



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية المحلية والدولية
(دراسة مقارنة)

أحمد ياسين محمود عساف

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1438هـ / 2017م

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية المحلية والدولية

(دراسة مقارنة)

إعداد

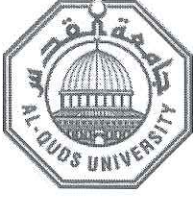
أحمد ياسين محمود عساف

بكالوريوس حقوق من جامعة القدس أبو ديس

المشرف الرئيس: أشرف الأعور

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الحقوق من دائرة
القانون / كلية الدراسات العليا / جامعة القدس

1438هـ / 2017م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
كلية القانون

إجازة الرسالة

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية المحلية والدولية
(دراسة مقارنة)

إسم الطالب: أحمد ياسين محمود عساف
الرقم الجامعي: 20812497
المشرف: د. أشرف الأعور

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2 / 7 / 2017 من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة
أسمائهم وتوقيعهم:

التوقيع:
التوقيع:
التوقيع:

1. رئيس لجنة المناقشة: د. أشرف الأعور
2. الممتحن الداخلي: د. محمد عمارنة
3. الممتحن الخارجي: د. عبد الناصر أبو سمهدانة

القدس - فلسطين

1438 هـ / 2017 م

إهداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره

أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائله

فأظهر بسماحته تواضع العلماء

وبرحابه سماحة العارفين.

إقرار

أقر أنا مقدم الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس بهدف الحصول على درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء بما تم الإشارة إليه، وأن هذه الرسالة لم يقدم أي جزء منها لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

التوقيع: 

أحمد ياسين محمود عساف

شكر وتقدير

لا يسعني بعد الانتهاء من إعداد هذا البحث إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى

أستاذي الفاضل

الدكتور أشرف الأعور

الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث وقدم لي كل النصح والإرشاد طيلة فترة الإعداد فله مني كل الشكر والتقدير.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر لأساتذتي الكرام في كلية الحقوق في جامعة القدس والذين كان لهم الفضل في وصولي إلى إعداد هذا البحث، فلهم كل الاحترام والتقدير .

ملخص الرسالة

هدفت هذه الدراسة إلى بيان مشروعية التحكيم في العقود الإدارية المحلية والدولية، وقد قام الباحث في الفصل التمهيدي ببيان ماهية العقد الإداري وأنواعه ومعياري تمييزه عن العقود الأخرى. ومن ثم تناول الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية في الدول ذات النظام القضائي المزدوج والدول ذات النظام القضائي الموحد، ومن ثم تعرض لبطلان العقد ودعوى التعويض.

وفي الفصل الأول قام الباحث بالتطرق للتحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات القانونية، فقام بتعريفه وبيان طبيعته القانونية وما يشابهه معه، وبيان مشروعية التحكيم في العقود الإدارية المحلية، حيث بين الاتجاهين السائدين في التحكيم؛ الأول الذي لا يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، والثاني الذي يفرق بينهما، وبين الاتجاهين المعارض والمؤيد للتحكيم في عقود الدولة الداخلية.

وفي الفصل الثاني من الرسالة قام الباحث ببيان موقف التشريعات من التحكيم في العقود الإدارية الدولية، حيث بين التنازلات التي قامت بها الدول في تشريعاتها من أجل تسهيل عملية الاستثمار الأجنبي فيها، وسمحت العديد من الدول بالتحكيم في المنازعات في العقود الإدارية الدولية التي تقوم بها ولم تسمح بالتحكيم في العقود الإدارية الداخلية، مثل فرنسا ومصر، وقيدته الحكومة المصرية بضرورة موافقة الوزير الشخصية أو من ينوب عنه على الموافقة على إدراج شرط التحكيم.

وفي النهاية تبين أن التحكيم انتشر بصورة كبيرة على الرغم من أنه يخالف مبادئ القانون الإداري، وبالرغم من أنه يسلب شيئاً من سيادة الدولة الطرف المتعاقد.

Abstract

Jurisdiction of arbitration in local and international administrative contracts (A comparative study)

Prepared by: Ahmad Yaseen Assaf

Supervisor: Dr. Asharaf Al-Awar.

This study aimed to Mushar statement consciousness arbitration in domestic and international management contracts, the researcher has made a statement of what the administrative contract and standard types and distinguish it from other contracts. And then eat jurisdiction in disputes administrative contracts in dual judicial system and countries with unified judicial system states, and then subjected to the invalidity of the contract and the compensation claim.

At the end of the chapter, the researcher for arbitration as an alternative means to resolve legal disputes, so he defined and the statement of the legal nature and similar to him.

In the next chapter, the researcher addressing the jury in the local administrative contracts, where the directions prevailing in the arbitration, the first which does not differentiate between domestic arbitration and international arbitration, and the second, which differentiates between them, and the way the opposition and pro-arbitration in the internal state contracts.

In the last chapter of the letter, the researcher a statement on the position of legislation of arbitration in international administrative contracts, where the concessions made by the states in the legislation in order to facilitate foreign investment in the process, and allowed many states to arbitration in disputes in international administrative contracts carried out did not allow Arbitration in the internal administrative contracts, such as France and Egypt, and the Egyptian government has been constrained by the need for personal approval minister or his deputy to agree to the inclusion of the arbitration clause.

In the end, showing that arbitration has spread dramatically even though it violates the principles of administrative law, and although it is something to take away from the sovereignty of the state of the Contracting Party.

فهرس المحتويات

أ	إقرار	1
ب	شكر وتقدير	1
ج	ملخص الرسالة	1
1	مقدمة:	1
2	مشكلة البحث	2
2	أهمية الدراسة	2
3	أهداف الدراسة	3
3	منهج الدراسة	3
5	الفصل التمهيدي	5
5	مقدمة	5
6	المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري ومعياري تمييزه	6
7	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري في القانون والقضاء	7
8	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري لدى فقهاء القانون	8
9	الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري في القضاء	9
9	المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الإداري	9
10	الفرع الأول: أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً	10
10	الفرع الثاني: أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً	10
12	الفرع الثالث: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة	12
14	المبحث الثاني: أنواع العقود الإدارية في فلسطين	14
14	المطلب الأول: عقد الامتياز	14
14	الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز وأطرافه	14
15	الفرع الثاني: مزايا عقد الامتياز وعيوبه	15
16	الفرع الثالث: صور عقد الامتياز	16
16	الفرع الرابع: الإطار القانوني الناظم لعقد الامتياز	16
17	المطلب الثاني: العقود الإدارية التي نظمها القانون الفلسطيني	17
17	الفرع الأول: عقد الأشغال العامة: قانون العطاءات للأشغال الحكومية العامة رقم 6 لسنة 1999	17

18	الفرع الثاني: عقد التوريد: قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 والمعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2004
19	الفرع الثالث: عقد القرض العام
21	الفرع الرابع: عقد بيع وإيجار المواد العامة
22	المبحث الثالث: الاختصاص القضائي في منازعات العقود الادارية.
22	المطلب الأول: الاختصاص القضائي في نظم القضاء المزدوج والقضاء الموحد
22	الفرع الأول: نظم القضاء المزدوج (فرنسا ومصر)
25	الفرع الثاني: نظم القضاء الموحد (الاردن وفلسطين)
28	المطلب الثاني: القضاء الكامل في منازعات العقود الادارية.
30	الفصل الأول
30	ماهية التحكيم ومدى جوازه في العقود الإدارية المحلية
30	مقدمة
31	المبحث الأول: التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات القانونية
32	المطلب الأول: تعريف التحكيم والطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم
32	الفرع الأول: تعريف التحكيم وماهيته
35	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم
39	المطلب الثاني: صور التحكيم وتمييزه عن الصور المشابهة به.
39	الفرع الأول: صور التحكيم
44	الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الصور المشابهة به.
51	المبحث الثاني: مسوغات الخلاف في اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.
52	المبحث الثالث: عدم جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.
52	المطلب الأول: تعارض التحكيم في عقود الدولة مع سيادتها.
53	المطلب الثاني: التحكيم في عقود الدولة يعتبر اعتداءً على اختصاص القضاء الإداري
56	المطلب الثالث: التحكيم في عقود الدول يتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري
59	المبحث الرابع: جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية المحلية
59	المطلب الأول: الاتجاه الذي لا يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي
61	المطلب الثاني: الاتجاه الذي يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي
63	المبحث الخامس: مقارنة بين الإتجاهات الفقهية حول اللجوء الى التحكيم والحالة الفلسطينية.
70	الفصل الثاني

70	مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
70	مقدمة.
71	المبحث الأول: التعريف بالعقد الإداري الدولي ومعياري تمييزه.
71	المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الدولي.
73	المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الدولي.
73	الفرع الأول: في الفقه.
75	الفرع الثاني: في القضاء.
77	المبحث الثاني: موقف القضاء من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.
77	المطلب الأول: موقف القضاء الفرنسي.
81	المطلب الثاني: موقف القضاء المصري.
84	المطلب الثالث: موقف القضاء الفلسطيني.
85	المبحث الثالث: موقف الفقه والقانون الفلسطيني والقوانين المقارنة من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.
85	المطلب الأول: موقف المشرع والفقه الفرنسي.
87	المطلب الثاني: موقف المشرع والفقه المصري.
93	المطلب الثالث: موقف المشرع الفلسطيني من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
94	المبحث الرابع: إشكالية القانون الواجب التطبيق عند اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الدولية.
95	المطلب الأول: تطبيق قانون الإرادة.
95	الفرع الأول: الإرادة الصريحة.
99	الفرع الثاني: الإرادة الضمنية.
101	المطلب الثاني: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.
104	المطلب الثالث: تطبيق القانون الدولي العام.
104	الفرع الأول: تطبيق القانون الدولي العام استناداً إلى إرادة الأطراف المتعاقدة.
105	الفرع الثاني: تطبيق القانون الدولي العام استناداً لطبيعة العقد الذاتية.
106	الفرع الثالث: تطبيق القانون الدولي العام على العقد باعتباره معاهدة.
107	المطلب الرابع: تطبيق المبادئ العامة للقانون.
109	الخاتمة.
113	المصادر والمراجع.

124 الملحق
124 الملحق رقم (1) نموذج اتفاق تحكيمى
127 الملحق رقم (2) الحكم التحكيمى . قرار تحكيمى اعدادى
130 الملحق رقم (3) الشرط التحكيمى - الصيغة الاولى
131 الملحق رقم (4) الشرط التحكيمى-الصيغة الثانية
133 الملحق رقم (5) طلبات اللجوء إلى التحكيم
135 الملحق رقم (6) محضر تمديد مهلة التحكيم
137 الملحق رقم (7) نموذج اتفاق تحكيمى
140 الملحق رقم (8) نموذج شرط تحكيمى خاص
143 الملحق رقم (9) نموذج لشرط التحكيم الوارد في العقد
144 الملحق رقم (10) وثيقة مهمة التحكيم
146 الملحق رقم (11) نموذج لاتفاقية التحكيم باللغة الانجليزية

مقدمة:

التحكيم هو إتجاه إرادة المتنازعين وفعلهما في إختيار طرف محايد للفصل فيما نشأ بينهما من خلاف أو نزاع ويرضيان مقدماً القبول بحكمه. وهو فعل الطرف المحايد الذي إختاره المتنازعان للفصل في نزاعهما وقيامه بالحكم في النزاع المطروح عليه.

فالتحكيم يتمثل في سلسلة متتالية من الأعمال تبدأ بإختيار المتنازعين للطرف المحايد وتكليفه بمهمة الفصل في نزاعهما مع قبولهما ورضاهما مقدماً على النزول على ما يراه هذا الطرف المحايد من حلّ قانوني أو عادل لفصل النزاع، بالإضافة إلى قبول هذا الطرف لهذه المهمة وتحريره لوقائع النزاع وقواعد القانون والعدالة الواجبة التطبيق عليه لينتهي بحكم يجسد القانون.

وهكذا يكون التحكيم مساراً للفصل في النزاعات وتحقيق العدالة إلى جانب مسار القضاء ولكنه مسار إتفاقي.

وقد إنقسم الفقه في تحديد طبيعة التحكيم فقسم من أصحاب النظرية الأحادية اعتبره ذو طبيعة تعاقدية فيما اعتبره القسم الآخر ذو طبيعة قضائية.

أما أصحاب النظرية الثنائية فقد اعتبروا التحكيم حقيقة ممتدة في الزمن يبدأ في إتفاق التحكيم وتنتهي بصدور أمر التنفيذ لحكم المحكم.

لكن البعض اعتبره قضاء. لكنه قضاء إتفاقي، إذ أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قاضيه، ويجعلون له سلطة الفصل في النزاع، وقراره يكون حكماً قضائياً ويحوز حجية الأمر المقضي في مواجهة الخصوم لا يقبل الطعن فيه شرط إلتزامه بنصوص عقد التحكيم، وبالقواعد القانونية التي يفرض عليه النظام القانوني الإلتزام بها وإلا فإن حياده عنها يجعل حكمه عرضة للطعن، طعناً لا يمسّ سلطته المطلقة في حسم النزاع وإنما يتوجّه إلى مخالفته لإتفاق التحكيم أو لأحكام القانون¹.

¹ د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال. التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. الطبعة الأولى 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ص 49.

مشكلة البحث

التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع القائم أو المحتمل - على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه وقبول قراره بشأنه وقد كان التحكيم هو الوسيلة السياسية لفض النزاعات قبل نشأة الدولة فلما ظهرت الدولة وقويت شوكتها أصبحت سلطتها القضائية هي المختصة بالفصل في كافة المنازعات التي تقع على أرضها غير أن المشرع أقر التحكيم ونظم قواعده تخفيفاً على كاهل القضاء ، واحتراماً لإرادة الخصوم الذين يفضلون التحكيم نظراً لما يحققه من مزايا أهمها سرعة الفصل في المنازعات ، وقلة التكاليف ، والسرية ، والخبرة في مجال المنازعة ، لأطراف النزاع والدولة بأعترافها بالتحكيم وإجازتها له قانوناً ، أما تترك - بإرادتها قدراً من ولاية القضاء للمحكّمين. وتتلخص مشكلة البحث في ماهية مشروعية التحكيم في العقود الإدارية المحلية والدولية في القانون الفلسطيني وما يقابله في القوانين المصرية والأردنية؟

ومن خلال مشكلة الدراسة تبرز الأسئلة الآتية:-

1. كيف يكون الإلتجاء إلى التحكيم؟
2. ما الذي يحدد الشخصية الاعتبارية للمحكم؟
3. هل يؤثر التحكيم على سيادة الدولة والقانون؟

أهمية الدراسة

سنقوم هذه الدراسة ببيان ما يلي:-

1. ماهية العقد الإداري المحلي والدولي
2. بيان ماهية التحكيم وكيفية اللجوء إليه وماهية المحكم.
3. شروط صحة اتفاق التحكيم
4. الاتفاقيات الدولية في العقود الإدارية الدولية.

أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة إلى بيان ماهية التحكيم المحلي والدولي في القانون الفلسطيني، ومدى جواز اللجوء إليه في تحكيم العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة، سواء كانت العقود محلية أو دولية.

منهج الدراسة

سيقوم الباحث باستخدام المنهج الوصفي التحليلي حيث أنه سيقوم بدراسة الكتب والقوانين المتعلقة بالتحكيم في العقود المحلية والدولية وتحليلها والكتابة عنها.

حدود الدراسة

الحدود المكانية: فلسطين

الحدود الزمانية: 2017

مخطط الدراسة

الفصل التمهيدي

المبحث الأول: مفهوم العقد الاداري ومعيار تمييزه

المبحث الثاني: انواع العقود الادارية في فلسطين

المبحث الثالث: الاختصاص القضائي في منازعات العقود الادارية.

الفصل الأول: ماهية التحكيم ومدى جوازه في العقود الإدارية المحلية

المبحث الأول: التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات القانونية

المبحث الثاني: مسوغات الخلاف في اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثالث: عدم جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الرابع: جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية المحلية

المبحث الخامس: مقارنة بين الإتجاهات الفقهية حول اللجوء الى التحكيم والحالة الفلسطينية .

الفصل الثاني: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

المبحث الأول: التعريف بالعقد الإداري الدولي ومعياري تمييزه

المبحث الثاني: موقف القضاء من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

المبحث الثالث: موقف الفقه والقانون الفلسطيني والقوانين المقارنة من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

المبحث الرابع: إشكالية القانون الواجب التطبيق عند اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية الدولية

الخاتمة

الفصل التمهيدي

مقدمة

إن التحديات التي تواجهها العدالة وتحقيقها تكثر بفعل التحولات السريعة التي يشهدها الواقع الفلسطيني وسياسة تبني اقتصاد السوق وانفتاحه على القطاع الخاص وإبرام الشركات العالمية والدولية مشاريع اقتصادية هامة فيه. والقضاء منذ القدم هو الوسيلة الأساسية لحل النزاعات، غير أن تطور الظروف التجارية والاستثمار الداخلي والخارجي أدت إلى ظهور وسائل أخرى لحسم المنازعات، وبذا ظهر التحكيم، والذي كان قديماً يعرف بالوساطة وفي فرنسا قديماً عرف بمفهوم المصالحة، ويعد التحكيم من أهم الوسائل البديلة للقضاء وحظي باهتمام كبير في مختلف الأنظمة القانونية، ولما كان من غير المعقول تصور الحياة بدون نزاعات، كذلك لا يمكن تصور نزاع بدون حل وعلى هذا الأساس عمل الإنسان منذ الأزل على البحث عن أحسن السبل للفصل في هذه النزاعات مع مراعاة قواعد العدالة والإنصاف، وإذا كانت النزاعات تحل مبدئياً بواسطة السلطة القضائية بعد أن ولي عهد العدالة الخاصة، إلا أن القانون لم يجعل سلوك طريق القضاء إلزامياً، على الخصوم للفصل في منازعاتهم، بل أجاز لهم قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها أو أثناء السير فيها أمام محكمة أولى أو ثانية أو حتى أمام محكمة النقض، اللجوء إلى وسائل أخرى لحل المنازعات.

والعقود الإدارية منها ما هو محلي، ومنها ما هو ذات الطابع الدولي والذي يعتبر وسيلة للمبادلات التجارية والاقتصادية عبر الحدود، وهي عقود متنوعة بتتوع موضوعاتها، فهناك عقود تقليدية، وعقود الأشغال والتجهيز والتوريد، وبناءً على ذلك فإن الصبغة القانونية التي تربط هذه العقود ترتبط بأنظمة قانونية أخرى، وتتعدى القانون الداخلي فتصبح ذات صبغة دولية.² وهنا ينبع الغرض من التحكيم؛ فالغرض منه فصل المنازعات في فترة زمنية هي أقل من تلك التي يحتاج إليها القضاء عادةً لفصل المنازعات المعروضة عليه. وبمعنى آخر فإن التحكيم وسيلة بديلة لحسم النزاع بأسلوب خاص بديل للقضاء، فهو يسهم في إنهاء النزاع بوقت قصير، فضلاً عن أنه يساير التطورات الحديثة التي لحقت ببعض المنازعات العقدية، سواء كانت ناجمة عن عقود القانون الخاص التي ترممها الإدارة، أم عن عقود الأشغال العامة المتعلقة بتنمية التجارة الدولية. ففي مثل هذه الأحوال يغدو اللجوء إلى التحكيم أمراً مهماً. هذا فضلاً عن نظرة الريبة لدى المستثمر من إمكانية انحياز القضاء الوطني لصالح الدولة.

² د. فؤاد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 169-170.

وأدى الاتساع الحاصل في المعاملات الاقتصادية وحاجة الدول لجذب رؤوس أموال أجنبية، وتشجيع الاستثمار إلى تحديث أساليب الإدارة في حل نزاعاتها بشكل يضمن توافر المرونة والسرعة، وبالتالي فرض عليها اللجوء للتحكيم كوسيلة حديثة لحل النزاعات المرتبطة بالأشخاص المعنوية العامة، حيث أنهم يلجأون للعقود الإدارية كأهم آلية قانونية لتنفيذ البرامج والمشاريع الوطنية والمحلية، ومن الطبيعي أن تنشأ خلافات بين الطرفين، الأمر الذي يحتم الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية كنظام قضائي استثنائي، يوفر السرعة، والبساطة والمرونة، وبموجبه يتم إخراج منازعات العقود الإدارية من ولاية القضاء الإداري ليتم حلها بطريقة التحكيم بناءً على نص قانوني يجيز ذلك³.

وسيتم في هذا الفصل بيان مفهوم العقد الإداري ومعيار تمييزه في المبحث الأول، وأنواع العقود الإدارية في فلسطين في مبحث ثاني، والاختصاص القضائي في المنازعات الإدارية في مبحث ثالث.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري ومعيار تمييزه

تقوم الإدارة باستخدام وسائل عدة في سبيل تسيير أمورها القانونية، منها ما يتوقف على إرادتها المنفردة وهو ما يعرف بالقرار الإداري، ومنها ما تلجأ فيه الإدارة إلى التعاون مع فريق آخر لإشباع الحاجات العامة عبر عقد يبرم مع ذلك الفريق. والعقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد قد تأخذ طابع العقد العادي الخاضع لنظام القانون الخاص، وتتساوى فيه الإدارة مع الفريق المتعاقد معه، وقد تأخذ طابعاً مميزاً يظهر الإدارة بسلطتها وسطوتها، مملية شروطها مع المتعاقد معها، وهذا ما يطلق عليه وصف العقد الإداري⁴.

في هذا المبحث سيتم بيان مفهوم العقد الإداري في القانون والقضاء وذلك في المطلب الأول، ومعيار تمييز العقد الإداري في مطلب ثاني.

³ سعيد الستاتي وآخرون، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة البرلمان، مايو 2014، وذلك عن الرابط الإلكتروني:

<http://www.barlamane.com>

⁴ صفاء السولميين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، جامعة اليرموك، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، الأردن، 2015، ص179.

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري في القانون والقضاء

إن العقد الإداري تلجأ إليه الإدارة في كثير من الأحيان وذلك من أجل التعاقد مع الأشخاص أو الهيئات أو المنشآت الخاصة أو غير ذلك، ولكن ذلك العقد لإرتباطه بالإدارة أو المرفق العام فكان واجباً إنطباق عليه القانون الإداري وأحكامه، فما هو العقد الإداري؟

تقوم نظرية العقد الإداري أساساً على تمكين الإدارة من تحقيق الصالح العام بواسطة التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقد الآخر على اعتبار أن هذا الأسلوب أنجح وأجدي من القرار الإداري في كثير من الحالات.

ويرى الدكتور أشرف الأعور بأن العقد الإداري مثله مثل العقد المدني إلا فيما يقتضيه العقد الإداري من ضمان سير وإدارة المرفق العام، وهو ما سار عليه القضاء في تقرير المعيار الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية.⁵

وأشارت إلى ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 2003/5/25 فقضت بأن "العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أن ما يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها"⁶.

ويرى البعض بأن العقد الإداري هو العقد المبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.⁷

ويعرف القضاء والفقهاء الإداريين العقد الإداري بأنه "عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر فيه نية الإدارة العامة للأخذ بأسلوب القانون العام عن طريق تضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص".⁸

⁵ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015، ص20.
⁶ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 10367 لسنة 47 ق بتاريخ 2003/12/25. انظر: د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص17.
⁷ د. شريف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص17.
⁸ د. بكر القباني، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة وقراراتها وعقودها، دار النهضة العربية، القاهرة، غير متوفرة سنة النشر، ص161-165.

ورغم وضوح هذا التعريف فإن واقع العقد الإداري يفصح عن غموض كبير في كل محاولة لتحديده، إلا أن التشريع والاجتهاد القضائي كمرجعين يحوان هذا الغموض بواسطة المعيارين الموضحين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري لدى فقهاء القانون

إن أي محاولة لتعريف العقد الإداري تقتضي الأخذ بالاعتبار خاصيتي السلطة العامة والمصلحة العامة، "ويمكن القول بأن العقد الإداري هو ذلك العمل القانوني الذي تتدخل بواسطته الإدارة في مجال ممارستها لنشاطها، الذي يختلف عن باقي الأعمال الإدارية الأخرى انطلاقاً من كونه يقوم على أساس نسبية هيمنة السلطة العمومية نتيجة طابعه التعاقدية، وانطلاقاً من انفرادة بخصوص لا مثيل لها في مجال علاقات التعاقد القائمة بين الخواص".⁹

وعرفه الدكتور سليمان الطماوي على أنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، آية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية، وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"¹⁰.

