته المقررة قانوناً».

وفي هذا الشأن تنص المادة (٨) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العماني على أنه:

«إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون ممَّا يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو خلال



ستين يوماً من تاريخ العلم عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض».

### ● نطاق الرقابة القضائية على مسائل التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

باستقرار أحكام المرسوم السلطاني رقم (٩٧/٤٧) بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية وتعديلاته، يتبين أن الرقابة القضائية بشأن مسائل التحكيم التي تختص المحاكم المختلفة بنظرها سواء محاكم القضاء العادي أم محكمة القضاء الإداري - حسب الأحوال - تتضمن نوعين من الرقابة: رقابة سابقة، ورقابة لاحقة، والذي يهمنا في هذا الشأن هو رقابة محكمة القضاء الإداري فيما يتعلق بمسائل التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما سيتم توضيحه على النحو الآتي:

#### أولاً: نطاق الرقابة السابقة على صدور حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

تتجلى أهمية رقابة محكمة القضاء الإداري على التحكيم في المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم في الدور المعاون والمساعد الذي يلعبه القضاء بصدور تعيين المحكم عند تقاعس أحد الخصوم عن تعيين المحكم الواجب عليه تعيينه، ودوره في طلب رد أحد المحكمين أو عزله أو إنهاء إجراءات التحكيم، وكذلك كل ما يتعلق بدوره بشأن تشكيل هيئة التحكيم أثناء سير إجراءات خصومة التحكيم، حيث غاية المشرع من إقرار رقابة قضائية سابقة على صدور حكم التحكيم التأكد من صحة التحكيم في تلك المرحلة حتى يتسنى إصدار حكم تحكيمي له من الفاعلية وعناصر الصحة ما يكفل تنفيذه دون النعي عليه بالبطلان من ناحية، فضلاً عن الحد من رفع القضايا وتخفيف العبء عن كاهل القضاء من ناحية أخرى، وذلك عبر تسليط القضاء لرقابته على صحة اتفاق التحكيم، وعلى

صحة تشكيل هيئة التحكيم باعتبارهما حجراً الزاوية لصدور حكم تحكيمي قابل للتنفيذ.

#### - الشروط الخاصة بصحة اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

في الأصل يُعد اتفاق التحكيم تصرفاً إدارياً ينصب على محل معين، بغية إحداث أثر قانوني محدد، الأمر الذي يستوجب لصحته ونفاذه ضرورة توفر الشروط الخاصة بانعقاد العقد المتمثلة في ضرورة تحقق الرضا الخالي من العيوب، وأن يصدر الرضا من شخص مكتمل الأهلية، وأن يكون موضوع الاتفاق هو اللجوء الاختياري إلى التحكيم في مسألة تدخل ضمن المسائل التي يجوز في شأنها التحكيم، إلى جانب توفر الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم، إلا أنه بالنسبة للعقود الإدارية في السلطنة -فكما ذكرنا سابقاً- فإن الاتفاق على التحكيم منصوص عليه في نموذج العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية، وبالتالي أصبح شرطاً منصوص عليه قانوناً، توفرت بشأنه كافة الشروط اللازمة لصحته.

وتتطلب معظم التشريعات التي تنظم عملية التحكيم إفراغ الاتفاق على التحكيم في شكل مكتوب، بحيث يترتب البطلان على مخالفة ذلك، وفي بعض الأحيان تتطلب بعض التشريعات التزام جهة الإدارة بأخذ رأي الجهات المختصة المعنية، وموافقتها في أحيان أخرى.

#### - الجهة المختصة بنظر الطعن ببطلان اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

يُعد اتفاق التحكيم أساس سلطة المحكمين، بل هو حجر الأساس في نظام التحكيم بأسره، مما يتعين معه التأكد من صحة الأساس الذي يستمد منه المحكمون اختصاصهم من حيث نطاقه ومداه، وعدم بطلانه أو قابليته للإبطال.

وقد أسند المشرع العُماني للقضاء ولاية الفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم قبل بدء خصومة التحكيم، بحيث يتعين على القاضي -المحكمة المختصة- التحقق من صحة اتفاق التحكيم وفقاً لما يثيره الأطراف قبل أن يقضي بعدم اختصاصه بنظر النزاع، شريطة أن يكون الاتفاق ظاهره البطلان، وذلك تجنباً للسير في إجراءات مصيرها الحتمي إلى البطلان، أو رفض الاستمرار في نظره إذا تبين له صحة ذلك الاتفاق.

ولا ريب أن إسناد ولاية الفصل في مدى صحة أو بطلان اتفاق التحكيم قبل بدء خصومة التحكيم يكفل نوعاً من الرقابة القضائية على التحكيم في تلك المرحلة، الأمر الذي يحد من حالات بطلان التحكيم وتجنيب الأطراف مشقة العودة إلى القضاء من جديد، مع ما ينطوي عليه ذلك من إهدار للوقت والجهد والنفقات.

- اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مدى صحة أو بطلان اتفاق التحكيم:

أقر القانون بسلطة المحكم في الفصل في كافة الدفوع المتعلقة بحدود ونطاق ولايته واختصاصه متى بدأت خصومة التحكيم (الدفع بعدم القبول)، ويمكن القول هنا بأن الفصل في مدى صحة أو بطلان اتفاق التحكيم بعد بدء إجراءات التحكيم يُعد اختصاصاً مشتركاً بين هيئة التحكيم والمحكمة المختصة لمختصة أصلاً بنظر النزاع، وأن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها، ومنها تلك المتعلقة بمدى صحة ومشروعية اتفاق التحكيم لا يسلب اختصاص القضاء الإداري بنظر تلك الدفوع متى رفعت أمامه.

## - نطاق الرقابة القضائية على صحة تشكيل هيئة التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

يرتكز التحكيم في المقام الأول على إرادة الخصوم وتعاونهم وحسن نواياهم، بيد أن تعارض مصالح الأطراف في خصومة التحكيم قد تقضي لتضاؤل فكرة تعاونهم مع هيئة التحكيم، مما تستوجب حملهم على هذا التعاون لوصول خصومة التحكيم إلى منتهاها .

وبالرغم من أن المحكم هو قاضي خصومة التحكيم إلا أنه كشخص عادي لا يتمتع بسلطة الإجبار التي يتمتع بها القاضي، مما يظهر عجزه عن الحماية القضائية الميسرة للمحتكمين، ولضمان فعالية التحكيم، فإن الأمر يقتضي تعاوناً وثيقاً بين القضاء وهيئات التحكيم، يلعب القضاء من خلاله دوراً مساعداً ورقابياً على إجراءات خصومة التحكيم، فضلاً عن إكماله لسلطة المحكم المنقوصة، ومن ثم يلجأ المحكم إلى القضاء يلتمس المساعدة لإجبار الخصوم على إتمام الإجراء المطلوب، والانصياع لقرارات هيئة التحكيم أو يلتمس الأطراف المساعدة في تعيين المحكم أو رده أو عزله، فضلاً عن التحقق من صحة تشكيل هيئة التحكيم طبقاً للضوابط التي يتطلبها القانون، مما يتيح للقضاء تسليط رقابته على تلك الأمور لمساعدة المحكمين في إنجاز مهمتهم.

## - دور القضاء في اختيار المحكم:

إن الأصل المستقر عليه أن لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكم أو المحكمين، وعلى كيفية ووقت اختيارهم، بحيث إذا لم يتم ذلك أو امتنع أحد الأطراف عن المشاركة في تعيين المحكم فلا مندوحة من الالتجاء إلى القضاء

لمعاونة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم تحاشياً لإنكار العدالة، وهو ما تبناه المشرع العماني، حيث تنص المادة (١٧) من قانون التحكيم على أنه:

«لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكم، وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولى رئيس المحكمة التجارية (أو محكمة القضاء الإداري بالنسبة للعقود الإدارية) اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

ب- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين ثانيهما تولى رئيس المحكمة التجارية اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختاره رئيس المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.....

ويتبين من النص المذكور أن القانون فرق بين حالتين بشأن تدخل القضاء بالمساعدة لتعيين هيئة التحكيم، الحالة الأولى: تتحقق عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، ولا يتفقا على تسمية هذا المحكم أو على طريقة معينة ومحددة لتعيينه، فيتقدم أحد الأطراف إلى المحكمة بطلب تعيين المحكم الفرد، أو عندما تكون الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين أو أكثر، ويتمثل ذلك في عدم قيام

أحد الأطراف بتعيين مُحكمه، بينما يقوم الطرف الآخر بتعيين مُحكمه، فتقوم المحكمة بناء على طلب من الطرف الآخر لتعيين المحكم الآخر، والحالة الثانية عندما يقوم الطرفان بتعيين محكمتيهما دون أن يتفقان على اختيار المحكم الثالث، حيث تتولى المحكمة تعيين المحكم الثالث، مع ملاحظة أن يتولى المحكم الثالث رئاسة هيئة التحكيم سواء تم تعيينه من قبل المحكمين أم بواسطة القضاء.

والمحكمة المختصة بتعيين المحكم الواحد أو المحكم الأرح هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، والحكم الصادر بتعيين محكم أو أكثر يُعد حكماً نهائياً لا يقبل الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية؛ بغية وضع حد للخلاف حول تشكيل هيئة التحكيم، ودعماً لها في سرعة تفرغها لنظر الدعوى التحكيمية والفصل فيها.

#### - دور القضاء في رد المحكم:

من المسلم به أن من يجلس مجلس القضاء والحكم بين الناس قاضياً كان أو محكماً يتمتع بجملة من السمات يأتي في مقدمتها الحياد والاستقلال، وبالتالي يتطلب في المحكم الشروط والضوابط التي تكفل حياده واستقلاله، فإذا قامت أي من الظروف التي تثير شكوكاً جدية حول حيده المحكم أو استقلاله، فإنه وفقاً لأحكام المادة (١٨) من قانون التحكيم العماني يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب رد المحكم، إلا أنه لا يجوز لأي من الطرفين رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبيّنه بعد أن تمّ هذا التعيين».

ووفقاً لأحكام المادة (١٩) من القانون المشار إليه فإن طلب الرد يقدم كتابة إلى هيئة التحكيم، مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتتح المحكم المطلوب

رده، فصلت هيئة التحكيم في الطلب، على أنه لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم.

ولطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلبه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه به أمام المحكمة المنصوص عليها في المادة (٩) من هذا القانون، وهي محكمة القضاء الإداري بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وتختص الدائرة الابتدائية بهذه المحكمة في نظر الطعن في حكم هيئة التحكيم القاضي برفض طلب رد المحكم، وتصدر حكماً نهائياً فيه، غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن، وهذا ما قضت به الدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها.

#### - دور القضاء في عزل المحكم:

من الأصول المتعارف عليها أن خصومة التحكيم، شأنها شأن الخصومة القضائية، تبدأ لتنتهي بحكم في موضوعها، بيد إنه قد تطرأ أسباب تقضي إلى عدم مباشرة المحكم لمهمته بالفصل في المنازعة التحكيمية أو انقطاعه عن أدائها، سواء أكان ذلك بإرادته الحرة أم رغماً عنه، كوفاته أو لعذر ألم به، كما لو فقد أهليته أو أعجزه المرض أو كان ذلك بإيعاز من الخصم سيء النية للمحكم الذي اختاره بالامتناع عن إكمال مهمته، الأمر الذي يؤدي إلى إفراغ شرط التحكيم من مضمونه، وهنا لا يكون أمام طرفي التحكيم أو أحدهما سوى اللجوء إلى القضاء المختص لوضع الأمور في نصابها الصحيح، عبر منحه الحق في إنهاء مهمة المحكم متى طلب منه ذلك أي من الطرفين، بحيث يفتح الباب أمامهما في سلوك الطريق الذي اتفقا عليه لاستبدال هذا المحكم بآخر سواء باتفاقهما أم عن طريق القضاء عند تعذر اتفاقهما عليه.

ففي هذا الشأن تنص المادة (٢٠) من قانون التحكيم العماني على أنه:

«إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتح ولم يتفق الطرفان على عزله جاز لرئيس المحكمة التجارية الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين»، كما تنص المادة (٢١) من هذا القانون على أنه: «إذا انتهت مهمة المحكم بعزله أو تنحيه أو بالحكم برده أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.

#### - دور القضاء في تكملة سلطة المحكم:

المحكم هو قاضي الخصومة التحكيمية، وأنه كشخص عادي لا يتمتع بسلطة الإجبار التي يتمتع بها قاضي الدولة، مما يستوجب استعانته بقضاء الدولة لمساعدته في اتخاذ ما يراه من إجراءات لازمة لنظر الخصومة التحكيمية والفصل فيها لضمان فاعلية التحكيم، ومن ذلك ما يتعلق باستدعاء الشهود واتخاذ الوسائل الكفيلة بإجبارهم على الحضور، وإلزام الغير بتقديم مستندات تحت يده منتجه في الدعوى التحكيمية، إلى جانب ما تطلبه الأمر من اللجوء إلى الإنابة القضائية في بعض المسائل التي يتعذر على هيئة التحكيم مباشرتها بمعرفتها، كندب خبير أو إجراء معاينة أو الاطلاع على أوراق أو مستندات محرزة أو سماع شهادة شخص مقيد الحرية أو مقيم بالخارج.

#### - مدى رقابة القضاء بشأن صحة تشكيل هيئة التحكيم:

تتطلب النظم التحكيمية، ومن بينها قانون التحكيم العماني جملة من الشروط لضمان صحة تشكيل هيئة التحكيم بما يكفل صحة ما تتخذه من إجراءات، وما تصدره من أحكام من ناحية، وتوفير الضمانات اللازمة لأطراف خصومة التحكيم



من ناحية أخرى، وهو ما يجب توفره فيمن يقوم بعملية التحكيم، من أهلية، وقبوله للمهمة المسندة إليه، والحيادة والاستقلال، كما أورد القانون شرطاً يوجب بوترية عدد المحكمين، ورتب البطلان في حالة مخالفة ذلك.

ويمكن القول بأن تخلف شرط أو أكثر في المحكم أو أحد المحكمين حال تعددهم يقضي بالضرورة إلى بطلان تشكيل هيئة التحكيم، وبالتالي بطلان حكم التحكيم الصادر عنها، ويرى بعض الفقه ضرورة توفر شرط الخبرة في المحكم.

### ثانياً: نطاق الرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

لا يقتصر دور التحكيم على مرحلة ما قبل صدور حكم التحكيم على ما أسلفنا، وإنما يمتد ليستغرق مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم، بل تتعاضم أهمية تلك الرقابة في مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم باعتباره عملاً بشرياً عرضة للغش أو التدليس أو الغلط أو النسيان، الأمر الذي يقتضي إخضاعه لنوع من الرقابة القضائية بقصد مراجعته حفاظاً على حقوق أطراف خصومة التحكيم الذين يضارون من سهو المحكمين وأخطائهم، ولضمان الحد الأدنى من ضمانات التقاضي، وإلا انقلب التحكيم وبالا على النظام القضائي بعد أن كان يتغيا تخفيف العبء عن كاهل القضاء، وتوفير عدالة سريعة وناجزة للمتقاضين.

وعليه اهتمت قوانين التحكيم المختلفة -ومن بينها قانون التحكيم العماني- بتنظيم طرق الرقابة القضائية على أحكام المحكمين سواء تمثلت في رقابة البطلان، عبر دعوى البطلان التي يتم رفعها بعد صدور حكم التحكيم بغية إلغائه ومنع تنفيذه، أم تمثلت في رقابة التنفيذ التي يتم ممارستها بمناسبة إصدار الأمر من المحكمة المختصة بتنفيذ الحكم أو عند تنفيذه.

بيد إن تلك الرقابة ليست مطلقة تعيد النظر والترجيح فيما فصل فيه حكم التحكيم، وإنما هي رقابة مقيدة تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي يضعها المشرع تنظيمياً لها، بحيث يقتصر دورها على التثبيت من صحة حكم التحكيم، وتوفر المقومات الأساسية للأحكام بشأنها، فضلاً عن التزام هيئة التحكيم بالقواعد المنصوص عليها في القانون أو اتفاق التحكيم، وسنوضح فيما يلي شرحاً موجزاً عن دعوى بطلان حكم التحكيم كطريق للرقابة القضائية اللاحقة على حكم المحكم.

- رقابة القضاء الإداري بشأن دعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

إن المستقر عليه أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طريقاً من طرق الطعن في أحكام المحكمين، وإنما هي دعوى خاصة بنظام التحكيم، هدفها محاكمة الحكم دون أن تمتد لأبعد من ذلك، باعتبارها تمثل السبيل المشترك بين مختلف النظم القانونية لمراقبة حكم التحكيم للاستيثاق من صحته أو بطلانه، بمعنى أن القضاء المختص بنظرها لا يملك سوى تقرير صحة حكم التحكيم أو القضاء ببطلانه، دون أن يتجاوز ذلك إلى معاودة النظر فيما فصل فيه حكم التحكيم لأن دعوى البطلان ليست طريقاً للطعن على الأحكام التحكيمية؛ لأنها لا تعد جزءاً من هيكل خصومة التحكيم، ولا مرحلة من مراحلها، ولكنها دعوى ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، وينطبق عليها قانون الإجراءات المدنية والتجارية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون التحكيم.

وفي هذا الشأن قضت محكمة القضاء الإداري بالسلطنة في أحد أحكامها على أن:

«حكم التحكيم الصادر في منازعات العقود الإدارية لا يقبل الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، ذلك أن اللجوء إلى التحكيم الاختياري يقوم في نشأته وإجراءاته وما يتولد عنه من قضاء على إرادة أطرافه التي تتراضى بحرياتها على اللجوء إليه كوسيلة لفض منازعاتهم بديلاً عن اللجوء إلى القضاء، وبالتالي فإنه احتراماً لهذه الإرادة واعترافاً بحجية حكم التحكيم ووجوب نفاذه من جهة، ومواجهة الحالات التي يعترى فيها حكم التحكيم عوار ينال من مقوماته الأساسية كحكم ويدفعه إلى دائرة البطلان بمدارجه المختلفة من جهة أخرى، أقام المشرع توازناً دقيقاً بين هذين البعدين من خلال السماح لطرفي التحكيم بإقامة دعوى البطلان الأصلية على حكم التحكيم بعد صدوره، مستصحباً الطبيعة القضائية لهذا الحكم ليساوي بينه وبين أحكام المحاكم القضائية بصفة عامة من حيث جواز إقامة دعوى بطلان أصلية عليها إذا توفر موجبها، وذلك كله احتراماً للضمانات الأساسية في التقاضي، وبما يؤدي في النهاية إلى إهدار أي حكم يفتقر إلى المقومات الأساسية للأحكام القضائية، إلا أنه ولما كانت القاعدة الفقهية تقرر أن «الحاجة تقدر بقدرها» ومن ثم لا غرو أن يأتي المشرع في المادة (٥٣) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية المشار إليه ويقرر أن حالات بطلان حكم التحكيم محددة على سبيل الحصر لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها، وهذه الحالات تنقسم إلى قسمين الأول: حالات يكون البطلان فيها نسبياً، وهي الحالات التي يتعين أن يثيرها الطاعن أمام المحكمة حتى يتسنى لها التصدي بالفصل فيها وتشمل كافة الحالات الواردة في البند (١) من المادة المشار إليها، والثاني حالات يكون البطلان فيها مطلقاً: وهي الحالات التي يجوز للمحكمة أن تثير البطلان من تلقاء ذاتها دون دفع به من الطاعن، وهي

الحالة الواردة في البند (٢) من ذات المادة المذكورة والمتعلقة ببطلان حكم التحكيم لمخالفته النظام العام في السلطنة.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنها تختص بالفصل في طلب بطلان الحكم الصادر في التحكيم إذا شابه عيب جسيم يسمح بإقامة دعوى البطلان، وأنه إذا اعتبر استثناء الطعن بدعوى البطلان في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، فإنّ هذا الاستثناء يجب أن يقف عند الحالات المقررة والتي تتطوي على عيب جسيم، وتمثّل إهداراً للعدالة ويفقد فيها الحكم وظيفته وتنتفي عنه صفة الأحكام، ومن ذلك أن يصدر الحكم عن تشكيل غير مكتمل أو تظهره هيئة التحكيم بمعزل وفي غيبة الخصوم أو الإخلال بحق الدفاع، أمّا إذا اقتصر الطعن في أحكام التحكيم على مناقشة الأدلة التي استند إليها الحكم وعلى موضوع الدعوى من حيث تأويل القانون وتطبيقه، وليس مما يعتبر عيباً جسيماً، أو قام الطعن على مسائل موضوعية تدرج كلّها تحت الخطأ في تفسير القانون وتأويله أو حتى صدور الحكم على خلاف حكم آخر حائز لقوة الأمر المقضي به، فإنّ هذه الأسباب لا تمثل إهداراً للعدالة يفقد معها الحكم وظيفته، وبالتالي لا تصمه بأي عيب ينحدر به إلى وجوب الانعدام، ممّا يجعل الطعن عليه بعد ذلك غير قائم على أساس ويتعين الالتفات عنه».

#### • حالات دعوى بطلان أحكام التحكيم في النظام القانوني العماني:

أورد قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية في المادة (٥٣) منه الحالات التي يجوز بسببها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، تضمنت الآتي:

- ١- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.

- ٢- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم -وقت إبرامه- فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
- ٣- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- ٤- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع الدعوى.
- ٥- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
- ٦- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
- ٧- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.
- كما تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في السلطنة.
- وفي ضوء ما تقدم يمكن إرجاع حالات الطعن بالبطلان إما لتعلقها باتفاق التحكيم أو بإجراءات خصومة التحكيم أو بحكم التحكيم.

- إجراءات دعوى البطلان والمحكمة المختصة بنظرها:

حدد قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العُماني إجراءات ومواعيد معينة لرفع دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة بنظر العقد محل النزاع، سواء محكمة القضاء العادي أو محكمة القضاء الإداري - حسب الأحوال، إذ تنص المادة (٥٤) من هذا القانون على أنه:

١- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم.

٢- تختص بدعوى البطلان محكمة الاستئناف المختصة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون».

- إجراءات رفع الدعوى:

تُرفع دعوى بطلان حكم التحكيم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، أي بصحيفة تودع أمانة سر المحكمة المختصة سواء قدمت من صاحب المصلحة أو من يوكله في ذلك، ويشترط في الدعوى -إذا رفعت أمام الدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري بالنسبة إلى العقود الإدارية- أن تكون موقعة من محام مقبول للمرافعة أمامها، على أن تعلن للطرف الآخر بشخصه أو في موطنه طبقاً للقواعد العامة في الإعلان القضائي، ولا تقبل إلا ممن كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها حكم التحكيم، ويجب أن تشتمل الصحيفة على أسباب النعي على الحكم بالبطلان، طبقاً للأسباب التي أوردها القانون على سبيل الحصر، وإلا كانت باطلة، ولا يفهم من ذلك أن تحوي الصحيفة كل أسباب الطعن الواردة بالقانون، وإنما يجوز الاستناد إلى سبب واحد أو أكثر فقط، كما يجوز العدول

عن بعض الأسباب وإبداء غيرها ما دامت من بين الأسباب التي ذكرها القانون على سبيل الحصر.

#### - ميعاد رفع دعوى البطلان:

يقصد بهذا الميعاد الأجل الذي حدده المشرع لرفع الدعوى خلاله، وتعد المواعيد من الشروط الشكلية التي تتفيا حسن سير الخصومة القضائية، وضمان حقوق الدفاع في آن واحد، بحيث يتعين على الخصوم التقيد بتلك المواعيد حتى لا تتراخى إجراءات الخصومة، ويتأخر الفصل فيها إلى ما لا نهاية.

وقد حدد المشرع أجلاً يتعين رفع دعوى البطلان خلاله، وهو تسعون يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، بحيث إذا لم يتم التقيد به سقط الحق في رفعها، وهذا السقوط يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فلا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها - أي بعدم قبول الدعوى - متى رفعت بعد الميعاد المقرر قانوناً.

#### المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان

تختص بنظر هذه الدعوى محكمة الاستئناف في القضاء العادي إذا كان النزاع متعلقاً بعقد تجاري أو مدني، أما إذا كان النزاع متعلقاً بعقد إداري فتختص بنظره الدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري.

وقد فرق القانون بين التحكيم التجاري الدولي وغيره من أنواع التحكيم، بحيث يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى داخل عمان أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف مسقط ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في عمان.