وهناك من يرى بأن العقد الإداري مثله مثل العقد المدني إلا فيما يقتضيه العقد الإداري من ضمان سير وإدارة المراق العامة وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه الامتيازات المقررة للإدارة في العقود الإدارية¹¹.

ويرى الباحث أن العقد الإداري ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام.

⁹ د. محمد كرامي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، ط1، 2000م، ص246.
¹⁰ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 2011، ص15.
¹¹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص20.

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري في القضاء

لم يختلف القضاء عن الفقه في تعريف العقد الإداري فعرفه بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"¹².

ويؤخذ من قرار المحكمة الدستورية المصرية العليا تعريفاً له من حكمها الصادر في القضية رقم 7 لسنة 1ق بجلسة 1980/1/19 على أنه "يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه، وإن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروطاً استثنائية بالنسبة إلي روابط القانون الخاص"¹³.

واستقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على تعريف العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نية من الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شرطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"¹⁴.

يرى الباحث من خلال التعريفات السابقة أنها أوضحت فكرة العقد الإداري والأركان التي يقوم عليها، وأن على الرغم من اختلاف صيغتها، إلا أنها تجمع على أن العقد الإداري يكون طرفه شخصاً عاماً يتصل بمرفق عام باستخدام وسائل القانون العام.

المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الإداري

يتميز العقد الإداري عن العقود الأخرى بمعايير سيتم بيانها في الأفرع الآتية، ويقصد بالمعيار قانونياً، بأنه ما يدل على تحديد المصطلح القانوني تحديداً قانونياً، والتمييز بينه وبين ما يشابهه،

¹² حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 1067 لسنة 25 قانونية، الصادر بتاريخ 1973/3/18، ونفسه في لنفس المحكمة في الطعن رقم 6258 لسنة 45 قانونية بتاريخ 2005/11/24. أنظر: د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015، ص17-18. وقرارات المحكمة الإدارية العليا، " في القضية رقم 576 لسنة 11 ق.ع جلسة 30 / 12 / 1967 - وحكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 779 لسنة 10 ق جلسة 24 / 2 / 1957. وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 647 في 23 / 10 / 1956

¹³ المحكمة الدستورية المصرية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم 7 لسنة 1ق بجلسة 1980/1/19.

¹⁴ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، "دراسة مقارنة"، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015، ص17-18.

والأركان الثلاث التي لا يمكن أن يوجد العقد إلا بها، وكل واحد منها يعتبر ركناً من أركان العقد الإداري، وهي:-

الفرع الأول: أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً.

فيجب أن يكون طرف العقد أو كلاهما شخصاً من أشخاص القانون العام، وتشمل أشخاص القانون العام الدولة والمحافظات والهيئات المحلية والمؤسسات والمصالح والشركات العامة، ويستوي أن يكون الطرف الآخر شخصاً معنوياً خاصاً أو فرداً. ويجب أن يظل الشخص المعنوي محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، فلا يكفي إبرامه، فإن فقد شخصيته المعنوية أثناء تنفيذ العقد أصبح العقد مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني.¹⁵

وهناك حالتين يصبح العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص إدارياً رغم أن الإدارة لم تكن طرفاً فيه في حالة:-

الحالة الأولى:- أن يكون الشخص وكيلاً عن الإدارة في إبرام العقد، وهذا تطبيق لأحكام عقد الوكالة فيكون أثر العقد متجهاً إلى الجهة الإدارية كطرف أصيل، ونفس الشيء إن كان هناك تكليف صادر عن الإدارة.

الحالة الثانية: إذا قام الشخص الخاص بالتعاقد لحساب شخص عام، فالنتيجة المترتبة على العقد مآلها إلى الإدارة، ومناط العقد يستند إلى مضمونه وفحواه.¹⁶

ويرى الباحث أن هذا الركن مشتق من قاعدة أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم وتنظم نشاطات وأعمال السلطات والهيئات الإدارية، فلو لم يكن هناك طرف من الأطراف شخص معنوي عام لما عدّ العقد إدارياً.

الفرع الثاني: أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً.

يُعرّف المرفق العام على أنه مشروع يقوم على منفعة عامة تهيمن عليه السلطة العامة¹⁷. ويعرف أيضاً بأنه كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واطراد ويستعين بسلطات الإدارة من أجل تقديم حاجات عامه للجمهور بهدف تحقيق النفع العام والمصالح العام. ويوجد مدلولان للمرفق العام أحدهما شكلي أو عضوي ويقصد به المشروع أو المنظمة أو الهيئة

¹⁵ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2004م، ص19.

¹⁶ د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1973م، ص84.

¹⁷ د. محمود حافظ، نظرية المرفق العام، 1981م-1982م، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص16-21.

التي تنشئها الإدارة لإشباع حاجات عامة والثاني موضوعى وهو النشاط الذى تؤديه الأداره للجمهور من أجل إشباع حاجات عامة ويأخذ غالبية الفقه بالمدلولان معاً.¹⁸

وتبرز أهمية هذا الركن عندما لاحظ الفقه على الركن الأول (أن تكون الإدارة طرفاً في العقد) أنه غير كاف لإضفاء الصفة الإدارية على العقود التي تبرمها وإخضاعها لإحكام القانون العام؛ لأنه لا يعطي الإدارة الحق في اختيار أسلوب التعامل مع الأفراد، واختيار النظام القانوني الذي يحكم تصرفاتها القانونية، فهي تستطيع أن تلجأ إلى أسلوب القانون العام أو أسلوب القانون الخاص بحسب الأحوال، فليس هناك ما يمنع الإدارة القائمة على مرفق إداري من إبرام عقد من عقود القانون الخاص، لذا ظهر هذا الركن؛ وهو أن يتعلق العقد الإداري بمرفق عام.¹⁹ والمرافق العامة كثيرة ومتنوعة ومتطورة بتطور نشاط الدولة وازدياد تدخلها في حياة الجماعة، فهناك المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الصناعية والتجارية والمرافق الاجتماعية والمرافق النقابية، ثم هناك المرافق العامة الإجبارية بطبيعتها أو بنص القانون كالقضاء والأمن والمرافق التابعة للهيئات المحلية، وهناك المرافق الاختيارية والتي يترخص للإدارة القيام بها طبقاً لفهمها للمصلحة العامة ومبدأ المشروعات السائد، وهناك أنواع أخرى من المرافق يكشف عنها تطور المجتمع.²⁰

وهناك خلاف عند الفقهاء حول اصطلاح المرفق العام واستبداله بالسلطة العامة، واكتفائهم بشرطين لتمييز العقد الإداري، الأول والثالث، غير أن الدكتور سليمان الطماوي رجح إلى أن وضع السلطة العامة موضع المرفق العام في مجال تطبيق القانون الإداري هو وقوف عند الوسيلة دون اهتمام بالغاية، فالإدارة ليست غاية ولكنها وسيلة لتحقيق النفع العام، ولا يجب أن تغني فكرة النفع العام عن فكرة المرفق العام، لأن النفع العام هو المحرك لجميع نشاطات الدولة، ويشارك الأفراد فيها الإدارة في النفع. ويرى الطماوي أنه يجب التوسع في معنى المرفق العام مع الحفاظ على الشروط الثلاثة التي تميز العقد الإداري.²¹ ونحت المحكمة الدستورية العليا المصرية نفس المنحى.²²

¹⁸ د. شريف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص36.

¹⁹ د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1978م، ص513 وما بعدها.

²⁰ محمد أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية، المنارة، المجلد 12، العدد 3، فلسطين، 2006، ص127.

²¹ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، ط5، دار الفكر العربي بالقاهرة 1990م، ص84.

²² الحكم الصادر في 19/1/1980م، القضية رقم 7 لسنة 1 قضائية، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا، ص244. وهي ذات الصيغة التي رددتها المحكمة في حكمها الصادر في 29/6/1974م في القضية رقم 10 لسنة 4 قضائية وورد فيه (يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص)..

ومن حيث تسيير المرافق العامة فيقصد به توريد مواد أو تقديم خدمات أو عن طريق استخدام المرفق ذاته وذلك حسب طبيعة العقد الإداري، فقد حكمت محكمة القضاء الإداري المصرية على (.. إن المعيار المميز للعقود الإدارية هو في موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه..)²³.

ويرى الباحث بأنه مهما كان الجدل والخلاف الفقهي حول تحديد أساس قواعد القانون الإداري وهل هو فكرة السلطة العامة أو فكرة المرفق العام أو هو فكرة الكفاية في الوظيفة العامة أو فكرة النفع العام فإن القضاء الإداري في القانون المقارن يصر حالياً في أن يقيم ويؤسس قواعد القانون الإداري على فكرة المرفق العام ذلك أن المرفق العام بإعتباره كل مشروع تنشئه وتتولاه الدولة بنفسها أو تحت إشرافها ورقابتها لإشباع الحاجات العامة.

الفرع الثالث: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة.

تعرف الشروط الاستثنائية على أنها: تلك الشروط التي تقرر عدم المساواة بمنح الشخص العام مركزاً أعلى من المتعاقدين.²⁴

وعرفت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنها: (تلك الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة)²⁵.

ويرى الدكتور سليمان الطماوي أن هناك أفكاراً أساسية وقرائن يمكن الاستدلال منها على الشروط الاستثنائية، مثل الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، وكذلك الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، أو الإحالة إلى دفاتر شروط معينة، والتي تتضمن شروطاً استثنائية في مواجهة الغير، أو اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام، أو شرط جعل الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الإداري إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة، وهذا الشرط يعتبر العامل الحاسم في إبراز صفة العقد الإدارية.²⁶

²³ محكمة القضاء الإداري المصرية، الحكم رقم 779 لسنة 10 قضائية بتاريخ 1957/2/24م

²⁴ محمد جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2002م، ص25 وما بعدها.

²⁵ حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في 1963/2/25م، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، ص1225.

²⁶ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص89.

تهدف هذه الشروط الاستثنائية إلى تحقيق المصلحة العامة وذلك للوصول إلى أعلى جودة بأقل نفقة ممكنة. وتعتبر حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقد الإداري، ومن الأمثلة على هذه الشروط حق الإدارة في تعديل شروط العقد وحق الإدارة في إنهاء العقد، أو التنفيذ المباشر أو التنفيذ الجبري.²⁷

أما إذا تعاقد شخص معنوي عام ولم يتم في إبرام العقد أو تنفيذه على استخدام بعض وسائل القانون العام فإنه لا يمكن إضفاء الصفة الإدارية على العقد، ويحدث ذلك حين يتعاقد الشخص المعنوي العام بوصفه شخصاً عادياً فيخضع نفسه باختياره لأحكام القانون الخاص، وكثيراً ما تتطلب المصلحة العامة مثل هذه الصورة من التعاقدات الخاصة.²⁸

ويرى الباحث أن شروط إتباع وسائل القانون العام في العقد ليصير عقداً إدارياً يعتبر بحق الشرط الأساسي لإضفاء الصفة الإدارية على عقد ما، ويعد الضابط والمعيار القاطع في تحديد العقود الإدارية بطبيعتها وذلك لما يتضمنه القانون العام في قواعده المنظمة والمطبقة على العقود الإدارية من أساليب وشروط إستثنائية وغير مألوفة في عقد القانون الخاص.

²⁷ د. بكر القباني، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة وقراراتها وعقودها، دار النهضة العربية بالقاهرة، د. ت، ص 161- 165.
ود. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 89.
²⁸ محمد أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية، المرجع السابق، ص 130.

المبحث الثاني: انواع العقود الادارية في فلسطين

حيث سيتم التطرق على وجه التحديد الى خمسة عقود والشرح حول اساسها القانوني وذلك بتوزيعها على مطلبين، نخصص المطلب الأول لعقد الامتياز على حدة وذلك لاهميته ولتتابع القوانين الناظمة له وتشابكها منذ حقبة الانتداب البريطاني وما تبعها، والمطلب الثاني يبحث في العقود الادارية التي نظمها القانون الفلسطيني.

المطلب الأول: عقد الامتياز

يعدّ عقد الامتياز أهم العقود الإدارية المسماة، وهو إحدى الطرق التي تلجأ إليها الإدارة (أو الدولة) لإدارة مرافقها العامة. وتقوم الفكرة العامة لعقد الامتياز على أساس أن تعهد الإدارة الحكومية إلى شركة بإدارة مرفق معين على نفقتها، وتحت مسؤوليتها، بغرض تقديم الخدمات للمواطنين، مقابل الحصول على ثمن لهذه الخدمة المقدمة بطريقة معينة. ويوجد طرفان لعقد الامتياز؛ الإدارة، وهي الجهة الحكومية، وصاحب الامتياز أو حاملة، وهو شركة خاصة. وتحكم العلاقة بينهما مبادئ القانون الإداري ونصوص عقد الامتياز، والعلاقة بين حامل الامتياز وجمهور المنتفعين علاقة تحكمها القوانين والانظمة الأخرى غير الإدارية.

وتعتبر مشاركة القطاع الخاص في تمويل أو تحديث البنية التحتية لقطاع الخدمات العامة وإنشائها وإدارتها ليست بالجديدة في فلسطين، حيث منح الانتداب البريطاني عدداً من الامتيازات لشركات وأشخاص لإدارة مرافق عامة، وهو ما سارت عليه المملكة الاردنية الهاشمية أثناء توليها حكم الضفة الغربية، وأيضاً السلطة الوطنية الفلسطينية عند مجيئها²⁹.

الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز واطرافه

هناك عدة تعاريف لعقد الامتياز منها:-

"طريقة من طرق إدارة المرافق العامة تتمثل في عقد إداري ذي طبيعة خاصة يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق

²⁹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص27.

إنشاء وتسيير مرفق عام على نفقته الخاصة وعلى مسؤوليته لقاء منحه حق تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين تحت إشرافها ورقابتها³⁰.

ويعرف أيضاً بأنه عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين.³¹

إذا فعقد الامتياز كما يرى الباحث بأنه عقد تكليف من الجهة الادارية المختصة لفرد أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز الملتزم على مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المتبرعون لخدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع لهذا المرفق، وذلك وفقاً لشروط التي توضح له وذلك مقابل أداء خدمة عامة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح. ويطلق عليه أيضاً عقد الإلتزام بالمرفق العام ويمكن تعريفه أيضاً على أنه عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، لأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له لإستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح.

وكما بين الدكتور أشرف الأعور بأن عقد الامتياز هو مشروع يدار من قبل القطاع الخاص من حيث أن الموجودات تبقى في ملكية الدولة، لكن القطاع الخاص يعد مسؤولاً عن إدارة المشروع وضمان بقاء الموجودات الفعلية وصيانتها³².

أما أطراف عقد الإمتياز فهما القطاع العام والذي تمثله الدولة أو أحد إداراتها، والطرف الثاني وهو القطاع الخاص سواءً كان فرداً أو شركة خاصة.³³

الفرع الثاني: مزايا عقد الامتياز وعيوبه

هناك مزايا يحققها عقد الامتياز منها ما هو في صالح المرفق العام، مثل التخلص من النظام البيروقراطي في إدارة المرفق العام، وابتعاده عن التقلبات السياسية، ومنها ما هو لصالح الدولة

³⁰ علي خطار، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، الأردن، 1992، ص17.

³¹ د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1995، ص125-126.

³² د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص28.

³³ عمر حسبو، التطور الحديث لعقود إلتزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص67.

كالتخلص من التشغيل المباشر للمرفق وما يمكن أن ينجم عنه من مخاطر مالية، ومنها ما هو لصالح المنفعين في حصولهم على خدمات سريعة متطورة وبصورة مريحة.³⁴

أما العيوب؛ فقد تزيد النفقات المالية على الجمهور مقابل الانتفاع من خدمات المرفق العام، واحتمال أن تكون الخدمة سيئة في حال عدم رقابة الدولة على الشركة صاحبة حق الامتياز، وهناك احتمالية استخدام الامتياز كورقة ضغط ونفوذ سياسي خاصة إذا ما تم منحه لشركة أجنبية.³⁵

ويرى الباحث أن الدولة أو الإدارة يمكن أن تقوم بحماية المنفعين وتقديم الخدمات لهم على أحسن وجه وذلك بعد أن توكل مهمة تسيير بعض المرافق إلى هيئات خاصة تدير هذه المرافق تحت رقابة وإشراف الإدارة ووفقاً لشروط محددة مسبقاً.

الفرع الثالث: صور عقد الامتياز

إن صور عقد الامتياز تختلف باختلاف نطاقه الجغرافي، فقد يكون الامتياز وطنياً داخل الدولة أو على مستواها، وقد يكون على مستوى إقليمي، وقد يكون على مستوى هيئة محلية أو بلدية، ومثال على ذلك امتيازات الحدائق العامة داخل الحدود البلدية.³⁶

الفرع الرابع: الاطار القانوني الناظم لعقد الامتياز

إن الأهمية البالغة لمنح الإمتياز للقطاع الخاص وأثر ذلك على المواطنين جعل من العديد من الدول تحرص أن تتضمن دساتيرها نصوصاً صريحة بشأن المرافق التي تُدار عن طريق عقود الإمتياز، وآليات منح هذا العقد.

فقد نصت المادة (117) من الدستور الأردني على "كل امتياز يُعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم والمعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون"³⁷.

ونصت المادة (32) من الدستور المصري على "(... ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً).

³⁴ مهدي الجراف، الجوانب القانونية للخصخصة، جامعة الكوي، مجلة الحقوق، سنة 19، العدد 4، ديسمبر 1995، ص292.

³⁵ عبدالرحيم طه، دراسة حول عقد إمتياز المرافق العامة، المجلس التشريعي الفلسطيني، وحدة البحوث البرلمانية، رام الله، 2001، ص7.

³⁶ عساف الدعجة، الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة، المعهد القضائي الأردني، الأردن، 1996، ص55.

³⁷ المادة (117) من الدستور الأردني المعدل لعام 2011.

ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناءً على قانون...³⁸.

ونصت المادة (110) من الدستور الفلسطيني على "عقد القروض الخارجية ومنح الامتيازات والاستثمارات بناء على قانون ولا تسري إلا بمصادقة المجلس التشريعي عليها"³⁹.

يتبين مما سبق أن آلية منح الامتياز يجب أن تتم إما بالتصديق على عقد الامتياز الممنوح للشركة عن طريق قانون يصدر عن البرلمان. وهذا يبين أن الامتياز لا يكون قائماً قانونياً قبل استيفاء شكلية المصادقة عليه من البرلمان. وذلك كما هو الحال في الدستورين الأردني والفلسطيني. أو أن يتم إصدار قانون يحدد الأحكام القانونية لمنح الإمتياز وإجراءاته، ومثل ذلك الدستور المصري. وأيضاً هناك تحديد في بعض الدول لمدة عقد الامتياز، وأيضاً يتم الإعلان لمنح منافسة عادلة عند منح عقد الامتياز.⁴⁰

غير أن هناك إشكاليات من حيث إقرار مشروع قانون الامتياز الفلسطيني، فعدم تنظيم هذه العقود بقانون يعتبر من أكثر المشاكل التي تواجه هذه العقود في فلسطين، عدا ما نص عليه القانون الاساسي الفلسطيني في المادة (95).⁴¹

المطلب الثاني: العقود الادارية التي نظمها القانون الفلسطيني

الفرع الأول: عقد الاشغال العامة: قانون العطاءات للأشغال الحكومية العامة رقم 6 لسنة 1999

هو عقد إداري يتكلف بمقتضاه فرد أو شركة ببناء عقار أو ترميمه أو صيانته لأجل هدف مرتبط بالمصلحة العامة، كتعاقد الإدارة مع مقاول لبناء مدرسة عمومية، كما يمكن تعريفه بأنه عقد إداري بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد هذا الأخير بمقتضاه بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي مقابل ثمن معين في العقد. وهذا بناءً على أن المقصود بالأشغال في قانون رقم (6) لسنة 1999 بشأن

³⁸ المادة (32) من الدستور المصري لسنة 2014.

³⁹ المادة (110) من الدستور الفلسطيني لعام 2000.

⁴⁰ معين البرغوثي، عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية)، الهيئة الفلسطينية لحقوق المواطن، سلسلة تقارير قانونية (35)، رام الله، آذار 2004، ص18.

⁴¹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص30.

العطاءات للأشغال الحكومية "إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها وصيانتها ومتابعة تنفيذها والإشراف عليها".⁴²

أما من حيث خصائصه فإن هذا العقد دائماً مضمونه يكون على عقار: وهذا يعني استبعاد العقود التي يتضمن موضوعها منقولات تملكها الإدارة من نطاق عقود الأشغال العامة مهما بلغت ضخامة المنقول، ولو أنها تعد عقوداً إدارية. ويتعلق مضمون «الأشغال العامة» بأعمال البناء والترميم وإقامة الجسور والأنفاق والسدود وما في حكمها، بيد أن القضاء الإداري الفرنسي توسع في فكرة الأشغال العامة وضمها إضافة إلى ما سبق أعمال التنظيف والكنس والرش في الطرق العامة، وكذلك العقود التي تتناول ناحية بالتخصيص كإقامة خطوط هاتفية، ومد الأسلاك تحت الماء.⁴³

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس من الضروري أن يكون العقار مملوكاً لشخص معنوي عام بل يكفي أن يتم العمل لحساب هذا الشخص ولو كان محل العقد عقاراً خاصاً. غير أنه يجب أن يكون خالياً من أي منازعة أو اعتراض، ويجب أن يكون ممنوحاً للتراخيص اللازمة لاستيراد المواد والأدوات وأن يكون به تراخيص المياه والكهرباء.⁴⁴

والاجتهاد القضائي مستقر على أن الأشغال المنفذة تكون لحساب الإدارة إذا نفذت تحت إشرافها ورقابتها المباشرة. وأما الغاية من الأعمال المكونة للأشغال العامة فهي تحقيق نفع عام تقتضيه المصلحة العامة ولو لم تكن هذه الأشغال تنصب أصلاً على الأموال العامة.

الفرع الثاني: عقد التوريد: قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 والمعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2004

يعرف الدكتور سليمان الطماوي عقد التوريد بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين وهو يختلف عن الاستيلاء في أن المورد في العقد الإداري يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضائه دون أن يكون مضطراً إلى ذلك، بينما الاستيلاء إنما يكون بمقتضى قرار إداري بأن يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبراً وعند قيام المتعهد بتوريد ما التزم به قبل الجهات الإدارية فإن على هذه الأخيرة أن تفصح عن قبولها للمواد الموردة

⁴² المادة (1) من قانون رقم (6) لسنة 1999 بشأن العطاءات للأشغال الحكومية.

⁴³ حياة بدوي، عقد الأشغال العامة، شبكة حمامة نت، مارس 2015.

⁴⁴ د. أشرف الأعرور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص50.

عن طريق موظف أو لجنة. أما إذا كانت المواد الموردة غير مطابقة للمواصفات فيلزم المتعهد بأن يستردها ليستبدالها بأخرى مطابقة للمواصفات المشروطة. ومن المسلم به أن مجرد التسليم وحده لا يبرئ ذمة المتعهد وإنما يتعين للإبراء قبول الإدارة لها قبولاً صريحاً ومن ثم إذا رفضت الإدارة الاستلام تعتبر المتعهد كأنه لم يسلم شيئاً ويجب على المتعهد دائماً أن يلتزم حدود المواصفات.⁴⁵ وهذا يتفق مع نص المادة (30) من قانون رقم (9) لسنة 1998 م بشأن اللوازم العامة.⁴⁶

وإذا استلمت الجهة الإدارية الأصناف نهائياً بواسطة لجنة فحص فليس لها بعد ذلك أن تشكل لجنة أخرى وبعد مضي فترة طويلة وكانت الأصناف في حوزة المصلحة وقد تكون عرضه للإهمال وسوء التخزين ومن ثم لا يجوز مساءلة المورد على أساس إعادة الفحص بعد هذه المدة وعلى هذا الأساس فإن جميع العلاقات والحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقد التوريد تدخل في اختصاص القضاء الإداري.⁴⁷

ونظم قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 العديد من الإجراءات وآليات التعاقد الواجب اتباعها في عقد التوريد، وذلك بعد الأخذ بعين الاعتبار الخبرة والكفاءة والقدرة على الوفاء بالتزامات العقد.⁴⁸

الفرع الثالث: عقد القرض العام

تتجه الدولة إلى القروض العامة حينما تصل الضرائب إلى أقصى حد ولا يصح للدولة أن تلجأ للمزيد من الضرائب، وإلا أدى ذلك إلى تدهور النشاط الاقتصادي ومستوى المعيشة، وحين تكون للضرائب ردود فعل عنيفة للمكلفين بها، فتصبح الضريبة حينها قيداً على قدرة الدولة على الاستعانة بها، وبالتالي يصبح عبء تمويل النشاط العام موزعاً على المقرضين والممولين.

⁴⁵ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 118-119.
⁴⁶ المادة (30) من قانون رقم (9) لسنة 1998 م بشأن اللوازم العامة والمعدل رقم (6) لسنة 2004 والتي تنص على "أ- تقوم لجنة الاستلام بالإجراءات التالية: 1 - إجراء الفحص والتثبت من مواصفات اللوازم الموردة ومطابقتها للشروط المقررة في عقود التوريد من حيث النوعية والكمية ومكان وموعد التوريد مع مراعاة الاتفاقيات المبرمة بشأنها. 2 - تسلم اللوازم الموردة خلال (10) أيام من تاريخ توريدها مع مراعاة ما ورد في الفقرة (أ) البند (1) من هذه المادة. 3 - تنظيم ضبط استلام اللوازم الموردة مع بيان قبول أو رفض اللوازم لمخالفتها للمواصفات والشروط أو بيان نسبة الانحراف مع تسليم نسخة من الضبط للمورد وأمين المستودع المعني وتعتبر النسخة المسلمة إلى المورد إشعاراً له بالقبول أو الرفض. ب - إذا نشأ خلاف في الرأي بين أعضاء لجنة الاستلام يرفع الأمر لوكيل الوزارة للبت فيه ويكون قراره قطعياً. ج - إذا قررت لجنة استلام اللوازم رفض تسلم اللوازم الموردة لمخالفتها للمواصفات والشروط المقررة فللمتعهد الذي ورد تلك اللوازم الاعتراض على قرار اللجنة خلال مدة أقصاها (10) أيام من تاريخ تسلم المتعهد لضبط الاستلام إلى الجهة التي أصدرت قرار الشراء ويكون قرارها بالقبول أو الرفض قطعياً وتعتبر اللوازم المرغوبة بحكم الأمانة...".

⁴⁷ نبيل محمد، ورقة عمل حول العقود الإدارية خصائصها مميزاتها، شروطها (عقود الإشغال العامة) (عقود التوريدات) (عقود BOT)، جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 17.
⁴⁸ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 34.

ويعرف عقد القرض العام بأنه "عقد يقوم بمقتضاه فرد أو شركة خاصة أو مؤسسة بنكية مثلا بإقراض مبلغ معين من المال إلى شخص من أشخاص القانون العام، مع تعهد الشخص العام بسداده في الموعد المتفق عليه ووفق نظام معين، وقد يكون هذا القرض بفائدة أو بدونها مثلا إذا تم تقديمه في إطار مساعدة المقترض للدولة حيث بنود الاتفاقية هي المحددة للصيغة التي يتخذها القرض".⁴⁹

ويعرف أيضاً على أنه: "عقد بمقتضاه يقرض احد الأفراد أو البنوك باختياره الحر مبلغا من المال للدولة أو لشخص من أشخاص القانون العام مقابل تعهدا بدفع فائدة سنوية محددة وبرد القرض وفقاً للشروط في نهاية الأجل المحددة".⁵⁰

كما يعرف بأنه "عبارة عن مبلغ نقدي تستوفيه الدولة من الغير (سواء كان هذا الغير من الأفراد أم البنوك أم الهيئات الخاصة أم الدولية أم الدول الأخرى) و تتعهد الدولة برده و بدفع الفائدة عنه وفقاً لشروط معينة".⁵¹

والقرض العام هو: "مبلغ من النقود تحصل عليه الدولة من السوق الوطنية أو الخارجية و تتعهد برده و دفع الفائدة عنه وفقاً لشروط معينة".⁵²

يتضح من هذا التعريف، أن القرض كمورد من موارد الدولة يختلف عن الضريبة باعتبارها الموارد العامة على الإطلاق، فبينما تعتبر الضريبة مساهمة إجبارية في تغطية نفقات الدولة تحصل عليها من المكلفين بصفة نهائية دون أن تدفع عنها أية فوائد يقوم القرض على أساس الإختيارية من جانب المقرض، كما تلتزم الدولة برد المبالغ المكتتب بها و دفع فوائد عنها حتى يتم الرد كذلك نجد أن الضريبة لا تختص حصيلتها لغرض معين، أما القرض فالأصل فيه أن تختص حصيلة لغرض محدد يحدده القانون الذي يجبره.⁵³

وتنص المادة (579) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على "القرض عقد يلتزم بمقتضاه المقرض بأن ينقل إلي المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شئ مثلي آخر، على أن يرد

⁴⁹ محمد يحيى، المغرب الإداري، ط3، بدون دار نشر، 2004، ص393.
⁵⁰ محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، دون سنة نشر، سلسلة مؤلفات جامعية، المغرب، ص52.

⁵¹ فوزي عطوي، النظم الضريبية وموازنة الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 132.

⁵² عبد الفتاح عبد الرحمان عبد المجيد، اقتصاديات المالية العامة، المطبعة الكمالية، 1990، ص 405.

⁵³ عادل حشيش ومصطفى شبيحة، مقدمة في الاقتصاد العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، ص 233.

إليه المقترض عند نهاية مدة القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته".⁵⁴ وعلى هذا فإن السلطة الفلسطينية يجب أن ترد المال بمبلغ نقدي مثل إيراداتها.

الفرع الرابع: عقد بيع وإيجار المواد العامة

يمكن تعريف عقد البيع بأنه اتفاق تنبيع فيه الإدارة للفرد أو للشركة منقولاً أو عقاراً تابعاً للدومين الخاص.

ويعتبر عقد البيع إدارياً إذا كان هناك نية من الإدارة في إخضاعه للقانون العام عن طريق تضمينه شروطاً استثنائية وغير مألوفة، أو بناء على كون العقد يتعلق بمرفق عام يعمل على إبقاء وسائل القانون العام.

وأما عقد الإيجار فهو عقد تبرمه الإدارة إما مستأجرة أو مؤجرة، فإذا كانت مستأجرة فالأصل في العقد خضوعه للقانون الخاص ما دام خالياً من الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، أما إذا كانت الإدارة مؤجرة فالأصل في العقد خضوعه للقانون العام ما لم يتعلق بما يتبع الدومين الخاص.

وعقدا البيع والإيجار هي أعمال الإدارة المالية تصدر عنها عند تسييرها وإشرافها على أملاكها فهي تخضع لأحكام القانون الخاص نظراً لانعدام مظاهر السلطة فيها، وأن الإدارة تمارسها تماماً كما يمارس الأفراد نشاطهم بكيفية عادية وعلى الرغم من ذلك ولكنها تخضع لأحكام القانون العام بقوة الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص وبالتالي تصبح عقودها عقوداً إدارية.⁵⁵

ويرى الباحث أنه على الرغم من وضع المشرع الفلسطيني لأحكام أهم العقود الإدارية (عقد الامتياز وعقد الأشغال الحكومية والقرض العام وعقد اللوازم العامة) إلا أن مفهومها ظل قاصراً عند مقارنته بمفهوم العقود الإدارية في دول القضاء المزدوج، ولعل السبب الرئيسي لذلك يكمن في عدم وجود المحاكم الإدارية المتخصصة القادرة على تطبيق وإنشاء أحكام القانون الإداري المميزة، مما أكد قصور نظام القضاء الموحد عن تلبية حاجات الجماعة، وأبرز مزايا الأخذ بنظام القضاء المزدوج - المحاكم الإدارية - والذي يظهر وجودها كنتيجة منطقية لمعالجة أسباب القصور.

⁵⁴ المادة (579) من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012
⁵⁵ محمد يحيى، المغرب الإداري، المرجع السابق، ص 67.

المبحث الثالث: الاختصاص القضائي في منازعات العقود الادارية.

إن الفارق فيما تبرمه الإدارة من عقود يلقي بظلاله على القضاء، فحين تثور منازعة تتعلق بعقد تبرمه الإدارة؛ ففي الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج أفردت قضاءً متخصصاً للنظر في المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية، والتي تعطي ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء كقاعدة عامة، وإن اعترف بقضاء الإلغاء في هذه المنازعات استثناء على القاعدة العامة.

وسيتم خلال هذا المبحث التطرق الى حدود اختصاص القضائين الاداري والعادي في النظر في منازعات العقود الادارية، وابرار الاختلاف بين نظم القضاء المزدوج والقضاء الموحد.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في نظم القضاء المزدوج والقضاء الموحد

الفرع الأول: نظم القضاء المزدوج (فرنسا ومصر)

أولاً: في فرنسا:-

إن مسألة توزيع الاختصاص في القانون الفرنسي مسألة في غاية الصعوبة والتعقيد، إذ يتم مواجهة - أحياناً - في داخل الاختصاص الواحد والخاص بمسألة معينة داخلية في اختصاص القضاء الإداري مسائل فرعية وصوراً داخلية تكون ولاية الفصل فيها للقضاء العادي، والعكس صحيح، فحتى الآن ورغم مرور أكثر من مائتي عام على انشاء مجلس الدولة الفرنسي في صورته الأولى على شكل مجالس مديريات، يعد قضاء التعويض ومسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة محل اختصاص مشترك بين جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري.⁵⁶

ولبيان الحد الذي يفصل الاختصاصين قال بعض الشراح بأن اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تتعلق بجهة الإدارة بصفتها سلطة عامة أو الأعمال العامة للإدارة وهي الأعمال التي تقوم بها الإدارة وهي تمارس سلطتها العامة مثل إبعاد الأجانب، وباختصاص القضاء العادي بنظر تصرفات الإدارة المدنية وهي الأعمال التي تقوم بها الإدارة في نشاطها المدني الخاص من بيع أو إيجار أو غيره.

وهذا التوزيع المشترك نتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات، ويرجع أصل نشأة القانون الإداري ذاته لهذا المبدأ وليس فقط مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري. وقد

⁵⁶ د. رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص79.

قام القانون رقم (16) في 24 اغسطس من عام 1790 بتنظيم مرافق القضاء والذي يعتبر ساري المفعول حتى الآن، ونصت إحدى مواده على الفصل التام بين الإدارة والقضاء، إذ لا يمكن أن تخضع الهيئات العامة التي تظهر بتصرفاتها بمظهر السلطة العامة إلى هيئات القضاء العادي، وإنما تكون الرقابة لهيئات قضائية إدارية متخصصة، ولهذا تم إنشاء مجلس الدولة الفرنسي عام 1799 وجسد هذا النوع من التفسير وأعطى له الصفة الرسمية في حكمه الصادر في 8 فبراير سنة 1873 والذي عرف بحكم (بلانكو) ومضمونه أن الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن تحكمها مبادئ القانون المدني والمخصصة أصلاً لعلاقات الأفراد.⁵⁷

ويفهم من ذلك أن أعمال الإدارة والتي لا تظهر فيها بمظهر السلطة العامة تكون من إختصاص القضاء العادي، وهناك أيضاً بعض العمليات الإدارية تكون مصبوغة بالسلطة العامة إلا أنها تخضع للقضاء المدني. ومضمون القاعدة العامة في هذا الخصوص أن الإختصاص بدعاوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة ينعقد للقضاء الإداري إلا ما أخرجه المشرع بنص أو لعبت الظروف التاريخية والسياسية الخاصة بفرنسا دوراً كبيراً في بقاء القضاء العادي حصناً منيعاً لحريات الأفراد وحقوقهم، أو ما جعله القضاء يخضع لولاية الهيئات القضائية العادية.⁵⁸

إن مسألة توزيع الإختصاص بين القضاء الإداري والعادي ليست محسومة بفرنسا، إن لا يوجد معيار حاسم وقاطع وإنما هناك جملة من المبادئ والمعايير يفرق بينها مجلس الدولة الفرنسي ليخرج بقاعدة تخص النزاع المطروح عليه ويبقى بعدها حراً بإختيار قاعدة أخرى توائم نزاعاً آخرًا. فلم يكبل القضاء الفرنسي نفسه بقيود مسبقة وإنما اتبع سياسة واقعية تحكمها ملابسات الظروف والتغيرات العصرية التي تكون الإدارة الفرنسية موضوعاً لها.

وصدر تشريع في 24 مايو سنة 1872 بإنشاء محكمة تنازع الإختصاص لتتظر في ما قد يقع من تنازع بين جهتي القضاء سالفتي الذكر سواء أكان تنازعاً إيجابياً أم سلبياً قد يؤدي إلى إنكار العدالة، وهذه المحكمة مشكلة من ثلاثة مستشارين من مجلس الدولة عن القضاء الإداري وثلاثة مستشارين من محكمة النقض عن القضاء العادي وتعد جلساتها تحت رئاسة وزير العدل.⁵⁹

وتوزيع الإختصاص بين القضاء الإداري الفرنسي تناوله بالتعديل للقانون الصادر في 30 سبتمبر سنة 1953، الذي جعل مجالس الأقاليم في فرنسا والجزائر والمحاكم الإدارية في الألتراس واللورين، وهي محاكم القانون الأصل أو القانون العام تختص بالفصل في المنازعات الإدارية

⁵⁷ د. رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص80.

⁵⁸ د. رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص81.

⁵⁹ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مطبعة الاعتماد في مصر، القاهرة، 1975، ص32.

بصفتها محاكم أول درجة وتحمل اسم المحاكم الإدارية، ومن ثم فقد أصبح مجلس الدولة ذا اختصاص محصور محدد بالحالات التي عددها القانون وكذا جهة استئناف للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية المذكورة.⁶⁰

ثانياً: في مصر

قبل نشأة مجلس الدولة المصري كان القضاء العادي في مصر هو المختص بالنظر في منازعات العقود التي تبرمها الدولة، وكانت تطبق القواعد المعروفة في القانون الخاص على اعتبار أن مهمة القاضي هي تطبيق القانون وليس خلقه أو ابتداعه. وبالرغم من نشأة مجلس الدولة المصري وصدور قانونه عام 1946، إلا أنه لم يكن مختصاً في ميدان العقود الإدارية، حتى صدور القانون رقم (9) لعام 1949، حيث نصت المادة الخامسة منه على (تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر، 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)⁶¹.

ورغم هذا الاختصاص المحدود لمجلس الدولة الذي نصت عليه هذه المادة بشأن العقود الإدارية، إلا أن محكمة القضاء الإداري قد وسعت اختصاصها في مجال العقود الإدارية كما فعل مجلس الدولة الفرنسي من قبل، فمدت اختصاصها لعقود لم ترد في القانون 9 لسنة 1949 استناداً على اتصالها بعقود من العقود الثلاثة السابقة.

ولم ينتظر القضاء الإداري كثيراً حتى قام بإرساء فكرة أو نظرية العقود الإدارية محدداً ماهيتها، ومقرراً القواعد العادلة لتنفيذ العقود الإدارية، في ضوء التوازن الذي أرسى مبادئه من قبل بين المصلحة العامة للدولة أو للإدارة وبين مصلحة الفرد المتعاقد معها، وما من شك فإن هذه العملية تعد غاية في الصعوبة عند الترجيح في المنازعة الواحدة، وأن الأصعب منها وضع معيار واحد يقيم هذا التوازن بين طرفين متفاوتين في القوة، وبين مصلحتين تعلو إحداها على الأخر؛ هما المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.⁶²

⁶⁰ المرسوم رقم 934 - 53 في 30 سبتمبر سنة 1953 بشأن إصلاح القضاء الإداري.

⁶¹ المادة (5) من القانون رقم (9) لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة المصري.

⁶² المستشار أسامة القباني، المبادئ القضائية الحاكمة للعقود الإدارية التي تبرمها الدولة وأجهزتها المختلفة، صحيفة دنيا الوطن، مصر، فبراير، 2015. ويكفي الإشارة إلى أن أحد أحكام محكمة القضاء الإداري في ظل أحكام القانون 9 لسنة 1949، لبيان كيف قام القضاء المصري بموازنة العدالة بين مصلحة الجهة الإدارية ومصلحة الفرد في منازعة عقدية، ففي هذه المنازعة قامت جهة الإدارة بإنهاء العقد قبل انتهاء مدته بناء على نص في العقد يجيز لها ذلك الإنهاء من طرف واحد ومبكر، فتضرر من ذلك المتعاقد معها، فلجأ للقضاء الإداري بالطعن رقم 670 لسنة 5ق، فأرست هذه المحكمة مبدأ هام، إذ قضت في حكمها الصادر بجلسة 1953/6/23 بالاتي:

وبعد صدور القانون رقم (165) لسنة 1955 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقد الإلتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر، وتم الاحتفاظ بهذا النص في القوانين اللاحقة والمتعلقة بمجلس الدولة المصري، فبسط القضاء الإداري المصري رقابته على كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في كافة مراحلها، ووزع القضاء المصري الاختصاص في قضاؤه الإداري بين درجاته تبعاً لقيمة العقد.⁶³

وأكد القضاء المصري على معيار المرفق العام وارتباطه بالعقد الإداري، وبذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في 12/5/1957.⁶⁴

الفرع الثاني: نظم القضاء الموحد (الأردن وفلسطين)

أولاً: الأردن

قبل عام 2014 لم تكن توجد في الأردن مشكلة تحديد طبيعة العقد فيما إذا كان إدارياً أو مدنياً في ظل نظام قانوني يعطي القضاء المدني الحق في الفصل في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، انطلاقاً من أن قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992 قد حدد اختصاص محكمة العدل العليا على سبيل الحصر، وليس من بينها المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري، رغم اعتراف القضاء الأردني بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة ومن ذلك تقول محكمة العدل العليا "القرار الصادر عن جهة الإدارة مما لها من صلاحية بموجب العقد يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا، والدعوى التي تنصب على الطعن في العقد من ناحيته التعاقدية لا من ناحيته الإدارية لا تدخل في اختصاص محكمة العدل العليا بل يعود النظر فيها إلى المحاكم المدنية العادية."⁶⁵

وقرارات محكمة العدل العليا الأردنية تشير إلى اعترافها بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، مع جعل الاختصاص بالنظر في هذه العقود للقضاء العادي، وقد أصدرت المحكمة حكماً ينص

إنه إذا تقرر في العقد حق للجهة الإدارية في إلغائه أو إنهائه قبل انتهاء مدته وفي أي وقت تشاء، فإن ذلك منوط بوجود مصلحة عامة تقتضيه كما ينبغي أن يكون للأسباب التي يستند إليها أساس في الأوراق.

⁶³ صفاء السويلميين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، المجلد 42، عدد 1، جامعة اليرموك، الأردن، 2015، ص 181-182.

⁶⁴ محمود الجبوري، العقود الإدارية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص 20-21. قضت المحكمة بـ "إن العقود الإدارية نوعان العقود الخاصة بالمرافق العامة أي العقود التي يعقدها شخص معنوي من أشخاص القانون العام يقصد إدارة مرفق عام أو تسبيره والعقود الإدارية خارج نطاق المرافق العامة والتي يعقدها شخص معنوي من أشخاص القانون العام وتظهر نيته فيها بالأخذ بأسلوب المرفق العام وأحكامه وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"

⁶⁵ صفاء السويلميين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 182.

على "يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني، إذ إنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام..."⁶⁶.

غير أنه في عام 2014 صدر قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 حيث أتى هذا القانون بمثابة قانون بديل لقانون محكمة العدل العليا (المحكمة الإدارية) في الأردن نتيجة الإصلاحات الدستورية التي جرت هناك.

وكما هو موضح في الفقرة الأولى من نص المادة (4)⁶⁷ على أن المحكمة الإدارية تكون في العاصمة عمان، ويجوز إن وافق رئيسها أن تعقد في مكان آخر في المملكة، وتتألف من رئيس وعدد من القضاة لا تقل درجة أي منهم عن الثانية. ووضحت المادة (5)⁶⁸ اختصاصات هذه المحكمة.

ومن خلال ذلك يتبين أن القضاء الإداري في طريقه إلى الاختصاص تدريجياً، إلا أنه لم يتم بتسريع ينظم العقود الإدارية حتى لا يتضارب مع القواعد العامة.

ثانياً: فلسطين

لا يختلف الوضع كثيراً عن الأردن من حيث أن القضاء الإداري في فلسطين يتم إخضاعه للقضاء العادي، إلا أن هناك مراحل لا بد من الإشارة لها حول الحدو حدو مصر في إنشاء مجلس الدولة الفلسطيني.

⁶⁶ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 1997/159، بتاريخ 1997/9/24.

⁶⁷ "تنشأ محكمة إدارية في عمان ويجوز لها بموافقة رئيسها عقد جلساتها في أي مكان آخر في المملكة"

⁶⁸ المادة 5: أ. تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك: الطعون في نتائج انتخابات مجالس هيئات غرف الصناعة والتجارة والنقابات والجمعيات والنوادي المسجلة في المملكة، وفي الطعون الانتخابية التي تجرى وفق القوانين والأنظمة المعمول بها ما لم يرد نص في قانون آخر على إعطاء هذا الاختصاص لمحكمة أخرى.

2. 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 بالتنقيب في الخدمة أو بالتصنيف.

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

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

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

6. 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.

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

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

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

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

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

بعدما خضعت فلسطين للانتداب البريطاني عام 1922، وضعت بريطانيا دستور فلسطين، ولم يتم إلغاء القوانين العثمانية التي كانت سارية المفعول، ونص الدستور الفلسطيني في المادة (43) منه على إنشاء مجلس تشريعي يشارك في إصدار القوانين بما لا يتعارض وصك الانتداب، ونص على إنشاء المحكمة العليا والتي تعقد بصفقتها محكمة عدل عليا للنظر في المنازعات الإدارية.⁶⁹

وأصبحت محكمة العدل العليا تمارس القضاء الإداري وحدها على كامل الإقليم الفلسطيني، وبتأثير الانتداب البريطاني على فلسطين؛ عُرف القضاء الإداري فيها وفق النهج الأنجلوسكسوني. وهذه تعد أهم مراحل القضاء الإداري في فلسطين قبل قدوم السلطة الوطنية الفلسطينية.⁷⁰

ومع مجيء السلطة الوطنية الفلسطينية وقبل صدور القانون الأساسي الفلسطيني، بقي نظام القضاء الموحد مسيطراً على التشريع الفلسطيني، وذلك حسب طبيعته المستمدة من الانتداب البريطاني، فصدر قانون تشكيل المحاكم النظامية وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، واعتُبر القضاء الإداري ممثلاً بمحكمة العدل العليا جزءاً من القضاء العادي.⁷¹

وأصدر المشرع الفلسطيني عدة قوانين تنظم القضاء الإداري في فلسطين، ومنها قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 حيث بين اختصاص محكمة العدل العليا في المادة (33)⁷² منه.

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفلسطيني ففي عام 1995 صدر القرار الرئاسي رقم (286) بشأن تشكيل ديوان الفتوى والتشريع، وأخذ على عاتقه تحديث النظام القانوني والقضائي في فلسطين، وبادر بالدعوى إلى إنشاء مجلس الدولة الفلسطيني. بمعنى استقلال القضاء العادي عن القضاء الإداري والدخول الي نظام القضاء المزوج الذي يقوم علي وجود نوعين من المحاكم، محاكم

⁶⁹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 69.

⁷⁰ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 69-70.

⁷¹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 70.

⁷² تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: 1- الطعون الخاصة بالانتخابات. 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية. 3- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحيس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. 4- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية. 5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها. 6- سائر المنازعات الإدارية. 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة. 8- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

عادية تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الافراد بعضهم البعض، ومحاكم إدارية تتولي الفصل في المنازعات الإدارية التي تثور بين الافراد والادارة.

وتم البحث حول نشأة مجلس الدولة الفرنسي وكذلك مجلس الدولة المصري من خلال مجموعة باحثين تم تكليفهم بذلك، وقد توصلت تلك الدراسات إلى أن النظام القضائي في فلسطين يحتاج الي اصلاح جذري، والانتقال به من القضاء الموحد إلى القضاء المزدوج، مبيين في ذلك الانتقادات الموجهة إلى القضاء العادي والمتمثلة في أن مسلك القضاء العادي اتجاه الادارة وتدخله في هذا الميدان بتوجيه الاوامر وبتعديل القرارات لا يؤدي في حقيقة الأمر إلى الرقابة القضائية فحسب بل، يعمل علي اخضاع الادارة للقضاء، وتدخل القضاء ونفوذه على النحو السابق يؤدي إلى إهدار تلك الحرية والاستقلال الواجب توافرها للإدارة.⁷³

وفي عام 1999 شرع ديوان الفتوى والتشريع إلى تجسيد الفكرة لتأسيس مجلس الدولة الفلسطيني، وعام 2002 شكل الديوان لجنة قانونية لإعداد مشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني، حيث نوهت اللجنة إلى ضرورة الاستفادة من التجربة المصرية والاطلاع على قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لعام 1972 واعتباره المصدر التاريخ لمشروع القانون. وتم الانتهاء من مشروع القانون عام 2004، إلا أن وفاة الرئيس ياسر عرفات حثت دون إقراره، ومع توالي الأحداث السياسية تم تأجيل إقرار مشروع هذا القانون، وإن كان يُنادى لإقراره من قبل أكثر من جهة، وكان من المفترض أن يتم النظر في إصدار مسودة لمجلس الدولة الفلسطيني عام 2006 إلا أن فوز حماس بالانتخابات ومن ثم الانقلاب الذي حصل أرجأه.⁷⁴

المطلب الثاني: القضاء الكامل في منازعات العقود الادارية.