### حدود سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان:

يثور التساؤل حول سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، هل يقتصر دورها على مجرد القضاء ببطلان حكم التحكيم أو صحته، ومن ثم رفض الدعوى، أو يتعدى ذلك أو معاودة النظر والترجيح في هذا الحكم من كافة جوانبه الواقعية والقانونية، وفي حالة ما إذا قضت ببطلان حكم التحكيم هل يمكنها التصدي للفصل في موضوع النزاع أم لا؟

انقسم الفقه بصدد الإجابة على هذا التساؤل بين مؤيد لتصدي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم حال قضائها بإبطال حكم التحكيم، وذلك اختصاراً للوقت والجهد، وحسماً للنزاع بشكل سريع، فضلاً عن تلافي دعاوى البطلان الكيدية والتي غايتها تعطيل الفصل في النزاع، وبين معارض لهذا الرأي، بحجة أن دور المحكمة يقتصر على الحكم ببطلان حكم التحكيم وبيان السبب في ذلك، دون المساس بالفصل في أصل النزاع الذي يختص بالبت فيه المحكم بناء على إرادة طرفي العقد السابق، أو الحكم برفض الدعوى إذا لم تتحقق في الدعوى أي حالة من حالات البطلان المقررة قانوناً.

وبالنسبة لقضاء محكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان فقد استقر على أن المحكمة تحكم إما ببطلان حكم التحكيم، أو برفض الدعوى حسب الأحوال، ولا يمتد قضاؤها ليشمل الفصل في النزاع محل حكم التحكيم، وإنما على الطرفين معاودة طرح نزاعهما على المحكم ذاته أو غيره من المحكمين.

- رقابة القضاء الإداري على أحكام التحكيم لدى طلب الأمر بتنفيذها:

يتعين لاكتساب حكم التحكيم القوة التنفيذية اللجوء لقضاء الدولة للحصول على أمر بتنفيذه، وأمر التنفيذ لا يعدو كونه إجراءً يصدر عن القاضي المختص،



فيضفي على حكم التحكيم القوة التنفيذية، وهو بهذه المثابة يشكل نقطة التقاء بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، بحيث يتدخل بمقتضاه القضاء ليكمل عمل المحكم، ويتيح إصدار أمر التنفيذ لقضاء الدولة نوعاً من الرقابة على حكم التحكيم المأمور بتنفيذه؛ ضماناً لحماية تنفيذية عادله لهذا الحكم.

- الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم:

وفقاً لأحكام المادة (٥٦) من قانون التحكيم العُماني يختص رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، إلا إذا كان التحكيم دولياً فإن الاختصاص يكون معقوداً لرئيس محكمة الاستئناف، أو ما يعادلها في محكمة القضاء الإداري.

ويكون تقديم طلب تنفيذ حكم التحكيم من طالب التنفيذ في شكل أمر على عريضة من نسختين متطابقتين ومشتملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب في المدينة التي بها مقر المحكمة، ويرفق بالعريضة ما يأتي:

- ١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
- ٢- صورة من اتفاق التحكيم.
- ٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.
- ٤- صورة من المحضر الدال على إيداع حكم التحكيم وفقاً للمادة (٤٧) من قانون التحكيم.

- شروط إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم:

أورد قانون التحكيم في المادة (٥٨) جملة من الشروط التي لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق منها، وهي:

١- لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى.

٢- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم العُمانية في موضوع النزاع.

٣- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في سلطنة عمان.

٤- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

وعلى القاضي المختص التحقق من تلك الشروط، وإلا امتنع عن إصدار هذا الأمر.

- النظام من الأمر الصادر برفض التنفيذ:

وفقاً لأحكام المادة (٥٨) بند (٣) من قانون التحكيم العُماني، لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى محكمة الاستئناف المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

- أثر الطعن بالبطلان على تنفيذ حكم التحكيم:

منح المشرع العُماني الفاعلية الكاملة لحكم التحكيم بمجرد صدوره، بحيث لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذه إلا استثناء وبشروط خاصة، وهي الاقتران والجدية، ويقصد بالاقتران أن يطلب رافع دعوى بطلان حكم التحكيم وقف تنفيذ الحكم في صحيفة دعوى البطلان، بحيث لا يجوز له تقديمه كطلب عارض أو بدعوى مستقلة، والجدية تعني احتمالية أحقية المدعي فيما يطلبه بحسب الفحص الظاهر لأسباب وقف التنفيذ التي يستند إليها المدعي في صحيفة دعوى

البطلان، وتقدير ذلك متروك لسلطة المحكمة التي تنظر دعوى البطلان.

وفي هذا الشأن تنص المادة (٥٧) من قانون التحكيم على أنه:

«لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى، وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر.

- مدى رقابة القضاء الإداري على حكم التحكيم لدى طلب الأمر بتنفيذه:

تصدر أحكام التحكيم حائزة لحجية الأمر المقضي، بيد أنه لا تكون واجبة التنفيذ إلا بعد صدور الأمر بتنفيذها من القاضي المختص، ويتيح إصدار أمر التنفيذ لقضاء الدولة رقابة حكم التحكيم المأمور بتنفيذه، وهي رقابة يختلف مداها ومضمونها من تشريع لآخر، حيث يرى البعض التضييق من تلك الرقابة لأضيق الحدود، وبالتالي رقابته ليست رقابة موضوع، ذلك أن القاضي لا يبحث واقعات النزاع أو سلامة تطبيق القانون عليها أو صحة تفسير المحكم للقانون أو لواقعات النزاع لأن التوسع في تلك الرقابة من شأنه أن يفضي للخلط بين إجراءات التنفيذ وإجراءات الطعن بالبطلان، فضلاً عن منافاته للأسس التي يرتكز عليها التحكيم، بينما يرى البعض الآخر منح القاضي الأمر بالتنفيذ دوراً رقابياً أكبر يمكنه من مراقبة صحة حكم التحكيم وشرعيته قبل إعطاء الأمر بتنفيذه.

والله ولي التوفيق..

ورقة عمل بعنوان

# **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**

إعداد الأستاذ

**سالم الأمين بالقاسم**

المستشار بالمحكمة العليا الليبية



## التحكيم في منازعات العقود الإدارية

### تمهيد

نظراً لما تتسم به الخصومة أمام محاكم الدولة من بطء السير وتعقيد في الإجراءات وإفراط في النفقات إلى غير ذلك من أشباه هذه الأمور فقد صار اللجوء إلى التحكيم باعتباره نوعاً من العدالة الخاصة<sup>(١)</sup> هو الحل الأمثل لتلك المسائل والمشاكل، وذلك بإخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص عاديين يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع للفصل فيه.

ولما كانت اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لم تضع قاعدة موضوعية موحدة تحدد المسائل التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي لا يجوز فيها ذلك، وتركت المجال مفتوحاً للاجتهاد في المراحل التي تسبق صدور حكم هيئة التحكيم بدليل أنها طبقاً للفقرة الثانية ببند رابعاً من المادة الخامسة منها حصرت أسباب رفض الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه في حالة كون البلد المطلوب الاعتراف أو التنفيذ بواسطة قضاائه الوطني لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ومع ذلك فقد أصبح التحكيم اليوم هو الطريق الأصيل لحسم المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية، وما تعلق منها بالتجارة الدولية خاصة، وصار الفقه القانوني يرى أن التحكيم هو الأصل وأن عدم التحكيم هو الاستثناء<sup>(٢)</sup>، وصارت

(١) د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري والإجباري، ط٤، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٣م، بند (١) ص ١٥، أشار إليه د. عاشور مبروك- التحكيم لسنة ٢٠١٠م، ص ١.

(٢) د. أحمد قسمت الجداوي - التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٢م، ص ٩.

التشريعات الداخلية للدول تحدد بشكل حصري المنازعات التي لا يمكن تسويتها بالتحكيم، بينما المنازعات القابلة للتسوية عن طريق التحكيم أصبح المجال أمامها مفتوحاً<sup>(١)</sup> ولنبين هذا التطور من الناحية القانونية والفقهية والقضائية يحسن بنا أن نبدأ بتعريف العقد الإداري محلياً ودولياً (باب أول) لنلج إلى مفهوم التحكيم الإداري لتسوية منازعات العقود الإدارية (باب ثاني) ثم لنعرض من خلالهما لتطور مبدأ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية (باب ثالث) وذلك بمشيئة الله وعونه.

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف - قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية ١٩٩٩م، ص ٢٥.

## الباب الأول العقد الإداري

سوف أقوم إن شاء الله في هذا الباب بتعريف العقد الإداري فقهاء وقضاء بالقدر اللازم للوقوف على فحواه، وكذلك نفل مع العقد الإداري الدولي كل في مبحث مستقل.

### ● المبحث الأول: العقد الإداري.

عرف العقد الإداري وفق الغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام<sup>(١)</sup>.

كما سارت المحكمة الإدارية العليا في مصر على نفس مسار مجلس الدولة الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

وتبينت المحكمة العليا الليبية ذات التعريف حينما قضت بأن: (العقدين قد تضمننا شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة، فإنهما يكونان قد اتسما بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصالهما بمرفق عام وأخذهما بأسلوب القانون العام فيما تضمننا من شروط استثنائية، ومن ثم يكونان عقدين إداريين)<sup>(٣)</sup>.

(١) د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - ط٢، دار الفكر العربي ١٩٦٥م، ص ٥١.  
(٢) أنظر في بيان ذلك - د. مازن ليلوراضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ٢٠٠٢م، دار المطبوعات الجامعية، ص ١٨.

(٣) طعن إداري رقم ١٧/٤، بتاريخ ٢٠/٦/١٩٧٠م، مجلة المحكمة العليا س٨، ١٤، ص ٥٢.



وقد حدد المشرع الليبي ثلاث عقود بكونها عقوداً إدارية، فنص في المادة الرابعة من القانون رقم (٨٨) لسنة ١٩٧١م، في شأن القضاء الإداري، على أن:

(تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، والأشغال العامة والتوريد) ثم أتى بتعريف محدد للعقد الإداري، فنص في المادة الثالثة من لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (٥٦٣) لسنة ٢٠٠٧م، على أنه:

يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة، كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة، بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية أو الإشراف على تنفيذ أو تقديم المشورة الفنية أو تطويره أو تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد، متى كان ذلك العقد يشمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف المصلحة العامة.

وتعتبر العقود الآتية من العقود الإدارية متى توافرت بشأنها الشروط السالف ذكرها:

- عقود مقاولات الأشغال العامة.
- عقود التوريد، وعقود التوريد والتركيب.
- عقود الصيانة والتشغيل للمشروعات والمرافق العامة.
- عقود الإدارة بمختلف أنواعها للمرافق العامة والمنشآت الصناعية أو السياحية وغيرها.
- عقود بيع الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها.
- عقود استخدام المكاتب الاستشارية.

- عقود تنفيذ المشروعات غير المحمولة من الميزانية العامة<sup>(١)</sup>.

ومن هذه التعاريف للعقد الإداري والنصوص التشريعية السالفة الذكر يتضح أن العقد الإداري يقوم على أسس ثلاث هي:

١- أن تكون الإدارة أو أي شخص معنوي عام أحد أطرافه.

٢- أن يتصل العقد بمرفق عام تسييراً أو تنظيمياً.

٣- أن يتبع بشأنه أسلوب القانون العام.

ويلاحظ أن اجتماع هذه الأسس شرط لقيام العقد الإداري، إذ يترتب على تخلف أحدها فقد العقد لصفته الإدارية، ويصبح عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني<sup>(٢)</sup>.

#### ● المبحث الثاني: العقد الإداري الدولي.

عرف 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 موضعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة...، لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك)<sup>(٣)</sup> كما عرف بأنه ذلك العقد الذي يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، ويتصل برفق عام

(١) مدونة الإجراءات عدد (٩) سنة (٦)، ٢٠٠٧م، ص ٤٢٧.

(٢) د. عزيزة الشريف - التحكيم الإداري في القانون المصري - دار النهضة العربية ١٩٩٣م، ص ٢١.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٢٧، المرجعين السابقين أشار إليهما د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٧م، ص ١٢٩.

تسييراً أو تنظيمياً، وتظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام باشتماله على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وبين الصفة الدولية من حيث اتصاله بمصالح التجارة الدولية لاحتوائه على علاقة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة<sup>(١)</sup>.

وللعقد الإداري الدولي معايير معينة يحدد بها.

اختلف الفقه القانوني حول المعيار الواجب الاعتبار لتحديد دولية العقد الإداري الدولي فأخذ الفقه التقليدي معياراً قانونياً يرتكز على عناصر العلاقة العقدية التي تمثل في جنسية الأطراف ومكان إقامتهم ومكان إبرام العقد وتنفيذه، ولغة العقد والعملية المستخدمة في الوفاء بالالتزام التعاقدية.

فإذا كانت هذه العناصر على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد كان العقد الإداري دولياً، ويشترط أن تتطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كلها أو بعضها حتى يوصف بالعقد الدولي<sup>(٢)</sup>، ورأى البعض أن تتطرق الدولية إلى أحد العناصر المؤثرة في العقد كي تسبغ عليه هذه الصفة<sup>(٣)</sup>.

أما جانب من الفقه الحديث فقد أخذ بمعيار اقتصادي وهو الذي يعتبر العقد عقداً دولياً إذا اتصلت فيه الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية تأثراً بأحكام محكمة النقص الفرنسية<sup>(٤)</sup>، ويرى هذا الجانب أن المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني الذي يعتبر العقد

(١) د. عصمت عبدالله الشيخ - التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠م، ص ١٤٨، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق ص ١٣٠.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط ١، ص ٢٠١٤، ص ٦٠.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٤) د. هشام علي صادق، المرجع السابق ص ٨٦.

بمقتضاه دولياً إذا اتصلت عناصره أو بعضها بأكثر من نظام قانوني واحد، لأن الرابطة التي يترتب عليها انتقال الأموال أو الخدمات من دولة إلى أخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية ويتحقق بها المعيار الاقتصادي هي رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد الذي يفيد توافر المعيار القانوني في نفس الوقت<sup>(١)</sup>.

(١) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٩٣، وكذلك د. عمران علي السائح، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، دار الكتب الوطنية، ط١، سنة ٢٠١٢م، ص١٤، وما بعدها.

## الباب الثاني

## التحكيم الإداري

أن التحكيم بالمطلق اصطلاح عام يقترن به مسميات فرعية تختلف بحسب المنازعة التي يراد حسمها عن طريقة، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي بالتحكيم التجاري، وإذا كانت مدنية أطلق عليه تحكيمياً مدنياً، وإذا كانت المنازعة إدارية سمي تحكيمياً إدارياً.

## ● المبحث الأول: مفهوم التحكيم الإداري.

بدراستنا لهذا الموضوع لم نجد تشريعاً يضع تعريفاً للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، مع أنه تم تعريف التحكيم الدولي وعرف التحكيم التجاري الدولي<sup>(١)</sup>.

وقد عرف الفقه المصري التحكيم الإداري بأنه: (وسيلة قانونية تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدية فيما بينها، أو بين إحداها وأحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الآمرة)<sup>(٢)</sup>.

(١) التشريع الفرنسي عرف التحكيم الدولي في الباب الخامس من القانون الصادر والمرسوم رقم (٨١-٥٠٠) لسنة ١٩٨١م، كما وضع التشريع المصري تعريفاً للتحكيم التجاري والتحكيم الدولي في الباب الأول من القانون رقم ٢٧/١٩٩٤م، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

(٢) د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة، سنة ١٩٩٣، ص ٢١، أشار إليه د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، مرجع سابق، ص ١٤، وأيضاً د. محمود السيد عمر التحيوي - التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢م، ص ٣٦.

ومن هذا التعريف نستخلص الآتي:

- ١- إن طبيعة التحكيم في المنازعات الإدارية تتعلق بمنازعات الإدارة أو الأشخاص المعنوية العامة فيما بينها أو مع غيرها.
- ٢- إنه يشمل جميع أعمال الإدارة سواء العقدية أو غير عقدية وسواء كانت هذه المنازعات داخلية أو خارجية.
- ٣- إن من شأن التحكيم في المنازعات الإدارية أن يخرج موضوع المنازعة من اختصاص القضاء العادي بشكل عام والقضاء الإداري بشكل خاص وسواء كان ذلك أثناء نظر المنازعة أو قبلها.
- ٤- إن التحكيم في المنازعات الإدارية قد يكون اختيارياً أو إجبارياً.
- ٥- إن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية ليس مطلقاً، بل مرهون بوجود نص في القانون يجيزه، إذا الأصل فيه المنع، لأن القضاء الإداري هو المختص بالنظر والفصل في المنازعات الإدارية، والخروج عنه إلى التحكيم استثناء.

#### ● المبحث الثاني: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

تأثر خلاف في الفقه والقضاء في مدى جوازاً وعدم جواز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وسنبين هنا أسباب هذا الخلاف، ثم نذكر مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

## ١- الاختلاف القضائي في هذه المسألة في مصر:

بتاريخ (١٨) ديسمبر ١٩٩٦م، أصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فتوى بعدم مشروعية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، وأسست رأيا على حجتين الأولى هي انعدام الأساس التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية لعدم وجود نص صريح في قانون التحكيم رقم ٢٧/١٩٩٤م، أو في أي قانون آخر يسمح بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، والثانية هي عدم تلاؤم التحكيم مع طبيعة العقد الإداري، وأن القضاء الإداري ينفرد بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وهو الذي يتفق مع الطبيعة القانونية التي تميز بها هذه العقود.

بينما أصدرت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ (١٩) مارس ١٩٩٧م، حكماً انتهت فيه إلى القضاء بصحة شرط التحكيم الذي ثار النزاع بشأنه بين المجلس الأعلى للآثار والشركة الإنجليزية في تنفيذ بعض الأعمال في متحف أسوان وهو نفس شرط التحكيم الذي اقتنعت الجمعية العمومية المذكورة بعدم مشروعيتها<sup>(١)</sup>.

ثم تدخلت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وردت على وزارة الثقافة بخصوص نفس الموضوع قائلة: بأن شرط التحكيم الوارد في العقدين المبرمين من قبل المجلس الأعلى للآثار مع شركة المقاولات الإنجليزية لتنفيذ أعمال تكميلية بمتحف آثار أسوان باطل بطلاناً مطلقاً، وأن حكم محكمة استئناف القاهرة لا يحوز حجية فيما قضى به لأن الحجية لا تثبت إلا للحكم الصادر عن جهة القضاء التي منحها القانون ولاية إصدار هذا الحكم<sup>(٢)</sup>.

(١) د. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية - دراسة مقارنة - ٢٠٠٩م، ص ١٣٠ وما بعدها.

(٢) فتوى اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة، بتاريخ ٩/٤/١٩٩٧م، أشار إليها د. يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص ١٣٧.

٢- الاختلاف الفقهي في مصر في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية:

رأى جانب من هذا الفقه عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود لأن القانون رقم ١٩٩٤/٢٧م، لا يتضمن نصاً صريحاً يجيز ذلك، ولا خروج عن الأصل إلا بنص في القانون وهو ما يوافق فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع سالف الذكر.

وذهب جانب آخر إلى الجواز، لأن القانون المذكور لم يمنع ذلك صراحة بل إنه أجاز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في العلاقات القانونية ذات الطابع التجاري أو الاقتصادي التي تقبل الصلح والتصرف، وأن هذه العلاقات قد تشمل المنازعات التي تدخل في دائرة العقود الإدارية التي تتسم بالطابع الاقتصادي<sup>(١)</sup>.

ومن أسباب الخلاف أيضاً ما يرجع إلى طبيعة العقد الإداري الذي يتميز عن غيره من العقود كالعقود التجارية والعمالية، إذ تتمتع الإدارة في مجال إبرام العقد الإداري وتنفيذه وإنهائه بسلطة واسعة لما في ذلك من تغليب للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة دون أن يتحدى المتعاقد معها بحجة العقد سريعة المتعاقدين أو يطالب بالتعويض، على خلاف العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها دون إرادة الطرف الآخر<sup>(٢)</sup>، ومنها أيضاً مساس التحكيم بالدستور وتعارضه مع فكرة النظام العام<sup>(٣)</sup>، ذلك أن القضاء الوطني والقانون الوطني من أهم مظاهر السيادة الوطنية ورد على ذلك بأن اللجوء إلى التحكيم لا يكون إلا بناء على نص في القانون الوطني<sup>(٤)</sup>.

(١) د. محمود سمير الشرقاوي - مفهوم التجارة الدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد - بحث سنة ١٩٩٩م، أشار إليه د. يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص ١٣٨.

(٢) طعن إداري رقم ٤/١ سنة ١٩٦١م، أشار إليه د. مازن ليلو راضي، السابق، ص ١٧.

(٣) د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - دار الفكر العربي - ط ٥، ص ١٩٩١، ص ١٩٢.

(٤) د. جابر جاد نصار - التحكيم في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، ص ٦، أشار إلى المرجعين الأخيرين د. عبدالعزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص ٧٢، ٧٦.



## ٢- مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية:

لما كانت إرادة طرفي العقد هي الفيصل في اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع قائم أو محتمل في موضوع معين من موضوعات العقد الإداري، فإننا نود أن نقف على المميزات والمبررات التي تجد بهما إلى التحكيم، دون الالتجاء إلى القضاء، وقد وجدنا أن الفقه القانوني قد استتبب بعض المميزات الدافعة إلى التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى طبيعة التحكيم ذاته والقضاء على السواء، فكان منها:

- بساطة إجراءات التحكيم، وسرعة اتخاذ القرار في موضوعه:

ذلك أن إجراءات التحكيم سهلة وبسيطة حيث يحددها أطراف النزاع بأنفسهم مما يؤدي إلى سرعة إصدار القرار، لأن التحكيم فيه اختصار شديد لدرجات التقاضي لكون حكم هيئة التحكيم يكون باتاً وغير قابل للطعن فيه من حيث الموضوع، وقابل للتنفيذ الفوري<sup>(١)</sup>.

- السرية:

إن إجراءات القضاء العادي تتصف بالعلانية، وهو أمر لا يرغبه طرفي العقد الإداري لما في العلانية من كشف لأسرار المهنة وإذاعتها ونشرها بما قد يؤدي إلى المساس بالمراكز الاقتصادية التي يترتب عليها غالباً إساءة إلى السمعة التجارية، وأضراراً مالية مفرجة، لذلك فإنهم يلجأون إلى اشتراط السرية في إجراءات التحكيم بينما لا يستطيعون اشتراطها أمام القضاء لكون الأصل في إجراءاته العلانية.

(١) د. محمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٧٨م، ص ٦٨، أشار إليه د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢١، وأيضاً د. علي عوض حسن - التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية - دار الفكر الجامعي ٢٠٠١م، ص ٦٤.

## الباب الثالث

## تطور مبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يكاد يجمع الفقه الفرنسي على أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بالنسبة لأشخاص القانون العام غير جائز إلا إذا وجد نص قانوني بإجازه، وذلك تطبيقاً لقاعدة حظر التحكيم في العقود الإدارية التي وضعها المشرع الفرنسي بقانون الإجراءات المدنية القديم والتي تحظر الاتفاق على التحكيم في القضايا التي تخضع لإبلاغ النيابة العامة، وهي التي تخص الدولة والأملاك العامة والمؤسسات والهيئات العامة<sup>(١)</sup>، وأن الحظر يشمل كافة المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة<sup>(٢)</sup>، وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على بطلان أي اتفاق تلتزم به الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم بطلاناً مطلقاً<sup>(٣)</sup> إلا أن هذا المنع لم يبق على إطلاقه، إذ دفعت الضرورات العملية والرغبة في إيجاد حل سريع لبعض المنازعات المشرع الفرنسي إلى استثناء بعض العقود الإدارية التي تكون فيها الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام طرفاً فيها ومنها عقود الصناعة والتجارة فأصدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٧٥ م، على أن يتم تحديد طوائف المؤسسات التي تستفيد من هذا الاستثناء بموجب مرسوم يصدره مجلس الوزراء، ولوحظ أن مجلس الوزراء لم يصدر المرسوم التنفيذي لهذا القانون<sup>(٤)</sup>، ثم

(١) د. عاطف سعد محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة - ٢٠٠٦م، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، ص ٥١٦.

(٢) بحث بعنوان (التحكيم في العقود الإدارية في القانون)، شبكة التواصل الاجتماعي فيس بوك [HTTP://WWW.startimes/2T=3486166](http://WWW.startimes/2T=3486166)

(٣) د. يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٤) د. يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص ١٠٣، وأنظر أيضاً جورج فودال، وبيار دل فول شية، القانون الإداري ط ١-٢٠٠١م، ص ٣٢، ترجمة منصور القاضي.