إن اختصاص القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بالنظر إلى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، جعلت القضاء الإداري يملك ولاية القضاء الكامل فيما يتعلق بالعقد الإداري، وهذا يعطي الحق للقاضي الإداري بأن يحكم للمتعاقد بالتعويض إذا لحقه ضرر من الإدارة، أو الحكم ببطلان العقد أو فسخه إثر تصرفات صادرة عن الإدارة تخالف إلزامتها المتعاقد عليها في العقد.⁷⁵

⁷³ المستشار د. عبد الكريم الشامي، نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني، صحيفة دنيا الوطن، 2016/7/15.

⁷⁴ المستشار د. عبدالكريم الشامي، نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني، المرجع السابق.

⁷⁵ صفاء السويلميين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص183.

أما من حيث دعوى بطلان العقد فكل من القضاة الإداريين المصري والفرنسي يجيزان للمتعاقد مع الإدارة رفع دعوى القضاء الكامل لإبطال العقد الإداري إذا ما شاب العقد عيب في أركانه وشروطه وليس للغير أن يطعن بالعقد بالإلغاء.⁷⁶

وبالنسبة لدعوى التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه فقد ذهب القضاء الإداري إلى حق الإدارة في إنهاء العقد، وفي ذلك قصت محكمة القضاء الإداري المصري⁷⁷. والمتعاقد الذي يخل بالتزاماته مع الإدارة قد يُلزم بدفع مبالغ مالية تكون محل اتفاق في العقد، فبدل لجوء الإدار للقضاء فإنها تحصل على هذه المبالغ بمجرد التأخير دون إثبات الضرر، فالضرر مفترض لأن العقد الإداري يتعلق بمرفق عام⁷⁸.

أما في الأردن وفلسطين ولأن القضاء العادي هو المختص في منازعات العقود الإدارية؛ فيحق للقاضي العادي الحكم بالتعويض في العقد الإداري أو إبطاله أو فحسه.

ومن حيث الجزاءات التي تصدر عن الإدارة قبل عملية التوقيع تعد قرارات إدارية تخضع لرقابة محكمة العدل العليا - الأردنية أو الفلسطينية - أما الجزاءات التي تفرضها الإدارة أثناء تنفيذ العقد فاجتهاد محكمة العدل العليا غير مستقر إذ انها تعتبرها تارة منازعة تتعلق بتنفيذ شروط العقد أو مدى الالتزام بشروطه فتخرج من اختصاص المحكمة وتارة أخرى تعتبرها قراراً إدارياً قابلاً للانفصال يخضع للفصل أمام المحكمة.⁷⁹

⁷⁶ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 199.
⁷⁷ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 983 تاريخ 30/6/1958 "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص منطقة احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ويترتب على سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ذلك أن للإدارة دائماً يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر".

⁷⁸ صفاء السويلمي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 184.
⁷⁹ عدل عليا قرار رقم 181/1997 تاريخ 24/9/1997 مجلة نقابة المحامين، ص 3766. فقضت المحكمة "أجازت المادة 49 من نظام اللوازم والأشغال لأمانة عمان الكبرى حرمان أي متعهد من المشاركة بعهادات الأمانة إذا تحققت حالة من حالتين أ- إذا تبين للمجلس عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته. ب- تكرر قصور المتعهد في تنفيذ التزامه... فإن قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو تبين عدم قدرته على الوفاء بها فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد".

ماهية التحكيم ومدى جوازه في العقود الإدارية المحلية

مقدمة

وجود الدولة كطرف في التحكيم له صبغة خاصة في العملية التحكيمية وذلك من بدء إبرام اتفاق التحكيم مروراً بالإجراءات وحتى وقت الاعتراف بالحكم وتنفيذه. فالمنازعات التي تكون الدولة والمستثمرين طرفاً فيها تكون أكثر تعقيداً لوجود الدولة كطرف في العلاقات التعاقدية⁸⁰.

وينجم هذا التعقيد من التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود. فالدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام تتميز بمزايا سيادية استثنائية لا يتمتع بها الشخص المتعاقد معها والذي يعد كأصلٍ عام شخص من أشخاص القانون الخاص⁸¹.

ودراسة إمكانية التحكيم في مشروعية القرارات الإدارية تعد من أكثر المسائل تعقيداً في النظام القانوني للتحكيم في المنازعات الإدارية بصفة عامة والعقدية منها بصفة خاصة، فمن المعروف أن من أهم خصائص العقود الإدارية التي تتميز بها عن عقود القانون الخاص تكمن في تمتع الإدارة بسلطات وحقوق استثنائية لا مثيل لها في نطاق علاقات أشخاص القانون الخاص. فإذا كانت القاعدة العامة في العقود الخاصة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، فإن هذه القاعدة يتعطل مجال أعمالها في مجال العقود الإدارية متى اقتضت ذلك المصلحة العامة.⁸²

يُعرّف الفقه التحكيم المحلي أو التحكيم الداخلي بأنه ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، أو أن يصدر الحكم فيه وفقاً لإجراءات وتشريع وطني، وبمعنى أدق يكون التحكيم محلياً إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها .

⁸⁰ د. خالد عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص161.
⁸¹ أ. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص8.
⁸² د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص296.

وقد حدد قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000م المقصود بالتحكيم المحلي وذلك في المادة الثالثة منه بقوله: "لغايات تطبيق هذا القانون يكون التحكيم: - أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين..." فيكون المشرع الفلسطيني في هذا النص قد إعتد على معيار محدد لإعتبار التحكيم محلياً، وهو أن لا يتعلق بمسائل التجارة الدولية وأن يجري في فلسطين، فالتحكيم المحلي هو التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره إلى فلسطين، فهو يجري بداخل أراضيها، والمنازعة التي يتعلق بها التحكيم فلسطينية موضوعاً وأطرافاً وسبباً، ويطبق في شأنه القانون الفلسطيني .

وهناك بعض الأنواع من القضايا التي يفضل فيها اللجوء الى التحكيم، وهي منازعات الاوراق المالية فقد نص نظام فض المنازعات والتحكيم الذي ينص على اللجوء الى التحكيم، ذلك ان التحكيم يعتبر أسرع من القضاء العادي، كما أن لجنة التحكيم تضم في عضويتها أعضاء فنيين مختصين في قضايا الاوراق المالية، فطبيعة قضايا الأوراق المالية بحاجة الى أشخاص مختصين للفصل في المنازعات، وان تأخير الفصل في منازعات الأوراق المالية يعمل على تقليل الثقة في هذا القطاع، وقد نص نظام فض المنازعات والتحكيم على اتباع الاجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم، كما يعتبر القانون الفلسطيني هو الساري على هذه المنازعات.

لذلك كان لزاماً ان نعرف التحكيم وانواعه وما يشته به، تمهيدا لايضاح المسوغات ومدى جواز اللجوء للتحكيم في العقود الادارية المحلية للوقوف على ماهية التحكيم ابتداء وصولاً الى المسوغات التي ساقها فقهاء القانون الاداري، وبيان مدى مشروعية التحكيم في العقود الادارية.

المبحث الأول: التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات القانونية

يعالج هذا المبحث تعريف التحكيم وطبيعته القانونية وتمييز التحكيم عما يتشابه به. وذلك في كل مطلب على حدا.

المطلب الأول: تعريف التحكيم والطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

الفرع الأول: تعريف التحكيم وماهيته

التحكيم لغة:-

الأصل من كلمة تحكيم الفعل حَكَمَ، أي قضى، فحكم له وحُكِمَ عليه وحَكَمَ فلان أي منعه عما يريده وردّه، وحَكَمَ فلان أي جعله حكماً.⁸³

قال تعالى (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا).⁸⁴ والحكم من أسماء الله الحسنى، والحكم من يتم اختياره للفصل بين المتنازعين. والتحكيم في الفقه الإسلامي تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما.⁸⁵

التحكيم قانوناً وتشريعاً:-

وردت عدة تعاريف للتحكيم في بعض التشريعات، حيث عرفه المشرع الفرنسي على أنه "إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم".⁸⁶

ونصت المادة (10) في الفقرة الأولى منها من قانون التحكيم المصري رقم (27) على أن التحكيم هو "اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض النزاعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"⁸⁷.

⁸³ ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، دار لسان العرب، بيروت، دون تاريخ نشر، ص688-689. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، الجزء الأول، مطبعة مصر، 1960، ص189.

⁸⁴ سورة النساء، آية (65).

⁸⁵ زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق ن شرح كنز الدقائق، المجلد السابع، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون تاريخ نشر، ص24

⁸⁶ المرسوم رقم 48-2011، بتاريخ 13 يناير 2011، وأخذ عن النص المترجم للغة الانجليزية:

An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause or a submission agreement.

An arbitration clause is an agreement by which the parties to one or more contracts undertake to submit to arbitration disputes which may arise in relation to such contract(s).

A submission agreement is an agreement by which the parties to a dispute submit such dispute to arbitration.

⁸⁷ الفقرة (1) من المادة (10) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم (27) لسنة 1994، وفقاً لآخر تعديلات.

وعرف المشرع الفلسطيني التحكيم في المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل"⁸⁸.

ويتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع الفلسطيني قد شجع اللجوء إلى التحكيم، وتوسعه في نطاق المنازعات التي يمكن أن تكون محلاً للتحكيم، فأى منازعة قانونية أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع يمكن أن يتم الاتفاق بشأنها على التحكيم، وبذلك يجوز التحكيم في العقود الإدارية بصرف النظر عن مدى اعتبار العلاقة تجارية أو مدنية.⁸⁹

وعرف قانون الأونسيترال النموذج للتحكيم التجاري الدولي التحكيم "هو اتفاق بين الطرفين على أن يُحيل إلى التحكيم جميع أبو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".⁹⁰

وفي اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد ورد تعريف التحكيم في المادة (2) في الفقرة الثانية منها على أنه "يكون اتفاق التحكيم مقصوداً به شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات"⁹¹.

أما في نطاق القانون الدولي العام فيعرف التحكيم بأنه: "وسيلة لحسم نزاع بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي بواسطة حكم صادر عن محكم أو مجموعة محكمين تختارهم الدول المتنازعة"⁹².

ويعرف الفقهاء التحكيم على أنه: "اتفاق الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر ليفصل فيما يثور مستقبلاً أو يثور فعلاً بينهم من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة"⁹³.

⁸⁸ الفقرة الأولى من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م.
⁸⁹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص262-263.
⁹⁰ الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون الأونسيترال التجاري الدولي لعام 1985 المعدل عام 2006. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال).

⁹¹ United Nations Conference on International Commercial Arbitration, "Convention" on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 1958.

Article (II): 2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

⁹² د. محمد عزيز شكري، المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم، دار الكتاب، دمشق، 1968، ص412.

ويعرف بأنه: " نظام تعاقدى بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي"⁹⁴. كما يعرف بأنه: "عبارة عن القضاء المختار"⁹⁵.

ويعرف أيضاً بأنه: "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم"⁹⁶. ويعرفه (Robert) بأنه: "نظام للقضاء الخاص تقضى فيه الخصومة. ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها أو بعبارة أخرى يقصد بالتحكيم إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم"⁹⁷.

وعرفه آخرون بأنه: "حكم بخصومة بواسطة شخص، المحكم، يختاره الأطراف باتفاق يطلق عليه اتفاق التحكيم"⁹⁸.

أما في القضاء؛ فعرفته محكمة النقض المصرية على أنه "طريق استثنائي لفض الخصومات، وقوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تتصرف إليه إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"⁹⁹.

وعرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة مجرداً من التمايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"¹⁰⁰.

⁹³ د. أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 و أنظمة التحكيم العربية، دار النهضة العربية، ط 2، 2004، ص 12.

⁹⁴ أ. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، 2000، ص 350.
⁹⁵ د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني (تنزاع القوانين وتنزاع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، الطبعة الأولى، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1982، ص 280. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الأزهر، بغداد، 1973، ص 403.
⁹⁶ عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، 1957، ص 346.

⁹⁷ Robert J., Arbitrage commercial gazeile de palais, P. 2 et.sui v.

نقلاً عن: د. مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة العدالة (تصدر عن وزارة العدل)، السنة الثانية، العدد الأول، دار الحرية للطباعة، بغداد، 2000، ص 25.

⁹⁸ Larguier J., Conte ph., procedure civil, droit judiciaire prive, 17 Edition, Dalloz, 2000, p. 38.

⁹⁹ حكم محكمة النقض المصرية، رقم 1952/1/3، مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة، ج 1، ص 397.

¹⁰⁰ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (13) لسنة (15) ق، جلسة 1994/12/17.

وعرفته محكمة التمييز الأردنية على أنه "طريق استثنائي لفض المنازعات ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم".¹⁰¹

ويرى الباحث أن أفضل تعريف هو تعريف المحكمة الدستورية العليا المصرية فهو تعريف جامع مانع، وبناء على التعريفات مجتمعة يتبين أن التحكيم أحد وسائل حسم المنازعات وهو طريق استثنائي، يلجأ إليه أطراف النزاع بإرادتهم الحرة الواعية المختارة، بناءً على إجازة المشرع، محيدين بذلك طريق القضاء جانباً لصالح التحكيم، وقد يتم اللجوء إلى القضاء في بعض المسائل، ويلجؤون هذه الطريق إما بشرط التحكيم، سواء ذكر في العقد نفسه أو في عقد مستقل قبل نشوء النزاع، أو بمشاركة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع، أملين إيجاد حل لنزاعهم بعيداً عن الماطلة واللد بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

إن الأهمية البالغة التي تكتسبها أحكام التحكيم بسبب الانتشار الكبير والنجاح الذي يحققه التأمين التجاري والدولي، وبسبب تسهيل الاجراءات التجارية بين الدول دون التطرق إلى الصعوبات التي تواجه الأفراد والشركات بسبب الإجراءات المعقدة، أدى كل ذلك إلى تعاظم أهمية التحكيم. كما وتركز الاهتمام الدولي على موضوع تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في بلدان أخرى، وتم إعطاء الأولويات بالتطبيق للاتفاقيات الدولية، سواءً الجماعية أو الثنائية منها، فإن لم توجد هذه الاتفاقية، فإن التنفيذ يكون وفقاً لقواعد القانون الوطني.¹⁰²

وهذه الأهمية حدت بالتساؤلات أن تثار حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وقد كان لهذا التساؤلات أثرها في تعدد الآراء الفقهية للإجابة عنه فذهب بعضهم إلى أن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية (تعاقدية) وذهب بعضهم الآخر إلى أنه ذو طبيعة قضائية، في حين ذهب آخرون إلى أنه ذو طبيعة مزدوجة (مختلطة) اتفاقية وقضائية. ومع الأخذ بعين الاعتبار أن عملية التحكيم تبدأ بعقد فهي تنتهي بحكم، وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده فإنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من حيث آثاره ونفاذه وإجراءاته، وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه كما يطعن في الأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام، وما تقدم أثارالجدل بين الفقهاء وأدى

¹⁰¹ محكمة التمييز الأردنية رقم 94/1774، مجلة نقابة المحامين الأردنية، عدد 7، 8، السنة 43، 1995م، ص 1985.
¹⁰² د. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مطبعة الاستقلال الكبرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 50.

إلى تعدد مذاهبهم¹⁰³، وسيتم تناول في هذا الفرع الآراء الفقهية التي أثرت حول الطبيعة القانونية للتحكيم.

أولاً: أنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى أنصار هذا المذهب أنه ذو طبيعة اتفاقية وليست قضائية، فما يتم الاستناد إليه في نظام التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع، سواءً أكان هذا الاتفاق بصورة شرط تحكيم أم مشاركة تحكيم، فالأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، ولا يمكن أن تكون هذه السلطة سلطة قضائية؛ لأنها تستند إلى إرادة الأطراف وهؤلاء لا يتمتعون بسلطة عامة، فمن الطبيعي إذن أن لا تكون سلطة المحكمين سلطة عامة.¹⁰⁴

وأيدت محكمة الاستئناف في بعض أحكامها الاتجاه التعاقدية للتحكيم، فأشارت في إحدى هذه الأحكام غالى الطبيعة العقدية له، حين قضت بأن التحكيم هو من العقود الرضائية التي تتم بالإيجاب والقبول، وأنه استثناء من الأصل في النقاضي، فلا يجبر على سلوكه أحد ولا يحرم من اللجوء إلى القضاء إلا عن رضا واختيار.¹⁰⁵

وعلى هذا الأساس فإن هذا الاتجاه يرى بأن مصدر القوة التنفيذية لقرارات التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع، فهو يفسر اكتساب هذه القرارات لقوة الشيء المقضي به وعدم قابلية الطعن فيها على أساس توافقها مع إرادة الأطراف.

وأيضاً الإستناد إلى تدعيم رأيه بحجة مفادها أن هدف التحكيم يختلف عن هدف القضاء، فالتحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف النزاع. أما القضاء فإنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.¹⁰⁶

ويعيب هذا الاتجاه انه بالغ في منح إرادة الأطراف الدور الأساسي في التحكيم، إذ إن الأطراف في حقيقة الأمر يطلبون من المحكمين تطبيق القانون وليس إرادتهم على النزاع المعروف¹⁰⁷.

¹⁰³ أ. د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، عقد التحكيم وطبيعته وأثاره، المحكم ورده وعدم صلاحيته، الخصومة في التحكيم وإجراءاتها، حكم التحكيم وطبيعته وإصداره، وتنفيذه والطعن فيه، والدعوى ببطلانه، التحكيم الإجباري في قانون القطاع العام، الإجراءات الواجبة الاتباع، مدى قابلية الحكم للطعن فيه وتنفيذه، التحكيم في قوانين الاستثمار، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص18.

¹⁰⁴ د. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص52.
¹⁰⁵ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص279، وانظر: محكمة الاستئناف الفلسطينية في الدعوى 210/87.

¹⁰⁶ د. رضوان أبو زيد، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الأول (طبيعة التحكيم في التجارة الدولية)، مجلة الحقوق والشريعة (تصدر عن جامعة الكويت)، السنة الأولى، العدد الثاني، مطابع صوت الخليج، الكويت، 1977.

وأيضاً انه يعدّ اتفاق الأطراف تنازلاً ضمناً عن الدعوى، فهذا الكلام غير صحيح، إذ أن تنازل شخص عن حق من حقوقه يمنعه من المطالبة به مرة أخرى، وهذا خلاف ما هو موجود في التحكيم، وعلى الأخص التحكيم الاختياري، إذ يحق للأطراف إلغاء اتفاق التحكيم ورفع الدعوى للمحاكم المختصة أصلاً بالنزاع.

كما أنه يستند إلى اختلاف هدف التحكيم عن القضاء، إلا أن هذا الاختلاف لا يعدو أن يكون اختلافاً نظرياً، إذ مع أن هدف التحكيم هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف النزاع، فهو يهدف بصورة غير مباشرة إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع عن طريق فض المنازعات الناشئة بين أفرادهم.¹⁰⁸

ثانياً: أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب تغليب المهمة التي يقوم بها المحكم على الوقوف عند أطراف الاتفاق فقط، فأنصار الاتجاه القائل بأن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية يرون أن الدولة وحدها لها الحق في إقامة العدالة في المجتمع، وحتى لو كان هذا من وظائف الدولة إلا أنه ليس مقصوداً عليها، فبإمكان الأشخاص اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهم، فالتحكيم سابقٌ للقضاء في ذلك. ويرى أنصار الاتجاه الثاني بأن التحكيم وإن كان يبدأ بعمل إرادي بين الأطراف، إلا أن ذلك يعتبر فتياً لتحريك طبيعة التحكيم القضائية.¹⁰⁹

ويستند أصحاب هذا الإتجاه في ذلك إلى أن المحكم يقوم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي ويكتسب قراره حجية الأمر المقضي به وهي حجية من المسلم انه لا تكتسبها إلا القرارات القضائية¹¹⁰.

وثار خلاف بين أنصار هذا الاتجاه فيما بينهم، وذلك حول أساس الوظيفة القضائية للمحكم، فاتجه بعضهم إلى أن أساسها تفويض من الدولة ولذلك يعتبر من جزء من سيادة الدولة، إذ يستمد المحكمون سلطتهم في مباشرة وظيفة القضاء من النظام القانوني للدولة، فذلك يمنحهم سلطةً بصفة مؤقتة، وبهذا فالتحكيم يعد استثناءً من سلطة الدولة، أما البعض الآخر فقد ذهب

107 د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية، مؤسسة روزاليون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص54.

¹⁰⁸ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص55.

¹⁰⁹ د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص25.

110 د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، 1981، ص55.

إلى رفض هذه النظرة ويرى أن التحكيم يُعدُّ جهة قضاء إلى جانب قضاء الدولة العادي نظراً إلى تطور التحكيم وانتشاره وتنظيمه فضلاً عن سبق ظهوره على قضاء الدولة¹¹¹.

أما معارضو هذا الاتجاه فيرون أن الصفة القضائية يجب أن تظهر في أثناء قيام المحكم بوظيفته وأهم سلطاته هي الإلزام والمحكم في أثناء نظره النزاع لا يتمتع بهذه السلطات.

وهذا القول يمكن الرد عليه؛ فقرارات المحاكم الأجنبية قد لا يتم الأخذ بها من قبل القضاء الوطني، ولكن هذا لا ينفي أن قرارات هذه المحاكم عبارة عن قرارات قضائية، لذلك يرد أصحاب هذا الاتجاه بأن هذه السلطة تنقص المحكم لا لأنه لا يقوم بالقضاء ولكن لأنه قضاء خاص ولنفس العلة فإن حكم المحكم لا ينفذ جبراً إلاّ بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة شأنه شأن الحكم الصادر عن دولة أجنبية، والواقع أن القول بأن حكم المحكمين ليس قضاءً يجب أن يؤدي منطقياً إلى القول بأن الحكم الأجنبي أيضاً ليس قضاءً وهو ما لم يقل به أحد¹¹².

والواقع أن ما يعيب هذا الاتجاه هو مغالاته في التعويل على الصفة القضائية للتحكيم، كما يعاب على فريق من أنصار هذا الاتجاه أنهم عدّوا أساس الوظيفة القضائية للمحكم هو تفويض من سيادة الدولة وأن المحكمين يباشرون هذه الوظيفة بصفة مؤقتة. فالتحكيم ليس قضاءً خالصاً وأساس وظيفة المحكم ليس تفويض الدولة بل اتفاق الأطراف.

ويرى الدكتور أشرف الأعور أن الطبيعة القانونية للتحكيم في فلسطين هي طبيعة قضائية وليست اتفاقية - تعاقدية - وذلك استناداً إلى نص المادة (33) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث منحت هيئة التحكيم "أن تصدر أمراً باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص اتفاق التحكيم على ذلك ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات"¹¹³. وهذا دليل على اعتبار قانون التحكيم لهيئة قضائية تقوم بأعمال القاضي وتصدر القرارات النافذة وحكمها حكم المحكمة المختصة، إضافة إلى أن حكم التحكيم يجوز الطعن فيه بطرق الطعن القضائية¹¹⁴.

111 د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، 1981، ص 27-28.

112 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، 1981، ص 55.

113 المادة (33) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

114 د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 284.

ثالثاً: أنصار الطبيعة المزدوجة للتحكيم

بالنظر إلى التشدد في أصحاب الاتجاهين السابقين فقد ظهر اتجاه ثالث يكون وسطاً بين الاتجاهين السابقين، وهذا الاتجاه يضيف على التحكيم الطبيعة المزدوجة. فيرى هذا الاتجاه أن ما يعوّل عليه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم هو الأخذ بفكرتي العقد والقضاء، إذ يعد هذا النظام نوعاً من الحلول التي تؤدي إلى التوازن بين مبدأ احترام سلطان الإرادة والالتزام بأحكام القانون.¹¹⁵

ويرى الأستاذ أحمد أبو الوفا أن حكم المحكم هو عمل قضائي من نوع خاص لأنه لا يصدر عن السلطة القضائية، ولأنه لا تُتبع بصدده الإجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم، ولأنه لا يصدر في ذات الشكل المقرر للأحكام القضائية، ولا تطبق بصدده قواعد القانون التقليدية المقننة، وإنما قد يرجع في صدده إلى العرف والعدالة.¹¹⁶ وقضت محكمة النقض المصرية بأن حكم المحكم له طبيعة أحكام القضاء.¹¹⁷

ويرى الباحث أن التحكيم طالما أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن التملص منه لا يجدي، وأنه يحل محله قضاء الدولة الإجباري، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، إذا فحكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة. أي أن باتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق، ويكون إلزامياً شأنه شأن قضاء الدولة. فالتحكيم اتفاق، ثم إجراءات تحل محل الإجراءات القضائية بنص القانون، ثم حكم شأنه شأن الحكم الصادر من السلطة القضائية للدولة، ومن هذا يتبين أن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم.

المطلب الثاني: صور التحكيم وتمييزه عن الصور المشابهة به.

الفرع الأول: صور التحكيم

تنص المادة (10) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري على صور التحكيم¹¹⁸.

¹¹⁵ د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، 1981، ص30

¹¹⁶ أ. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص19.

¹¹⁷ نقض 1986/2/6، رقم 2186، سنة 52ق.

¹¹⁸ المادة (10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 تنص على 1. "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وسيتم بيان كل صورة على حدا مستنديين إلى نصوص القوانين في كل من التشريعات المصرية والأردنية والفلسطينية إن وجد ما يشير إليها:-

أولاً: شرط التحكيم: أن يرد الاتفاق في شكل شرط يعرف بشرط التحكيم في عقد من العقود، بحيث ينص في هذا العقد على أن أي نزاع ينشأ بمناسبة تفسير أو تنفيذ العقد، تتم تسويته عن طريق التحكيم.

ويأتي شرط التحكيم بصيغة عامة، حيث لا يتطرق إلى التفاصيل ولكنه يشير إلى عرض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل على التحكيم، وهذا لا يمنع من تحديد الإجراءات الأخرى. وقد يرد الشرط في ذلك العقد أو في وثيقة مستقلة، ويجب أن يرد قبل نشوء النزاع.¹¹⁹

وشرط التحكيم له فائدة وقائية فهو يستبعد الاختلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع، الذي من الممكن أن ينشأ عند إبرام مشاركة التحكيم.¹²⁰

ومن خلال تعريف القانون النموذجي (الأونسيترال) للتحكيم في المادة (7) استقى القانونين المصري والأردني أحكامهما، حيث أجازا اللجوء إلى التحكيم بواسطة شرط تحكيم يرد في ذات العقد أو في عقد منفصل قبل نشوء النزاع.

فصت المادة (10) في الفقرة الثانية منها من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين..."¹²¹. ونصت المادة (11) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين".¹²² في حين أشار نص الفقرة الأولى من المادة (5) من

2. يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً. ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

¹¹⁹ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،

2015، ص25.

¹²⁰ د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص21. وانظر أيضاً: د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص25.

¹²¹ الفقرة الثانية من المادة (10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

¹²² المادة (11) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

قانون التحكيم الفلسطيني على وجود شرط التحكيم بصورة مباشرة فنصت على " ... ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل".¹²³

كما أقرت اتفاقية نيويورك باتفاق أطراف التحكيم على اللجوء إلى التحكيم بواسطة شرط التحكيم يخضعون بموجبه كل أو بعض النزاعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم. واعتبرت أن الاتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات شرط صحيح. فنصت المادة (2) من الاتفاقية على ذلك.¹²⁴ ويتطابق هذا النص مع المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، فقد ورد في الفقرة الثالثة من هذه المادة "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة"¹²⁵.

ويجب أن يرد شرط التحكيم قبل نشوء النزاع، وتورد بعض الاتفاقيات شرط تحكيم نموذجي لكي يأخذ من يريد اللجوء إلى التحكيم وذلك لتجنب ما قد ينجم عن الصياغة من مشاكل. ولو ورد شرط التحكيم في عقد غير صحيح أو باطل أو منعدم فإن الرأي الراجح في التشريع والفقه والقضاء يؤكد استقلالية شرط التحكيم، فيعد صحيحاً حتى لو ورد في مثل هذه العقود.¹²⁶ فنصت المادة (23) من قانون التحكيم المصري على "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"¹²⁷. ويتوافق ذلك مع ما نصت عليه المادة (22) من قانون التحكيم الأردني¹²⁸. وسار المشرع الفلسطيني على نفس النهج، فنصت الفقرة الخامسة من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على "يعتبر شرط التحكيم

¹²³ الفقرة الأولى من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م.

¹²⁴ United Nations Conference on International Commercial Arbitration, "Convention" on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 1958.

Article (II): 1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

"1. 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. 2. يقصد " باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"

¹²⁵ الفقرة الثالثة من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

¹²⁶ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، ص27.

¹²⁷ المادة (23) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

¹²⁸ المادة (22) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001. "بعد 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"

اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه¹²⁹، ولكنه لم يشر إلى صحة هذا الشرط كما ورد في القانونين المصري والأردني، حيث أن يُفيد في هذه النصوص أن شرط التحكيم لا يتأثر بصحة العقد من عدمها.

كما تنص الاتفاقيات الدولية بنصوص صريحة تؤيد مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصيلي، ومنها القانون النموذجي، فتنص الفقرة الأولى من المادة (16) منه على "... ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"¹³⁰.

ثانياً: مشاركة التحكيم

أن يرد اتفاق التحكيم في وثيقة مستقلة، وهذه الصورة تتحقق سواء نشأ النزاع عن علاقة عقدية أو غير عقدية، إذ قد لا يتضمن العقد المبرم بين طرفي النزاع شرط التحكيم، ويتفق الطرفان بعد نشوء النزاع على التحكيم بمقتضى وثيقة مستقلة. كذلك قد يكون متعلقاً بعلاقة غير عقدية، ويتفق الطرفان على تسويته عن طريق التحكيم، فيبرما وثيقة مستقلة تتضمن هذا الاتفاق، وتعرف وثيقة التحكيم في هذه الصورة بإسم مشاركة التحكيم.

وتعد المشاركة عقداً في موضوع نزاع نشأ فعلاً، ولذلك يشترط لصحة عقد المشاركة ما يشترط لصحة العقود الأخرى، وتعد من العقود المسماة، وقد تبطل المشاركة بسبب من الأسباب الواقعية باعتبارها عقداً مستقلاً.¹³¹ وبما أن المشاركة عقد، فهذا لم يمنع أن يتم إبرامها من قبل الأطراف قبل النزاع، كذلك الأمر يحق لهم ترك القضاء واللجوء إلى التحكيم بينهم إذا ما رأوا أن مصالحهم تتفق، كما ويجب تحديد المسائل التي يرغب الأطراف في عرضها على المحكمين وهذا من صلب مشاركة التحكيم، لذلك فهي تحوي الكثير من التفاصيل بعكس شرط التحكيم.¹³²

¹²⁹ الفقرة الخامسة من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م.
¹³⁰ الفقرة الأولى من المادة (16) من قانون الأونسيترال التجاري الدولي لعام 1985 المعدل عام 2006. لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي (الأونسيترال).
¹³¹ د. عبدالهادي عباس، ود. جهاد عياش، التحكيم، ط2، المكتبة القانونية، دمشق، 1997، ص
¹³² د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، ص29.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على "إذا تم الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الإتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً"¹³³.

والفقرة الثانية من المادة (10) من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على "... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلاً"¹³⁴. ويتفق هذا النص مع نص المادة (11) من قانون التحكيم الأردني "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات او بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام اية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال الى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً"¹³⁵. وتتفق هذه النصوص مع الاتفاقيات الدولية بأسلوب مشاركة التحكيم لفض المنازعات القائمة فعلاً بين الأطراف. وذلك مثلما ورد في المادة (7) من القانون النموذجي السالفة الذكر، والمادة الثانية في الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك.

ثالثاً: شرط التحكيم بالإحالة

يمكن أن يتخذ اتفاق التحكيم شكل إحاله ترد في عقد مبرم بين طرفين الى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار شرط التحكيم الوارد في هذه الوثيقة جزءاً من العقد المبرم بين الطرفين. ومما لا شك فيه أن شرط التحكيم بالإحالة يفترض خلو العقد الأساسي من بند يشير صراحة إلى اللجوء إلى التحكيم، وإنما تتجه إرادة الأطراف المتعاقدين إلى الأخذ بالشروط العامة أو العقود النموذجية لتنظيم أحكام العقد أو لتكملة ما ورد به من أحكام¹³⁶.

وهذه الصورة ترد عادة في عقود النقل البحري للبضائع، حيث يمكن أن ترد في سند شحن البضاعة إحالة الى الشروط الوارده في مشاركة إيجار السفينة والتي حرر سند الشحن تنفيذاً لها، فإذا تضمنت المشاركة شرط التحكيم، وأحال سند الشحن إليها بالنص على تطبيق شروطها التي لا تتعارض مع السند، فإن العلاقة الناشئة بين الناقل وحامل سند الشحن تخضع للتحكيم طبقاً

¹³³ الفقرة الرابعة من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

¹³⁴ الفقرة الثانية من المادة (10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

¹³⁵ المادة (11) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

¹³⁶ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص94.

للشروط الوارد في هذا الشأن في مشاركة الايجار، متى كان حامل السند على علم بوجود هذه الإحالة أو كان عليه أن يعلم بها.¹³⁷

وشروط التحكيم بالإحالة يعتبر ضرورة ملحة كونه يلبي حاجات التجارة الدولية من حيث السرعة في إنجاز المعاملات، والأخذ بالوسائل المتطورة في الاتصالات واللجوء إلى الشروط النموذجية عند إبرام العقود المتعلقة بالتجارة الدولية.¹³⁸

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (10) من قانون التحكيم المصري على " ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"¹³⁹. ونصت الفقرة الثانية من المادة (10) من قانون التحكيم الأردني على "ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد الى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"¹⁴⁰. ولم يتطرق المشرع الفلسطيني إلى هذه الحالة.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الصور المشابهة به.

أولاً: التحكيم والخبرة

تعرف الخبرة على أنها استعانة القاضي العام في الدولة أو الخصوم في الدعوى القضائية بأشخاص مختصين في مسائل يفترض عدم إلمام القاضي بها للتغلب على الصعوبات الفنية أو العملية التي تتعلق بوقائع النزاع، وذلك بالقيام بأبحاث فنية وعملية واستخلاص النتائج في شكل غير ملزم للمحكمة أو للخصوم فهو يخضع لسلطته التقديرية.¹⁴¹

إذاً ومن خلال التعريف يتبين أن التحكيم يختلف عن الخبرة، فعلى الرغم من أنه يتم في التحكيم والخبرة الاستعانة بأشخاص آخرين لإبداء رأيهم في موضوع النزاع وهذا وجه التشابه فيما بينهما¹⁴². لكنها يختلفان عن بعضهما في أن المحكم يقوم بمهمة القاضي واستناداً إلى ذلك فهو يصدر حكماً حاسماً للنزاع المعروض ويكون حكمه ملزماً للأطراف لأن الخصوم أعطوه مهمة الفصل في النزاع الناشئ بينهم برضاهم، كما يختلفان أيضاً في أن المحكم مقيد بالإجراءات

¹³⁷ علاء عباس، مقالة بعنوان: سلطة المحكمة في تفسير اتفاق التحكيم، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2015.

¹³⁸ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، ص31.

¹³⁹ الفقرة الثالثة من المادة (10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

¹⁴⁰ الفقرة الثانية من المادة (10) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

¹⁴¹ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، "دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص65.

¹⁴² حسين المؤمن المحامي، الوجيز في التحكيم (بحث مقارن)، مطبعة الفجر، بيروت، 1977، ص24.

والمواعيد الواردة في باب التحكيم. أما مهمة الخبير فتقتصر على مجرد إبداء الرأي فيما يعرض عليه، ولا يكون رأيه ملزماً لأي شخص كان، كما أنه عند كتابته لتقريره لا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون الإثبات والخاصة بالخبرة.¹⁴³ كما لا يجوز الطعن بالطرق المقررة قانوناً في قرار الخبير، لأن الخبير لا يصدر حكماً، بعكس التحكيم الذي يمكن أن يتم الطعن في حكمه لأن المحكم قاضي مختار من الخصوم بإرادتهم.¹⁴⁴

كما أن المحكم لا يؤدي يميناً لأن ثقة الخصوم به هي التي أدت إلى اختياره أما الخبير فإنه يؤدي يميناً أمام القضاء بمقتضى قانون الخبراء وقانون الإثبات¹⁴⁵.

هذا وقد يلتبس التحكيم في بعض الأحيان بالخبرة فيصعب تحديد ما إذا كانت مهمة الشخص هي تحكيم أم خبرة، والعبرة في هذه الحالة هي بالأخذ بالمعنى الحقيقي للألفاظ وليس بالمعنى الظاهر لها، فإذا اتفق الأطراف على أن يقوم شخص بتقدير قيمة الأضرار أو الخسائر في حادثة معينة فهنا نكون أمام خبرة وليس تحكيمياً ولو سماه الأطراف تحكيمياً، أما إذا اتفق الأطراف على الأخذ بحكم شخص معين بشأن النزاع بينهم فهنا نكون أمام تحكيم وليس خبرة ولو سماه الأطراف خبرة¹⁴⁶.

كما أن هناك فرق بينه الدكتور أشرف الأعور في أن الخبير يعتمد على ما لديه من معلومات وخبرات فنية في الفصل بموضوع النزاع، فضلاً عما يقدمه الأطراف من معلومات، فيما يصدر المحكم قراره بناءً على ما يقدمه له الأطراف من مستندات ومرافعات¹⁴⁷.

ثانياً: التحكيم والصلح

عرفت المادة (549) من القانون المدني المصري الصلح على أنه "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه"¹⁴⁸. وعرفته المادة (647) من القانون المدني الأردني على "الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي"¹⁴⁹. وسار المشرع الفلسطيني على نفس النهج فعرفه في المادة (589) من القانون المدني على أنه على أنه "الصلح عقد ينهي

¹⁴³ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 29.

¹⁴⁴ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 250-251.

¹⁴⁵ أ. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، 2000، ص 354.

¹⁴⁶ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص 28.

¹⁴⁷ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 251.

¹⁴⁸ المادة رقم (549) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

¹⁴⁹ المادة (647) من القانون المدني الأردني لسنة 1976.

الطرفان بمقتضاه نزاعاً قائماً بينهما أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً فيما يجوز التصالح فيه، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه¹⁵⁰.

ومن التعريفات السابقة يتضح لنا أن الصلح يتطلب وجود ثلاث عناصر وهي: وجود نزاع قائم أو محتمل، نية حسم النزاع، تنازل كل من الطرفين عن ادعائه.

وللصلح مزايا عديدة، فلا يتم فض النزاع بالقوة، ويحل بالتراضي ويحقق التجانس بين الأفراد، فضلاً على أنه يؤدي إلى السلام الاجتماعي ولهذا السبب قيل بأن صلحاً سيئاً خيرٌ من قضية ناجحة¹⁵¹.

كما أن الصلح عقد من عقود التراضي الملزمة للجانبين، ولكي يعتبر العقد ملزماً يجب أن يكون هناك نزول من طرفي النزاع، فإذا نزل أحد الطرفين عن كل ما يدعيه ولم ينزل الآخر عن شيء مما يدعيه لا يعتبر صلحاً، ولا يتشترط أن تكون التنازلات من الطرفين متساوية في الأهمية¹⁵².

فالصلح كالتحكيم يفترض نزاعاً بين الأطراف ولكنها يختلفان في وسيلة حل النزاع، فبالصلح يتم حل النزاع بإرادة الطرفين من بداية سلوكه حتى نهايتها، في حين أن التحكيم يبدأ باتفاق بين الطرفين، ولكن لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم، وعلى ذلك أنه في الصلح يتم حل النزاع بعمل تعاقدية، أما في التحكيم فيتم حله بعمل قضائي يصدر من المحكم وليس من الطرفين. كما أن في الصلح يتم تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه، في حين أن في التحكيم يحكم المحكم لطرف بكل ما يدعيه ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح.¹⁵³

ونظام التحكيم أشد خطورة من الصلح، لأن المتصالح يكون على علم مسبق بقيمة ما هو متنازل عنه على عكس المحتكم الذي لا يكون لديه أي علم بما سيحكم به المحكم¹⁵⁴.

وكذلك يختلف التحكيم عن الصلح في أن عقد الصلح لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة، أما قرار التحكيم فيكون قابلاً للتنفيذ بمجرد مصادقة المحكمة عليه وإصدارها الأمر بتنفيذه¹⁵⁵. كما أن حكم التحكيم يجوز الحجية الأمر المقضي به،

¹⁵⁰ المادة (589) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م

¹⁵¹ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 63.

¹⁵² د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 240.

¹⁵³ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 63.

¹⁵⁴ د. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مطبعة الخلود، بغداد، 1985، ص 32.

¹⁵⁵ د. احمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، الطبعة الأولى، مطبعة معهد دون بوسكو، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1964، ص 21.

مما يمنع من رفع الدعوى التي فصل فيها الحكم مرة أخرى، في حين أن الصلح لا يمنع من الإلتجاء إلى القضاء أو التحكيم للمطالبة بما قرره عقد الصلح من حقوق¹⁵⁶.

كما أن حكم المحكمين في التحكيم في العقود الإدارية يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة المقررة قانوناً، أما في الصلح في العقود الإدارية فإن قرار الصلح حكم نهائي لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.¹⁵⁷

وأجاز قانون التحكيم الفلسطيني اللجوء للصلح في تسوية المنازعات، فنصت المادة (36) منه على "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة...".¹⁵⁸

ويرى الباحث أن معيار التفريق بين التحكيم والصلح هو في تمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه، أما الصلح فجوهرة وفحواه هو التنازل المتبادل من كلا الطرفين عن جزء من حقهما وذلك للوصول إلى حل وتلافي النزاع.

ثالثاً: التحكيم والوكالة

تعرف الوكالة بأنها عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل أن يبرم تصرفاً قانونياً بإسم ولحساب موكله، بحيث تتصرف آثار هذه التصرفات إلى الموكل مباشرة.¹⁵⁹

يتشابه التحكيم مع الوكالة في أن الخصوم في كلا العقدين يفوضون أشخاصاً آخرين ليقوموا بمهامهم في تصرف جائز معلوم.¹⁶⁰

إلاّ أنهما يختلفان في أن المحكم يختاره الطرفان بالاتفاق ليفصل في النزاع بينهم أما الوكيل فينوب عن طرف واحد فقط، كما يختلفان في أن المحكم مستقل تماماً عن الخصوم؛ ولا يجوز له التنحي عن مهمته بعد القبول إلاّ بعذر مشروع، ويكتسب المحكم صفة القاضي بمجرد اتفاق الأطراف عليه؛ ولا يجوز للأطراف التدخل في المهمة المعهودة إليه.¹⁶¹

¹⁵⁶ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 65.

¹⁵⁷ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 243.

¹⁵⁸ المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

¹⁵⁹ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 66.

¹⁶⁰ حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم (بحث مقارنة)، مطبعة الفجر، بيروت، 1977، ص 25.

¹⁶¹ حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم (بحث مقارنة)، المرجع السابق، ص 25.

كما لا يجوز عزله إلا باتفاقهم، ولا يجوز رده أو تنحيه إلا لنفس الأسباب التي يردّ بها الحاكم، كما أن قرارات المحكم ملزمة للأطراف.

أما الوكيل فهو يستمد سلطاته من الموكل، ويجوز له اعتزال الوكالة في أي وقت شاء بشرط أن لا يكون ذلك بقصد الإضرار بالموكل، كما يملك الموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء بشرط عدم التعسف في ذلك، ولا يسري في حق الموكل ما هو خارج عن حدود الوكالة¹⁶². فإذا قام الوكيل بأي عمل خارج الوكالة عدّ هذا العمل غير مشروع ولا يسري في حق الموكل إلا إذا أجاز هذا الأخير.

رابعاً: التحكيم والتوفيق

عرف الفقرة الثالثة من المادة (1) من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التوفيق على أنه عملية يطلب فيها الطرفان للطرف الثالث (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدياً أو غير عقدية أو نزاع متصل بهذه العلاقة¹⁶³.

يقوم أسلوب التوفيق في المنازعات على تدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما، وتسوية النزاع بحل يستند إلى إرادة الطرفين، فلا يمكن تنفيذ الحل إلا باتفاق الطرفين¹⁶⁴.

ويتشابه التحكيم مع التوفيق في أنهما يستلزمان تدخل أشخاص آخرين لحل النزاع القائم بين الأطراف، ففي كلا النظامين يتفق الأطراف على فضّ نزاعاتهم بالتراضي عن طريق تفويض أشخاص آخرين بهذه المهمة، كما ويجب على الجهة الإدارية والمتعاقد معها في حالة الاتفاق على حل منازعات العقد الإداري بالتحكيم أو التوفيق احترام هذا الشرط وعدم عرض المنازعة على القضاء¹⁶⁵.

إلا أنهما يختلفان في أن التوفيق يهدف إلى التوصل إلى موافقة أطراف النزاع على اتفاق معين عن طريق التعاون الاختياري بينهم، في حين يهدف التحكيم إلى فضّ نزاعات الأطراف بواسطة محكمين يختارون لهذا الغرض باتفاق الأطراف¹⁶⁶.

¹⁶² عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص34.

¹⁶³ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص69.

¹⁶⁴ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص245.

¹⁶⁵ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص247.

¹⁶⁶ حسن النجفي، معجم المصطلحات الاقتصادية والقانونية، الطبعة الأولى، الدار العربية، بغداد، 1982، ص30.

كما يختلفان في أن مهمة لجنة التوفيق تقف عند حد عرض الحلول والاقتراحات ، وهذه ليست لها صفة الإلزام ، في حين أن مهمة المحكم كمهمة القاضي ولقراره صفة الإلزام كالحكم القضائي¹⁶⁷.

ويختلفان أيضاً في أن إجراءات التوفيق ايسر بكثير من إجراءات التحكيم ، وان لجنة التوفيق لا تلتزم بتطبيق قانون معين¹⁶⁸.

خامساً: التحكيم والوساطة

يقصد بالوساطة تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم بين الأطراف بشكل ودي للعمل على تسويته ، ويشترك الطرف الثالث مباشرة في المفاوضات الدائرة بين الأطراف ويقترح بنفسه حلاً للنزاع¹⁶⁹. وقد يتدخل الوسيط بصورة عفوية أو قد تستدعيه الأطراف المتنازعة للعمل كوسيط¹⁷⁰.

وتتشابه الوساطة مع التحكيم في أنهما يستلزمان تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم من أجل تسويته. إلا أنهما يختلفان في أن سلطة الوسيط تقف عند حد العرض والاقتراح ، أما سلطة المحكم فهي كسلطة القاضي وقراره بمثابة حكم قضائي¹⁷¹.

كما يختلفان في أن قرار الوساطة ليس ملزماً كقرار التحكيم ومن ثم لا يمكن فرضه على الأطراف المتنازعة¹⁷². وهناك فروق بين التحكيم والوساطة تتمثل في دور الوسيط وطبيعته ومهمته والنتيجة التي يصل إليها من خلال الوساطة¹⁷³.

يرى الباحث أن هناك تشابه في العديد من النظم القانونية مع التحكيم، وأكثر ما يميز التحكيم عن هذه النظم أن قرار التحكيم ملزم، فهل يعتبر حكم التحكيم مثل الحكم القضائي؟

للإجابة عن هذا السؤال سيقوم الباحث ببيان الفرق بين الحكم القضائي والتحكيم:-

167 د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص742.

168 د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة، بغداد، 1992، ص19.

169 د. محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1967، ص707.

170 د. محمد عزيز شكري، المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم، دار الكتاب، دمشق، 1968، ص405.

171 د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص742.

172 د. عيد الحميد الأحديب، خصائص التحكيم وموقعه في الإسلام، مجلة المصارف العربية (تصدر عن اتحاد المصارف العربية)، العدد التاسع، دون مكان نشر، 1981، ص28.

173 د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص244.