توالت التشريعات التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في بعض العقود الإدارية، إلى أن صدر قانون بتاريخ (١٩) أغسطس ١٩٨٦م، فوسع من نطاق اللجوء إلى التحكيم بحيث شمل جميع صور العقود التي تبرمها الدولة أو أحد وحدات الإدارة المحلية أو المؤسسات العامة مع الشركات الأجنبية<sup>(١)</sup>، ثم القانون الصادر بتاريخ (٢) يونيو ١٩٩٠م، الذي أجاز لمصلحة البريد والاتصالات اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تكون طرفاً فيها، والقانون الصادر بتاريخ (١٢) يوليو ١٩٩٩م، الذي سمح للمؤسسات العلمية والثقافية التي تساهم في مرفق التعليم العالي اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تثور مع نظيراتها الأجنبية بمناسبة تنفيذ عقد من عقودها<sup>(٢)</sup>، كما سمح المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم (٩٧٢) لسنة ١٩٨٦م، للدولة وأجهزتها والمؤسسات العامة أن تضمن عقودها التي تبرمها مع شركات أجنبية في المجالات الاقتصادية الوطنية شرط التحكيم لتسوية أي نزاع عند تفسير أو تنفيذ تلك العقود<sup>(٣)</sup>.

ومن هذه التشريعات يتضح أن إجازة التحكيم في القانون الفرنسي تكون فقط في العقود الإدارية الدولية، وأن الحظر في العقود الإدارية الداخلية لا زال قائماً.

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي إدراج شرط تحكيم في عقد رغم أنه مستند إلى اتفاقيات دولية تجيز التحكيم، لأنه يعتبر مبدأً خطر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم من المبادئ العامة التي تسمو على الاتفاقيات الدولية، التي كان يسبغ عليها حتى ١٩٨٩م، قيمة قانونية مساوية للتشريع.

(١) د. يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٣) د. أنور أحمد رسلان - التحكيم في منازعات العقود الإداري ص ٥، أشار إليه د. عاطف سعد محمد،

المرجع السابق، ص ٦١٦.

● المبحث الثاني: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بمصر.

إن الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية أثار جدلاً في الفقه والقضاء كما سبق أن رأينا في المبحث الثاني من الباب الثاني لهذا البحث، إلا أن المشرع المصري أراد حسم هذا الخلاف حينما أصدر القانون رقم ٢٧/١٩٩٤م، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية فأجاز اللجوء إلى التحكيم بين أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعته العلاقة القانونية محل النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يتم في الخارج واتفق الأطراف على إخضاعه لأحكام القانون الخارجي، ومع ذلك لم يرفع الخلاف فأصدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م، بتعديل القانون السابق فأجاز اللجوء إلى التحكيم باتفاق الأطراف بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، وأنه لا يجوز التفويض في ذلك، وقد اعتبر القضاء في مصر أنه إذا صدرت الموافقة على الالتجاء إلى التحكيم من غير الوزير المختص أو بتفويض منه للغير فإن من يوقع الموافقة يكون غير مختص، لأن الاختصاص هنا يقوم مقام الأهلية في مجال القانون الخاص، فينعقد العقد ويقع شرط التحكيم باطلاً غير منتج لأثره، وتتحسر عنه ولاية هيئة التحكيم إذا رفع النزاع إليها<sup>(١)</sup>، ومع ذلك فقد صدرت بعد ذلك أحكام قضائية متناقضة بشأن الالتزام بهذا الشرط بعضها يقضي بعدم البطلان استناداً إلى أن الموافقة أو عدمها يرجع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة فلا يضر المتعاقد معها من عدم استيفائها، وأن القانون رقم ٢٧/١٩٩٤م، المعدل بالقانون رقم ٩/١٩٩٧م، لم يرتب البطلان على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه<sup>(٢)</sup>.

(١) حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية ٢٩٢/٢٠٠٢م، أشار إليه د. عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص ٦٢١.

(٢) حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية ٤٦٤/٢٠٠٦م.

ويقضي البعض الآخر بلزوم موافقة الوزير المختص لأنه شرط صحة في التحكيم ذاته<sup>(١)</sup> ومما سبق يتبين أن الأمر في حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لم يحسم قضائياً في مصر.

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم ١٢٦/١١١ ق، بتاريخ ٣٠/٣/٢٠١٠م، مشار إلى هذين الحكمين في بحث المستشار/ محمد أمين مهدي، بعنوان (عود إلى إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية) مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٣م، ص ٣٤.

● المبحث الثالث: مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا.

ليبان هذا الأمر سنبدأ بالقواعد والأحكام العامة للتحكيم في القانون الليبي (أولاً) ثم نوضح تطور التشريع الليبي بشأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية (ثانياً).

أولاً: الأسس والقواعد العامة للتحكيم في القانون الليبي.

وضع المشرع الليبي الأسس والقواعد العامة للتحكيم في الباب الرابع من الكتاب الثالث المعنون (في إجراءات وخصومات متنوعة) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في (٢٨) نوفمبر ١٩٥٢م، في المواد من (٧٣٩ إلى ٧٧٧) فتضمنت المادة (٧٣٩) مبدأً إجازة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بصفة عامة حيث نصت على أنه:

(يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا عرض ما قد ينشأ من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة).

ومفاد هذا النص أن المشرع الليبي أجاز اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين في تنفيذ عقد معين بإحدى طريقتين الأولى أن يتم اشتراط عرض أي نزاع قد ينشأ بشأن تنفيذ عقد على التحكيم الثانية أن يشترط التحكيم في اتفاق خاص ينشأ بعد قيام نزاع معين بشأن تنفيذ عقد.

ولكن المشرع أخرج من هذه الإجازة بما نص عليه في المادة (٧٤٠) وهي الأمور المتعلقة بالنظام العام، أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابة العمل أو أمراض المهنة والمنازعات المتعلقة

بالجنسية أو بالحالة الشخصية، واعتبر أن التحكيم لا يصلح إلا ممن له أهلية التصرف في الحقوق، ولا يصح في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أيضاً.

كما اشترط بموجب المادة (٧٤٢) أن مشاركة التحكيم لا تثبت إلا بالكتابة وأوجب بالمادة (٧٤٣) أن يحدد فيها موضوع النزاع أو أن يتم تحديده أثناء المرافعة ولو كان المحكمون منوطين بالصلح ورتب على تخلف ذلك بطلان التحكيم.

وقد عرفت المحكمة العليا الليبية النظام العام بأنه كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية<sup>(١)</sup>، وقالت بشأن أحكام قانون العمل، إن نص المادة (٧٤٠) مرافعات، صريح في عدم جواز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام، وأن أحكام قانون العمل كلها تعتبر من النظام العام<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: تطور مبدأ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

كما رأينا في البند السابق إن قانون المرافعات المدنية والتجارية لا يمنع أطراف العقد الإداري من إدراج شرط التحكيم ضمن بنود العقد، وقد ذهبت المحكمة العليا إلى ذلك في أحد أحكامها حيث قالت: (إن القانون الليبي خال من أي نص مانع يحول دون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية)<sup>(٣)</sup>، ورغم أن هذا الشرط الذي صار مألوفاً ومعروفاً في الداخل والخارج، إلا أن أمر الوصول إليه لم يكن سهلاً حيث حصل بعد تطورات تشريعية بين الإجازة والمنع على النحو التالي.

- في سنة ١٩٧٠م، منع المشرع الليبي اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات

(١) طعن مدني رقم ٨/٤٤ ق، بتاريخ ١٩/٢/١٩٦٤م، مجلة المحكمة العليا الليبية س ١، ع ٣، ص ٢٨.

(٢) طعن مدني رقم ٨٤/٢٣ ق، بتاريخ ١٢/٢٥/١٩٧٧، مجلة المحكمة العليا س ١٤، ع ٣٤، ص ١٧٨.

(٣) طعن إداري رقم ١٧/١ ق، بتاريخ ٤/٥/١٩٧٠م، مجلة المحكمة العليا ع ٤٤، س ٦، ص ١٩.

العقود الإدارية بنص صريح حيث أصدر القانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٧٠م، بشأن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية العامة، ونص في المادة الأولى منه على أنه:

(يقع باطلاً كل شرط في العقود التي تبرمها الوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات العامة يتضمن فض المنازعات الناشئة عن العقد بطريق التحكيم أو باختصاص جهة قضائية أخرى غير القضاء الليبي).

ثم حد من هذا المنع قليلاً حيث نص في المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ١٩٧١م، بتعديل القانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٧٠م، المشار إليه، على أنه:

(تضاف إلى المادة الأولى من القانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٧٠م، المشار إليه فقرة جديدة بالنص الآتي:

ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على اعتبارات الضرورة التي يقدمها الوزير المختص الموافقة على الإعفاء من هذا القيد بالنسبة لبعض الجهات أو العقود<sup>(١)</sup>.

إلا أن المشرع الليبي في ذلك الوقت نكس على عقبيه وعاد مجدداً إلى حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فألغى القانون السابق بموجب القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٢م<sup>(١)</sup>.

- وفي سنة ١٩٨٠م، في ظل التحفظ والحذر الشديد من المشرع الليبي صدرت لائحة العقود الإدارية بقرار من اللجنة الشعبية العامة في (٦) مايو ١٩٨٠م، وتضمنت لأول مرة تنظيمًا شاملاً متكاملًا للقواعد والمبادئ التي تحكم العقود الإدارية، ونصت في المادة (٩٩) منها على ما يلي:

(١) الموسوعة التشريعية الليبية - القوانين الصادرة سنة ١٩٧١م، المجلد الثالث، ص ١.



يراعي النص في العقود الإدارية على إسناد الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ عن العقد للقضاء الليبي وذلك بصفة أساسية، على أنه يجوز إذا اقتضت الضرورة في حالات التعاقد مع شركات أو منشآت أجنبية أن ينص على الالتجاء للتحكيم، ويجب في هذه الحالات أن يحدد العقد أوجه النزاع التي يلجأ فيها إلى التحكيم وإجراءات التحكيم وقواعد اختيار المحكمين، بما يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في اختيارهم ومدى ما للمحكمين من سلطة واختصاص، مع حظر الاتفاق على التحكيم بمعرفة محكم فرد)<sup>(٢)</sup>، ثم توالى اللوائح المنظمة لهذه العقود، حتى صدرت اللائحة النافذة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (٥٦٣) لسنة ٢٠٠٧م، فأكدت نفس الأحكام السابقة<sup>(٣)</sup>.

ومما سبق في نصوص لوائح العقود الإدارية يتبين أن الأصل هو إسناد الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الليبي، وأن الاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم بشروط هي: الأول أن يكون هناك حالة ضرورة تقتضي ذلك، والثاني أن يكون التعاقد مع جهات غير وطنية، والثالث أن يتم ذلك بموافقة مجلس الوزراء.

- وقد لوحظ على هذا النص، أن التحكيم مقصور في حالة ما إذا كان التعاقد مع جهات أجنبية، وليس للشركات الوطنية حق اللجوء إليه، أي أن اللائحة بهذا النص تتيح التحكيم الدولي وتمنع التحكيم الداخلي وهو ما يخالف القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

- أن النص اشترط وضع مشاركة تحكيم خاصة بين أوجه النزاع محل التحكيم وإجراءات وقواعد اختيار المحكمين وسلطاتهم واختصاصاتهم، وألا يتم

(١) الجريدة الرسمية سنة ١٩٧٢م، العدد ٥٥، ص ٢٧٩٧.

(٢) الجريدة الرسمية سنة ١٩٨٠م، العدد ١٤، السنة ١٨، ص ٦٣٤.

(٣) مدونة الإجراءات، السنة السادسة ٢٠٠٧م، عدد ٩، ص ٤٢٧.

الاتفاق على التحكيم بمحكم فرد، وهو ما ينسجم مع نص المادة (٧٥٤) من قانون المرافعات التي تترك لأطراف العقد حرية الاتفاق على قواعد وإجراءات معينة للتحكيم يرتضونها.

- إن استبعاد أن يكون التحكيم بمحكم فرد يوفر هيئة تحكيم جماعية تكون أكثر قدرة وكفاءة في فض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية خاصة ما تعلق منها بحالات التحكيم الدولي<sup>(١)</sup>.

- كما عرف المشرع الليبي في فترة مبكرة جداً مبدأ اللجوء إلى التحكيم الدولي لحسم منازعات العقود الإدارية الدولية ومن ذلك ما ورد من قانون البترول رقم (٢٥) لسنة ١٩٥٥م<sup>(٢)</sup>، حيث نصت المادة (٢٠) منه بند (١) على أنه:

تجري تسوية كل نزاع ينشأ بين اللجنة وبين صاحب العقد الممنوح وفقاً لأحكام هذا القانون عن طريق التحكيم، وذلك على الوجه المبين في الملحق الثاني لهذا القانون)، وقد بين البند الثامن والعشرون من هذا الملحق طريقة تسوية أي نزاع ينشأ بين طرفي العقد، ونصت الفقرة السابعة من هذا البند على أن يخضع العقد للقوانين الليبية وللمبادئ والقواعد المناسبة من القانون الدولي ويفسر بمقتضاها جميعاً، وبينت الفقرة الثامنة منه على أن قرارات التحكيم غير قابلة للاستئناف وأنه على طرفي العقد الامتثال له بإخلاص.

ومفاد هذه النصوص أن المشرع الليبي جعل التحكيم هو السبيل الوحيد لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البترول، وأن العقد خاضع للقوانين الليبية والقواعد والمبادئ المناسبة في القانون الدولي على السواء وأنه يفسر بمقتضاها جميعاً، وأن قرارات التحكيم بشأنها نهائية وغير قابلة للاستئناف.

(١) أ. مصطفى العالم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية - بحث منشور بمجلة المحامي - أكتوبر - ديسمبر ١٩٨٥م، ص ٢٩.

(٢) الجريدة الرسمية العدد الرابع السنة الخامسة، ص ٣.

- وبتاريخ ١٧/٦/١٩٩٦م، أبرمت المؤسسة الوطنية للنفط مع شركة أجيپ شمال أفريقيا والشرق الأوسط المحدودة اتفاق الاستكشاف ومقاسمة الأرباح فنص فيه على اللجوء إلى التحكيم وفقاً لقواعد المصلحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس في حالة عدم التوصل ودياً إلى تسوية أي خلاف ينشأ بينهما يتعلق بالاتفاقية المذكورة خلال ستة أشهر من لحظة إثارة موضوع النزاع رسمياً<sup>(١)</sup>.

- أجاز المشرع أيضاً بموجب القانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م، بشأن شركات القطاع العام الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تقع فيما بينها وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو الأفراد، واشترط أن تطبق في هذا الشأن التشريعات الوطنية ذات العلاقة، ومؤدي هذا القانون أنه سمح لشركات القطاع العام أن تلجأ إلى التحكيم الداخلي فقط وأن تطبق في سبيل حسم النزاع عن طريق التحكيم التشريعات الليبية دون سواها<sup>(٢)</sup>.

- كما أنه فيما يتعلق بالاستثمار فقد أصدر المشرع الليبي القانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٧م، بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية ونص في المادة (٤١) منه على أن الاختصاص بنظر أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والهيئة يكون للمحاكم الليبية ما لم يوجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تتضمن نصوصاً صريحة تقضي بالصلح أو التحكيم، أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم، ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٠م، الذي ينص في المادة (٢٤) منه على أن:

(١) أشار إليه أ. د/ الكوني أعبودة، الدور الفعال للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، مؤتمر شرم الشيخ ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠١٢م، ص ٣.

(١) مدونة الشريعات السنة السابعة العدد (٣) ص ٧٧.

(يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده الدولة على المحاكم المختصة في الدولة، إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين الدولة والدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الدولة والدولة التي ينتمي إليها طرفين فيها، تتضمن نصوصاً متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم)<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فإن التحكيم وفق لأحكام هذا القانون لا يلجأ إليه إلا في حالة وجود نص يقضي به في اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون الدولة الليبية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفين فيها، وأن التحكيم هنا مقصور على وجود الطرف الأجنبي فقط، أما منازعات الاستثمار التي يكون المستثمر فيها وطنياً فإنها تخضع لاختصاص القضاء الليبي، ولا محل فيها للاتفاق على التحكيم لوجود النص الخامس سالف الذكر<sup>(٢)</sup>، وهو ما يتعارض مع المبادئ العامة للتحكيم ومبدأ المساواة.

(١) مدونة التشريعات ع٤، ص١٠، ص ١٥٨.

(٢) أ. د/ الكوني أعبودة، المرجع السابق، ص ٦.

## الخاتمة

تعرضنا في الباب الأول للتعريف بالعقد الإداري باعتباره محلاً محتملاً لنشوء المنازعات عند تنفيذه أو تفسيره سواء كان عقداً داخلياً أو دولياً، ثم بحثنا التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية، فلم نجد تشريعاً يضع له تعريفاً محدداً، وقد تولى الفقه القانوني بيان ذلك، ومن خلال ذلك ثبت أن التحكيم في تلك العقود لا يكون إلا بوجود نص قانوني يجيزه إذا الأصل فيه المنع، لأن من شأنه إخراج موضوع النزاع من اختصاص القضاء العادي والإداري على السواء، لذلك تثار نزاع وجدل كبير في حكم اللجوء إليه، فحظره البعض لأسباب وحبذه آخرون لمبررات ومزايا.

ثم تعرضنا في الباب الثاني لتطور مبدأ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فعرضنا موقف الفقه والقضاء الفرنسي الذي استقر على جواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية الدولية دون غيرها، أما العقود الإدارية المحلية فإن الحظر لا زال قائماً بشأنها.

كما بينا اختلاف الفقه والقضاء في مصر من مسألة اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات، فكان سبب الخلاف في ذلك راجع إلى عدم وجود نص صريح في القانون يجيزه أو يمنعه رغم محاولة المشرع المصري حسم هذا الخلاف بإصداره القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م، بتعديل القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، حيث أجاز اللجوء إلى التحكيم في تلك العقود بإتفاق الأطراف بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، وعدم جواز التفويض في ذلك، ومع ذلك فإن القضاء المصري لا زال متناقضاً فيما يتعلق بأمر الحصول على موافقة الوزير المختص أو من في حكمه.

وأخيراً بينا القواعد العامة للتحكيم في القانون الليبي التي تجيز التحكيم بصورة عامة ما لم يكن الأمر متعلقاً بالنظام العام، أم التحكيم في مجال العقود الإدارية، فإن المشرع الليبي لم يمنع أطراف العقد من إدراج شرط التحكيم فيه، وقضاء المحكمة العليا الليبية أخذ بذلك.

ثم تعرضنا لتطور مبدأ اللجوء إلى التحكيم في التشريعات الليبية المختلفة الذي بدأ بالمنع الصريح بموجب القانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٧٠م، ثم استثنى من هذا المنع بعض الجهات العامة في بعض العقود بموافقة مجلس الوزراء، ثم نص صراحة على اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية بإصدار لائحة العقود الإدارية بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (٦) لسنة ١٩٨٠م، بشرط أن يكون القضاء الليبي هو المختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، ويجوز عند الضرورة في حالة التعاقد مع شركات أجنبية أن يلجأ إلى التحكيم بما يضمن للجانب الليبي فرضه متكافئة فيه مع حظر الاتفاق على محكم فرد، وتؤكد ذلك بلائحة العقود الإدارية الصادرة بالقرار رقم (٥٦٣) لسنة ٢٠٠٧م، وهي اللائحة النافذة وقد جعل المشرع الليبي مبدأ اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال العقود الإدارية الدولية المتعلقة بالبتروول هي السبيل الوحيد لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عنها وذلك بإصداره القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٥٥م، واشترط فيه أن تطبق بشأن المنازعة أحكام القانون الليبي والمبادئ والقواعد المناسبة في القانون الدولي وأن تفسير العقد يكون بمقتضاهما معاً.

وبموجب القانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٠م، بشأن تشجيع الاستثمار الأجنبي أجاز المشرع الليبي اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تنشأ بين الدولة الليبية والمستثمر الأجنبي، واشترط أن يكون القضاء الليبي هو المختص بنظرها ما لم يوجد نص في اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون ليبيا

والمستثمر طرفاً فيها تتضمن نصوصاً متعلقة بالصلح أو التحكيم أو وجود اتفاق خاص بين لبيبا والمستثمر ينص على شرط التحكيم.

وبذلك نكون قد أوضحنا التحكيم في مجال العقود الإدارية -داخلياً ودولياً- حسب ما ظهر لنا من الفقه والقضاء المقارن وأساسهما من النصوص التشريعية ونأمل أن نكون قد وفقنا إلى ذلك.

والسلام عليكم..

## (قائمة المراجع)

أولاً: الكتب:

- ١- د. أحمد أبو الوفاء - التحكيم الاختياري والإجباري، ط٤، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٣م.
- ٢- د. أحمد قسمت الجداوي - التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي - دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٨٢م.
- ٣- د. حسام الدين فتحي ناصف - قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية ١٩٩٩م.
- ٤- د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - ط٢، دار الفكر العربي ١٩٦٥م.
- ٥- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ٢٠٠٢م، دار المطبوعات الجامعية.
- ٦- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية - دار الفكر الجامعي ٢٠٠٧م.
- ٧- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط١، س ٢٠١٤م.
- ٨- د. عمران علي السائح - القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب الوطنية، ط١، سنة ٢٠١٢م.
- ٩- د. يسري محمد العصار - التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية - دراسة مقارنة - ٢٠٠٩م.
- ١٠- د. عاطف سعد محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة - ٢٠٠٦م، مؤسسة الطوبجي للتجارة وللطباعة والنشر.



- ١١- د. محمود السيد عمر التحيوي - التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح - منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢م.
- ١٢- د. علي عوض حسن - التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية - دار الفكر الجامعي ٢٠٠١م.

## ثانياً: البحوث:

- ١- أ. د/ الكونسي أعبودة، الدور الفعال للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، مؤتمر شرم الشيخ ٢٧-٢٨ نوفمبر ٢٠١٢م.
- ٢- أ. مصطفى العالم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية - مجلة المحامي - أكتوبر - ديسمبر ١٩٨٥م.
- ٣- أ. محمد أمين المهدي - عودة إلى إشكالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية - مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٣م.
- ٤- التحكيم في العقود الإدارية، دراسة في القانون شبكة التواصل الاجتماعي فيس بوك  
[HTTP://www.startime/2T=3486166](http://www.startime/2T=3486166)

**تنفيذ القرار التحكيمي  
في  
القانون العراقي**

اعداد المستشار  
أ. د. علي فوزي الموسوي  
المستشار في مجلس الدولة



## تنفيذ القرار التحكيمي في القانون العراقي

### مقدمة

يعد تنفيذ القرار الصادر من المحكمين من المسائل المعقدة التي تثير اشكاليات قانونية داخل الدولة وخارجها قد حظى هذا الموضوع باهتمام على صعيد القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية على حد سواء.

إن التنفيذ بمعناه اللغوي ينصرف إلى إخراج الشيء من نطاق الفكر إلى مجال العمل والواقع المادي، أما من الناحية الاصطلاحية فيقصد به الوفاء بالالتزام بحيث تبرأ ذمة المدين منه وهو على نوعين رضائي (اختياري) وجبري (قهري).

لا توجد قواعد منفردة في القانون العراقي لتنفيذ أحكام المحكمين سوى ما ذكره قانون مرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ضمن الباب المخصص للتحكيم والمكون من ٢٦ مادة قانونية تبدأ بالمادة ٢٥١ وتنتهي بالمادة ٢٧٦ وفي هذا الصدد نص قرار محكمة التمييز المرقم ٢٨٦/استئنافية في منقول/٢٠١١ (إن أحكام التحكيم التي نص عليها قانون المرافعات المدنية لم تفرق بين التحكيم الذي يجري داخل العراق أو خارجه وأن نص المادة ٢٥٣ من هذا القانون وردت مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه) سنتناول بحث الموضوع من خلال محورين المحور الأول يتعلق بتنفيذ القرار التحكيمي وفقاً للقواعد القانونية النافذة والمحور الثاني التنفيذ من خلال الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي صادق عليها العراق يسبقهما فكرة عامة عن التنفيذ.

### المحور الأول: فكرة عامة عن التنفيذ:

إن التنفيذ سواء كان لقرارات المحاكم أو لقرارات المحكمين له قواعد خاصة وأشخاص يتولون القيام به.

أشخاص التنفيذ:

هما ثلاثة أشخاص:

١- السلطة العامة والتي يكون لها دوران.

أ- دور المصادقة على القرار.

ب- دور الفصل في النزاعات المتعلقة بالتنفيذ.

٢- طالب التنفيذ.

والذي يشترط فيه شروط إقامة الدعوى من الأهلية والمصلحة والصفة.

٣- المطلوب تنفيذ ضده.

والذي يشترط فيه شرطان هما الصفة والأهلية.