بالرغم من أن المحكم يقوم بعمل القاضي عن طريق تحقيق فاعلية القواعد القانونية التي تحكم العلاقة محل النزاع إضافة على أن قضاء الدولة يشارك في إصدار هذا العمل فخصومة التحكيم عمل قضائي يحسم مركزاً قانونياً متنازعاً بشأنه، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود إختلاف بين التحكيم والقضاء ويتمثل هذا الإختلاف في عدة نقاط منها:

1. يتطلب التحكيم وجود إتفاق بين الخصوم أو نص خاص في القانون، بينما في القضاء العادي حق عام لا يحتاج إلى إتفاق من أطراف النزاع، ومن له الحق يلجأ للقضاء دون الحاجة لموافقة الطرف الآخر.
2. إرادة الخصوم هي ما يقوم عليه التحكيم فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيمياً وإنما يعتبر سلطان دولة.
3. يتم إختيار المحكمين في التحكيم أما القاضي فيكون مقلداً بشكلٍ رسمي من الدولة وتكون وظيفته عامة ودائمة عكس المحكم التي تكون مؤقتة ومخصصة بنزاع معين.
4. لا يمكن تنفيذ أحكام المحكمين إلا بعد صدور أمر من السلطة القضائية بالدولة، أما الأحكام القضائية فتكون واجبة التنفيذ بعد إصدارها مباشرةً دون أمرٍ لتنفيذها¹⁷⁴.

ويرى الباحث أنه بالرغم من هذه الفروق إلا أن القضاء يعد من أكثر الأنظمة القانونية تشابهاً مع التحكيم.

¹⁷⁴ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 68-69.

المبحث الثاني: مسوغات الخلاف في اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.

يحقق التحكيم العديد من المزايا التي تسوغ لأطراف النزاع اللجوء إليه، وتتخلص في الآتي:-

أولاً: يؤدي التحكيم إلى انتهاء النزاع بصورة سريعة، عكس القضاء الذي تتميز إجراءاته بالبطء والتعقيد، وقد يستخدم الخصوم أساليب المماطلة فيه لإطالة أمد التقاضي.

ثانياً: يعني أطراف النزاع القانون الواجب التطبيق سواء كان أجنبياً أو وطنياً، بصرف النظر عن قواعد الإسناد وقد يطبق المحكم مجموعة من الأعراف أو العادات التجارية السائدة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع.¹⁷⁵

ثالثاً: لا يلزم أن يكون المحكم رجل قانون، فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، مما يجعله مؤهلاً لفهم وإدراك طبيعة النزاع والإمساك بمقطع النزاع دون أن يكون مضطراً للاستعانة بالخبراء، وهو أمر لا غنى عنه إذا كان النزاع معروضاً على القضاء.¹⁷⁶

رابعاً: إن عملية التنمية الاقتصادية الشاملة التي تسعى الدول النامية إلى الوصوله وتحقيقها، تلزم الدولة وأشخاص القانون العام بالتدخل في الإبرام أو الإشراف والرقابة على عقود التنمية الاقتصادية، مما يجعل التحكيم هو الوسيلة الملائمة لفض الخلافات التي قد تنشور بمناسبة تنفيذ هذه العقود التي تمثل الشركات متعددة الجنسيات في طرقها التقليدي في العصر الحالي، فالدولة أو أشخاص القانون العام يصعب قبول خضوعهم لقضاء دولة أجنبية، أما التحكيم فهي تشارك فيه سواء باختيار المحكمين أم اختيار القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن وجود اتفاقيات دولية تنظم التحكيم في المنازعات التي قد تنشور بين الدول ورعايا دول أخرى بمناسبة الاستثمارات من جانب الدولة.¹⁷⁷

خامساً: يتسم التحكيم بالطابع السري، ومن المعلوم أن السرية في نطاق التجارة الدولية تعتبر أمراً بالغ الأهمية، لأن الأمر يتعلق بأسرار مهنية واقتصادية قد يترتب على علانيتها الإضرار بمراكز أطراف الخصومة.

¹⁷⁵ د. محمد عبداللطيف، الاتجاهات الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، ص79.

¹⁷⁶ د. حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، دراسة مقارنة، ط1، جامعة الموصل، العراق، 2014،

ص284.

¹⁷⁷ د. محمود البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص11-12.

المبحث الثالث: عدم جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية.

إن الإتجاه الفقهي المعارض للجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم يبرر ذلك أن التحكيم في عقود الدولة يصطدم مع سيادتها ويعتبر إعتداءً على إختصاص القضاء الإداري في الدولة.

وبناءً على ذلك قسم الباحث هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعارض التحكيم في عقود الدولة مع سيادتها.

بما أن السيادة هي سلطة مطلقة وأصيلة للدولة فلا تخضع لأحد ولا تعلق فوقها سلطة وهي العنصر الجوهري في تكوين الشخصية الاعتبارية للدولة، وما دام أن السيادة ركن أساسي من أركان وجود الدولة وسلامتها فوق سلامة القانون، وأي مساس بسيادة الدولة محذور وغير مقبول، فإن لجوء الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعين لها إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ عن العقود التي برمونها من منازعات مع شخص خاص متعاقد معها يعد أمراً ماساً بسيادة الدولة¹⁷⁸.

فالدولة وضعت دستوراً يحكم تصرفاتها دون أن تخالفه، ووضعت بمقتضاه سلطاتها المختلفة ومنها السلطة القضائية والتي تبحث في منازعات عقودها دون غيرها. ولهذا لا يمكن استبعاد اختصاص هذه السلطة من نظر المنازعات الناشئة عن عقود الدولة التي يكون أحد أطرافها شخصاً خاصاً سواء محلياً أو أجنبياً، وجعلها تخضع للتحكيم، فالتحكيم ينحصر مجال تطبيقه في المنازعات الناشئة بين الأفراد العاديين والهيئات الخاصة، ولا يمكن أن يطبق على النزاعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعين لها طرفاً فيه.¹⁷⁹

وما دام أن السيادة هي ركن أساسي من أركان وجود الدولة، وحيث أن سلامة الدولة ومصحتها العليا فوق سلامة القانون، وأي مساس بسيادة الدولة محذور وغير مقبول، فإن هناك فريقاً يرى أن لجوء الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعين لها إلى التحكيم لفض ما قد ينشأ عن العقود التي يبرمونها من منازعات يعدّ أمراً ماساً بسيادة الدولة. وما يشكل دعماً لهذا الرأي الأحكام المشكوك في موضوعيتها، وخاصة الأحكام التي يكون الطرف الثاني شخصاً أجنبياً تابعاً لدولة من دول العالم المتقدم، يقوم بتعاقد مع دولة من دول العالم الثالث¹⁸⁰.

¹⁷⁸ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

ص2015، ص62.

¹⁷⁹ د. جورج ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،

1999، ص104-105.

¹⁸⁰ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص63.

إذاً اعتبارات الحصانة السيادية قد تعترض استمرارية إجراءات التحكيم ونتائجه، فالدولة تدفع بالحصانة السيادية كذريعة مانعة من تنفيذ اتفاق التحكيم، وعدم الاعتراف أو تأكيد حكم التحكيم، أو لاعتراض تحفظي اتخذته هيئة التحكيم سواء أكان قبل الحكم أو تنفيذاً له.

إن للدولة سيادة تامة على ثرواتها الطبيعية، وتعتبر المالكة لها، وتقوم بممارسة سيادتها عليها باسم الشعب ولحسابه، كما تقوم بإبرام العقود المختلفة من أجل استغلال هذه الثروات، وبالتالي تضمين العقد شرط التحكيم يحيل مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية إلى سيادة شكلية خاوية المضمون¹⁸¹.

ويرى الباحث أن الدولة لا تستطيع التحلل من التحكيم وتدفع بالسيادة، ولهذا عارض جانب من الفقه الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها الدولة بحجة مخالفة سيادتها، فقيام هيئة التحكيم بالنظر في المنازعات بين المستثمر والدولة يستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال الدولة وهذا يمثل إعتداء جسيم على سيادتها الوطنية.

وهذا ما أكدته اتفاقية جنيف لعام 1961 بشأن اتفاقية التحكيم وأهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم، وعليه؛ فإذا وافقت الدولة على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة القضائية المستمدة من كون الدولة في وضع سلطة وتسيّد، لأن ذلك يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي أبرمته، وبالتالي فإن الدولة أبرمت الاتفاق الذي يتضمن اتفاق التحكيم بإرادتها وكان لها الرفض من البداية¹⁸².

المطلب الثاني: التحكيم في عقود الدولة يعتبر اعتداءً على اختصاص القضاء الإداري

ان من النظام العام توزيع الاختصاص القضائي، وهو ناجم عن مبدأ فصل السلطات، وبالتالي وجب احترام هذا الاختصاص¹⁸³.

ويعتبر القضاء أحد مظاهر سيادة الدولة، فلا يجوز للدولة في منازعة تكون هي أحد أطرافها التنازل عن قضائها لصالح التحكيم. لأن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي يؤدي إلى سلب ولاية القضاء الإداري للدولة، وبالتالي تنحيتها عن الفصل في

¹⁸¹ د. أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية، مؤتمر التحكيم (القاهرة – الاسكندرية)، اكتوبر، 1992، ص148.

¹⁸² د. إيناس رشيد، د. وعود الأنباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، جامعة كربلاء، مجلة

رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول، العراق، 2015، ص278.

¹⁸³ د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1960، ص360.

المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وفي ذلك تعديل لقواعد الاختصاص القضائي، بتوكيل المهمة إلى هيئة التحكيم¹⁸⁴.

ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات في القانون العام، ويختص القضاء المدني بالنظر في المنازعات المدنية، وبالتالي يحظر على أطراف أي نزاع كان أن يرفعوا منازعة من اختصاص المحاكم الإدارية أمام المحاكم المدنية¹⁸⁵.

والتحكيم يتضمن أن يتم تعديل الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الإدارية في سلطة الفصل فيه، فبدلاً من النظر فيه من قبل المحكمة الإدارية المختصة أصلاً بالنظر فيه، يتم تحويله لهيئة التحكيم¹⁸⁶.

وبما أن اختصاص المحاكم الإدارية لا يمكن الخروج عنه حتى إلى المحاكم المدنية، فكيف يمكن أن يخرج إلى التحكيم؟ وأغلب أحكام القانون الإداري تُعد من النظام العام، وهذا يجعل من الصعب على التحكيم تطبيقها¹⁸⁷.

ومبدأ الاختصاص القضائي يتمتع بقوة إلزامية ولا يمكن مخالفته بالاتفاقيات، ومن الواجب رفع المنازعات المتعلقة بالقانون العام إلى القضاء الإداري، وبالتالي يحظر على أطراف النزاع في عقود الدولة رفع النزاع باختيارهم إلى القضاء المدني في منازعة تدخل في اختصاص القضاء الإداري، ومن باب أولى أن يتم حظر عرض هذه المنازعات على التحكيم. وما دام أن القضاء يعد من أخص وجبات الدولة التي تستطيع وحدها فرض هذه العدالة دون أن تقبل من أحد رفض تدخلها أو الخروج عن سلطاتها، وذلك لأن القضاء هو أحد مظاهر سيادتها، فإن الدولة والأشخاص المعنوية لا تستطيع حل المنازعات الناشئة عن عقود الدولة ذات الطابع الدولي باللجوء إلى التحكيم وترك الاختصاص القضائي، فالتحكيم لا يكفل للدولة الضمانات التي يوفرها القضاء¹⁸⁸.

ومن حيث الإجراءات يعتبر التحكيم أقل تشدداً من حيث الإجراءات، والمحكم أكثر تساهلاً من القاضي في تطبيق القوانين، فلا يجوز للدولة أو الأشخاص المعنوية العام أن تمتل إلى للقضاء

184 د. محمد منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، 1991، ص335.

185 د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ص69.

186 د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، ص360.

187 د. عبدالحميد الأحديب، التحكيم "أحكامه ومصادره"، ج1، مؤسسة نوفل، مصر، 1983، ص304.

188 د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ص70.

الذي تنشئه هي ووفقاً لقوانينها الوطنية، ولا يجوز أن يحكم على الدولة وهيئاتها إلا من قبل القاضي الرسمي¹⁸⁹.

والتحكيم يحرم الدولة والأشخاص المعنوية العامة من الحماية التي تتمثل في وجود النيابة العامة في الدعوى التي تنتظر أمام القضاء، وهذا سبب إضافي يحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العام اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناجمة عن عقود الدولة¹⁹⁰.

ولجوء الدولة أو الأشخاص المعنوية إلى التحكيم يمكن أن يجعلها تخسر كل شيء أو تريح كل شيء، وذلك لجهل ما سيسفر عنه قرار التحكيم الذي سيصدر، وعدم معرفة الحد الذي يمكن لقرار التحكيم أن يجره على الدولة، خصوصاً أن المحكمين أشخاص يختارهم أطراف النزاع بحرية تامة، وبالتالي يمكن لأي طرف أن يضغط على الطرف الآخر باختيار شخص ماهر يقضي لمصلحته¹⁹¹.

ان استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع واللجوء إلى التحكيم يعدّ شيئاً مربباً بالنسبة للدولة إزاء قضاءها المقرر لحماية حقوق الأفراد، ويعتبر ذلك ضعفاً في الدولة، فلا يحق للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تجسد المثل السيء بتكرها للقضاء الرسمي فيها والذي يحكم باسم الدولة، وهنا يُثار التساؤل الآتي: كيف للدولة أن تنشئ قضاءها وتفرض سلطانه على الأفراد ثم تنتكر له¹⁹²؟

ويقوم التحكيم بنزع اختصاص محاكم الدولة، ويمس امتيازاً حصرياً من امتيازات الدولة. فإذا كانت الدولة تنتظر إلى لجوء أشخاص القانون الخاص إلى التحكيم نظرة ريبية وشك، وهي نظرة فيها من القسوة كثيرها، فمن باب أولى أن تكون أكثر ريبية وأشد قسوة فيما لو لجأت هي وأشخاصها المعنوية العامة إلى التحكيم¹⁹³.

ويُثار تساؤل آخر في هذه الناحية؛ ما حاجة الدولة إلى محاكمها إن هجرت هي والأشخاص المعنوية محاكمها لصالح التحكيم؟ ولماذا تلجأ الدولة إلى التحكيم طالما أن مرجعها الطبيعي يتمثل في قضائها الإداري¹⁹⁴؟

189 د. جورج ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص223.

190 د. نجيب أحمد الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1996، ص200.

191 د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، ص363.

192 د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ص72.

193 د. عبدالحميد الأحمد، التحكيم "أحكامه ومصادره"، المرجع السابق، ص323-324.

194 نفس المرجع السابق، ص323.

إن لجوء الدولة إلى التحكيم في عقود الدولة يؤدي إلى تغيير القضاء المخول بنظر النزاع وإلى تطبيق المحكمين للقانون الخاص، كالقوانين المدنية والتجارية بدلاً من تطبيق القانون الإداري، إضافة إلى أن الأطراف يعملون على إحلال طريقة اتفاقية لحل النزاع محل الإجراءات القضائية وبذلك تنتزع الدعوى من القضاء الطبيعي لصالح قاضي يختاره الطرفان، وهذا لا يجوز في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها¹⁹⁵.

فالاختصاص القضائي من النظام العام، ولا يجوز مخالفته، وبالتالي لا يجوز للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الاتفاق على التحكيم طالما أن الموضوع يدخل في اختصاص محاكم الدولة. ويتعذر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم الداخلي في مسائل تدخل في الاختصاص القضائي إلا بوجود نص من المشرع وبترتب على مخالفة ذلك مساس بالنظام العام. والدولة لا تملك تعديل الاختصاص القضائي بقرار أو باتفاق مع الغير، لأن قواعد الاختصاص القضائي آمرة¹⁹⁶.

وبناءً على ما سبق فإن الآثار المترتبة على لجوء الدولة والأشخاص المعنوية إلى التحكيم أدت بالفقه إلى أنه لا يجوز أن يتم تعديل قواعد الاختصاص القضائي إلا بأداة قانونية مساوية في القوة والمرتبطة للأداة التي نظمت اختصاص القضاء الإداري، فإذا ما أرادت الدولة تعديل قواعد الاختصاص القضائي فيجب أن يتم ذلك من خلال إصدار قانون يرخص لها بذلك، ولا يمكن قبول أداة قانونية ترخص بذلك إن كانت أقل مرتبة مثل المرسوم أو العقد¹⁹⁷.

المطلب الثالث: التحكيم في عقود الدول يتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري

نشأة نظرية العقد الإداري تعتبر فرنسية المولد، حيث استمدت النظرية مبادئها من أحكام القضاء وتدخل المشرع لتنظيم بعض جوانب العقود الإدارية، وترتب على ذلك حدوث ارتباط وثيق بين وجود العقد الإداري والقضاء الإداري، وذلك بخلاف العقود المدنية التي تتضمنها قوانين مفصلة لها¹⁹⁸.

في حين تقوم إرادة الأفراد منفردة في تفضيلها للتحكيم على القضاء، ونشأ كل من التحكيم والعقد الإداري في بيئتين مختلفتين، حيث يرتبط موضوع التحكيم في القانون الخاص، أما العقد الإداري فيرتبط موضوعه في القانون العام، ولكن هذا التباعد بدأ يضيق بمرور الزمن، وكان للتطور

195 د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، ص 361.

196 د. حمدي عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص 139.

197 د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ص 73-74.

198 د. محمد منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 332.

الاقتصادي والتكنولوجي ولأفكار الحديثة كالعولمة والخصخصة وانتصار النظام الليبرالي وسقوط النظام الاشتراكي وانتشار الشركات المتعددة الجنسيات دور كبير في ذلك¹⁹⁹.

ولأن أساس نظرية العقد الإداري قد قام في محاولة لتطبيق القوانين الوطنية على العقد، وكان التحكيم أسلوباً لفض المنازعات يقوم على إرادة الخصوم، فقد أثار ذلك تساؤلاً عن أثر التحكيم على المعيار المميز للعقد الإداري، وذلك من حيث اتصاله بمرفق عام، ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد شروطاً استثنائية²⁰⁰.

ويرى الدكتور جابر نصار أن العقود الإدارية تخضع إلى نظام قانوني وقضائي يختلف كلية عن النظام القانوني والقضائي الذي تخضع له العقود المدنية، وبالتالي فإن خضوع العقد الإداري إلى نظام قانوني لا يعتد بنظرية العقد الإداري يؤثر على طبيعة العقد ومركز الدولة فيه، حيث إن نظام التحكيم لا يتفق مع خصائص العقد الإداري والنظام القانوني والقضائي الذي يحكمه، فإدراج شرط التحكيم فيه يخل بشكل صريح بخصائص العقد الإداري وبالنظام القانوني الذي يحكمه، مما يؤثر على معيار تمييز العقد الإداري²⁰¹.

فالدولة تتميز بامتيازات كبيرة حين تكون طرفاً من أطراف العقد تجاه الطرف الآخر، وهذه الميزات تجعلها في وضع أعلى عن المتعاقد، وبالتالي تنتفي المساواة بينهما لصالح الدولة، ولجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم يهدم هذا الأساس، ويُفقد الدولة امتيازاتها، ويصدم بشدة مع هذا الأساس، حيث أن الدولة والمتعاقد معها يقف كل منهما على قدم المساواة أمام هيئة التحكيم، حتى لو كان هذا الطرف عادياً أو شخصاً خاصاً، وسواءً كانت طبيعة المنازعات مدنية أو تجارية أو إدارية فليس للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أي وضع مميز تجاه المتعاقد معه الآخر أمام هيئة التحكيم²⁰².

وتُثار هنا بعض المخاوف المتشكلة في أن المحكم الذي ينظر في النزاع لا يستوعب طبيعة وأسس العقد الإداري والدعائم التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري، وبالتالي فإنه على استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويطبق على العقد قانوناً أجنبياً. ولا شك بأن سبب التخوف هو أن نظرية العقد الإداري من صنع القضاء، في حين لا يعرف التحكيم طبيعة هذا العقد وبالتالي فإن خضوعه للتحكيم سيؤثر على طبيعة العقد ومركز الدولة فيه، وهناك يظهر الفرق؛ فالعقد الإداري الذي تبرمه الدولة له مميزاته وسيؤثر ذلك على معيار تمييز العقد الإداري.

199 د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ص74.

200 نفس المرجع السابق، ص75.

201 د. جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص113.

202 د. جورج ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص123.

فالمحكم لا يستطيع تمييز العقد الإداري عن العقد الخاص، كما أن كافة السلطات التي تطبقها الدولة مع المتعاقد معها تمارسها حتى في ظل عدم وجود قانون باعتبار ذلك جزءاً من القواعد التي تحكم نظرية العقد الإداري، إذاً كيف سيسلم التحكيم للدولة هذه الحقوق؟ إلا إذا كان النزاع الناشء عن العقد الإداري يخضع للقاضي الطبيعي المتمثل في القاضي الإداري، والذي يستوعب ويبيح طبيعة هذا العقد ويعرف معيار التمييز لهذا العقد الإداري²⁰³.

فعادةً ما يقوم المحكم بتطبيق قواعد لا تتفق ونظرية العقد الإداري، فلا يعترف بحق الدولة على الاشراف على تنفيذ العقد وإجراء تعديلات جوهرية من جانب واحد تقتضيها المصلحة العامة للدولة، ولا يسمح للدولة بأن تقوم بتوقيع جزاءات عليه أو بفسخ العقد من جانب واحد²⁰⁴.

فخضوع الدولة للتحكيم في عقودها يعمل على تجريدها والأشخاص المعنوية العام من سلطتها التي تتمتع بها بمقتضى نظرية العقد الإداري وبالتالي يفقد عقد الدولة الإداري شرطاً جوهرياً من شروط تمييزه ويتحول إلى عقد مدني. إلا إذا اشترطت الدولة أو الأشخاص المعنوية في العقد أنها ستلجأ إلى الشروط الاستثنائية، وهذا الأمر ليس بمقدور الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة، فغالباً ما يفضل الشخص الخاص اللجوء إلى التحكيم والابتعاد عن النظام القانوني والقضائي للدولة المتعاقدة²⁰⁵.

ويرى الباحث من خلال ذلك بأن الدولة أو الأشخاص المعنوية بموافقتها على اللجوء إلى التحكيم تفقد أهم ما يميزها في العقد الإداري الذي تكون هي طرفاً فيه، وذلك بمساواتها مع الشخص الخاص وافتقادها للميزات، كما أن العقد الإداري نفسه يفقد صفته كعقد إداري ويتحول لعقد مدني، وأيضاً يصبح هناك شكوك في الاختصاص القضائي، وهنا لابد من الإشارة إلى أن الشخص الخاص الذي يخضع لقانون الدولة في كافة معاملاته لابد أن يخضع في النزاع في العقد الإداري للقضاء الإداري المحلي، وإلا كان ذلك بمثابة رفض من الشخص الخاص لقوانين دولته.

وأيضاً عقود الامتياز المعطاة لشركة الاتصالات في فلسطين تخضع لقانون الاتصالات، ولا يمكن بحال من الأحوال اللجوء في النزاع إلى التحكيم، بل يقوم وزير الاتصالات شخصياً بعمل المناسب حتى لو اقتضى منه ذلك فك العقد من جانب واحد، وذلك كما ورد في نص المادة (3) من قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم (3) لسنة 1996 "يجوز لمجلس الوزراء أن يمنح

²⁰³ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ص76.

²⁰⁴ د. جورج ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص124.

²⁰⁵ د. جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص119.

حق إمتياز أو إستثمار خدمة أو أكثر في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية، وأن يقرر حصر الاتصالات أو تعليقها إذا اقتضى الأمن الوطني أو مصالح أخرى جوهرية ذلك ولا يترتب من جراء ذلك دفع أي عطل أو ضرر أو تعويض أو إعادة البدلات.²⁰⁶

المبحث الرابع: جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية المحلية

المطلب الأول: الاتجاه الذي لا يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

أجاز القانون المصري، وبعد تردد طويل ونقاش فقهي وقضائي كبير التحكيم في المنازعات الإدارية بعد صدور القانون رقم 1997/9 الذي بموجبه تمت إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم 1994/27 والتي اشترطت موافقة الوزير المختص لينتج اتفاق التحكيم آثاره²⁰⁷، وذلك حين نصت على أنه: "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية، يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"²⁰⁸.

وعلى هذا الأساس أقر القضاء المصري قاعدة مفادها أن اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية مشروط بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وأنه لا يجوز التفويض في ذلك وإلا ترتب عليه بطلان شرط التحكيم²⁰⁹، وفي هذا الاتجاه صدر قرار عن المحكمة الإدارية العليا بمصر جاء فيه أنه :

"من حيث أن المادة (1) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 والمعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997 تنص 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 أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك، ومن حيث أن أوراق الطعن قد خلت مما يفيد موافقة وزير

²⁰⁶ المادة (3) من قانون رقم (3) لسنة 1996 بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

²⁰⁷ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط1، 2004، ص 185-186.

²⁰⁸ قانون رقم 9 لسنة 1997 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية.

²⁰⁹ محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مقال منشور ضمن أعمال ندوة " التحكيم التجاري الداخلي والدولي " المنظمة من طرف وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب، يومي 3-4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/6، ص 91 وما بعدها.

الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة على اللجوء إلى التحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثاني بشأن تنفيذ العقد رقم ...-.... المبرم بينهما في/..../.. ومن تم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون...²¹⁰.

وما يلاحظ أن المشرع المصري لم يفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، ولاسيما فيما يتعلق بالنظام الإجراء لخصومة التحكيم، فالأصل هو إعمال مبدأ سلطان إرادة الخصوم في وضع النظام الإجرائي لخصومتهم التحكيمية، فإن لم يتم إعمال هذا المبدأ في الواقع العملي بشكل كامل أو بشكل جزئي تبقى سلطة المحكمين قائمة في هذا الصدد بصفة إحتياطية.

ويتميز قانون التحكيم المصري بنزعة تحررية واضحة وبصفي خاصة في تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم تتسجم تماماً مع القانون النموذجي الذي استمد منه قانون التحكيم المصري أحكامه. وهذا ما يؤكد حرية الطرفين في اختيار أي قانون وطني إجرائي تخضع له خصومة التحكيم سواء كان التحكيم داخلياً أو خارجياً²¹¹.

وحذا المشرع الأردني حذو القانون المصري بشأن اعتناق القانون النموذجي، فقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم الأردني أنها وجدت أن قانون التحكيم المصري الصادرة بالقانون رقم (27) لسنة 1994 هو من أقربها إلى القانون النموذجي من جهة وإلى البيئة التشريعية من جهة أخرى، فعمدت اللجنة إلى تبني الأحكام الواردة في القانون المصري المذكور بعد تعديلها بما يتناسب مع الواقع الأردني، وسمح المشرع الأردني صراحة بلجوء الأشخاص المعنوية إلى التحكيم، فنصت المادة (3) من قانون التحكيم الأردني على "تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت او غير عقديه"²¹².

ويرى الباحث أن المشرع الأردني قد تساهل كثيراً في فتحه لباب التحكيم على مصراعيه للأشخاص المعنوية في العقود الإدارية، ولم يضبطه بضابط كما قام المشرع المصري، وقام المشرع فقط بعدم التنفيذ في الحكم الذي أصدرته هيئة التحكيم كما ورد في نص المادة (54) من

²¹⁰ قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2668 لسنة 46 ق عليا جلسة 2005/5/31 الدائرة الثانية عليا، أورده أحمد محمد عبد

الصادق ، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط2، 2008 ، ص 13-14.

²¹¹ أ. د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم

والتشريعات الوطنية العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2009، ص46-49.

²¹² المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001.

قانون التحكيم الأردني التي قيدت التنفيذ في حال كان حكم هيئة التحكيم ينص على ما يخالف النظام العام في المملكة، فنصت على "أ- تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً وتأمر في تنفيذه إلا إذا تبين لها: 1- ان هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة..."²¹³، أما المشرع الفلسطيني فلم يشر إلى طبيعة التحكيم المحلي وإنما فقط قام بتعريفه، وعلى الرغم من ذلك فلم يخطيء المشرع الفلسطيني، فقد قام بوضع استثناءات لا يُقبل أن يتم التحكيم فيها في المادة الرابعة من قانون التحكيم والتي تنص على "استثناءات لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية"²¹⁴.

المطلب الثاني: الاتجاه الذي يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

حظر المشرع الفرنسي اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية المحلية التي يكون فيها الأشخاص العامة طرفاً، فنصت المادة (2060) من قانون المرافعات المدنية الفرنسية على أن التحكيم في المنازعات المتعلقة بالوحدات والمؤسسات العامة، والتي منها العقود الإدارية هو الحظر. فنصت المادة على "لا يجوز الإلتجاء إلى التحكيم في مسائل الحالة المدنية وأهلية الأشخاص وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي، وكذلك في شأن منازعات الأشخاص العامة والمؤسسات العامة، وبوجه عام في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام"²¹⁵.

ويشمل هذا الحظر كافة المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها حتى لو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة. ويرى الفقيه فيرناند بأن القضاء يمارس الرقابة على أعمال الإدارة أفضل من المحكمين، كذلك الأمر الفقيه لافيير استنكر اللجوء إلى التحكيم فتساءل: "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها للقضاة العاديين؟"²¹⁶

كذلك الأمر في لبنان فإن الأصل هو حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية المحلية، بالرغم من وجود بعض الاستثناءات أسوة بالقانون الفرنسي، وحظر المشرعين التونسي والجزائري اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها، وفي المغرب نص الفصل 306 من قانون المسطرة الصادر بتاريخ 1994/9/18م على: "غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه... في المسائل التي تمس النظام العام، وخاصة النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام".

²¹³ المادة (54) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001.

²¹⁴ المادة الرابعة من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

²¹⁵ المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 2 يولييه 1972.

²¹⁶ نجلاء خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ط8، القاهرة، 2004، ص124.

أما في بلجيكا، فقد منع القانون البلجيكي لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية المحلية، فالمادة 1676 من القانون القضائي البلجيكي الصادر 1972م 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".

وسار القضاء الفرنسي نفس المسار في اعتباره للتحكيم في العقود الداخلية باطلة بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، ويمتد البطلان كذلك لمشارطة التحكيم، وفرق الأحكام القضائية الفرنسية بين التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والعقود الدولية، فحظرت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، كما سار القضاء الإداري الفرنسي نفس المسار بحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية. وتعتبر فرنسا هي المرجعية الأساسية في معارضتها للجوء إلى التحكيم، وهذا ما قد قرره مجلس الدولة منذ وقت طويل.

وعلى الرغم من صعوبة التعرف على كل من القواعد الآمرة من ناحية والنظام العام من ناحية أخرى، فقد إتجهت التشريعات في العديد من الدول إلى النص على عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز التصرف فيه. وقد سلك المشرع الفرنسي هذا المسلك فنص في المادة 2059 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 626 في 1972/6/5 على أنه "يجوز للأشخاص الإتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها" ثم أضاف بالمادة 2060 النص على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام²¹⁷.

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 1004 و83 من قانون المرافعات الفرنسي، كما ذكر مجلس الدولة سببا آخر وهو نقص أهلية الجهة الإدارية إلى إبرام اتفاق التحكيم²¹⁸.

كما حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان شرط التحكيم في عقد أشغال عامة أبرم بين شركة خاصة صاحبة امتياز في مجال الطرق السريعة ومجموعة مشروعات. فقضت محكمة استئناف باريس "أن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيما كان السبب الذي يستند إليه يعمل به في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الخطر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي"²¹⁹.

²¹⁷ باتريس لوفل، دراسة إنتقادية لموقف المشروع الفرنسي، القابلية للتحكيم، مجلة التحكيم، 1992، ص 214 وما بعدها.

²¹⁸ د. عصام القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994، ص 18-19.

²¹⁹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 376.

أما من حيث التحكيم الدولي فقد أجازته القضاء الفرنسي، فحكمت محكمة استئناف باريس حكماً صادراً في 24 فبراير 1994م في القضية التي كانت بين وزارة المرافق التونسية وشركة إخوان بيك بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية فنصت المحكمة على: "أن الحظر بالنسبة لدولة ما بعدم جواز الاتفاق على التحكيم، مقصور على العقود المتعلقة بالنظام الداخلي أو المحلي، وهذا الحظر ليس له أي نتيجة أو أثر على النظام الدولي العام، ويكفي لصحة شرط التحكيم- إثبات وجود عقد دولي مبرم للوفاء باحتياجات وبالشروط التي تتفق مع أطراف التجارة الدولية.

يتبين من الحكم السابق أن المحكمة الفرنسية أجازت للدولة وللأشخاص المعنوية التابعة لها اللجوء إلى التحكيم في إطار العقود الدولية، لذلك فإن المنع المتقدم لا يمتد إلى عقود الاستثمار على اعتبار أن هذه العقود من العقود الدولية وهذا ما يعمل به في الوقت الحاضر.²²⁰

ويرى اتجاه من الفقه أن التحكيم في العقود الإدارية المحلية له شروط يجب توافرها، مثل: لا يجوز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز الصلح أو التصالح عليها، وذلك بخلاف المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا تصلح موضوعاً للتحكيم، ومن ذلك الأمور المتعلقة بالأموال العامة أو بالاختصاص القضائي، أو التنازل المجاني عن عقارات الدولة أو بالمسؤولية الجنائية عن الجرائم. فلا يجوز التنازل عن المال العام، أو عن عقارات الدولة بغير مقابل، أو الاتفاق على أن يكون الاختصاص لمحاكم أجنبية، أو على أن يتم التحكيم خارج إقليم الدولة، أو على الإعفاء من المسؤولية الجنائية²²¹.

المبحث الخامس: مقارنة بين الإتجاهات الفقهية حول اللجوء الى التحكيم والحالة الفلسطينية

يتم في هذا المبحث مقارنة اتجاهات بعض الدول العربية في التحكيم والحالة الفلسطينية، حيث يتم عرض اتجاه الجانب المصري، الأردني والسعودي ومقارنته بالجانب الفلسطيني.

في مصر عرض على القضاء المصري مسألة التحكيم في العقود الإدارية لدى محكمة القضاء الإداري قبل صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م وتعديله بالقانون رقم 9 لسنة 1997م الذي حسم مسألة لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في العقود الإدارية، فقررت المحكمة في حكمها جواز لجوء الجهات الإدارية للتحكيم لفض منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية. أما المشرع

²²⁰ د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، المرجع السابق، ص31.

²²¹ نبيل القرشي، التحكيم في العقود الإدارية (إجراءاته، أنواعه، تنفيذه والمحكمة المختصة)، ورقة عمل مقدمة لمؤثر رؤساء المحاكم الإدارية الخامس، المركز العربي للبحوث، جامعة الدول العربية، بيروت، دون سنة نشر، ص6.

المصري فنصّ في المادة 11 من قانون التحكيم التجاري الجديد على أنه "لا يجوز التحكيم إلاّ للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" محيلاً بذلك إلى نص المادة 551 من القانون المدني التي تحرم الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام. وقد سلكت التشريعات العربية الأخرى المنهج الذي سلكه المشرع المصري²²².

ولكن مع التعديل في قانون التحكيم المصري فقد أجاز المشرع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية المحلية، ولكنه قيدها، فنصت المادة الأولى في الفقرة الثانية التي تم إضافتها بعد التعديل على "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية، يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"²²³.

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 العقديفصل فيه عن طريق التحكيم..."، وعندما طلبت الشركة إحالة النزاع إلى التحكيم امتنعت وزارة الإسكان.²²⁴

أما في القانون السعودي فقد أشار نص المادة (3) من قانون التحكيم على أنه "لا يجوز لجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض المنازعات، الا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ويجوز من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم"²²⁵.

من نص هذه المادة يتبين أن المشرع السعودي لم يجز للدولة او لهيئاتها الحكومية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكن هناك إستثناء وهو الموافقة من رئيس مجلس الوزراء.

وفي التشريع الأردني؛ صدر عن المشرع الأردني ثمانية قوانين امتياز خاصة بمصفاة البترول وشركة وتراوحت مدد هذه الامتيازات البوتاس والدباغة وشركة النقل والسياحة. وشروطها وأحكامها حسب موضوع الامتياز. يضاف إلى ذلك، الامتيازات التي ورثتها الحكومية الأردنية

²²² المادة 2 من النظام السعودي، والمادة 2/172 من قانون المرافعات المدنية الكويتية، والمادة 4/203 من قانون الإجراءات المدنية

الإماراتي، والمادة 762 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

²²³ قانون رقم 9 لسنة 1997 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية.

²²⁴ الحكم الصادر بتاريخ 1986/5/18م في القضية رقم 486 لسنة 38 ق

²²⁵ نظام التحكيم السعودي المادة (3)

عن حكومة الانتداب على فلسطين مثل امتياز شركة الكهرباء (القدس). ولم تشر هذه القوانين إلى ما يتعلق باللجوء إلى التحكيم فيها، غير أن المشرع الأردني قد فتح الباب على مصراعية في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية المحلية وذلك من خلال قانون التحكيم الأردني، فنصت المادة (3) من قانون التحكيم الأردني على "تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت او غير عقدية"²²⁶.

في الأساس لم يرد نص قانوني في قانون التحكيم الفلسطيني يشير إلى جواز التحكيم الداخلي مع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة، نظراً لأن القانون المطبق في الدولة في تعاقدها هي أو الأشخاص المعنوية العامة مع الشخص الخاص المحلي هو الذي يجب أن يسري، وعليه وجب تطبيق اللجوء إلى القضاء الإداري في حال نظام القضاء المزدوج كما هو الحال في مصر، أو القضاء المدني في حال نظام القضاء الموحد كما هو الحال في الأردن وفلسطين، أما الشخص الخاص الأجنبي فعلته إلى اللجوء إلى التحكيم قد يرجع إلى اختلاف القوانين في دولته، وتشجيعاً من الدولة المُستثمر فيها على جلب المستثمرين. غير أن المشرع الفلسطيني في المادة الثالثة من قانون التحكيم قد فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي، فنصت على "... لغايات هذا القانون يكون التحكيم: أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين..."²²⁷.

وعلى صعيد التحكيم في العقود الإدارية المحلية هناك عدة حالات عرضت على القضاء ومنها:-

أورد الدكتور أشرف الأعور عقد الامتياز بين شركة الاتصالات الفلسطينية والسلطة الوطنية الفلسطينية ممثلة بوزارة المالية، حيث ورد في حيثيات الحكم وأنه بناء على العقد الموقع بين وزارة المالية وشركة الاتصالات بتاريخ 1995/11/15 والذي يقضي بمنح رخصة إنشاء وإدارة وتشغيل إتصالات الهاتف الثابت والجوال ويعتبر هذا العقد هو عقد امتياز وهو من أهم العقود الإدارية التي وقعتها السلطة الوطنية الفلسطينية. واتفق فيها الطرفان على تسوية أي خلاف أو نزاع ينشأ بينهما حول مواد وشروط وأحكام اتفاقية الرخصة عن طريق التحكيم²²⁸.

²²⁶ المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001.

²²⁷ المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

²²⁸ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص357.

ونشأ خلف بين وزارة المالية وشركة الاتصالات الفلسطينية بشأن ضريبة الدخل على الأرباح المستأنف عليها وبدل حق الامتياز الواجب دفعها من قبل شركة الاتصالات وبالفعل تم إحالة الخلاف إلى التحكيم بموجب اتفاقية التحكيم المؤرخة في 2010/7/23.²²⁹

وقامت هيئة التحكيم بإصدار قرارها بخصوص النزاع بتاريخ 2010/1/14 فأقرت بأحقية السلطة الوطنية الفلسطينية بتعديل رسم الامتياز بناء على اتفاقية الرخصة المبرمة ما بين السلطة الوطنية والشركة.²³⁰

وقامت شركة الاتصالات برفع استئناف، نظرت إليه هيئة التحكيم بتاريخ 2010/2/10 وقامت على إثره الهيئة بتعديل قرارها، وعلى إثر ذلك تقدمت وزارة المالية بدعوى لدى محكمة البداية في رام الله للتصديق على قرار هيئة التحكيم وإكسابه الصبغة التنفيذية، فأصدرت المحكمة قرارها بعدم التصديق على قرار هيئة التحكيم والغائه، واستندت بذلك إلى أن قرار هيئة التحكيم جاء مخالفاً للأصول القانونية ويترتب عليه البطلان.²³¹

وفي 2010/6/22 تقدمت وزارة المالية بالاستئناف بالطعن في قرار محكمة بداية رام الله في الدعوى المدنية رقم 2010/155، وقد تم قبول الاستئناف شكلاً لتقديمه في ميعاده القانونية واستيفائه لشروطه الشكلية.²³²

وأصدرت محكمة الاستئناف قرارها برد الاستئناف موضوعاً وأيدت القرار المتسأنف من حيث النتيجة، وذهب المحكمة إلى ذلك لعدم جواز هيئة التحكيم النظر في الاعتراض الذي تقدم لها من شركة الاتصالات، وبالتالي يتم العودة إلى قرار هيئة التحكيم في 2010/1/14 والغاء القرار الصادر في 2010/2/10 لبطلانه وفق نص المادة 45 من قانون التحكيم الفلسطيني في الفقرة الثالثة منه.²³³ وبالتالي فإن إعادة النظر من هيئة التحكيم في قرارها دون قرار المحكمة المختصة غير جائز.

ومن خلال ذلك يتبين أن المحكمة قد استندت إلى قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، ويعد هذا القرار نموذجياً فيما يتعلق بإقرار القضاء الفلسطيني للتحكيم في العقود الإدارية

²²⁹ انظر الحاشية الثانية من كتاب د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص357.

²³⁰ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص357.

²³¹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص358.

²³² د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص359.

²³³ "3- إذا قضت المحكمة المختصة بفسخ قرار التحكيم يجوز لها إذا رأت ذلك ملائماً أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحدها المحكمة".

المحلية، وتولت محكمة الاستئناف النظر في هذه المنازعة لعدم وجود محاكم قضاء إداري متخصصة في فلسطين.²³⁴

وعلى صعيد التحكيم بين الأشخاص الخاصة؛ فإن التحكيم جائز، وتفصل محكمة البداية أو الاستئناف فيها، ويطعن في القرار لدى محكمة النقض، وفي الحكم رقم 87 لسنة 2010 لمحكمة النقض الفلسطينية تم إلغاء حكم محكمة الاستئناف لمخالفتها قانون التحكيم، وكان إلغاء الحكم معنون بـ "حكم مخالف للأصول القانونية".²³⁵

وفي القانون الفلسطيني فإن التحكيم المحلي جائز وذلك حسب ما نصت عليه المادة (3) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000، حيث نصت على "لغايات هذا القانون يكون التحكيم: أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين".²³⁶

فلو لم يكن هناك قبول للتحكيم المحلي لما كان جائزاً أن يتم تعريفه في قانون التحكيم، كما أن المادة (16) من قانون تنظيم أعمال الوكلاء التجاريين رقم (2) لسنة 2000 أجازت اللجوء إلى التحكيم حيث نصت على "أ- مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون يكون للوكيل التجاري والموكل الحرية في: فض المنازعات الناشئة عن الاتفاقية بالوساطة أو التحكيم أو القضاء. تحديد الجهة التي تقوم بالوساطة أو التحكيم. ب- تختص بنظر جميع المنازعات الناشئة عن

²³⁴. أشرف الأعرور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 361.
²³⁵ محكمة النقض المدني الفلسطينية حكم رقم 87 لسنة 2010 فصل بتاريخ 25/11/2010
"تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن بتاريخ 22/12/2010 لنقض القرار الصادر من محكمة استئناف رام الله بتاريخ 26/1/2010 في الاستئناف المدني 2007/652 المتضمن الحكم برد السبب الأول من أسباب الاستئناف وتأييد قرار الهيئة مصدرة قرار الحكم الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 24/1/2008 من حيث النتيجة التي توصلت إليها بخصوص السبب الأول من أسباب الاستئناف دون الحكم بأية رسوم أو مصاريف أو أتعاب محاماة. وتلخصت أسباب الطعن بما يلي:
أخطأت محكمة الاستئناف في حكمها الطعين الصادر بتاريخ 26/1/2010 وخالفت القانون في عدم إتباع حكم محكمة النقض رقم 2008/50.
أخطأت محكمة الاستئناف وخالفت القانون عندما ذهبت في حكمها الطعين إلى تفسير الاتفاقية س/2 على خلاف حقيقتها الواضحة وإرادة الفريقين فيها وفي اعتبار المحكمين خبيرين.
أخطأت محكمة الاستئناف وخالفت القانون عندما استبعدت حكم المادة (27) من قانون التحكيم الفلسطيني التي توجب تنظيم وتدوين وقائع كل جلسة في محضر توقعه هيئة التحكيم.
أخطأت محكمة الاستئناف وخالفت في حكمها المطعون فيه أحكام المادة (20) من قانون التحكيم.
أخطأت محكمة الاستئناف وخالفت في حكمها المطعون فيه المادة (27) من قانون التحكيم.
أخطأت محكمة الاستئناف وخالفت أحكام المادتين (174 و175) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وذلك في عدم ردها على ما أثير في السبب الخامس من أسباب الاستئناف.
أخطأت محكمة الاستئناف وخالفت القانون في حكمها المطعون فيه عندما قضت بأن تصديق قرار التحكيم ينسجم مع نص المادة (2/25) من قانون التحكيم.
وطلب وكيلا الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقدمه ضمن المدة القانونية ومن ثم قبوله موضوعاً ونقض الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى إلى محكمة الاستئناف في رام الله لأعمال المبدأ القانوني الذي أرساه الاجتهاد 2008/50 نقض مدني، وبالتناوب الحكم بفسخ قرار التحكيم الصادرين بتاريخ 6/9/2003 و26/4/2005 وذلك عملاً بأحكام المادة (43/6) من قانون التحكيم مع الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.
تقدم وكيل المطعون ضده بلائحة جوابية طلب من خلالها رد الطعن وتصديق القرار المطعون فيه وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة
²³⁶ المادة (3) قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

عقد الوكالة المحكمة التي يقع في دائرتها محل تنفيذ العقد وفقاً لأحكام القوانين الفلسطينية ذات العلاقة²³⁷.

وهذه الأنواع من القضايا يفضل فيها اللجوء الى التحكيم، وهي المنازعات المتعلقة بالاوراق المالية، فقد نص نظام فض المنازعات والتحكيم على اللجوء الى التحكيم، ذلك أن التحكيم يعتبر أسرع من القضاء العادي، كما أن لجنة التحكيم تضم في عضويتها أعضاء فنيين مختصين في قضايا الاوراق المالية، فطبيعة قضايا الاوراق المالية بحاجة الى أشخاص مختصين للفصل في المنازعات، وان تأخير الفصل في منازعات الاوراق المالية يعمل على تقليل الثقة في هذا القطاع، وقد نص نظام فض المنازعات والتحكيم على اتباع الاجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم، كما يعتبر القانون الفلسطيني هو الساري على هذه المنازعات.

كما ورد في المادة (7) من قانون الاتصالات الفلسطيني رقم (3) لسنة 1996 " ... الإشراف والرقابة الإدارية والفنية والمالية على أي شركة عامة للهاتف مستقبلاً وتحدد موجباتها وشروط عملها بمراقبة، التقيد بالأنظمة وتقديم الاقتراحات إلى مجلس الوزراء لمنح الترخيص وشروطها، وتقيد المستثمرين من القطاع الخاص ببنود وشروط الترخيص وسياسة المرفق العالمي للتعريفة...."²³⁸ مما يعني أن السلطة الفلسطينية قد نظمت أعمال الشركات التي تدير مرافق الاتصالات والتي تحصل عليها بعقود الامتياز كما ورد في نص المادة (3) من قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم (3) لسنة 1996 "يجوز لمجلس الوزراء أن يمنح حق إمتياز أو استثمار خدمة أو أكثر في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية، وأن يقرر حصر الاتصالات أو تعليقها إذا اقتضى الأمن الوطني أو مصالح أخرى جوهرية ذلك ولا يترتب من جراء ذلك دفع أي عطل أو ضرر أو تعويض أو إعادة البدلات."²³⁹

ومن هذا النص يتبين أنه يتم منح حقوق الامتيازات لشركات الاتصالات من قبل مجلس الوزراء، ومن حق المجلس أيضاً حصرها أو تعليقها دون أن يتم تعويض المتضررين من ذلك، وبذا فإن لجوء المتضرر إلى التحكيم غير جائز لأن المنظم لهذا العقد هو القانون، وهذا ما أكدته نص المادة (103) من هذا القانون والتي تنص على "يصدر الوزير الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون"²⁴⁰. وبالتالي فإن الوزارة هي المسؤول الأول والأخير عن اللوائح والتعليمات بشأن عقود الاتصالات.

²³⁷ المادة (16) من القانون رقم (2) لسنة 2000 بشأن تنظيم اعمال الوكلاء التجاريين.