### أنظمة التنفيذ

هناك عدة أنظمة للتنفيذ:

نظام رفع دعوى التنفيذ (الدول الانكلوسكسونية) وبموجبه يتم رفع دعوى للتنفيذ في المحكمة المختصة.

نظام الأمر بالتنفيذ (هذا معمول فيه في الدول اللاتينية والعربية) والدول التي تتبنى هذا الاتجاه تأخذ بنظامين:

- ١- نظام المراقبة وبموجبه يخضع القرار التحكيمي أو القرار الأجنبي إلى رقابة القاضي الذي يتولى تنفيذه وهذه الرقابة أيضاً تكون على نوعين.
- أ- نظام الرقابة المحدودة الذي يتولى فحص الشروط الشكلية في القرار.
- ب- نظام الرقابة غير المحدودة يكون بموجبه دور القاضي واسعاً ويفحص القرار من حيث الشكل والموضوع وفي كل الأحوال لا يتعدى دور القاضي الرقابة الشبيهة برقابة قاضي محكمة التمييز.
- ٢- نظام المراجعة وبموجبه يراجع الحكم بكل أولياته ويكون للمحكمة دور واسع في قبول التنفيذ من عدمه أو أنها تحل محل مصدر القرار وهذا لا يؤدي إلى احترام الحقوق المكتسبة.

## المحور الثاني القواعد الداخلية للتنفيذ في العراق:

تقوم المحاكم في العراق بتبني الاتجاه الأول باتخاذ نظام المراقبة ولكنها تكون محدودة إذا تعلق الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي بالعراق استناداً إلى قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ والذي حدد شروطاً لتنفيذ مثل هذا الحكم بعد صدوره نهائياً من محكمة أجنبية.

- ١- إقامة الدعوى أمام محكمة البراءة لإصدار قرار التنفيذ.
- ٢- تقديم نسخة مصدقة من الحكم الأجنبي حسب الأصول.
- ٣- أن يقتصر على المسائل المالية.
- ٤- أن لا يتعارض مع النظام العام والآداب في العراق.
- ٥- استيفاء الرسوم المقررة.

بعد توافر هذه الشروط يقرر القاضي تنفيذ الحكم الأجنبي والملاحظ من النصوص الواردة في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية أن رقابة المحكمة محدودة ولكن الأمر يكون مختلفاً بالنسبة لتنفيذ قرارات المحكمين فقد أجمع الفقه والقضاء على أن دور المحكمة في مراقبة وتصديق قرار التحكيم وهل أنه ينصب على الإجراءات التي تتبعها أم على الإجراءات وموضوع النزاع فالمرجع عندما يقرر للقضاء سلطة التحقيق في مطابقة أحكام المحكمين من حيث الشكل والموضوع إنما يجعل للقضاء على حكم المحكمين رقابة تماثل رقابة محكمة التمييز وأن تكون هذه الرقابة مقيدة بالآتي:

- ١- التحقق من سلامة الإجراءات التي تبعت في التحكيم وعلى الأخص مراعاة مبدأ المواجهة والمجابهة في التقاضي.

- ٢- التحقق من سلامة النتائج التي توصلت إليها هيئة التحكيم في قرارها

ومطابقتها لمبادئ القانون الأساسية وعدم خروجها على قواعد النظام العام والآداب.

٣- لا يجوز للمحكمة أن تتطرق لمناقشة المسائل التي يكون فيها للمحكم سلطة الترجيح والتقرير مثل استخلاص الوقائع وترجيح البيّنات واستعمال الرخص التي يخولها المشرع للقاضي.

أما التحكيم الذي يجري داخل العراق تكون رقابة المحكمة منبسطة وممتدة بشكل غير محدود فقد نصت المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات المدنية على (يجوز المحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الإبطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها).

تأكيداً لهذا النص صدرت العديد من قرارات محكمة التمييز الاتحادية منها القرار (١١٣١/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٠٨) في ٢١/١٢/٢٠٠٨ وكذلك القرار (١٠٣/هيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٧) في ٢٦/٧/٢٠٠٧

يتضح من النص المتقدم وقرارات محكمة التمييز الاتحادية أنفة الذكر أن الرقابة غير محدودة في مجال القرار التحكيمي وتخالف أهداف الرقابة القضائية المتمثلة بالآتي:

- ١- تحقق المحكمة من سلامة إجراءات المحكمين.
  - ٢- عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام.
  - ٣- الرقابة القضائية على التحكيم الحر والمؤسس.
- إن رقابة المحكمة تظهر أيضاً عند الطعن ببطان القرار التحكيمي وبالحالات



المحددة على سبيل الحصر والتي نصت عليها المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات سواء كان ذلك بطلب من الخصوم أو من المحكمة من تلقاء نفسها.

- ١- إذا كان قرار التحكيم قد صدر بغير بيئة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان قد خرج عن حدود الاتفاق.
- ٢- مخالفته للنظام العام.
- ٣- تحقق سبب من أسباب إعادة المحاكمة.
- ٤- وجود خطأ جوهري في الإجراءات.

هناك حالات غير منصوص عليها في القانون العراقي ولكن ظهرت من خلال التطبيق العملي في المحاكم الأجنبية يمكن اعتبارها أسباب موجبة لابطال القرار التحكيمي.

- ١- عدم النزاهة وعدم الحياد يعطي الحق للمحكمة بالتدخل.
- ٢- الرشوة.
- ٣- الاحتيال بالدليل.
- ٤- عدم التسبيب.
- ٥- عدم مراعاة المدة المحددة لإصدار القرار التحكيمي.
- ٦- خرق القانون بعدم مراعاة.
  - أ- قانون المنافسة.
  - ب- قانون حماية المستهلك.
  - ت- الرقابة على الصرف النقدي والتحويلات الخارجية بعملة مغايره لعملة بلد تنفيذ الحكم.
  - ث- القيود المفروضة على الاستيراد والتصدير.

### المحور الثالث: تنفيذ القرار التحكيمي بموجب الاتفاقيات التي صادق عليها العراق:

صادق العراق على بروتوكول جنيف عام ١٩٢٣ والذي تضمن في مادته الأولى بصفة أي اتفاق في مجال التجارة الدولية سواء كان بصيغة شرط أو مشاركة التحكيم ولكنه قصر التزام الدولة بالاعتراف بقرارات التحكيم الداخلية ولم يصادق العراق على اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ والتي ألزمت الدول الموقعة على البروتوكول والتي صادقت عليها أن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على أراضيها ولم يصادق العراق أيضاً لحد الآن على اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ إلا أنه صادق على اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ المتعلقة بالمنازعات الاستثمارية بين رعاية الدول المستثمرة والدول المضيفة للاستثمار بالقانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ والجهود ماضية لتشجيع العراق لانضمامه إلى اتفاقية نيويورك لأن عدد الدول الموقعة عليها تجاوز ١٥٧ دولة في المجتمع الدولي وهذه الاتفاقيات بمجموعها لها دور كبير في تنفيذ القرار التحكيمي على إقليم الدولة مباشرة وإلغاء بما يسمى بالإكسء المزدوج (نهائية وتصديق القضاء للقرار التحكيمي في البلد الذي صدر به ونهائية وتصديق القضاء للقرار التحكيمي في البلد المطلوب التنفيذ فيه).

سنتناول اتفاقيتين إقليميتين صادق عليهما العراق من خلالهما يمكن تنفيذ قرارات المحكمين بشكل مباشر أو غير مباشر وهما اتفاقية الرياض للتعاون القضائي وتسليم المجرمين لعام ١٩٨٣ واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري كما يأتي:

#### اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣:

هذه الاتفاقية تحتوي على ٧٢ مادة قانونية صادق العراق عليها بالقانون ١١٠ لسنة ١٩٨٣ وانضمت إليها ٢١ دولة عربية باستثناء مصر.

إن الذي يهمننا من هذه الإتفاقية هو المتعلق بتنفيذ القرار التحكيمي بنص المادة ٣٧ والتي جاء فيها (مع عدم الإخلال بنص المادتين (٣٠، ٢٨) من هذه الإتفاقية يعترف بأحكام المحكمين وتنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة بالكيفية ذاتها والمنصوص عليها في هذه الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه، ولا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية:

- ١- إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو تنفيذ الحكم لا يوجز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.
- ٢- إذا كان حكم المحكمين صادراً تنفيذاً لشرط أو لعقد باطل أم لم يصبح نهائياً.
- ٣- إذا كان المحكمون غير مختصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذي صدر حكم المحكمين على مقتضاه.
- ٤- إذا كان الخصوم لم يبلغوا بالحضور على الوجهة الصحيح.
- ٥- إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف محاكم الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ).

ثم تكلمت المادة عن الإجراءات إذا يتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن تقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازته للقوة التنفيذية وفي حالة وجوب اتفاق صحيح مكتوب من قبل الأطراف يتم بموجبه الخضوع لاختصاص المحكمين وذلك للفصل في نزاع معين أو فيما قد ينشأ بين الطرفين من منازعات في علاقة قانونية معينة يجب تقديم صورة معتمدة من الاتفاق المشار إليه.

## اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧:

احتوت هذه الاتفاقية على ٤٢ مادة صادق العراق عليها بالقانون ٨٦ لسنة ١٩٨٨ وانضمت إليها ١٤ دولة عربية، وتعد هذه الاتفاقية اتفاقية متخصصة في مسائل التحكيم التجاري فقد نصت المادة ٢ منها على (تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أي كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقر رئيسية فيها) كما نصت المادة ٣٥ على سلطة القضاء بإضفاء الصبغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم من قبل المحكمة العليا والتي يقصد بها محكمة التمييز ويجوز رفض الأمر بالتنفذ إذا كان القرار التحكيمي مخالفاً للنظام العام وحددت المادة ٤٤ الحالات التي يجوز فيها لأي من الطرفين بناءً على طلب كتابي يوجهة إلى رئيس المركز لإبطال القرار التحكيمي إذا توفرت سبب من الأسباب الآتية:

- ١- إن الهيئة التحكيمية قد تجاوزت اختصاصها بشكل ظاهر.
- ٢- إذا ثبت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة كان من طبيعتها أن تؤثر في القرار التحكيمي تأثيراً جوهرياً.
- ٣- وقوع تأثير غير مشروع على أحد المحكمين كان له أثراً في القرار.

يتضح من العرض المتقدم أن كلتا الاتفاقيتين تشير إلى إمكانية تنفيذ القرار التحكيمي تنفيذاً مباشراً بين الدول الموقعة عليهما دون الحاجة إلى إجراءات معقدة ويمكن أيضاً اللجوء إلى أسلوب التنفيذ غير المباشر باختيار الجهة طالبة التحكيم مكاناً لمركز تحكيمي في إحدى الدول الموقعة على هاتين الاتفاقيتين فيما إذا صدر القرار التحكيمي من هذا المركز فإنه يمكن تنفيذه في الدولة الأخرى المطلوب تنفيذه القرار التحكيمي على أراضيتها تنفيذاً غير مباشر، وقد قضت

في هذا الشأن محكمة التمييز الاتحادية بالقرار ٢٤٣٨/استئنافية منقول/٢٠١٣ والذي جاء فيه (لا يصح إقامة الدعوى بشأن قرار تحكيم أقيمت بشأنه دعوى تصديق أمام المحكمة الابتدائية في دبي كونه حكماً معترفاً به في اتفاقية الرياض العربية لتعاون القضائي والتي صادق العراق عليها).

نشير أخيراً إلى أن جمهورية العراق ماضية بشأن الانضمام إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ وقد أحيل الأمر مؤخراً من الحكومة إلى مجلس النواب كما وأن الخطوات تبدو متسارعة لتشريع قانون التحكيم التجاري في العراق ومن ثم تتهاوى الصعوبات بشأن تنفيذ القرار التحكيمي.

نأمل أن تكون هذه الدراسة الموجزة في تنفيذ القرار التحكيمي في العراق ذات فائدة علمية ومن الله التوفيق.

مع التمنيات بالنجاح والتقدم للجميع.

ورقة عمل

## التحكيم في العقود الإدارية

اعداد وتقديم

**عبد المنعم القنديل الحسن**

قاضي محكمة الاستئناف - الخرطوم - السودان



## التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية

التحكيم عموماً نظام بديل لتسوية المنازعات المدنية والتجارية المحلية والدولية كما يعرف بأنه إحدى الطرق البديلة لتسوية المنازعات حيث أن الطريق الأصيل هو طريق القضاء، وهذه الطرق البديلة عن القضاء كثيرة منها (التحكيم والصلح والتوفيق والوساطة والخبرة والمساعي الحميدة والإستشارة والمفاوضة) وكل هذه الوسائل تعتبر وسائل ودية مخرجاتها غير ملزمة للأطراف بينما يعتبر القضاء والتحكيم وسائل قضائية تنتهي بصدور أحكام تحوز حجية الأمر المقضي فيه وتنفذ بواسطة المحاكم.

التحكيم بشكل عام نظام إجرائي يماثل قوانين الإجراءات أو المرافعات المدنية التي تنظم التقاضي أمام المحاكم المدنية والتجارية، كما أن التحكيم كنظام إجرائي لا يختلف من دولة لأخرى أو من قواعد دولية إلا بالقدر اليسير، الأمر الذي نجد كثيراً أن الأطراف يتفقون على قواعد غير القانون الوطني ولم يحظر القانون ذلك.

ومع تزايد الاهتمام مؤخراً بالتحكيم فإنني أود أن أسلط بعض الضوء في هذه الورقة على التحكيم كوسيلة من وسائل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية نظراً لأن هذه العقود تعتبر إحدى وسائل الدولة في تنفيذ مشروعاتها وبرامجها الإنمائية.

ولذلك لا بد من أن نبدأ بتحديد مفهوم العقد الإداري Administrative Contract فالعقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً اعتبارياً عاماً وكان موضوعه متصلاً بنشاط مرفق عام وملحوظ فيه سلطة الإدارة العامة أي الحكومية في الإشراف على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بما لها من سلطة عامة



ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة وهو ما يعبر عنه فقهاء القانون الإداري بلجوء الإدارة إلى وسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق والتزامات لا يتمتع المتعاقد معها.

ومصطلح (العقد الإداري) هو المصطلح السائد في الدول التي تأخذ بمفاهيم النظام القانوني اللاتيني مثل القانون الفرنسي، أما دول النظام القانوني الانجلو سكسوني فتأخذ بمصطلح العقد الحكومي Government Contract (وتختلف فلسفة النظامين حول هذه العقود، ففي النظام القانوني اللاتيني تسمو إرادة الطرف الإداري (أي الحكومي)، بينما في النظام الانجلو سكسوني ليس للطرف الحكومي هذه الميزة، وهناك فوارق أخرى عديدة بين النظامين لسنا بصدد الحديث عنها.

وتتنوع العقود الإدارية إلى أنواع عديدة منها عقد التوريد، وعقد التوظيف، وعقد الأشغال العامة والتي يكون موضوعها إنشاء الجسور أو الأنفاق أو المطارات أو الموانئ وغير ذلك من الأعمال الإنشائية، وعقد التشغيل والصيانة وعقد استثمار ثروة طبيعية مثل المياه أو النفط أو الغاز أو المعادن، وعقد نقل التكنولوجيا، وغير ذلك من العقود اللازمة لتسيير المرافق العامة وتنفيذ المشروعات والبرامج الإنمائية.

والأصل في العقود الإدارية أن الخلافات الناشئة عن تنفيذها أو تفسيرها تدخل ضمن اختصاص هيئات القضاء الإداري، ففي مصر وفرنسا يختص مجلس الدولة (وهو هيئة قضائية إدارية) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. وفي المملكة العربية السعودية يختص ديوان المظالم كهيئة قضاء إداري بالفصل في العقود التي تكون الحكومة أو أحد الشخصيات المعنوية العامة طرفاً فيها سواء أكانت هذه العقود إدارية أم غير إدارية.

واختلفت اتجاهات الأنظمة القانونية حيال مشروعية اللجوء إلى التحكيم في الفصل في منازعات العقود الإدارية، ففي مصر ثار خلاف كبير في الفقه والقضاء حول مشروعية التحكيم في منازعات هذه العقود إلى أن تدخل المشروع للقانون رقم ١٩٩٧/٩م الذي أجاز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية شريطة أن يكون هذا الاتفاق قد تم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للشخصيات الاعتبارية ولا يجوز التفويض في ذلك.

أما في فرنسا فقد كان محظوراً اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلا أن هذا الوضع قد تعدل بموجب قانون صدر في ١٩٨٦م حيث اقتصر حظر التحكيم في العقود الداخلية مع بعض الاستثناءات وأجاز التحكيم بشروط معينة في العقود الإدارية الدولية أي العقود التي تبرم مع مؤسسات وشركات أجنبية.

ومن نافلة القول أن التحكيم هو إحدى الوسائل التي تساعد على تشجيع أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الدول التي تسعى لجذب الأموال الأجنبية للاستثمار على أرضها. لأن المستثمر الأجنبي يفضل عادة أسلوب التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات لأنه يتوجس خيفة من انحياز القضاء الوطني لدولته ويرى في التحكيم وسيلة محايدة تدعو إلى الطمأنينة. ولعل أكثر عقود الدولة في دول العالم الثالث أخذاً بأسلوب التحكيم كوسيلة لفض المنازعات هي عقود استثمار الثروات الطبيعية كالنفط والغاز والمعادن، وعقود الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية المعروفة اختصاراً باسم B. O. T وقد استقر أحكام هيئات التحكيم الدولية على أن الدولة التي تقبل بشرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع أطراف أجنبية لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم لأن الدولة بقبولها شرط التحكيم تكون قد تنازلت عن حصانتها ومن ثم لا يمكن بعد قبول شرط التحكيم وعند بدء إجراءاته أن تدفع الدولة برد دعوى التحكيم استناداً إلى حصانتها

القضائية لأن هذا يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، وهو من المبادئ المستقرة في المعاملات الدولية، يضاف إلى ذلك أن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم مع طرف أجنبي بذريعة الحصانة القضائية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الجهات الحكومية ويجعل المستثمرين الأجانب يمتنعون عن الاستثمار في الدولة التي لا تحترم تعهداتها.

ومن ناحية أخرى فقد استقرت قاعدة في الفقه والقضاء الدوليين مفادها أن شرط التحكيم يبقى سارياً وناظراً بعد إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة، وقد أكدت هذه القاعدة اتفاقية واشنطن المبرمة سنة ١٩٦٥م والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايات الدول الأخرى، حيث نصت المادة ٢٥ من هذه الاتفاقية على أنه إذا اتفق الأطراف على التحكيم فلا يجوز لأي طرف أن يسحب موافقته منفرداً، يضاف إلى ذلك أن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ بتاريخ ١٢/٢١/١٩٦٢م نص على أنه مع التسليم بالسيادة الدائمة للشعوب والأمم على مواردها الطبيعية فإنه يجب التأكيد على التزام الدول باحترام اتفاقيات التحكيم.

ولما كان شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد ملزماً لطرفيه، فإن من الأفضل للجهة الحكومية ألا تلتزم مسبقاً بهذا الالتزام وإنما تترك موضوع الاتفاق على التحكيم في المستقبل أي بعد نشوب النزاع، فإن قدرت حينئذ أن المصلحة العامة تستوجب اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع أبرمت مع الطرف المتعاقد اتفاقاً مستقلاً بشأن التحكيم يسمى في المصطلح القانوني باسم (مشاركة التحكيم) تمييزاً له عن (شرط التحكيم) الذي يرد في صلب العقد.

كما أن التحكيم كنظام إجرائي يصلح لكافة المنازعات المدنية والتجارية من تجارة، استثمار، بترول، تصنيع، إداري، خدمة وغيرها، غير أن المشرع الوطني

أو الدولي قد يرى أنه من المناسب إفراد إجراءات تحكيم معينة لنزاع ذو طابع معين تقديراً لظروف معينة وتلك الإجراءات أيضاً لا تختلف كثيراً عن إجراءات التحكيم العادية بل قد تكون موجزة أو مفصلة وعلى سبيل المثال في السودان هنالك قوانين نصت على حل نزاعات بعينها عن طريق التحكيم وحددت إجراءات معينة لها منها: قانون بيع الأموال المرهونة للمصارف لسنة ١٩٩٠ وقانون نزاع ملكية الأراضي لسنة ١٩٣٠ وقانون العمل لسنة ١٩٩٧ وهذه القواعد الخاصة بالتحكيم تمثل التحكيم الإجباري.

أما في السودان لا يوجد مصطلح للعقود الإدارية بل يوجد ما يسمى بالعقود الحكومية ولربط تسوية المنازعات المتعلقة بها بالتحكيم فلم يصدر في السودان أي تشريع ينظم تسوية النزاعات المتعلقة بها عن طريق التحكيم بل ترك ذلك لإتفاق الطرفين سواء جهات حكومية أو حكومة وأفراد، لكن هناك لائحة النائب العام (وزير العدل حالياً) للتحكيم بين أجهزة الدولة لسنة ١٩٨١ وهذه اللائحة صادرة بموجب المادة ٢٠ من قانون النائب العام لسنة ١٩٨١م التي نصت على سلطة النائب العام في التحكيم بين أجهزة الدولة، من عدد تسع مواد شملت نطاق التطبيق وهو أن يطبق على كل نزاع مدني ينشأ بين أجهزة الدولة بعد إحالته للتحكيم بواسطة النائب العام من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد طرفي النزاع، كما نصت المادة الخامسة في حل النزاع على وجه السرعة دون التقييد بقواعد الإجراءات المدنيةية إلا فيما يتعلق بالضمانات والمبادئ الأساسية في التقاضي.

أيضاً نصت على مسألة الفصل غيابياً في حالة تخلف أحد الأطراف عن حضور الجلسة بالرغم من علمه بذلك، في المادة (٩) نصت على جواز استئناف قرار الهيئة للنائب العام خلال شهر من تاريخ صدوره وأن يكون قراره نهائياً واجب التنفيذ.

نسبة لصدور هذه اللائحة في ظل قانون النائب العام لسنة ١٩٨١م وإلغاء ذلك بقانون تنظيم وزارة العدل لسنة ١٩٨٣م القانون الحالي وبقاء اللائحة على حالها دون تعديل إلى اليوم، ونسبة للقصور الوارد في اللائحة فقد أصدر وزير العدل قراراً في العام ٢٠١٤ بتشكيل لجنة لمراجعة وتعديل اللائحة وقد رفعت اللجنة تقريرها للسيد الوزير إلا أنه لم يصدر قرار باعتماده حتى الآن.

والله ولي التوفيق،،،،

مشاركة بعنوان

# التحكيم في العقود الإدارية بين المنع والجواز

إعداد القاضي:  
ختار سيد إبراهيم

رئيس الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا  
بالجمهورية الإسلامية الموريتانية



## مقدمة

عرف التحكيم والتجاً إليه الناس لحل النزاعات التي تنشأ بينهم في العصور القديمة، فقد عرفه السومريون والرومان واليونان منذ قرون قبل الميلاد، كما عرفه العرب في الجاهلية، وعرفوه بفضل مجيء الإسلام كما عرفته التشريعات الحديثة المختلفة أيضاً، مع اختلاف في درجات الأخذ به، لارتباط ذلك باختلاف نظام الحكم السائد في الدولة والنظام القانوني المتبع فيها. وتزايد في الآونة الأخيرة الإقبال على التحكيم كأسلوب لحسم المنازعات الخاصة الدولية، لا سيما من قبل الأطراف في العقود المدنية والتجارية والإدارية ذات الطابع الدولي، وتعاضم الاهتمام به وتنظيمه سواء على صعيد التشريعات الوطنية أو على صعيد الاتفاقيات والمجهودات الدولية؛ ويعزى هذا الاتجاه في اختيار التحكيم إلى ما يعرفه عالمنا المعاصر اليوم من تحولات اجتماعية واقتصادية تدعو بشكل استعجالي إلى التفكير والبحث في عدة قضايا ذات صلة بهذه التحولات ومنها التفكير في مستقبل العدالة، وتوسيع المنظور إليها، لكي تأخذ بعداً جديداً يتجاوب مع الاضطراب المتواتر في ارتفاع عدد القضايا والوسائل المتاحة لديها، والتفكير في إيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات، رغم ما يكلفه القضاء من سيادة القانون وإشاعة الثقة والأمن وتحفيز التنمية والاستثمار.

وإذا كانت النظرية العامة للعقود الإدارية تعطي للإدارة عدة سلطات تمثل امتيازات لها في مواجهة المتعاقد معها، فقد طرح إشكال بخصوص جواز التحكيم في منازعات هذه العقود. ومن ثم ظهر تباين في الآراء الفقهية والقضائية ما بين معارض ومؤيد إلى أن تدخل المشرع في عدة دول وحسم الخلاف سواء بإجازة التحكيم في العقود الإدارية أو بعدم إجازته؛ وفي الدول التي أجازت تشريعاتها الوطنية اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، لم تستبعد تدخل قضاء



الدولة بصفة نهائية بل يظل رهن إشارة أطراف التحكيم وهيئة التحكيم لتذليل الصعاب التي قد تعجز هذه الأخيرة عن مواجهتها في كل مراحل التحكيم، فكيف وقف فقهاء القانون من هذه الإشكالية؟ وكيف تعاملت القوانين معها؟ ذلك ما سندرسه من خلال المبحثين التاليين.

## المبحث الأول

## القائلون بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

إن الأصل في التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي الحظر إلا إذا نص القانون على إجازته.

فوفقاً لنص المادة ٢٠٦٠ من تقنين المرافعات المدنية الفرنسي المعدلة بقانون رقم ٦٢٦ في ٥ يوليو ١٩٧٢م والمعدل بالقانون الصادر في ٩/٧/١٩٧٥ فإن التحكيم في المنازعات المتعلقة بالوحدات والمؤسسات العامة، والتي منها عقودها الإدارية هو الحظر.

وهذا الأصل بالحظر يسري ويشمل كافة المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة.

إلا أن هذا المنع ليس على إطلاقه بل له استثناءات في بعض العقود الإدارية، ومنها عقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية كما في قانون ٩ لعام ١٩٧٥م، وكذلك العقود الإدارية المبرمة مع شركات أجنبية. فقد نصت المادة ١٩ لعام ١٩٨٦م على أنه:

«يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة إن تضمنت عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتفسير هذه العقود».

وكذلك العقود المتعلقة بالنقل الداخلي من قبل الشركة الوطنية لسكك الحديد، والذي ينص في مادته الخامسة والعشرين على أن المؤسسة العامة:

«تملك أهلية المصالحة وإبرام اتفاقيات تحكيم....» وكذلك قانون ١٩٩٠م الخاص بتنظيم مصلحة البريد.

وفي موريتانيا نصت المادة ٨ من مدونة التحكيم على أنه لا يجوز في الحالات التالية:

- في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

- في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية ذات طابع اقتصادي أو تجاري أو مالي المنظمة بالفصل الثالث من هذه المدونة.

أما في مصر فقبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ في ١٥/٥/١٩٩٧م، والذي حسم مسألة لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإن النصوص القانونية المتعلقة بالقانون الإداري لم تتعرض لموضوع التحكيم في العقود الإدارية منعاً أو حظراً.

كما أن نصوص القانون المدني لم تبين حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الأخرى. ففي قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م الذي نظم موضوع التحكيم، وكذلك في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والذي ألغى المواد من ٥٠١ وحتى ٥١٣ الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية، لم توضح موقف القانون المصري في موضوع التحكيم في العقود الإدارية.

فالقانون المصري قد خلا قبل قانون ١٩٩٧م من أي نصوص صريحة في مجال المنازعات الإدارية.

لذا صار الاختلاف في أحكام القضاء المصري العام والقضاء الإداري في مسألة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

أما في لبنان فإن الأصل هو حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن هناك استثناءات من هذا الحظر، كما هو الشأن في القانون الفرنسي، فالقانون اللبناني يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها المؤسسات العامة الصناعية والتجارية.

أما القانون التونسي والجزائري فقد حظراً اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية.

وكذلك الحال في المغرب حيث نص الفصل ٣٠٦ من قانون المسطرة الصادر بتاريخ ١٨/٩/١٩٩٤م على:

«غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه في المسائل التي تمس النظام العام، وخاصة النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام».

أما في بلجيكا، فقد منع القانون البلجيكي لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية، فالمادة ١٦٧٦ من القانون القضائي البلجيكي الصادر ١٩٧٢م نصت على:

«منع الدولة وسائر الأشخاص المعنوية العموميين اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن يوجد نص قانوني خاص يسمح بذلك أو معاهدة دولية تجيز ذلك».

وقد أخذ برأي عدم صحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعض دول أمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية كالأرجنتين ويوغوسلافيا وبلغاريا.

هذا من جانب التشريع أما الجانب القضائي فقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار شرط التحكيم في العقود الداخلية باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويمتد البطلان كذلك إلى مشاركة التحكيم.

وقد فرقت أحكام القضاء الفرنسي بين التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والعقود الدولية فحظرت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

أما القضاء الإداري الفرنسي فإنه اعتنق الرأي القائل بحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ويعتبر القضاء الإداري الفرنسي رائد الاتجاه المعارض في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وهذا الحظر مقرر من قبل مجلس الدولة منذ وقت طويل.

وقد بين حكم صادر من مجلس الدولة الفرنسي سبب الحظر حيث ذكر أن الوزراء لا يستطيعون اللجوء إلى التحكيم لحل المسائل المتنازع عليها، لأن هذا العمل محظور عليهم بمقتضى نصوص المادتين ١٠٠٤ و ٨٣ من قانون الإجراءات المدنية، كما ذكر مجلس الدولة سبباً آخر وهو نقص أهلية الجهة الإدارية إلى إبرام اتفاق التحكيم.

كما حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان شرط التحكيم في عقد أشغال عامة أُبرمَ بين شركة خاصة صاحبة امتياز في مجال الطرق السريعة ومجموعة مشروعات.

أما في مصر فقد عرض على القضاء المصري مسألة التحكيم في العقود الإدارية لدى محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٨٦ لسنة ٣٨ ق - قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م الذي حسم مسألة لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية - فقررت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦م جواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم لفض منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية.

وكانت دعوى أقيمت بخصوص عقد مبرم بين وزارة الإسكان والتعمير والشركة

المصرية للمساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية بشأن عقد امتياز هَضْبَة المقطم ونص العقد في البند الخامس منه على:

«إن أي خلاف بين الطرفين على تفسير العقد أو تنفيذه... يفصل فيه عن طريق التحكيم...»، وعندما طلبت الشركة إحالة النزاع إلى التحكيم امتنعت وزارة الإسكان.

وقد أقامت الشركة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري تطلب وقف القرار السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع إلى التحكيم فأجابت محكمة القضاء الإداري طلب الشركة بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦م، إلا أن إدارة قضايا الدولة طعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي قررت في حكمها الصادر في جلسة ٢٠/٢/١٩٩٠م عدم جواز التجاء الجهات الإدارية في العقود الإدارية إلى التحكيم، وسببت المنع أن الاتفاق على التحكيم لا يجوز أن يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، وإن اتفاق التحكيم يجب ألا يهدم خصائص العقد الإداري ولا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد.

وفي لبنان قضى مجلس شورى الدولة اللبناني بعدم صحة التحكيم في قضايا الإدارات العامة؛ لأن التحكيم يفترض بحد ذاته تنازلاً مسبقاً من الإدارة عن بعض حقوقها، أو التسليم مقدماً للخصم بحقوق قد لا يكون لها نصيب من الصحة، وهذا يحظره القانون على الدوائر العامة.

ويتفق قاضي القضايا الإدارية في لبنان مع الآراء التي تصدرها هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل اللبنانية على عدم صحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

وفي تونس فإن القضاء انتهى كذلك إلى حظر التحكيم في العقود الإدارية.

## المبحث الثاني

### القائلون بجواز التحكيم في العقود الإدارية

ذهب عدد من فقهاء القانون في فرنسا إلى القول بجواز التحكيم في العقود الإدارية وانتقدوا الرأي القائل بعدم جواز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ومن أولئك المؤيدين لجواز التحكيم في العقود الإدارية الأستاذ «شارل جارسو» الذي انتقد حجج منع التحكيم وسبب ذلك وجود غموض وعدم وضوح يدعو إلى الأسس لتعارضها مع بعضها وضعفها وكونها ليست قانونية؟ وذهب رأي آخر إلى أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق الحظر دون نص.

وإزاء وجود انتقادات موجهة إلى ما هو مستقر في القضاء الفرنسي من منع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإن عدداً من فقهاء القانون الفرنسي يأملون تطور موقف مجلس الدولة الفرنسي في هذا الموضوع. أما في مصر فقد ذهب بعض فقهاء القانون قبل صدور قانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأن أصل اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية هو الجواز، وأن الاستثناء هو الحظر بنص خاص أو اتفاق الأطراف؛ بناء على المادة ٥٨ من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه «لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استيفاء الإدارة المختصة وجه الاستشهاد».

من هذه المادة يتضح أن القانون قيد التحكيم في العقود الإدارية إذا كان يزيد عن خمسة آلاف جنيه بشرط استيفاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل

إبرام التحكيم ولو كان التحكيم غير جائز لما وضع القانون هذا الشرط؛ وبهذا الرأي أخذ قلة من الفقهاء بالقانون.

ويستند الجانب المؤيد لجواز التحكيم في العقود الإدارية إلى عدة أدلة منها: أن المنازعات في مجال العقد الإداري بطبيعتها مثلها مثل غيرها من المنازعات؛ ويجيز كل من القانون المدني والتجاري الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم ولم يصدر نص صريح يحظر على الجهات الإدارية عملية اللجوء إلى التحكيم ومن ثم لا يجوز تقييد النص أو تخصيصه بغير موجب.

الاتفاقيات الدولية كجزء من النظام القانوني للدولة تجيز للدولة وأشخاص القانون العام الالتجاء إلى التحكيم، كما أن انضمام العديد من الدول إلى العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية؛ وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الاونسيترال - UN Citral) الذي يتناول جميع مراحل عملية التحكيم بدءاً من اتفاق التحكيم إلى إصدار قرار التحكيم والاعتراف به وتنفيذه والذي يعبر عن توافق الآراء في العالم بأن ممارسات التحكيم الدولي والمنازعات الهامة المرتبطة به، وغير ذلك من الاتفاقيات الأخرى التي يصدر بها تشريع يقرها فتصبح من القوانين السارية المفعول الواجبة النفاذ، وهو الأمر الذي يؤكد جواز التجاء الإدارة في منازعات العقد الإداري إلى التحكيم سواء كان محلياً أو دولياً.

ويجد هذا الاتجاه تأييداً كبيراً من الفقه والقضاء في مواجهة المعارضين مستنديين في ذلك إلى الأسباب التالية:

● أن التحكيم جائز وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية لأنه لم يوجد نص صريح يحظر على الجهات الإدارية الاتفاق على التحكيم، ومن ثم لا يجوز



افتراض الحظر بغير موجب أو نص قانوني كما أن قانون مجلس الدولة الصادر برقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد أورد بالمادة ٥٨ منه ما يقطع صراحة بجواز التجاء الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية مدنية كانت أو إدارية، حيث ألزمت الفقرة الثالثة من هذه المادة الوزارات والهيئات العامة بإبرام أو تقبل أو إجازة أي عقد صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تقل قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى بمجلس الدولة، وهي ما تكشف اتجاه المشرع لإجازة هذا الشرط في العقود الإدارية.

● أن نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري لم تستبعد إمكانية اللجوء إلى التحكيم، إنما كان القصد منها استبعاد اختصاص القضاء العادي لهذه النوعية من المنازعات، لأن الوضعية السابقة على وجود مجلس الدولة كانت تعطي لمحاكم القضاء العادي الحق في نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

● إن انضمام مصر للعديد من الاتفاقيات الدولية التي تجيز الاتفاق على التحكيم للدولة وأشخاص القانون العام، تعد بمثابة الموافقة الكاملة من المشرع على عدم تقييد أشخاص القانون العام على الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، مثل اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية، وكذا القانون النموذجي والقواعد الموحدة للأمم المتحدة UNCITRAL بشأن التحكيم، وهو الأمر الذي يؤكد جواز التحكيم في العقود الإدارية سواء على الصعيد الدولي أو المحلي.

● اتجاه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الفتوى الصادرة منها بجلسة ١٧/٥/١٩٨٩.

● بالإضافة إلى هذا الاتجاه الأخير حاول المشرع أن يدلي بدلوه في الجدل الدائر حول جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، خاصة بعد أن تدخل بنصوص وذلك بموجب القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي نص في مادته الأولى على أنه تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان التحكيم تجارياً دولياً يجري في الخارج أو اتفق الأطراف على إخضاع التحكيم لهذا القانون.

وقد ظن البعض أن هذه المادة قد قفلت الباب أمام الجدل بإباحتها لشرط التحكيم في العقود الإدارية، لكن سرعان ما تجدد الجدل بعد فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة التي رفضت الاعتراف بجواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية في الفتوى الصادرة في ٢٢/٢/١٩٩٤، مما حدا بالمشرع إلى التصدي مرة أخرى لمسألة التحكيم في العقود الإدارية وأصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧/١٩٩٤، وذلك بإضافة الفقرة الثانية من المادة الأولى، والتي جاء نصها كما يلي:

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

وبهذا أغلق المشرع المصري الباب أمام أي جدل يثور حول مدى جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بالنص على جواز ذلك سواء أكان التحكيم داخلياً أو خارجياً.





# التحكيم في العقود الإدارية

إعداد

جمعه عبدالله موسى

القاضي بمحكمة الاستئناف العليا المدنية

رئيس المحكمة العليا الإدارية



## المبحث الأول التطور التشريعي للتحكيم

يعد التحكيم نوعاً من القضاء الإختياري، وقبل ظهور الدولة الحديثة واستقرار مؤسساتها كان التحكيم بشكله البدائي هو الوسيلة المعتمدة لفض المنازعات بين الخصوم<sup>(١)</sup>، وكانت الإجراءات التحكيمية بسيطة وبدائية، وكان تنفيذ التحكيم اختيارياً أيضاً فرضته ظروف الحياة في الصحراء قبل الإسلام، والتي تركزت على مبدأ الانتقام الشخصي، حيث لم يكن هناك سلطة مركزية لحفظ النظام وحماية الحقوق، وكانت العادات والقواعد القبلية هي المعتمدة كمرجع، وكانت السلطة تتمركز في يد شيوخ القبيلة.

فقد تم اللجوء إلى التحكيم قبل اللجوء للقضاء لأن الأفراد والجماعات ظهرت قبل تكوين الدولة والتي انبثق عنها بعد تطور لاحق لسلطة القضاء، ولذا فقد تم اللجوء إليه سواء للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد الطبيعيين أو المعنويين في إطار القانون الداخلي أو للفصل في المنازعات بين أشخاص القانون الدولي، وإذا كان التحكيم الدولي لم يتم اللجوء إليه بكثرة لتسوية المنازعات الدولية إلا أنه قد تم اللجوء إليه للفصل في المنازعات التي تتصف بطبيعتها الفنية والتي يتطلب في تكوين الجهاز المحكم أشخاصاً ذوي خبرات معينة فنية أو اقتصادية أو علمية أو مالية أو جغرافية... إلخ، وكذلك فيما يتعلق بالمنازعات الإقليمية (خصوصاً الحدود بين الدول سواء كانت برية أو بحرية أو جوية)، وخصوصاً فيما يتعلق بمنازعات الاستثمار، أو امتيازات استغلال الثروات الطبيعية لبلد ما، أو فيما يتعلق بمنازعات التجارة الدولية، أو تلك المنازعات الخاصة بالبيئة، أو

(١) يحيى الجمل: اختيار المحكمين، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري، الكويت، مطبوعات وزارة العدل، ١٩٩٧، ص ١٤.

التأميم، ومن ثم فإن الناحية الهيكلية لتنظيم التحكيم ما زالت في مراحلها الأولى على الصعيد الدولي.

وإذا كان مؤتمر لاهاي العام ١٨٩٩م قد قرر إنشاء المحكمة الدائمة للتحكيم فإن ذلك لا يعد سوى قائمة تضم الأشخاص والذين تعينهم حكوماتهم مستعدون للقيام بوظيفة التحكيم متى تمت الموافقة من أطراف النزاع على ذلك<sup>(١)</sup>.

ولما كانت الدول الآخذة في النمو تقوم بطلب الاحتياجات الرأسمالية، والفنية نظراً للحاجة الكبيرة جداً لذلك، والماسة لها من مصادر أجنبية نظراً لعدم قدرتها في الوقت الحاضر على توفيرها من الموارد المحلية<sup>(٢)</sup> فقد أحوجها ذلك للتعاقد مع طرف أجنبي غالباً ما يكون مستثمراً طبيعياً أودولة مع طول إجراءات القضاء وعند حدوث خلاف أو نزاع حاولت اللجوء إلى قضائها الوطني لفض النزاعات، الأمر الذي أدى إلى ضعف ثقة المستثمرين الأجانب في الوسائل الداخلية لفض المنازعات في الدول المضيفة، ونظراً لاستحالة مثل الفرد وبصفته الشخصية أمام المحاكم القضائية الدولية، أدى ذلك إلى قناعة كثير من الدول بضرورة وفائدة التحكيم كوسيلة بديلة للفصل في المنازعات الاستثمارية، ولقد اتبعت هذا الإجراء بقبول منها، ومن ثم فإن الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي دون تدخل دولة جنسيته تطوراً حديثاً وهاماً في وسائل فصل المنازعات أسهم ذلك - خلال القرن الحالي - في تدفق الاستثمار الأجنبي وتزايد اتفاقيات التنمية الاقتصادية والتوسع في حجم المبادلات التجارية الدولية<sup>(٣)</sup>.

(١) أحمد أبو الوفا: العلاقات الدولية (دراسة لبعض جوانبها القانونية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٠٠.

(٢) عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانون للاستثمارات الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٦.

(٣) أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٣ وما بعدها.

ولقد اهتم المجتمع الدولي بتنظيم التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية فظهر ذلك الاهتمام منذ نهاية الحرب العالمية الأولى، حيث توصلت جهود عصبة الأمم على وثيقتين أساسيتين:

بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ بشأن شروط التحكيم، واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم، وكان هدفها إيجاد أساس قانوني لإعلاء اتفاقيات وأحكام التحكيم على النصوص القانونية الوطنية، وفي عهد الأمم المتحدة تم إبرام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٨٥ بشأن الاعتراف، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية)، وتعد تلك خطوة أخرى في سبيل تقنين القواعد الدولية التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كما تم إبرام معاهدة واشنطن لإنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار في ١٨ مارس ١٩٦٥، كما تم إعداد قواعد للتحكيم الدولي والتي قامت به لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي وتحمل اسمها (يونسيترال-Uncitral)، كما تم إقرارها من الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم ٩٨ للدورة الحادية والثلاثين في تاريخ ١٥ ديسمبر عام ١٩٧٦.

كما تم إنشاء مراكز التحكيم الدائمة سواء كانت على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي أو على المستوى الإقليمي، وذلك إلى جانب التنظيمات الوطنية والتنظيمات الدولية كما يتسم كل مركز من هذه المراكز بنظامه الخاص سواء كان ذلك في اختيار المحكمين، أو في الإجراءات الواجبة الاتباع أمام المحاكم<sup>(١)</sup>.

ثم أن التطورات الاقتصادية المعاصرة وما فرضته في الاتجاه نحو تشجيع الاستثمارات الأجنبية في العالم من الدول المتقدمة، والدول النامية وما تم حله

(١) مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ناشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٨ وما بعدها.



من منازعات استثمارية بوسيلة التحكيم، أدى ذلك إلى اعتبار أكثر الوسائل انتشاراً وملائمة لتسوية منازعات التجارة الدولية ذلك دون النظر إلى قضاء الدولة إن كان يتمتع أو لا يتمتع بالاستقلالية في مواجهة السلطة السياسية فيما يخص تلك المنازعات، وإن كان هناك محاكم قضائية متخصصة في مجال الاستثمار وشؤونه وغيرها من مجالات التجارة الدولية وتعقيدها أم لا وإن كانت السرعة أو قلة التكاليف في التحكيم واقعية أو لا، لا يوجد كل منها غالباً بمعظم الأحيان، إلا أن وسيلة التحكيم وسيلة واقعية مقنعة وتظل هي الوسيلة الأهم من وجهة نظر المستثمر الأجنبي وذلك للفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي<sup>(١)</sup>.

ونتيجة لصدور العديد من القوانين في العديد من دول العالم الثالث تضمنت مزايا و ضمانات تكفل تشجيع الاستثمار الأجنبي وتجذبه، وفي حين أن تلك النصوص والتي يتم وضعها من قبل الدولة المضيفة ليست إلا مجرد وعود بالنسبة للدولة وللمستثمر الأجنبي المتعاقد معها، وذلك نتيجة عدم وجود الوسيلة الفعالة كالتحكيم الدولي والذي يكون له القدرة على مراقبة تنفيذها والإشراف على تطبيقها، وكذلك إجبار الدولة المضيفة عند الاقتضاء على احترام ما تعهدت به وتلك الاعتبارات والتي استنفذت جهوداً فقهية ومبادرات قضائية توجتها اتفاقيات دولية وتهدف إلى إرساء الكثير من المبادئ الضرورية والفعالة والتي تمكن وتضمن نجاح هذه الوسيلة القضائية خاصة فيما يتعلق بوجود الدولة أو أشخاص القانون العام الاعتبارية الأخرى طرفاً في اتفاقيات التحكيم<sup>(٢)</sup>.

(١) عبدالعزيز سعد يحيى النعماني: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٧٦-٧٧.

(٢) عصام الدين القبيصي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣.

وللعودة لنشأة التحكيم مرة أخرى في الفقه الإسلامي نجد أن البعض يرى التحكيم ثابت بنص الكتاب والسنة والإجماع في مجال الأحوال الشخصية لورود قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾<sup>(١)</sup>.

وكذلك الآية (٦٥) من ذات السورة، والتي تبيح التحكيم ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾.

وقد ثار خلاف حول التحكيم في النزاع على السلطة، وهل هو جائز أم لا، وكان أول تطبيق عملي في هذا المجال هو النزاع بين الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعاوية بن سفيان، ويرى البعض أن هذه الواقعة -التحكيم- أسست جواز اعتماد التحكيم في المسائل المتعلقة على الصراع على السلطة من باب القياس<sup>(٢)</sup>، وقد اتفقت المذاهب الأربعة بمشروعية وإلزامية التحكيم وإن كانت قد تباينت في مرجعية الاستناد إلى هذه المشروعية<sup>(٣)</sup>.

وفي هذا المجال قرر الدكتور السنهوري: «أن الفقه الإسلامي لم يجمد عند المرحلة الأولى للفكر القانوني، بل خطى خطوات واسعة في طريق التطور يوسع ما ضاق منه سداً لحاجات التعامل، إن مفهوم التحكيم وقواعده تتطور وتتغير بتغير الأزمان عملاً بالقاعدة التي وضعها الفقه الإسلامي وليس التحكيم مقيداً

(١) سورة النساء: الآية ٣٥.

(٢) السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٦.

(٣) عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم (التحكيم في البلدان العربية)، دار المعارف، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢١ وما بعدها.

في تطور مفاهيمه وقواعده القانونية إلا بما نصت على حظره مصادر التشريع الإسلامي، أي القرآن والسنة والاجماع والقياس، مثل حظر التحكيم في الحدود المتعلقة بالله<sup>(١)</sup>.

وكانت الاتجاهات القديمة في الفقه الإسلامي ترى عدم إلزامية اتفاق التحكيم، وإنه يجوز الرجوع فيه والالتجاء إلى القاضي، أما الاتجاهات الحديثة في هذا الفقه بدءاً من «ابن تيمية» الذي يقرر أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه أو إبطاله نص أو قياس مستنداً في صحة ذلك من حيث النقل على قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>.

أما من حيث العقل، فيقرر أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية أي ليست من العبادات -والأصل فيها عدم التحريم لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾<sup>(٣)</sup>، وهو ما ورد عاماً في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة -لأن الفساد ينشأ من التحريم- وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وعليه فإن الوفاء بالعقد أمر واجب بالنقل والعقل إذا ما تم عن رضا، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٤)</sup>، ولذا فإن عقد التحكيم يعد عقداً ملزماً شرعاً<sup>(٥)</sup>.

ويقرر الدكتور السنهوري «أن النظرية التي تفرق بين العقود الملزمة والعقود غير الملزمة نظرية سطحية، حيث أن هناك قاعدة فقهية تفرض على المسلمين احترام التزاماتهم التعاقدية لقوله ﷺ المسلمون عند روطهم».

(١) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العربي العلمي الإسلامي، القاهرة، ج ١، ص ٣١.

(٢) سورة المائدة: الآية الأولى.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثيره بسيادة الدولة، مرجع سابق، ص ٩ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن قواعد الإثبات في التحكيم هي ذاتها نفس القواعد في الشريعة الإسلامية بوجه عام، ويرى الدكتور السنهوري أنه قد تم إهمال القاعدة التي وردت في الآية الكريمة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾<sup>(١)</sup>.

ويرى الدكتور السنهوري: «أن الأولوية للإثبات في الكتابة، ولكن لما كانت حضارة العصر تقصر دون ذلك وتتقف عن مجاراة هذا التقدم لم يستطع الفقهاء إلا أن يسايروا حضارة عصرهم فارتفع الفقه الإسلامي حين ذلك بالشهادة إلى مقام تنزل عنه الكتابة نزولاً بيناً، ومن العجيب أن عصر التقليد في الفقه الإسلامي لم يدرك العوامل التي كانت وراء تقديم الشهادة على الكتابة فظل يردد ما قاله الفقهاء الأولون في تقديم الشهادة على الكتابة، يؤازرهم في انتشار الكتابة وتظاهروا آيات القرآن العظيم»<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة أيضاً على أنه قد اشترط لصحة اتفاق التحكيم الرضا والأهلية كغيره من العقود، وقد ترك للخصوم حرية تعيين المحكمين وحرية عددهم واشترط الشرع توافر صفات القاضي في المحكم، وأن كان يرى البعض إضافة شرط أن يكون مسلماً استناداً إلى قوله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) عبدالرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العربي العلمي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٣) سورة النساء: الآية ١٤١.

إلا أن هناك من يرى أنه من الممكن أن يكون المحكم غير مسلم استناداً إلى قوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾<sup>(١)</sup>؛ الأمر الذي يعني صحة تحكيم الكتابي، وهذا هو ما يتفق مع الاتجاهات الحديثة في الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup>، وكذا يتفق مع التطور والتسامح في هذا العصر الذي بدأ التحكيم يشير فيه أهميته لأسباب عدة من أهمها تنامي حكم التجارة الدولية وعدد منازعاتها بالإضافة على تكديس المحاكم في العديد من الدول بالقضايا، الأمر الذي أدى إلى اللجوء إلى وسيله سريعة وميسرة، وأقرب على أطراف النزاع وأقدر على معرفة جوانب النزاع الفنية كل هذا مع غيره أدى على ازدهار التحكيم بعد نهاية الحرب العالمية الثانية وحتى الآن، وقد انتشرت مراكز التحكيم الدولي حول العالم ومن أهمها «محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس I. C. C»، وهيئة التحكيم الأمريكية A. A. A»، ومحكمة لندن للتحكيم L. C. I. A»، ومركز تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول، ومواطني الدول الأخرى<sup>(٣)</sup>.

أما في الوطن العربي فقد تعدد أيضاً مراكز التحكيم ومن أهمها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، وتم أيضاً إنشاء العديد من المراكز مثل مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، وأيضاً مركز جامعة عين شمس للتحكيم، وهذه المراكز قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والذي وضعته لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة، وهو أيضاً ما تبنته معظم التشريعات الوطنية، ومراكز التحكيم في العالم، حيث نما اتفاق عام أن التحكيم هو الوسيلة الأنجح،

(١) سورة النساء: الآية ٣٥.

(٢) عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم في البلدان.....، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

(٣) يحيى الجمل، اختيار المحكمين، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها.

والأكثر سرعة لحل منازعات التجارة الدولية، ولذا أصبح شرط التحكيم من مسلمات عقود التجارة الدولية، وتم إبرام العديد من الاتفاقات الدولية للتأكيد على ذلك<sup>(١)</sup>.

(١) كان آخرها اتفاقيات الجات التي وقعت في مراكش في ١٥/٤/١٩٩٤ بعد سلسلة طويلة من المفاوضات التجارية كان آخرها جوة أورجواي التي أنشئت بمقتضاها منظمة التجارة العالمية «World Trade Organization» W.T.O والتي دخلت التنفيذ في أول يناير ١٩٩٥، للتفصيل أكثر من ذلك أنظر، آمال الفزائري: التدريب في المجالات عالية التخصص، بحث مقدم في ندوة تأهيل وتدريب المحكمين، المنامة، البحرين: نشرة التحكيم التجاري الخليجي، مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي، العدد ١٠، ديسمبر ١٩٩٨، ص٦.

## المبحث الثاني

### علاقة التحكيم بالعقود الإدارية بصفة عامة

إن اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات كافة عدا منازعات العقود الإدارية أمر لا جدال فيه فلم يثر خلاف حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري أو التحكيم العمالي أو التحكيم الأسري.

إلا أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية قد ثار الجدل حوله في مدى إمكانية اللجوء إليه، وتعود أسباب ذلك إلى الأمور التالية:

#### أولاً- طبيعة العقود الإدارية:

تتميز العقود الإدارية بطبيعة خاصة ومغايرة لكافة العقود الأخرى، كالعقود التجارية أو العقود العمالية وغيرهما، والقضاء الإداري عندما ينظر في منازعات العقود الإدارية ينظرها بشيء من التمايز والتغاير الذي يتلاءم مع طبيعة العقد الإداري والذي لا يطبقه التحكيم في الغالب لدى نظره منازعات العقود والتي منها العقود الإدارية.

#### ثانياً- ارتباط العقود الإدارية بسيادة الدولة:

من العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة بصورة مباشرة ويتعلق بثروات طبيعية للدولة كما في عقود الالتزام، والتي كثيراً ما تمتد إلى سنين طويلة فمنازعاتها يجب أن تكون خاضعة للقضاء لأن في خضوعها للتحكيم قد يكون فيه نوع من خرق سيادة الدولة.

### ثالثاً- تقييد حرية الإرادة في العقود الإدارية:

إن التحكيم يؤسس على أساس حرية الأطراف في اللجوء إليه تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة إلا أن هذا الأمر لا يوجد عند اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ لأن التعبير عن إرادة الإدارة عند إبرامه تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون، وما استقر عليه الأمر من ضرورة استخدام الإدارة وسائل القانون العام، أو تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص عند إبرامه حيث أن الموظف المختص بإبرام العقد الإداري لا يتصرف في مال مملوك له، ومن ثم فإن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ليس بالأمر السهل كما هو الحال بالنسبة للعقود الأخرى.

### رابعاً- تطبيق قانون أجنبي أمام هيئة أجنبية على العقد الإداري:

هناك سبب آخر يضاف إلى الأسباب الأخرى هو أن التحكيم في العقود الإدارية ربما يكون أمام هيئة تحكيم أجنبية، وقد يؤدي ذلك إلى تطبيق قانون أجنبي على المنازعة بخلاف القضاء الإداري الوطني الذي ينظر في دعوى العقد الإداري حيث يطبق القانون الوطني على المنازعة.

### خامساً- مدى إطلاق وتقييد حرية الجهة الإدارية في اللجوء إلى التحكيم:

كما أن من أسباب الخلاف في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية يرجع إلى مدى تقييد أو إطلاق سلطة الإدارة عند لجوئها إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإذا لم يوجد نص قانوني يجيز أو يمنع التحكيم فإن سلطة الإدارة تكون دائرة بين الحظر إذا كانت مقيدة ودائرة السماح إذا كانت مطلقة.



لهذه الأسباب اختلفت الآراء حول مدى اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، والاتجاه الثاني يرى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

وحتى يمكن تحديد نقاط الخلاف الحاصل في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية سوف أحدد في هذا المبحث إن شاء الله المسائل التي تخرج عن هذا الخلاف وهي المسائل التالية<sup>(١)</sup>.

- أولاً: الوسائل الأخرى لفض منازعات العقود الإدارية مثل التسوية والصلح والوساطة والتفاوض.

- ثانياً: التحكيم في عقود الإدارة الخاصة سواء كانت ذات طبيعة مدنية أو تجارية.

- ثالثاً: لا يشمل الخلاف أيضاً في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التحكيم الإلزامي وإنما يقتصر على التحكيم الاختياري<sup>(٢)</sup>.

فعندما يرد نص يفرض على الإدارة اللجوء إلى التحكيم فيتعين على الإدارة في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم، وإلا كان تصرفها مخالفاً للقانون وغير مشروع ويمكن مهاجمته بالطعون المحددة في القانون.

إذن فإن الخلاف في مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ينحصر في التحكيم الاختياري فقط.

(١) هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠١، ص ٢٨١.

(٢) هانسي محمود حمزة: النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٤٦.

لكون الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً في كل أنواع المنازعات، والتي منها منازعات العقود الإدارية إذا ما رخص المنظم ذلك.

فإذا كان هناك نص آذن بالتحكيم في العقد الإداري فإن للجهة الإدارية والمتعاقد معها الخيار بين اللجوء إلى القضاء، أو الاتفاق على طرح النزاع أمام التحكيم، ويكون اللجوء إلى أحد الطريقتين مسقطاً للآخر<sup>(١)</sup>.

- رابعاً: من المسائل التي تخرج عن بحث مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في حالة وجود نص قانوني يبين حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، سواء كان هذا الحكم بالجواز أو الحظر حيث أن النص القانوني يرفع الخلاف في هذه المسألة، ويحسم الموضوع سواء كان بالجواز، أو المنع.

كما أنه عند النص على حكم معين في القانون فإن الواجب على السلطة القضائية عند تطبيقها على منازعة ما أن تتقيد بالنص القانوني، وكذلك الحال على الجهة الإدارية عند تنفيذها له خاصة إذا لم يكن هناك مجال للاجتهاد فلا اجتهاد مع النص فإذا نص القانون على حظر أو جواز التحكيم في العقود الإدارية فإن الفقه والقضاء ليس له مجال في البحث عن مدى جوازه أو عدمه.

لذا أرى أن مجال بحث هذه المسألة يكون أمام فروض ثلاثة:

- الأول: في حالة عدم وجود نص قانوني يبين حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

- الثاني: في حالة إعداد مشاريع التحكيم المرتبطة بالتحكيم في العقود الإدارية.

(١) مصطفى أحمد فؤاد: القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص ٤٥.

- الثالث: عند إعداد الدراسات والبحوث حول قوانين التحكيم المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية.

بعد أن ذكرت أن هناك خلافاً في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بالمنع والجواز، وبعد حصر أسباب هذا الخلاف، والمسائل التي تخرج عنه.

سيكون الحديث في هذا المبحث - إن شاء الله - مقتصرًا على الرأي الذي يرى أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

وذلك ببيان موقف المنظم من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وموقف القضاء وذلك على النحو الآتي:

#### ١- موقف المنظم من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

إن الأصل في التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي الحظر<sup>(١)</sup> إلا إذا نص القانون على إجازته.

فوفقاً لنص المادة ٢٠٦٠ من تقنين المرافعات المدنية الفرنسية المعدلة بقانون رقم ٦٢٦ في ٥ يوليو ١٩٧٢م والمعدل بالقانون الصادر في ٩/٧/١٩٧٥م فإن التحكيم في المنازعات المتعلقة بالوحدات؛ والمؤسسات العامة، والتي منها عقودها الإدارية هو الحظر.

وهذا الأصل بالحظر يسري ويمثل كافة المنازعات التي تكون أشخاص العامة طرفاً فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة<sup>(٢)</sup>.

(١) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(٢) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم - دراسة مقارنة، ٢٠١٢، ص ٤٥٦.

إلا أن هذا المنع ليس على إطلاقه بل له استثناءات<sup>(١)</sup> في بعض العقود الإدارية، ومنها عقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية كما في قانون ٩ لعام ١٩٧٥م، وكذلك العقود الإدارية المبرمة مع شركات أجنبية.

فقد نصت المادة ١٩ لعام ١٩٨٦م على أنه:

«يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة أن تضمن عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتفسير هذه العقود».

وكذلك العقود المتعلقة بالنقل الداخلي من قبل الشركة الوطنية لسكك الحديد، والذي ينص في مادته الخامسة والعشرين على أن المؤسسة العامة تملك أهلية المصالحة، وإبرام اتفاقيات تحكيم....» وكذلك قانون ١٩٩٠م الخاص بتنظيم مصلحة البريد.

أما في مصر<sup>(٢)</sup> فقبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ في ١٥/٥/١٩٩٧م، والذي حسم مسألة لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ فإن النصوص القانونية المتعلقة بالقانون الإداري لم تتعرض لموضوع التحكيم في العقود الإدارية منعاً أو حظراً.

كما أن نصوص القانون المدني لم تبين حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية باعتباره الشريعة العامة لفرع القانون الأخرى.

(١) مصطفى أحمد فؤاد: القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٢) عصمت عبدالله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨.

ففي قانون المرافعات المدنية، والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م الذي نظم موضوع التحكيم، وكذلك في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والذي ألغى المواد من ٥٠١، وحتى ٥١٣ الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية، والتجارية لم توضح موقف القانون المصري في موضوع التحكيم في العقود الإدارية؛ فالقانون المصري قد خلا قبل قانون ١٩٩٧م من أي نصوص صريحة في مجال المنازعات الإدارية<sup>(١)</sup>.

لذا صار الاختلاف في أحكام القضاء المصري العام، والقضاء الإداري في مسألة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

أما في بلجيكا؛ فقد منع القانون البلجيكي لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ فالمادة ١٦٧٦ من القانون القضائي البلجيكي الصادر ١٩٧٢م نصت على:

«منع الدولة وسائر الأشخاص المعنوية العموميين اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن يوجد نص قانوني خاص يسمح بذلك، أو معاهدة دولية تجيز ذلك».

وقد أخذ برأي عدم صحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعض دول أمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية كالأرجنتين ويوغوسلافيا وبلغاريا.

## ٢- موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

لقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار شرط التحكيم في العقود الداخلية باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويمتد البطلان كذلك إلى مشاركة التحكيم<sup>(٢)</sup>.

(١) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

(٢) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٦٣.

وقد فرقت أحكام القضاء الفرنسي بين التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، والعقود الدولية فحظرت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية<sup>(١)</sup>.

أما القضاء الإداري الفرنسي فإنه اعتنق الرأي القائل بحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ويعتبر القضاء الإداري الفرنسي رائد الاتجاه المعارض في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وهذا الحظر مقرر من قبل مجلس الدولة منذ وقت طويل<sup>(٢)</sup>.

وقد بين حكم صادر من مجلس الدولة الفرنسي سبب الحظر حيث ذكر أن الوزراء لا يستطيعون اللجوء إلى التحكيم لحل المسائل المتنازع عليها؛ لأن هذا العمل محظور عليهم بمقتضى نصوص المادتين ١٠٠٤، و ٨٣ من قانون الإجراءات المدنية كما ذكر مجلس الدولة سبباً آخر، وهو نقص أهلية الجهة الإدارية إلى إبرام اتفاق التحكيم<sup>(٣)</sup>.

كما حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان شرط التحكيم في عقد أشغال عامة أُبرِمَ بين شركة خاصة صاحبة امتياز في مجال الطرق السريعة، ومجموعة مشروعات<sup>(٤)</sup>.

أما في مصر فقد عرض على القضاء المصري مسألة التحكيم في العقود

(١) محمد عبدالمجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٢٣٤.

(٢) محمد حسين منصور: العقود الدولية، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٣) عليوش قريوع كمال: القانون الدولي - تنازع القوانين - الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٧٣.

(٤) سعد الله عمر: معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١٢١-١٢٢.

الإدارية لدى محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٨٦ لسنة ٢٨ ق - قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م الذي حسم مسألة لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية- فقررت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦م جواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم لفض منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية.

وكانت دعوى أقيمت بخصوص عقد مبرم بين وزارة الإسكان، والتعمير والشركة المصرية للمساهمة للتعمير، والإنشاءات السياحية بشأن عقد امتياز هَضْبَة المقطم، ونص العقد في البند الخامس منه على:

«إن أي خلاف بين الطرفين على تفسير العقد، أو تنفيذ العقد.... يفصل فيه عن طريق التحكيم.....»، وعندما طلبت الشركة إحالة النزاع إلى التحكيم امتنعت وزارة الإسكان.

وقد أقامت الشركة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري تطلب وقف القرار السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع إلى التحكيم؛ فأجابت محكمة القضاء الإداري طلب الشركة بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦م إلا أن إدارة قضايا الدولة طعنّت في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي قررت في حكمها الصادر في جلسة ٢٠/٢/١٩٩٠م عدم جواز التجاء الجهات الإدارية في العقود الإدارية إلى التحكيم، وسببت المنع أن الاتفاق على التحكيم لا يجوز أن يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، وأن اتفاق التحكيم يجب ألا يهدم خصائص العقد الإداري، ولا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر تفصيلاً في هذا الحكم لدى: طه أحمد علي قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.

وعندما عرض أيضاً موضوع التحكيم في العقود الإدارية في قضية أخرى أمام محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ق، بخصوص نفق..... أحمد حمدي، التزمت محكمة القضاء الإداري بالمبدأ الصادر من المحكمة الإدارية العليا، وقضت بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية تأسيساً على أنه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقررة بالمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في ١٨/١٢/١٩٩٦م، بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بناء على أنه يشترط لجواز صحة اتفاق التحكيم أن يكون عاقده أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم، وألا يكون التحكيم في مسائل متعلقة بالحالة الشخصية، ولا بالنظام العام.

ولأن الولاية سواء كانت خاصة، أو عامة فالأصل فيها هو المنع، وعدم النفاذ إلا بعمل تشريعي، وأن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، وأن لجوءها إلى التحكيم يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة، وهو تحكيم لجمعية خاصة في شأن من صميم العمل العام الذي تقوم عليه الدولة، وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم من جهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه هيئة العامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي.

كما أن طبيعة العقد الإداري جعلت المشرع لا يعهد للقضاء المدني نظر منازعات العقود الإدارية، وبالتالي فإنها تكون من باب أولى أن تكون في منأى عن طبيعة



التحكيم وهيئاته، ويكون شرط التحكيم متنافياً مع إدارية العقد وانتهت الجمعية إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية<sup>(١)</sup>.

(١) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

## المبحث الثالث

الوضع قبل وبعد تعديل قانون التحكيم المصري  
بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

في مصر<sup>(١)</sup> فقبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ في ١٥/٥/١٩٩٧م، والذي حسم مسألة لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ فإن النصوص القانونية المتعلقة بالقانون الإداري لم تتعرض لموضوع التحكيم في العقود الإدارية منعاً، أو حظراً.

كما أن نصوص القانون المدني لم تبين حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الأخرى.

ففي قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م الذي نظم موضوع التحكيم، وكذلك في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والذي ألغى المواد من ٥٠١، وحتى ٥١٣ الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية، والتجارية، لم توضح موقف القانون المصري في موضوع التحكيم في العقود الإدارية؛ فالقانون المصري قد خلا قبل قانون ١٩٩٧م من أي نصوص صريحة في مجال المنازعات الإدارية<sup>(٢)</sup>.

لذا صار الاختلاف في أحكام القضاء المصري العام، والقضاء الإداري في مسألة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

(١) عصمت عبدالله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق.

(٢) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

فقد عرض على القضاء المصري مسألة التحكيم في العقود الإدارية لدى محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٨٦ لسنة ٣٨ ق- قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م الذي حسم مسألة لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية- فقررت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦م جواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم لنقض منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية.

وكانت دعوى أقيمت بخصوص عقد مبرم بين وزارة الإسكان، والتعمير، والشركة المصرية للمساهمة للتعمير، والإنشاءات السياحية بشأن عقد امتياز هَضْبَة المقطم ونص العقد في البند الخامس منه على:

«إن أي خلاف بين الطرفين على تفسير العقد، أو تنفيذ العقد... يفصل فيه عن طريق التحكيم...»، وعندما طلبت الشركة إحالة النزاع إلى التحكيم امتنعت وزارة الإسكان.

وقد أقامت الشركة دعوى أمام محكمة القضاء الإدارية تطلب وقت القرار السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع إلى التحكيم؛ فأجابت محكمة القضاء الإداري طلب الشركة بتاريخ ١٨/٥/١٩٨٦م، إلا أن إدارة قضايا الدولة طعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي قررت في حكمها الصادر في جلسة ٢٠/٢/١٩٩٠م عدم جواز التجاء الجهات الإدارية في العقود الإدارية إلى التحكيم، وسببت المنع أن الاتفاق على التحكيم لا يجوز أن يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، وأن اتفاق التحكيم يجب ألا يهدم خصائص العقد الإداري، ولا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر تفصيلاً في هذا الحكم لدى د. طه أحمد علي قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق.

وعندما عرض أيضاً موضوع التحكيم في العقود الإدارية في قضية أخرى أمام محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ ق، بخصوص نطق أحمد حمدي، التزمت محكمة القضاء الإداري بالمبدأ الصادر من المحكمة الإدارية العليا، وقضت بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية تأسيساً على أنه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقررة بالمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى، والتشريع مجلس الدولة المصري في ١٨/١٢/١٩٩٦م بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بناءً على أنه يشترط لجواز صحة اتفاق التحكيم أن يكون عاقده أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم، وألا يكون التحكيم في مسائل متعلقة بالحالة الشخصية، ولا بالنظام العام.

ولأن الولاية سواء كانت خاصة، أو عامة؛ فالأصل فيها هو المنع، وعدم النفاذ إلا بعمل تشريعي، وأن لجوء أية جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، وأن لجوءها إلى التحكيم يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة، وهو تحكيم لجمعية خاصة في شأن من صميم العمل العام الذي تقوم عليه الدولة، وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام، وهو تحكيم من جهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة، وتنظيمها وإدارتها، وكل ذلك لا تملكه هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي.

كما أن طبيعة العقد الإداري جعلت المشرع لا يعهد للقضاء المدني نظر منازعات العقود الإدارية، وبالتالي؛ فإنها تكون من باب أولى أن تكون في منأى عن طبيعة

التحكيم وهيئاته، ويكون شرط التحكيم متنافياً مع إدارية العقد، وانتهت الجمعية إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية<sup>(١)</sup>.

(١) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

## المبحث الرابع

### الوضع في قانون التحكيم البحري

إن كفاءة الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال التي تقوم بها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، وما يصدر عنها من تصرفات يعد من سمات الدولة الديمقراطية، وفي هذا الشأن نجد أن هذه الرقابة إما تمارس من خلال أنظمة القضاء المزدوج حيث يباشر مثل هذه الرقابة قضاء مستقل يختص بنظر المنازعات الإدارية والفصل فيها، أو أن تكون الدولة قد اعتمدت في منظومتها القضائية على نظام القضاء الواحد إلا أنها تمد ولاية هذا القضاء ليشمل الاختصاص بنظر المنازعات التي تكون بين الإدارة والأفراد، ونود هنا أن نشير إلى أن مملكة البحرين قد اعتمدت نظام القضاء الواحد (الانجلوسكسوني)، والذي يختص بنظر جميع المنازعات سواء كانت إدارية مدنية أو تجارية بصرف النظر عن أطراف النزاع وطبيعته، ولم يعرف ازدواجية القضاء رغم شمول ولايته للمنازعات الإدارية.

وقد صدر المرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ ورتب المحاكم، وبين اختصاصات كل منها فقد نصت المادة (٦) منه على «تتكون المحاكم المدنية من:

١- محكمة التمييز.

٢- محكمة الاستئناف العليا المدنية.

٣- المحاكم الكبرى المدنية.

٤- المحكمة الصغرى.

وتختص كل منها بالفصل في جميع المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون في المواد المدنية والتجارية والإدارية، وفي المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، وفي الجرائم إلا ما استثني بنص خاص».

كما جاءت المادة (٧) من قانون السلطة القضائية مؤكدة على ولاية المحاكم المدنية على الفصل في المنازعات الإدارية إذا نصت على:

«فيما عدا أعمال السيادة تختص المحكمة الكبرى المدنية -بدائرة إدارية- بالفصل في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد وبين الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك».

ولما ذكر فإن الواقع التشريعي يشير إلى تبني المشرع البحريني للنظام القضائي الواحد (الانجلوسكسوني)، وقد أخذ بفكرة القضاء الإداري الموضوعي، وقد جعل ولاية الفصل في هذه المنازعات من اختصاص المحاكم المدنية بدائرة إدارية، وقصر الاختصاص الولائي لنظر المنازعات الإدارية عليها، والتي تشكلت وفقاً للقرار رقم (٣) لسنة (٢٠٠٢) حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على «تختص هذه الدائرة بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها والمتعلقة بممارسة سلطاتها العامة، وهي على وجه الخصوص:

١- الدعاوى المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية، أو التعويض عنها.

٢- الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية.

٣- دعاوى الجوازات الناشئة عن قوانين الجنسية، أو الجوازات والهجرة.

ومن هذا نخلص بأنه، وبالرغم من تبني المشرع البحريني النظام القضائي الواحد إلا أنه لم يغفل المنازعات الإدارية، وبناء عليه مارس القضاء البحريني موضوعياً رقابته على أعمال السلطة الإدارية عند نظره للمنازعات الناشئة بين الأفراد والإدارة وفقاً لمبادئ القانون العام، والمبادئ التي أرساها القضاء الإداري المزدوج حيث يتم فحص صحة ومشروعية التصرفات والقرارات الإدارية، وهل استوفت أركانه المشروعية في مواجهة من صدر بحقه، وقد فصلت وقضت

المحاكم البحرينية في العديد من منازعات الأفراد مع السلطات الإدارية، وفي مختلف أنواع القضايا الإدارية الناشئة عن تصرفات الإدارة المادية أو القانونية، ولكن هذا الأمر لا يعني أن هذا الوضع كافي إذ أن الواقع الفعلي والحاجة أثبت ضرورة أن تنشأ محاكم مستقلة شكلاً وموضوعاً تختص بنظر المنازعات الإدارية مستقلة عن القضاء العادي.

ونخلص من ذلك أنه لا يوجد قانون في البحرين يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إنما صدرت فتوى قانونية من هيئة التشريع والإفتاء القانوني بجوازيه اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وقد أصدر مجلس المناقصات تعميمياً بهذا الخصوص إلى الجهات الحكومية<sup>(١)</sup>.

ويرى البعض<sup>(٢)</sup> بأن تطور التحكيم، وقوانينه هو القضاء الأساسي للتجارة الدولية بينما القضاء الوطني أصبح هو الاستثناء لأن للتحكيم مميزات عدة منها السرعة والسرية إلا أن ميزته الأساسية، والأهم هو أنه قضاء دولي يتمثل فيه الطرفان بقاض يختاره هو بنفسه؛ فإرادة الأطراف هي السمة الأساسية لذلك؛ فإن التحكيم يلعب دوراً مهماً في الفصل في المنازعات بشكل عام التي منها منازعات العقود الإدارية، ففي كثير من الدول نصت قوانين التحكيم على جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، منها على سبيل المثال القانون الفرنسي في بعض العقود الإدارية كعقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية، كما في قانون ٩ لعام ١٩٧٥م، وكذلك العقود الإدارية المبرمة مع شركات أجنبية، وكذلك في القانون المصري فقد صدر القانون رقم ٩ لعام ١٩٩٧م، والتي يكون

(١) جاء ذلك على هامش تنظيم مركز التحكيم التجاري بالتعاون مع غرفة تجارة وصناعة عمان فرع صلالة الملتقى السنوي السادس عشر عن «التحكيم في العقود الإدارية» خلال الفترة من ١١ إلى ١٤ سبتمبر/أيلول ٢٠١١ صلالة - سلطنة عمان.

(٢) د. أحمد نجم: الأمين العام لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.



الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك كما أجاز القانون السوري اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تقل قيمتها عن مبلغ معين، وأجاز القانون الأردني إلى التحكيم.

وعن التحكيم في العقود الإدارية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية؛ فإن في دولة الإمارات العربية المتحدة الأصل الإباحة ولا يوجد نص مقيد وإن الشواهد العملية تؤكد إدراج الدولة لشرط التحكيم في كثير من العقود، وخاصة المتعلقة منها بالمقاولات العمومية، وفي مشروع القانون الجديد يوجد نص صريح باللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة.

أما في مملكة البحرين فنجد أنه لا يوجد قانون يجرى اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إنما صدرت فتوى قانونية من هيئة التشريع والإفتاء القانوني بجوازية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وقد أصدر مجلس المناقصات تعميماً بهذا الخصوص إلى الجهات الحكومية.

## المبحث الخامس

### مقارنة موقف قانون التحكيم المصري مع قانون التحكيم البحريني

لموضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية أهمية بالغة مرجعها ما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وتميز الأحكام، وكذا القضاء الناظر في منازعاتها، وبالنظر لخصوصية العقود الإدارية بصفة عامة فإن إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود سيجعلها تكتسب طابعاً خاصاً، وهو ما أدى لاختلاف التشريعات في إجازة إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود بالنظر لما يترتب على ذلك من آثار.

بالنسبة لقانون التحكيم البحريني:

رفض المشرع البحريني أن يكون التحكيم طريقاً بديلاً لفض منازعات هذه العقود، لأنه يرى أنه لا يضمن خضوع هذه العقود الإدارية لنظام متميز عن النظام الذي تخضع له باقي العقود لأن التحكيم لا يعتد بالتمييز بين العقود المدنية، والعقود الإدارية، ولأن اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود يؤدي للاصطدام بمبدأ الحصانة القضائية للدولة، وبمبدأ سيادة الدولة على أراضيها حيث استند المشرع في اعتراضه لفكرة التحكيم في العقود الإدارية لجملة من الأسانيد لتبرير موقفه، وسنقوم ببيان مختلف الأسانيد التي استند إليها.

١- التحكيم سلب لاختصاص القضاء الوطني ومساس بسيادة الدولة إلى جانب إحلال القانون الأجنبي محل القانون الوطني، والذي هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة.

٢- التحكيم ليس بمنبت الصلة بالقضاء لأن هذا الأخير يكون له السلطة التدخل في أعمال المحكمين بالمساعدة، وهي أمور ينظمها المشرع الوطني في النصوص المنظمة للتحكيم.

٣- ليس في التحكيم بشكل دائم تحية للقانون الوطني، فليس هناك ما يمنع الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها من إدراج شرط تطبيق القانون الوطني على النزاع الذي يمكن أن يثور، ومن ثم فالأمر يعود لإرادة الأطراف<sup>(١)</sup>.

٤- واستند المشرع لفكرة النظام العام، ونادى بعدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية لكونها تستهدف تحقيق الصالح العام والذي يعد قوام النظام العام<sup>(٢)</sup>.

٥- اصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية للدولة، فمن المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، استناداً لمبدأ السيادة، والاستقلال، وكذا المساواة بين الدول، ومن ثم تستطيع كل دولة أن تدفع بحصانها القضائية حال اختصاصها أمام قضاء دولة أجنبية؛ لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد منظمة أجنبية؛ لأنه يجرى خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية وأن المحكمين الفاصلين في النزاع من جنسيات متعددة<sup>(٣)</sup>.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون البحريني خلا من أية نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وأن النصوص التشريعية وضعت قاعدة عامة تتلخص في عدم جوازية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم لفض منازعاتهم.

(١) عبدالعزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٧٨، ٣٧٩.

(٢) ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٨٢، ١٨٣.

(٣) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ٢١٢، ٢١٤.

## أما بالنسبة لقانون التحكيم المصري:

صدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم ٢٧ سنة ١٩٩٤، ونصت مادته الأولى على ما يلي:

«مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام، أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مر، أو كان تحكيمياً تجارياً، أو دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون»<sup>(١)</sup>.

وقد اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن هذا النص دليل على عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية، واستندوا في ذلك للحجج التالية:

عدم ورود لفظ العقود الإدارية صراحة في نص المادة السابقة، كما أنه بالرجوع لأحكام المادة الثانية نجدها عدت الخضوع التي تخضع للتحكيم، وقالوا بأن الهدف من ذلك هو تجنب النص صراحة على التحكيم في العقود الإدارية.

واستندوا كذلك لعنوان القانون ذاته حيث إنه يختص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية<sup>(٢)</sup>.

(١) أسرة التحرير، «نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنياً وإقليمياً ودولياً»، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٢) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ٢١١.

غير أن الحجة الثانية التي قال بها أنصار هذا الاتجاه غير صحيحة، وقد نفاها الحكم الصادر عن محكمة استئناف القاهرة، والذي أكد على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية<sup>(١)</sup>.

ولكن يوجد اتجاه آخر يقر بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية، باعتبار أنه ليس هناك ما يمنع إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود، لا سيما، وأن الاتفاقيات الدولية تجيز التحكيم، واستند هذا الاتجاه للعديد من الأسانيد لتبرير موقفه، وقد تم تأييد هذا الاتجاه في التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية كما قد صدرت العديد من الأحكام القضائية التي تؤكد على إمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية.

فبعد صدور قانون سنة ١٩٩٤ نصت مادته الأولى على التحكيم، إلا أن الفقه اختلف في تفسير النص فقال البعض بأنها لا تشمل العقود الإدارية، وهناك من قال بأنها تشملها لكون أحد أطرافها شخص عام<sup>(٢)</sup>، وقد أيدت محكمة استئناف القاهرة الاتجاه القائل بإجازة التحكيم في العقود الإدارية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن مجيء القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ المتضمن تعديل أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نص صراحة على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية؛ فقد أجاز المشرع المصري اللجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية كافة بغض النظر عما إذا كانت ذات صفة دولية، وذلك بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية، والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(١) للإطلاع على الحكم يمكن الرجوع إلى: حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، ٢٠٠١، ٣٩، ٤١.

(٢) عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٨١.

إلا أن تلك الإجازة تخضع للقيود العام الذي أورده التعديل التشريعي المذكور من أنه «بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك».

فإذا كان المشرع قد أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بنص صريح إلا أن حرصه على عدم المساس بالمصلحة الوطنية من جراء اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعة إدارية ما جعله يتحوط بأن حتم لإجرائه موافقة الوزير المختص، أو من يقوم مقامه مع حرمانهما من التفويض في ممارسة هذا الاختصاص.

إضافة إلى تطلب الموافقة الأولية إجازة اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية دولية كانت أم داخلية، فإنه يتعين أن تكون المسألة التي يتفق على اللجوء للتحكيم لتسويتها تقبل الصلح، وبذلك وضع المشرع حداً للخلاف الناشئ بين الفقهاء، وهذا ما وافقه عليه القضاء المصري الرأي حيث صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية<sup>(١)</sup>.

(١) صدر حكم عن محكمة استئناف القاهرة في ١٩ مارس ١٩٩٦، والمتعلق بدعوى البطلان المقامة من رئيس المجلس الأعلى للأثار ضد شركة سيلجستر نايت الإنجليزية بشأن حكم التحكيم الصادر لصالح هذه الأخيرة، والذي بموجبه ألزم المجلس الأعلى للأثار بدفع مبالغ متعددة لصالح هذه الشركة، وتم الطعن في هذا الحكم من قبل المجلس الأعلى للأثار أمام محكمة استئناف القاهرة، وتمسك هذا الأخير أمام المحكمة ببطلان شرط التحكيم لكون العقد محل النزاع عقد إداري، وجاء الحكم الصادر عنها على النحو التالي: «...حيث أنه عن السبب الثاني، وهو الإدعاء ببطلان شرط التحكيم؛ لأن العقد محل النزاع هو عقد إداري مما لا يجوز التحكيم فيه؛ فإنه غير سديد؛ فقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية، والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن: «... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام، أو القانون الخاص أياً كانت طبيعته العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون»، والقاعدة أنه لا اجتهاد مع وضوح 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»، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون نفس المعنى بقولها: «...، وتحديد نطاق تطبيق أحكام المشروع الذي عينته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجري في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، أو أشخاص القانون الخاص؛ فحسم المشروع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم؛ فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...».

وعند أخذ الأصوات بمجلس الشعب على مشروع القانون تمت الموافقة على نص المادة، وكان أحد النواب قد اقترح النص في المادة الأولى على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بيد أن الاقتراح لم يحظ بموافقة الأغلبية، ومما تقدم يتبين أن المشروع قصد على وجه القطع جوازية التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما يتفق مع الحكمة التي شرع من أجلها قانون التحكيم، وهو مواكبة الجهود التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار.

وقد أضفت المحكمة: «أن الثابت من عبارات العقد المؤرخ في ١٠/١١/١٩٩٣ محل النزاع، والذي تضمن شرط التحكيم، أنه قد روجع باللجنة الثانية لقسم الفتوى، والتشريع بمجلس الدولة في ٢٠/١/١٩٩٣، أو هذه اللجنة وافقت عليه بالتبايع رقم ٥٦٠ في ٢٥/١٠/١٩٩٣ بعد قيام النزاع بين الطرفين أبرما مشاركة التحكيم المؤرخة في ٢٤/٣/١٩٩٦، وإذا نظر الموضوع أمام هيئة التحكيم المنصوص عليها في تلك المشاركة ترافع الطرفان دون أن يبدي أحدهما دفاعاً يمس شرط التحكيم بينما تريض المجلس الأعلى حتى أصدرت هيئة التحكيم قضاؤها لغير صالحه؛ فبادر إلى إقامة الدعوى الماثلة على قول ببطلان شرط التحكيم؛ لأن المنازعة تتعلق بعقد إداري، ولا شك أن مثل هذا الإدعاء يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بمبدأ حسن النية وهو مبدأ عام لا يميز بين عقد مدني وعقد إداري، كما أنه يتناقض مع المستقر عليه في الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز اتصال الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استناداً إلى أية قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية، فإن فتح الباب أمام الأشخاص العامة للتدخل من شرط التحكيم الذي أدرجته في العقد المبرم مع الطرف الأجنبي فإن ذلك سيهز ثقة المتعاملين مع تلك الجهات في مصداقيتها ويجلب أضرار بغرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية». وللتفصيل أكثر أنظر مؤلف حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، ص ٤٠-٤٢.

## الخاتمة

يعد التحكيم الطريق البديل أو الوسيلة الأكثر ملاءمة لحل منازعات العقود الدولية بصفة عامة، لأن المحاكم لم تعد بالقادرة على التصدي لمختلف هذه المنازعات بشكل منفرد إلى جانب ظهور الحاجة الماسة للتخصصية من قبل من ينظر في هذه النزاعات، ولم يعد التحكيم طريقاً بديلاً لحل منازعات التجارة الدولية والاستثمار فقط بل وأصبح ضرورة حتمية بالنسبة لطائفة أخرى من العقود، والتي كانت لوقت قريب من منأى عنه وهي العقود الإدارية، والت يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بوصفه سلطة عامة، وعلى الرغم من معارضة بعض الفقه لإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي بصفة خاصة إلا أن ما طرأ من تغيرات اقتصادية واجتماعية جعل من اللجوء إليه حتمية، وهو ما أدى لتزايد الاهتمام بالطرق البديلة لحل المنازعات في مختلف الأنظمة القانونية والقضائية.

وقد اقتصرنا على التحكيم كطريق بديل لحل هذه المنازعات، والذي بدأت أهميته تبرز فيها بشكل جلي لا سيما مع زيادة التعاقدات في الوقت الراهن التي تبرمها الإدارة مع الأشخاص الأجانب لتسيير المرافق العامة لا سيما عقود الامتياز مع الشركات الأجنبية والتي تؤدي دوراً فاعلاً في اقتصاديات الدول.

ودراسة التحكيم لا تستمد أهميتها من القيمة الكمية والكيفية فقط لهذه العقود، بل يتعداها للدور الذي تؤديه في اقتصاديات الدول النامية والمتطورة على حد سواء، وترتبط الدول في كثير من الأحيان باتفاقيات ثنائية أو جماعية تهدف لحماية تنظيمها من خلال إبرام العقود بين الدولة وبين أحد رعايا الدولة الأخرى، وتعد هذه العقود ذات أهمية قصوى بالنسبة للدول الآخذة في النمو، لأنها تعد في الكثير من الأحيان الركيزة التي من خلالها يتم بناء هيكلها الاقتصادية،



وتنظيم بنيتها الأساسية، وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملاً حيوياً ورئيسياً في تحقيق الخطة الاقتصادية للدول الآخذة في النمو.

## قائمة بأهم المراجع العربية، والأجنبية للرسالة.

### ■ المراجع العربية:

#### أولاً: المراجع المتخصصة:

- إبراهيم طه فياض: العقود الإدارية (النظرية العامة، وتطبيقاتها في القانون الكويتي، والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤، مكتبة الفلاح، ١٩٨١، الطبعة الأولى.
- أحمد أبو الوفا: العلاقات الدولية (دراسة لبعض جوانبها القانونية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- أحمد بن حسن أحمد الحسيني، أوراق، وآراء في البوت بعنوان: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء، والتشغيل ثم الإعادة، الإصدار الأول لشركة مجمعات الأسواق التجارية الكويتية، ٢٠٠٦.
- جورجى شفيق ساري - التحكيم، ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية - الطبعة الثانية - القاهرة - ٢٠٠٥ - دار النهضة العربية.

#### ثانياً- المراجع العامة:

- أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠/٢٠٠١.
- أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - دار النهضة العربية.
- أحمد محمد محرز: النظام القانوني لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص «الخصخصة»، القاهرة ١٩٩٥.
- أنس جعفر: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٧.
- السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ومدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- نجلاء حسن سيد - التحكيم في المنازعات الإدارية - ٢٠٠٢ - بدون ناشر.

## ثالثاً- المجالات العلمية:

- آمال الفزائري: التدريب في المجالات عالية التخصص بحث مقدم في ندوة تأهيل، وتدريب المحكمين، المنامة، البحرين: نشرة التحكيم التجاري الخليجي، مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي، العدد ١٠، ديسمبر ١٩٩٨.
- مشاعل عبدالعزيز الهاجري، «بداية النهاية: أثر ظهور مجالس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (دراسة في آليات المنازعات العقدية وفقاً لتعديلات الإصدار الأخير من عقد الفيديك)»، مجلة الحقوق، العدد ١، السنة ٣١، مارس ٢٠٠٧.
- عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، «دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي» بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدل الثالث، محرم ١٤٠٩ - سبتمبر ١٩٨٧.

## ■ المراجع الأجنبية:

- BrunoDe Cazalet. The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 years under Dommon Law Influence. 2014 Int'l Bus. L.J. 271 (2014).
- Bruns et Motulsky -Tendances et perspectives de l'arbitrage internationale. Rev. int. dr.comp., 1957
- C. Cass I ch. c. 11 juillit 2006. Banque populaire loris et laynnans c/ste Sengar. Rev.arb.2006.. P.969.Note CH Larroument..

ورقة عمل بعنوان

# اتفاق التحكيم

اعداد

المستشار/ محمد أبو عجيبة دياب

المحكمة العليا الليبية



## مقدمة

يعد وجود التحكيم منذ وجود الإنسان وعرفه العرب قبل الإسلام وأشهر قضايا التحكيم في تاريخ العرب هي حادثة النزاع الذي حصل عند إعادة بناء الكعبة الشريفة حول من يضع الحجر الأسود بمكانة من القبائل العربية وقد اتفقوا على أن من يدخل عليهم أولاً من العرب هو من يفصل في هذا النزاع فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من دخل عليهم وحكم بينهم وحدد لهم كيفية وضعه بمكانة ولقي حكمه قبولهم.

فالتحكيم بشكل عام هو وسيلة من وسائل فض المنازعات وتسويتها بين أطراف النزاع.

وهو قضاء اتفاقي يكرس سلطان إرادة المتعاقدين. فالعقد ينعقد بين أطرافه وفقاً لإرادتهم واختيارهم ويتم تحريره طبقاً للاتفاق الذي وقع بينهم.

وهم من يحدد الأشخاص من المتخصصين الذي يمتازون بالكفاءة والنزاهة والحياد للفصل في النزاع. وكذلك اختيار القواعد المنظمة لهذا المنازعات سواء من حيث الموضوع أو الإجراءات أو تعيين مكان التحكيم واللغة. وطبيعة التحكم هو الخروج على طرق التقاضي العادية ويعتمد أساساً على أطراف النزاع بدل الاعتماد على التنظيم القضائي.

والتحكيم في العقود الإدارية هو وسيلة فض النزاع بين أطراف وأشخاص القانون العام كالدول والهيئات العامة وأطراف القانون الخاص كالأشخاص الطبيعية والاعتبارية ونتناول في هذه الورقة المحور الثالث والرابع وذلك وفقاً لما يلي:

- اتفاق التحكيم شرط ومشاركة التحكيم.
- التعريف بهما والفرق بينهما.
- الشروط الموضوعية.
- الشروط الشكلية.
- محل التحكيم.
- الآثار الإيجابية والسلبية لاتفاق التحكيم.
- طبيعة الدفع بشرط التحكيم.
- تشكيل هيئة التحكيم.
- طرق اختيار التحكيم.
- التحكيم في العقود الإدارية.
- التحكيم في الدول العربية.
- موقف القانون الليبي من فض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.
- الأحكام.
- الخاتمة.
- المراجع.

## اتفاق التحكيم

### ■ تعريفه:

تعددت التعريفات لاتفاق التحكيم وجميعها لا تخرج عن اعتباره اتفاق بين أطراف العقد على حل النزاع القائم أو الذي سيقوم مستقبلاً عن طريق شخص أو أشخاص يختاروا لمعارفهم الفنية أو لتجربتهم ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.

وبهذا المنظور فهو اتفاق أما إن يكون قبل النزاع في صورة شرط بالعقد الأصلي يسمى بشرط التحكيم وأما أن يكون في صورة اتفاق لاحق على نشوء النزاع ويسمى بمشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم أو عقد التحكيم.

والمشرع الليبي أجاز اتفاق التحكيم بموجب المادة ٧٣٩ من قانون المرافقات بصورتيه:

- شرط التحكيم إذا كان المتعاقدون اشترطوا بصفة عامة ما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ عقد على محكمين.
- مشارطة التحكيم إذا كان الاتفاق على التحكيم بشأن نزاع معين قد حصل بين أطرافه.

### ■ الفرق بين شرط الاتفاق ومشارطة الاتفاق:

شرط التحكيم هو ما يرد في العقد المبرم بين طرفيه بإحالة النزاع الذي ينشأ مستقبلاً بين الطرفين إلى التحكيم، أي إن وقوع النزاع مسألة محتملة مستقبلاً.



بينما مشاركة التحكيم في حقيقتها هي اتفاق مستقل بين المتنازعين بعد وقوع النزاع، ودون أن يكون منصوصاً على التحكيم في العقد الأصلي، وذلك بإحالة النزاع إلى التحكيم.

وبهذا فإن شرط التحكيم هو بند أساسي من بنود العقد الأصلي، في حين أن المشاركة تعني عدم ورود الاتفاق على التحكيم في العقد، فيتفق الطرفان المتنازعان لاحقاً على اختيار التحكيم بدلاً عن اللجوء إلى القضاء العادي.

ففي شرط التحكيم يكون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم مسبقاً أي قبل نشوء النزاع أصلاً، أما في حالة مشاركته التحكيم فيكون الاتفاق بعد وقوع النزاع فعلاً.

مع العلم أن مشاركة التحكيم تتضمن تفاصيلاً مثل بيان طبيعة النزاع وأسماء المحكمين مع بيان اتفاق الأطراف بالإحالة للتحكيم وقانون المرافعات الليبي اشترط في المادة ٧٤٣ منه على أنه يجب أن يحدد موضوع النزاع في مشاركته التحكيم أو أثناء المرافعة وإلا كان التحكيم باطلاً.

### شروط التحكيم:

ولتمام اتفاق التحكيم يتطلب توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية.

### أولاً: الشروط الموضوعية:

يجب أن تتوافر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية اللازمة لصحة التصرفات بصفة عامة فيجب أن يتوفر رضا صحيح خال من العيوب التي تلحق به بحيث يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وواضحاً في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم النزاع سواء تم ذلك في صورة أحد شروط العقد الأصلي (شرط التحكيم) أو

في صورة اتفاق مستقل (مشاركة التحكيم) كما يجب أن يرد التحكيم على نزاع جائز التحكيم فيه وأن يكون سببه مشروعاً وضرورة توافر الأهلية اللازمة في الأطراف لإبرام اتفاق التحكيم ويتضح من خلال نص المادة (١/٧٢٠) من قانون المرافقات الليبي أنه تشدد بنصه على أن الأهلية اللازمة لصحة التحكيم هي أهلية التصرف في الحقوق ومفهوم ذلك أن المحجور عليه لا يملك صلاحية إبرام أو قبول التحكيم وكذلك القاصر ولو كان مأذوناً له بأعمال الإدارة ولا النائب القانوني كالولي أو الوصي أو القيم إلا إذا حصل على إذن من المحكمة وكذا الشأن بالنسبة للوكيل الذي يزود بوكالة خاصة م ١/٧٠٢ من القانون المدني ولعل خشية المشرع من مخاطر التنازل عن قضاء الدولة الرسمي وما فيه من ضمانات وهو الذي جعله يتطلب هذه الأهلية لصحة التصرف ومسلك الشرع هذا يختلف على ما ذهب إليه الشرع المصري في المادة ١١ من قانون التحكيم التي وضعت قاعدة تتعلق بصلاحية الشخص الطبيعي أو الاعتباري للقيام بالتصرفات في حقوقه.

أما فيما يتعلق بتحديد أهلية الدولة أو أحداً أشخاص القانون العام فإنه يرجع في تحديد ذلك إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الأطراف حيث تستقل كل دولة بتحديد مسألة أهلية الأشخاص سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو القانون العام وغالبية الاتفاقيات الدولية لا تمنع من أن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرف في التحكيم.

فإذا كانت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي لم تتضمن أي نص صريح يتعلق بأهلية الدولة أو أحد أشخاص القانون العام لإبرام اتفاق التحكيم إلا إن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي العام ١٩٩١ قد نصت صراحة على أهلية أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقيات

التحكيم وكذلك اتفاقية واشنطن الخاصة بفض المنازعات بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول المتعاقدة الأخرى حيث يجوز طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية أن يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم أحد الدول أو أحد أشخاص القانون العام وسوف نتناول هذه عند استعراض موقف القانون الليبي وبعض القوانين العربية من جواز التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدول.

### ■ محل التحكيم:

يقصد بمحل التحكيم المنازعات التي يتفق الأطراف على حلها بطريقة التحكيم ويجب أن يكون محل التحكيم محدداً فيها، ومن المستقر عليه في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أنه لا يجوز أن يكون محل التحكيم مخالفاً للنظام العام فإذا كان الأصل في التحكيم أنه يجوز في أي منازعة اتفق عليها الأطراف إلا أن المشرع في تلك التشريعات قد رأى أن بعض المنازعات لا تجوز فيها التحكيم وإذا ورد عليها التحكيم فإنه يكون باطلاً لعدم مشروعية محله.

وقد أخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه في قانون التحكيم الجديد الصادر سنة ١٩٩٤م، وفق ما نصت عليه المادة ١١ منه وكذلك المشرع الليبي هو أيضاً أخذ به في المادة ٤٧٠ من قانون المرافعات حيث نصت بأنه لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العامل وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو الحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة من (النظام الزوجي أو العائلي) أو في الخلاف على مقدار المهر أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية.

كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يصح التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

ومن خلال النص نجد أن المشرع الليبي أخرج المسائل التي تتعلق بالمصلحة العامة من نظام التحكيم والصلح إلا إذا تعلق الأمر بالمصلحة المالية فقط ذلك أن علة المنع لا تتوافر إذا كان أساسها الحالة الشخصية كما هو الشأن في حق النفقة لتعلق الأمر بالمصلحة المالية وفي هذه الحالة يجوز الصلح وبالتالي التحكيم عملاً بنص المادة ٥٥٠ من القانون المدني المقابلة للمادة ٥٥١ من القانون المدني المصري.

وقضت المحكمة العليا الليبية بهذا الخصوص في الطعن المدني رقم ٢٣/٨٤ بنقض الحكم المطعون فيه الذي رفض الدفع ببطلان شرط التحكيم في طلب يتعلق بالأجر الإضافي المستحق طبقاً لأحكام قانون العمل واستندت المحكمة في نقض الحكم لعدم جواز التحكيم في هذه المسألة طبقاً لنص المادة ٧٤٠ من قانون المرافعات، لأن الأجور الإضافية المستحقة مقررة بمقتضى قانون العمل وأحكامه من النظام العام.

#### ■ الشروط الشكلية:

الأصل أن اتفاق التحكيم ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على إبرامه باعتباره من العقود الرضائية، دون الحاجة إلى شكلية خاصة، ومع ذلك فإن غالبية تشريعات الدول تشترط الكتابة لإبرامه، سواء تم في صورة شرط في العقد الأصلي أو في صورة اتفاق مستقل، كما أن الاتفاقيات الدولية تشترط كتابة اتفاق التحكيم.

فقد نصت اتفاقية نيويورك على ذلك صراحة في الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن

يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم) كما بينت الفقرة الثانية المقصود بالاتفاق المكتوب بأنه (شروط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات).

كذلك أخذ القانون المصري بهذا الاتجاه الغالب في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، حيث نصت المادة ١٢ منه على أنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادل الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصالات المكتوبة).

فالمشرع المصري قد جعل كتابة اتفاق التحكيم شرطاً لصحته لا شرطاً لإثباته متمشياً في ذلك مع الاتجاه الحديث في تشريعات التحكيم.

والمشرع الليبي اشترط في المادة ٧٤٢ من قانون المرافعات على أنه لا تثبت مشارطه التحكيم إلا بالكتابة وهذا النص صريح في اشتراط الكتابة لإثبات مشارطه التحكيم وإن قصد المشرع من هذا الشرط هو استبعاد الإثبات بشهادة الشهود والقرائن.

وإذا كان يترتب على التحكيم خروج النزاع موضوع عقد التحكيم من سلطة القضاء العادي الذي نظمته المشرع وعليه فإن شرط التحكيم في العقد يجب أن يكون واضح وظاهراً عن البنود الأخرى المدرجة في العقد وبالتالي فإن هذا الظهور يأخذ طابع الشكل يجب التقيد به وألا وقع الشرط باطلاً ونصت المادة ٤/٧٥٠ من القانون المدني الليبي بأن يقع شرط التحكيم باطلاً إذا ورد في وثيقة

التأمين بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

### ■ آثار التحكيم:

ككل عقد يترتب عن اتفاق التحكيم نوعين من الآثار:

#### ١- الأثر السلبي:

يتمثل هذا الأثر في حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء بشأن الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم لنزولهم عن الالتجاء إلى القضاء وذلك لا يخالف المبادئ التي قررتها التشريعات ومبادئ المحكمة العليا بصدق حق التقاضي.

فالأمر لا يتعلق بغلق باب التقاضي بل بتمكين الإرادات الخاصة في إنشاء قضاء يحقق لها مزايا لا تجدها في قضاء الدولة وهي تدور حول الثقة في شخص المحكم فهو يتمتع بالخبرة والتخصص والحصول على قرار سريع وبأقل جهد وتفادي علانية الجلسات واختصار الشكليات وقلة النفقات.

#### ٢- الأثر الإيجابي:

يترتب على اتفاق التحكيم حق الأطراف في عرض النزاع على التحكيم للوصول إلى فض النزاع القائم وإذا امتنع أحد الأطراف عن تنفيذ الاتفاق كان بإمكان الطرف الآخر إجباره عن طريق القضاء على تنفيذ الالتزام بعرض النزاع على التحكيم ولو باستعمال التهديد المالي.

أما إذا كانت المخالفة تتمثل في تخلفه عن تعيين المحكمة أو المحكمين رغم انقضاء عشرين يوماً من إعلانه لهذا الغرض فإن الطرف الآخر يملك أن يطلب من المحكمة المختصة بأصل النزاع تعيين محكمين م ٧٤٦ من قانون المرافعات الليبي.

### ■ طبيعة الدفع بشرط التحكيم:

يتنازع الفقه والقضاء المقارن حول تكييف هذا الدفع من وجهين:

أ- تكييف هذا الدفع على أنه دفع بعدم الاختصاص ولكن هذا التكييف يتطلب سلامته أن يؤدي شرط التحكيم إلى نزع اختصاص المحكمة والقضاء هو صاحب الولاية أصلاً، وعليه يتجه الرأي السائد إلى اعتبار الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من قبل الدفوع بعدم القبول إذ بالاتفاق على التحكيم يتنازل الفرقاء عن طريق الخصومة القضائية العادية ويرتضون بطريق التحكيم فالقضاء رغم اختصاصه الأصيل يصبح ممنوعاً عن نظر الدعوى وبالتالي إذا اتضح أن الاتفاق باطل أو تم فسخه يزول المانع المذكور وينفتح باب القضاء العادي من جديد.

وقد قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم ٨/١ م جلسة ٢٤/٦/١٩٦١ برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة لاشتراط التحكيم في العقد تأسيساً على أن دعوى المدعي لأصله لها بأي نزاع يتعلق بشروط العقد وإنما جوهر الخلاف بين الطرفين هو أقدام الدولة من جهتها وحدها على إلغاء العقد وإنهائه ومن ثم فإن هذا الدفع في غير محله ويعين رفضه.

### ■ تشكل هيئة التحكيم:

تعترف التشريعات بحق الأطراف في اختيار محكميهم باتفاقهم وكذلك الاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم ومن ذلك بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ واتفاقية جنيف ١٩٢٧ ومن شروط الاعتراف بحكم التحكيم والأمر بتنفيذه أن يكون الحكم قد صدر من محكمة التحكيم المحددة في مشارطه أو شرط التحكيم أو المشكلة طبقاً لاتفاق الأطراف وإلى قواعد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وتعتبر طريقة اختيار هيئة التحكيم من مميزات التحكيم فالأطراف أو ممثلوهم تكون لهم الفرصة الأكبر في اختيار المحكمين.

### ■ طريقة اختيار المحكمين:

١- أسلوب الاختيار المباشر ويكون ذلك بتحديد الأطراف بأنفسهم أشخاص المحكمين وتسميتهم وذلك دون إشارة أو إحالة إلى أي شخص أو هيئة أخرى وعادة يكون بإدراج أسماء هيئة التحكيم في اتفاق التحكيم وقد أخذ القانون المصري في المادة ١/١٥ من قانون التحكيم بهذا الأسلوب.

٢- أسلوب الاختيار الغير المباشر أو بالتفويض ويكون ذلك باتفاق الأطراف على شخص من الغير أو هيئة أو منظمة تتولى مهمة تعيين أعضاء هيئة التحكيم وفقاً لقواعد أو لائحة معروفة وفي هذه الحالة يجب احترام تلك القواعد أو اللائحة خاصة إذا كانت الزامية وأشار المشرع المصري إلى هذا الأسلوب في نص المادة ١٧ من قانون التحكيم الذي قرر أن لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية اختيارهم ووضح من النص أن الاتفاق لا ينصب على اختيار المحكمين بل على كيفية اختيارهم أي الطريقة التي يتم من خلالها اختيار المحكمين بالإحالة إلى هيئة أو مركز



أو شخص أو قانون معين ينظم عملية تعيين المحكمين المشرع الليبي أجاز في المادة ٧٤٦ في حالة عدم الاتفاق على المحكمين أو امتناع المحكمين عن العمل أو اعتزالهم أو قام مانع من مباشرهم للمهمة ولم يكن بين الخصوم شرط خاص.

لأي من الخصوم أن يعلن الآخر عن طريق المحضرين بالمحكم الذي اختاره أو المحكمين الذين عينهم مع دعوته أن يعين هو الآخر من جانبه من يختاره من المحكمين وإذا تخلف ذلك الخصم عن تعيين المحكمين من جانبه خلال عشرين يوماً من إعلانه فللطرف الأول أن يطلب من المحكمة المختصة بأصل الحكم في أصل الدعوى تعيين المحكمين.

#### ■ التحكيم في العقود الإدارية.

#### - التحكيم في الدول العربية.

اختلفت التشريعات العربية حول جواز التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص لا سيما في العلاقات الدولية فنص قانون المملكة العربية السعودية في المرسوم الملكي رقم ٤٦ في المادة ٣ منه الصادر بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣ هـ على أنه لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى فض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء وهذا المنع يشمل التحكيم في العلاقات الداخلية والخارجية وكذلك جاء قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بالتوجه نحو تحرير قبول التحكيم من آثار فكرة سيادة الدولة فنص في المادة الأولى منه على أنه (مع عدم الإخلال بإحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون

الخاص أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لنظام هذا القانون).

وأمام عمومية هذا النص حصل خلاف في الفقه على جواز التحكيم في العقود الإدارية. فقد رأى المشرع حسم هذا الخلاف بإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية مضيفاً فقرة ثانية إلى المادة الأولى منه تقضي بأنه (بالنسبة للمنازعات الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك).

ويلاحظ من التعديل المذكور أن جواز التحكيم في المنازعات الإدارية مرهون بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وينصرف إلى التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على حد سواء ذلك أن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وضع تنظيمياً موحداً للتحكيم بكافة صوره دون تمييز بين التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي.

- موقف القانون الليبي من فض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية  
بالتحكيم:

لم يتعرض المشرع الليبي في نصوص القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ بشأن القضاء الإداري للتحكيم بشأن المنازعات التي تحصل عن العقود الإداري إلا أن قانون المرافعات وهو القانون العام قد اخص في مواده بالباب الرابع ما يتعلق بالأحكام التحكيم بصفة عامة وهو بهذا لم يعمل كما ذهب بعض الدول العربية في إصدار قانون يخص التحكيم.

وفي الوقت الحالي فإن المادة رقم ٨٣ من القرار رقم ٥٦٣ لسنة ٢٠٠٧ بإصدار لائحة العقود الإدارية فهي التي تتعلق بالتحكيم فقد نصت المادة المذكورة على أن يراعى النص في العقود الإدارية بصفة أساسية على اختصاص القضاء الليبي بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود على أنه يجوز إذا اقتضت الضرورة في حالات التعاقد مع جهات غير وطنية وبموافقة مجلس الوزراء حالياً أن ينص في العقد على اللجوء للتحكيم بمشارطة تحكيم خاصة ويجب في هذه الحالات أن تحدد مشارطة التحكيم أوجه النزاع التي يلجأ فيها إلى التحكيم وإجراءاته وقواعد اختيار المحكمين بما يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في اختيار وتحديد مدى ما للمحكمين من سلطة واختصاص والجوانب الأخرى المتطلبية لهذا الغرض، ويراعى في كل ذلك عدم الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم فرد ومفاد ذلك أنها قررت مبدأً وأصدرت عليه استثناء.

المبدأ هو اختصاص القضاء الليبي بفض المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الإدارية ومن تم بطلان كل شرط مانع للاختصاص سواء للتحكيم أو القضاء الأجنبي الاستثناء هو جواز ذلك إذا توافر شرطان:

- ١- أن يتم الخروج على المبدأ بقرار من مجلس الوزراء في شكل مكتوب.
- ٢- تحديد أوجه النزاع في مشارطة التحكيم وإجراءاته وقواعد اختيار المحكمين وحظر الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم فرد.

#### ■ الأحكام.

- قضت المحكمة الليبية في الطعن الإداري رقم ٢٠/١ ق جلسة ١٨/٤/١٩٧٤ بعدم جواز الطعن في تقارير الخبراء بعد صدور حكم المحكمين في قضية التحكيم لأنه صدر في أصل الحق واعتمد على تقرير الخبراء وإن ذلك ينطوي ضمناً القضاء في النزاع حول التقرير.

- قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم ٢٠/٦ ق جلسة ١٩٧٤/٤/١٦ بأنه متى كانت المنازعة التي فصل فيها حكم المحكمين من اختصاص القضاء الإداري فإن محكمة القضاء الإداري هي المختصة بوقف تنفيذ حكم المحكمين بوصفها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عملاً بالمادتين ٧٦٢، ٧٦٥ من قانون المرافعات.

## الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع التحكيم نجد أن المشرع الليبي لم يضع قانون خاص بالتحكيم كما فعل المشرع المصري بإصدار قانون التحكيم وكذلك العديد من التشريعات العربية وترك الأمر بشأنه إلى ما ورد في قانون المرافعات باعتباره القانون العام وما نصت عليه المادة ٨٣ من لائحة العقود الإدارية الصادرة في سنة ٢٠٠٧.

ولما للتحكيم من خصائص يتميز بها عن القضاء العادي فهو لا يتقيد بقواعد القانون الإجرائية والموضوعية ويطبق المحكمين القواعد التي يتفق عليها الأطراف ويتنوع التحكيم حسب موضوع النزاع فقد يكون تجارياً أو مدنياً أو إدارياً كما يمتاز بسرعة الفصل في النزاع على خلاف سير الدعوى أمام القضاء فالتطور في المعاملات الاقتصادية الدولية واتساع آفاق التبادل التجاري بين الدول وهو ما يتسم به هذا العصر أدى إلى ظهور العديد من المنازعات وهو ما يتطلب من المشرع الليبي بإصدار قانون خاص بالتحكيم.

والله الموفق

## قائمة المراجع

### اسم المرجع:

- |   |                               |
|---|-------------------------------|
| ١- قانون علم القضاء التنظيم القضائي الليبي      | د. الكوني عبودة               |
| ٢- العقود الدولية                               | د. محمد حسين منصور            |
| ٣- شرط التحكيم                                  | د. عبد الباسط محمد عبد الواسع |
| ٤- التحكيم في القوانين العربية                  | د. أحمد أبو الوفاء            |
| ٥- قضاء التحكيم                                 | د. منير عبد المجيد            |
| ٦- التحكيم كوسيلة لفض المنازعات                 | د. أحمد عبد الحميد عشوش       |
| ٧- النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي     | د. حفيظة السيد الحداد         |
| ٨- مجلة التحكيم العربي - العدد الثامن عشر       | د. بحوث                       |
| ٩- مجلة الحقوق للبحوث الثانوية العدد الأول ٢٠٠٩ | الإسكندرية بحوث               |
| ١٠- مجلة المحامي                                | طرابلس بحوث                   |
| ١١- فض المنازعات بالتحكيم                       | بحث                           |
| ١٢- موسوعة أحكام المحكمة العليا الليبية         | منشورات المحكمة العليا        |
| ١٣- قانون المرافعات الليبي                      | تشريعات                       |
| ١٤- القانون المدني الليبي                       | تشريعات                       |



## البيان الختامي للملتقى العلمي الثالث للاتحاد العربي للقضاء الإداري

عقد الإتحاد العربي للقضاء الإداري الملتقى العلمي الثالث تحت عنوان «التحكيم في العقود الإدارية»، يومي الأحد والإثنين الموافقين ٢٩ و ٣٠ أبريل سنة ٢٠١٩، بدولة الكويت، وذلك بالتعاون مع المجلس الأعلى للقضاء ومعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية وتحت رعاية كريمة من معالي المستشار الدكتور/ فهد محمد محسن العفاسي - وزير العدل ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت.

حيث افتتح سيادته فعاليات الملتقى مع السيد المستشار/ أحمد عبد العزيز أبو العزم رئيس مجلس الدولة المصري، ورئيس الاتحاد العربي للقضاء الإداري، وبحضور السيد المستشار/يوسف جاسم المطاوعة - رئيس المجلس الأعلى للقضاء ورئيس محكمة التمييز والمحكمة الدستورية بالكويت ولفيف من المسؤولين ورجال القضاء والقانون بدولة الكويت.

وعقد الملتقى جلساته الثمان بحضور السادة رؤساء المجالس القضائية العليا العربية ولفيف من السادة قضاة الدول العربية وقضاة السلطة القضائية بالكويت.

وتناول الملتقى خلال جلساته التعريف بالتحكيم في العقود الإدارية، والموقف الفقهي والقضائي من جواز اللجوء للتحكيم فيها، والتطور الذي لحق بتلك المسألة، وتناول أيضاً إجراءات التحكيم، وأشكال اتفاق التحكيم، وتطرق الملتقى للتحكيم في العقود الإدارية الدولية، والقانون الواجب التطبيق، وحجية أحكام هيئات



التحكيم أمام المحاكم الوطنية، وأخيراً تناول الملتقى طرق الطعن على أحكام هيئة التحكيم.

وناقش المشاركون في الملتقى البحوث العلمية والفكرية المقدمة، وقد شهد النقاش إثراءً علمياً تطبيقياً حول محاوره المختلفة من واقع تطبيقي لكل الدول العربية المشاركة، وانتهى الملتقى إلى التوصيات الآتية:

١- إعداد مشروع قانون نموذجي استرشادي منظم للتحكيم في العقود الإدارية يحتذى به في الدول العربية وفقاً للتشريعات الداخلية لكل دولة.

٢- تشكيل لجنة متخصصة مهمتها إعداد مشروع مدونة استرشادية لإجراءات وأحكام التحكيم، تعمم على الدول العربية للاستعانة بها حال لجوئها للتحكيم، وللجنة عقد ورش عمل والاستعانة بمن تراه من المتخصصين لإتمام إنجاز مشروع المدونة في أقرب وقت.

٣- عقد دورات تدريبية وتأهيلية للقائمين على إعداد وصياغة العقود الإدارية بالدول العربية، والاستعانة بالخبراء المتخصصين عند صياغة العقود الإدارية.

٤- تدريس مادة العقود الإدارية والتحكيم فيها في كليات القانون والشريعة بالدول العربية، والمعاهد المتخصصة.

٥- ينشئ الاتحاد العربي للقضاء الإداري مركزاً للتحكيم للنظر في منازعات العقود الإدارية.

٦- إيفاد القضاة من الدول العربية لدراسة أحدث نظم التحكيم في الدول الأخرى والوقوف على المستجدات في هذا الشأن.

٧- تبادل المعلومات والأحكام والخبرات بين الدول الأعضاء بالاتحاد فيما يتعلق بموضوع الملتقى.

٨- إنشاء لجنة مشتركة لمتابعة تنفيذ التوصيات وعرض تقرير بذلك على الجمعية العامة للاتحاد في أول دور انعقاد لها.

وفي الختام وجه الحاضرون عميق شكرهم لمعالي المستشار الدكتور/ فهد محمد العفاسي وزير العدل ووزير الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت راعى الملتقى، ولمعالي المستشار/ يوسف جاسم المطاوعة رئيس المجلس الأعلى للقضاء ورئيس محكمة التمييز والمحكمة الدستورية بالكويت على حسن الاستقبال وكرم الضيافة، كما أثنى الحاضرون على التنظيم الرائع والمشرف من جانب معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، والجهود التي بذلها مسؤولو المعهد وعلى رأسهم سيادة المستشار/ عويد ساري الثويمر مدير المعهد ونوابه ومعاونيه، وهو أمر ليس بمستغرب على دولة الكويت التي كانت وستظل أكبر الداعمين للعمل العربي المشترك بصفة عامة، وللاتحاد العربي للقضاء الإداري بصفة خاصة.

والله الموفق.

أمين عام الاتحاد

المستشار/ محمد محمود رسلان

نائب رئيس مجلس الدولة المصري

رئيس مجلس الدولة المصري

رئيس الاتحاد العربي للقضاء الإداري

المستشار/ أحمد عبد العزيز أبو العزم



## الفهرس العام

٣		تقديم	١
٧		لائحة الاتحاد العربي للقضاء الإداري	٢
١١		برنامج الملتقى العلمي الثالث	٣
١٧	جمهورية مصر العربية	التحكيم وتطور الخلاف الفقهي والقضائي حول جوازه في العقود الإدارية أ. د. جابر جاد نصار	٤
٧٧	جمهورية مصر العربية	مدى مشروعية اتفاق التحكيم في العقود الإدارية مستشار/ د. برهان أمر الله	٥
٩١	جمهورية العراق	التحكيم في منازعات العقود الإدارية مستشار/ د. عبداللطيف نايف	٦
١٢١	الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	إجراءات التحكيم في العقود الإدارية مستشارة/ سمية عبدالصديق	٧
١٣٩	جمهورية مصر العربية	تطور قضاء التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية أ. د. أحمد صادق القشيري	٨
١٥٣	جمهورية مصر العربية	تنفيذ أحكام هيئات التحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك أ. د. أحمد صادق القشيري	٩
١٦٥	المملكة الأردنية الهاشمية	التحكيم في العقود الإدارية	١٠
١٧٥	المملكة المغربية	أشكال اتفاق التحكيم مستشار/ عبدالإله حنين	١١
١٨٥	دولة الكويت	التحكيم في المنازعات الإدارية بدولة الكويت	١٢
١٩٧	جمهورية مصر العربية	أشكال اتفاق التحكيم	١٣

## الفهرس العام

٢٠٩	الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	طرق الطعن في أحكام هيئة التحكيم في العقود الإدارية مستشار/ السيد ميسوري اعمار	١٤
٢٢٣	سلطنة عُمان	رقابة القضاء الإداري على أعمال المحكمين المستشار/ سعيد بن خلف التوبي المستشار/ عقيل بن سالم الشريف	١٥
٢٥١	دولة ليبيا	التحكيم في منازعات العقود الإدارية المستشار/ سالم الأمين بالقاسم	١٦
٢٨١	جمهورية العراق	تنفيذ القرار التحكيمي في القانون العراقي أ. د. علي فوزي الموسوي	١٧
٢٩٣	جمهورية السودان	التحكيم في العقود الإدارية المستشار/ عبدالمنعم القنديل الحسن	١٨
٣٠١	الجمهورية الإسلامية الموريتانية	التحكيم في العقود الإدارية بين المنع والجواز المستشار/ ختار سيد إبراهيم	١٩
٣١٥	مملكة البحرين	التحكيم في العقود الإدارية المستشار/ جمعة عبدالله موسى	٢٠
٣٥٥	دولة ليبيا	اتفاق التحكيم المستشار/ محمد أبو عجيلة دياب	٢١
٣٧٥		البيان الختامي للملتقى الثالث للاتحاد العربي للقضاء الإداري	٢٢



[www.kijs.gov.kw.com](http://www.kijs.gov.kw.com)



[kijs\\_gov\\_kw](https://twitter.com/kijs_gov_kw)



[kijs.kw](https://www.instagram.com/kijs.kw)



[kijs.kw](https://www.snapchat.com/add/kijs.kw)



[kijs.gov.kw@gmail.com](mailto:kijs.gov.kw@gmail.com)

دولة الكويت  
الطبعة الأولى 2018 - 2019