²³⁸ المادة (7) من قانون رقم (3) لسنة 1996 بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

²³⁹ المادة (3) من قانون رقم (3) لسنة 1996 بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

²⁴⁰ المادة (103) من قانون رقم (3) لسنة 1996 بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

يرى الباحث أن من خلال ما ورد في النصوص القانونية الخاصة بعقود الاستثمار على المستوى الوطني لأي دولة بأنها لا تلجأ بتاتاً إلى التحكيم في المنازعات الداخلية بين المستثمر الوطني والدولة والأشخاص المعنوية العامة، وعلّة ذلك أن القانون الداخلي المطبق يطبق بالأساس على الشخص الخاص، فكيف يمكن للشخص الخاص عدم التقاضي بقانون دولته وطلب اللجوء إلى التحكيم في نزاعه مع الدولة؟!!

ومن حيث تمسك الدولة بحصانتها القضائية رغم وجود شرط التحكيم، فهناك جانب من الفقه يرى بأن الدولة وإن وافقت على شرط التحكيم إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة تنازلها عن حصانتها القضائية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بذلك²⁴¹.

ويرى جانب آخر من الفقه أن شرط التحكيم يعد تنازلاً ضمناً عن الحصانة، وأيد ذلك التشريع البريطاني، فجاء في الفقرة الأولى من المادة (9) منه على "عندما تتفق دولة ما كتابة على إخضاع منازعة ما ناشئة أو يمكن أن تنشأ للتحكيم، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تدفع بحصانتها أمام المحاكم البريطانية المرتبطة بهذا التحكيم". وقد ثار خلاف في البرلمان البريطاني حول هذه المادة، وأشار إليه في جلسة عام 1999²⁴²، وعلى هذا الأساس فإن الباحث يرى بأن قبول الدولة لشرط التحكيم يعدّ بمثابة التنازل من جانبها عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني عندما تطرح أمامه مسألة تتعلق بالتحكيم، والقول بعكس بذلك يعني أنه لا جدوى أساساً من إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة.

²⁴¹ مشار إليه في د. إيناس رشيد، د. وعود الأنباري، التحكيم كويلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، جامعة كربلاء، المرجع السابق، ص 279.

²⁴² Joint Committee on Parliament Privilege, **First Report Executive Summary**, Parliamentary Privilege, Uk, 1999.
Parliament Page on Internet:
<https://www.publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4303.htm>, 5/1/2017.

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

مقدمة

عند الأخذ بعين الاعتبار أن العقود المبرمة بين الدولة وبين الأشخاص من داخل الوطن وفي إطار القانون الوطني الداخلي، تثير العديد من المشاكل وتقتضي في العديد من الدول أفرد نظام قانوني ذاتي ليحكمها. فإن هذه المشاكل تتضاعف إذا كانت هذه العقود قد تمت بين الدولة وبين شخص أجنبي على صعيد العلاقات الدولية.

والدولة إلى جانب اعتبارها شخص من أشخاص القانون العام الداخلي فهي تعد شخص من أشخاص القانون الدولي العام يتمتع بالمزايا التي يضيفها عليها القانون على نحو أصيل، وكان قاصراً عليها إلى وقت قريب، بينما الطرف الأجنبي لا يعتبر شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، كأصل عام، بل هو مجرد شخص من أشخاص القانون الداخلي في الدولة التي ينتمي إليها.²⁴³

كما أن عقود الدولة تختلف عن العقود المعتادة المبرمة في إطار العلاقات الدولية التجارية من نواحٍ عديدة، سواء من ناحية الأسباب الدافعة إلى إبرامها ومن ناحية محل العقود، وأطرافها، ومن ناحية خصوصية وذاتية الشروط التي تتضمنها هذه العقود كشرط الثبات التشريعي وشرط اللجوء إلى التحكيم.

وثار خلاف قانوني فقهي قضائي حول جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم رفقة الشخص الأجنبي المتعاقد معها لحل نزاع معين ناتج عن العقد المبرم بينهما، ونشأ عن ذلك اتجاهان متعارضان؛ أولهما اتجاه يعارض لجوء الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية إلى التحكيم بحجة أن هذا يتعارض مع سيادة الدولة ويتعارض مع اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات، ويشكل اعتداء يتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري.

أما الإتجاه الثاني؛ فهو الاتجاه المؤيد لفكرة لجوء الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم مع شخص أجنبي، مبرراً ذلك بعدم تعارض اتجاه الدولة إلى التحكيم مع سيادتها، ولا يشكل تعارض مع اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

²⁴³ أ. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، المرجع السابق، ص 9.

وأيضاً لعدم وجود أصل قانون يبرر رفض فكرة التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي. وبناءً على ما تقدم فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى أربع مباحث؛ المبحث الأول: التعريف بالعقد الإداري الدولي ومعياري تمييزه المبحث الثاني: موقف القضاء من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية المبحث الثالث: موقف الفقه والقانون الفلسطيني والقوانين المقارنة من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية المبحث الرابع: إشكالية القانون الواجب التطبيق عند اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

المبحث الأول: التعريف بالعقد الإداري الدولي ومعياري تمييزه

في حال ارتبطت جميع عناصر العقد بدولة واحدة فإنه حينئذ يخضع للقانون الداخلي لتلك الدولة. أما إذا تضمن عنصراً أجنبياً يؤثر في خضوعه للقانون الداخلي أو القضاء الوطني فإنه يكون عقداً دولياً.

ومن حيث معيار التمييز للعقد الدولي فإن هناك من يتبنى المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد وإتجاهاً يتبنى المعيار الإقتصادي لتحديد دولية العقد. وظهر اتجاه ثالث يوثق بين المعيارين في كون العقد الدولي يحمل المعيارين في آن واحد، فإذا ما تم تحديد الصفة الدولية للعقد فإنه يخضع لقاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق عليه.

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الدولي

عرف بعض الفقهاء العقد الدولي على أنه انتقال رؤوس الأموال بين بلدين بقصد توظيفها في عمليات إقتصادي مختلفة كإقراض أو شراء أوراق مالية أو أموال منقولة تدر ربحاً، أو بقصد توظيفها في عمليات ائتمانية مثمرة كالإقراض أو عمليات غير مثمرة كحفظ النقود في مصرف أو بين للإيداع، وذلك نقادياً للأخطار التي قد تتعرض لها في ظروف التوتر السياسي والاقتصادي.²⁴⁴

وتعرف أيضاً بأنها العقود المبرمة بين المشروعات العامة الوطنية والشركات الأجنبية، ويكون محلها إنشاء أو صيانة أو إدارة المرافق العامة للدولة أو جلب التقنية الحديثة لها.²⁴⁵

أما المحكم دبي فقد عرف العقود الإدارية الدولية في قضية تحكيم ضد الحكومة الليبية على أنها عقود تنمية طويلة لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة وتخلق نوعاً من التعاون بين الدولة المتعاقدة

²⁴⁴ د. إبراهيم الفعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، جامعة الزاوية،

ديسمبر، 2015، ص 287.

²⁴⁵ د. حفيدة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاطراف الاجنبية، دار النهضة العربية، 1996، ص 14.

والطرف الأجنبي وتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المسا بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة في أعمالها لسيادتها التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة²⁴⁶.

وعرفه جانب آخر من الفقه على أنه العقد المبرم بين الدولة أو أجهزتها أو مشروعاتها الاقتصادية مع شخص أجنبي يلتزم بمقتضاه بنقل قيم اقتصادية إليها لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق ربح لأطراف العقد²⁴⁷.

وأيضاً عرّف بأنه اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شرطة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية²⁴⁸.

وترى الأستاذة حفيظة الحداد أن عقود الدولة هي عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومة من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي يكون مصحوباً عادة باتفاق بالمساعدة الفنية وقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية، وتحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبياً²⁴⁹.

ويرى الباحث أن العقد الإداري الدولي هو عقد يتم إبرامه بين الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية مع طرف أجنبي سواء كان عاماً أو خاصاً، محله إنشاء أو صيانة أو إدارة أحد المرافق العامة أو توريد سلع أو خدمات أو تقنية حديثة لأحد هذه المرافق. ومن ذلك يُستنتج أن الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها يجب أن تكون طرفاً في العقد. والطرف الآخر في العقد يجب ان يكون أجنبياً سواء كان دولة أو شخصاً عاماً أو خاصاً. كما يجب أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً سواء بمفهومه الشكلي كتبعية المرفق للدولة أو أحد أجهزتها العامة، أو بمفهومه العضوي وهو تحقيق المصلحة العامة من وراء هذا المرفق²⁵⁰.

²⁴⁶ رنا السيد بيومي، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النيلين، مصر 2008،

ص45.

²⁴⁷ د. خالد عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، "دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2013، ص91.

²⁴⁸ د. علي إبراهيم، العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص317.

²⁴⁹ أ. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبيّة، المرجع السابق، ص30.

²⁵⁰ د. إبراهيم القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص287-288.

المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الدولي

الفرع الأول: في الفقه

هناك ثلاث اتجاهات انقسم إليها الفقه بشأن تحديد المعيار المميز للعقد الدولي، وهذه الاتجاهات هي:-

الإتجاه الأول: والذي يتمثل بالمعيار القانوني، فإذا ارتبطت عناصر العقد القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد فإن العقد يُعد دولياً. وتتمثل هذه العناصر إما في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم.

وعلى الرغم من إتفاق أنصار هذا الإتجاه على هذا المعيار المميز للعقد الدولي، لكنهم اختلفوا حول ماهية العناصر القانونية التي تؤثر في اكتساب العقد للطابع الدولي. فذهب جانب منهم إلى القول بأن جميع العناصر القانونية للعقد ذات تأثير متساوٍ على العقد، فإذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى أي منها اتسم العقد بالصفة الدولية. وذهب الجانب الآخر إلى القول بأن العقد يكتسب الطابع الدولي بناءً على العلاقة التي يحكمها²⁵¹.

غير أن هذا المعيار غير كافٍ لإسباغ صفة الدولية على العقد إن كان لا يتضمن أي عنصر مؤثر من عناصر الصفة الأجنبية.

وتعرض هذا المعيار للانتقاد لأنه يتسم بالجمود؛ فإن هذا المعيار يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص بمجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة. والعنصر الأجنبي في العلاقات القانونية ليس كافٍ لإضفاء الطابع الدولي بسببه عليها، لأنه قد يكون سلبياً، فإجراء بسيط لا يستدعي تحريك قواعد العقد الدولي، إذاً فالصفة الأجنبية ليست قرينة على دولية العقد²⁵².

أما الإتجاه الثاني فيتبنى المعيار الاقتصادي لتمييز العقد الدولي. فإنا نعلق العقد بمصالح التجارة الدولية أو كان موضوعه يتضمن تبادل السلع والخدمات عبر الحدود عُدّ العقد دولياً. وكانت محكمة النقض الفرنسية هي صاحبة الفضل في تحديد المقصود بالعقد الدولي وذلك عن طريق القواعد التي كانت تقيّمها والمطبقة على تلك العقود خصيصاً، والهادفة إلى تحقيق مصالح

²⁵¹ د. حنان مخلوف، العقود الدولية، جامعة بنها، مصر، 2010، ص42-43.

²⁵² د. أحمد القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 لسنة 1965، ص75.

تتعلق بالتجارة الدولية، وقد عرفته حسب هذا المعيار بأنه العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية. أي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، بمعنى تترتب عليه نتائج متقابلة لعملية المد والجزر فيما وراء الحدود²⁵³.

ولكن هذا المعيار لم يأتِ بجديد نظراً لأنه يعتبر تطبيقاً للمعيار القانوني، فتبادل السلع والخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة يسبغ عليه صفة الدولية لأنه يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص. ويتمثل هذا العنصر في آثار العقد أو تنفيذه والذي يمتد خارج حدود الدولة²⁵⁴.

وجمع الاتجاه الثالث بين المعيارين القانون والاقتصادي؛ فاتجه القضاء الفرنسي الحديث إلى الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي عند التصدي لمدى دولية العقد، بحيث لا يكتفي القضاء عند تقرير دولية المعاملات المالية بالتحقق من وجود عنصر أجنبي في العلاقة التعاقدية (أي المعيار القانوني) وإنما يحرص أيضاً على تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (أي المعيار الاقتصادي). وانتهاج مسلك الجمع بين المعيارين يترتب عليه بالضرورة التضييق من معيار دولية العقود بحيث لا يؤدي مجرد تضمينها لعنصر أجنبي إلى إعمال قواعد القانون الدولي وإنما يتعين لهذا الإعمال أيضاً أن تهدف العملية العقدية إلى انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود²⁵⁵.

واعتمد الفقه الجمع بين المعيارين في تعريف العقد الدولي، فعرفه بأن العقد الذي يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة لتعلقه بالتجارة الدولية²⁵⁶، وهذا التعريف يستبعد التصرفات اليومية البسيطة التي لا تصل إلى درجة التأثير إقتصادياً على التعامل الدولي، كما أنه استبعد العقود ذات الصفة الأجنبية وغير المالية.

ومن حيث اتفاقية فيينا على معيار دولية العقد، فقدت نصت المادة الأولى في فقرتها الأولى من الاتفاقية على "تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: أ. عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، أو ب. عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة"²⁵⁷.

²⁵³ د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص104-105.

²⁵⁴ د. حنان مخلوف، العقود الدولية، المرجع السابق، ص43.

²⁵⁵ سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة حسنية بن بوعلي - الشلف، الجزائر، 2008، ص13.

²⁵⁶ سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، المرجع السابق، ص13.

²⁵⁷ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، الأمم المتحدة، نيويورك، 2011.

ويرى الباحث أن انتهاج مسلك الجمع بين المعيارين يضيق من معيار دولية العقود، فمجرد إضافة المعيار الاقتصادي في مجال عقود المعاملات المالية أضفى طابعاً مؤثراً على العنصر الأجنبي، وجعلته دولياً لارتباطه بأكثر من نظام قانون واحد، وبالتالي فإن هذا المعيار هو الواجب الإعتداد به لتقرير دولية العقد بصفة عامة، والتفرقة بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة هي الأساس الصحيح لدولية الرابطة العقدية.

الفرع الثاني: في القضاء

سيتم تناول موقف القضاء في التحكيم الدولي والقضاء الفرنسي من أعمالهم للمعيارين اللذان تم تناولهم في الفرع الأول، حيث سيتم بحث موقف التحكيم الدولي وموقف القضاء الفرنسي من تحديد العقد الدولي.

أولاً: موقف التحكيم الدولي

أصبح التحكيم بأنواعه وسيلة رائجة ومهمة في حل النزاعات في العقود الإدارية الدولية، واستحوذ في العصر الحديث على أهم القضايا وأضخمها من حيث رأس المال. واعتمد التحكيم اعتمد معايير لتكييف طبيعة العقد من حيث دوليته. والتحكيم الدولي يختص بالمنازعات الناجمة عن عملية التجارة الدولية، ومن القضايا التي فصل فيها التحكيم والتي تبين المعيار الذي استند إليه التحكيم في دولية العقد ما يلي:-

عقد توريد لحم الحمير من شركتين سويسريتين إلى فرنسا؛ حيث ثار نزاع بسبب امتناع الشركة المتعهدة بالإستيراد بحجة أن محل العقد غير مشروع في فرنسا، وعندما عرض النزاع على غرفة التحكيم، حكمت: "إن البيع الذي يمس بمصالح التجارة الدولية يشكل عاملاً مهماً لإضفاء الطابع الدولي عليه". أي أنها اعتدت بالمعيار الإقتصادي لبيان دولية العقد²⁵⁸.

وفي حكم Cavin في تحكيم Sapphire حرص المحكم على إبراز أن العقد محل المنازعة يختلف كلياً عن العقود التجارية العادية التي تنظمها القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص. فمن ناحية يربط هذا العقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني. ومن ناحية أخرى فإن هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية العادية؛ إذ أنه يمنح شركة Sapphire حق استغلال الموارد الطبيعية الموجودة في

²⁵⁸ سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطن والتدويل، المرجع السابق، ص14.

الأراضي الإيرانية لمدة طويلة ويلزم الشركة صاحبة الإمتياز بالقيام باستثمارات ضخمة وإقامة منشآت لها طابع الدوام.

كما أن هذا العقد لا ينشئ حقوقاً لها طابع تعاقدي، ولكنه يمنح Sapphire امتيازاً يمكنها من تملك الأراضي محل الامتياز على نحو مؤقت، وأيضاً السيطرة على حدود معينة. وهذه الامتيازات تطبع هذا العقد بطابع مميز على نحو يقربه من عقود القانون العام. كذلك فإنه يتضمن معاملة ضريبية لصالح الشركة تتعلق دون أدنى شك بالقانون العام، وهذا الطابع يؤكد اقتضاء قيام السلطات الإيرانية بالتصديق عليه²⁵⁹.

وفي قضية تأميم ليبيا للبترول سنة 1972، الذي تم على مراحل فأمنت شركتين أمريكيتين دون تعويضهما، ثم تراجع لتقترح عليهما تعويضاً فرفضتا، والملاحظ في عقد امتياز البترول أن مرده يرجع إلى قانون 1969 والذي ينص في أحد بنوده أن كل نزاع يثار حوله يحل عن طريق التحكيم، لاسيما وأن الشركتين إعتبرت التأميم تعسفي، ولما عرض التراجع على غرفة التحكيم، وأقرت هذه الأخيرة بدولية العقد سواء استناداً إلى المعيار الإقتصادي لكونه يمس بمصالح التجارة الدولية أو استناداً إلى المعيار القانوني لأنه يتضمن عناصر إسناد الجنسية²⁶⁰.

ويرى الباحث أن موقف التحكيم الدولي من المعيارين لإسباغ العقد الدولية، فإن التحكيم يتبنى المعيار الإقتصادي الذي يتفق مع مصالح التجارة الدولية، لكنه لا يهمل عناصر المعيار القانوني لاسيما المؤثرة منها ولكن بدرجة أقل.

ثانياً: موقف القضاء الفرنسي

من ناحية دولية العقود بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد قضت محكمة باريس في 19 حزيران من عام 1970 بـ "يعتبر العقد دولياً عندما يرتبط بعدة معايير قانونية مصدرها دول متعددة". وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار²⁶¹.

ويتبين من خلال الحكم السابق أن القضاء الفرنسي سار على الأخذ بالمعيار القانوني، فاعتمدت على مكان وجنسية الطرفين.

²⁵⁹ أ.د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص31-32.

²⁶⁰ سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، المرجع السابق، ص14.

²⁶¹ تتلخص قضية بويسمان هشت Buisman Hecht فيما يلي: أبرمت شركة Buisman مع السيد Hecht الفرنسي الجنسية عقد توكيل تجاري يتولى بموجبه تسويق منتجات الشركة بفرنسا مع شرط إخضاع المنازعة المحتملة لتحكيم الغرفة التجارية الدولية وبالفعل حصل نزاع ورفع Hecht أمام المحكمة التجارية القضية مطالباً بفسخ العقد والتعويض، دفعت الشركة بعدم إختصاص المحكمة فأجابتها إلى ذلك وأيدت القرار محكمة الإستئناف بباريس. أنظر: محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص22. و سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، المرجع السابق، ص15.

وقضت أيضاً محكمة باريس في 8 تموز من عام 1977 في قضية Clbouriontradeu وتبنت المعايير القانونية لاعتبار العقد دولياً²⁶². ومن خلال ذلك استنتج الفقهاء المعنيين بهذا الميدان أن القضاء الفرنسي قد تبنى من خلاله المعيار القانوني وحده. وأصبح تكييف العقد الدولي يركز على مجرد معطيات قانونية.

وسار الدكتور أحمد الشقيري نفس المسار في اعتباره أن العقد الدولي هو العقد الذي يثير القواعد والعلاقات والأنظمة التي تتجاوز إطار القانون الداخلي²⁶³.

وأيضاً اعتمد القضاء الفرنسي في حكمه على المعيار الاقتصادي في بعض الأحيان، فقد حكمت محكمة النقض الفرنسي في 17 أيار من عام 1967 صفة الدولية على التسوية المالية للعلاقات والتصرفات التجارية التي يتم من خلالها عبر الحدود تدفق السلع وتبادل الأموال²⁶⁴.

ومن خلال ذلك يرى الدكتور محمودي أن فكرة المفهوم في هذه القضية يقوم على فكرة وأساس إقتصادي كما يقوم على فكرة التبادل الدولي الموسع، وبناءً على ذلك فإن العقد الدولي يتعلق بمصالح التجارة الدولية²⁶⁵.

ويرى الباحث أن اعتماد القضاء الفرنسي غير ثابت، فتارة يأخذ بالمعيار الاقتصادي وتارة أخرى يأخذ بالمعيار القانوني وأيضاً يدمج بينهما أحياناً.

المبحث الثاني: موقف القضاء من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

المطلب الأول: موقف القضاء الفرنسي

يفرق القضاء الفرنسي بين لجوء الدولة إلى التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي والعقود الداخلية للدولة، فهو يجيز الأولى ولا يجيز الثانية على اعتبار أن العقود الداخلية تتعلق بالنظام العام، غير أن مجلس الدولة الفرنسي يرفض جواز اللجوء إلى التحكيم في كلا الحالتين، ويرفض التفرقة بين الطائفتين من العقود، وهذا الموقف يرفض التحكيم في عقود الدولة في جميع الحالات²⁶⁶.

²⁶² د. لعشيب محفوظ، التحول الإشتراكي في الجزائر ومدى تأثيره على عقود الإستثمار، رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الجزائر، الجزائر، 1988، ص 296.

²⁶³ سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، المرجع السابق، ص 16.

²⁶⁴ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 24.

²⁶⁵ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 102.

ولكن موقف القضاء المدني الفرنسي أقل تشدداً من موقف مجلس الدولة، حيث قدر القضاء المدني أن الأحكام الواردة في قانون المرافعات والتي تحظر على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تدرج شرط التحكيم في اتفاقها تكون فقط في التحكيم الداخلي أما التحكيم الدولي فلا يمتد إليه هذا الحظر سواء تم اللجوء إليه عن طريق شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، ومعتبراً أنه يجوز مخالفة الأحكام التي تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، حيث أنها لا تعد من قبيل النظام العام الدولي²⁶⁷.

وقد قررت محكمة استئناف باريس في دعوى Tasis وكان النزاع فيها ناشيء حول عقد شحن بحري موقع عليه قبل معاهدات الصلح وعندما وقعت عليه فرنسا وألمانيا عام 1940 ألغت الدولة الفرنسية كل العقود المبرمة سابقاً وعللت ذلك بالقوة القاهرة. وتقدم مجهز السفينة بدعوى ضد الدولة الفرنسية مطالباً بتعويضه عن فسخ العقد، وفي الوقت نفسه جرى التحكيم رغم إبداء الدولة الفرنسية اعتراضها، وصدر الحكم حيث أعطى مجهز السفينة بعض الحقوق، وتقدم مجهز السفينة بطلب لإعطاء الحكم صيغة التنفيذ فاعترضت وزارة البحرية الفرنسية ودفعت بأن الدولة والأشخاص المعنوية العامة لا تستطيع اللجوء إلى التحكيم، وأصدرت محكمة استئناف باريس حكماً اعتبرت بموجبه شرط التحكيم صحيحاً، وذكرت "إن حظر التحكيم على الدولة محصور في العقود الداخلية وهو بدون أي مفعول فيما يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولي"²⁶⁸.

وأصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً في قضية Galakis بتاريخ 2 مايو 1966 جاء فيه إنه كان يجب على محكمة استئناف باريس البت في مسألة ما إذا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب تطبيقها أيضاً على العقد الدولي المبرم من أجل احتياجات التجارة ووفقاً للشروط التي تتطلبها عادات التجارة البحرية. وأجابت المحكمة العليا عن ذلك بالنفي، وبينت أن الحظر الوارد في المادتين (84، 1004) إنما هو على التحكيم في العقود الداخلية، أما التحكيم الدولي فلا يعمل فيه هذا الحظر، وبالتالي يترتب على ذلك أن الدولة الفرنسية تلتزم بكافة الآثار المترتبة على شرط التحكيم الذي قبلته دون التذرع بالحظر الوارد في القانون الفرنسي والذي يمنع الدولة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها²⁶⁹.

إذاً فقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على قصر الحظر على العقود الداخلية، أما العقود ذات الطابع الدولي، فإن الاتفاق على التحكيم جائز للدولة والأشخاص المعنوية العامة، واتجهت

²⁶⁷ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص102.

²⁶⁸ د. عبدالحميد الأحذب، التحكيم "أحكامه ومصادره"، المرجع السابق، ص329.

²⁶⁹ حكم محكمة النقض الفرنسية في 2 مايو 1966، ورد في أ. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص299.

المحكمة إلى تطبيق قاعدة موضوعية مباشرة أجازت من خلالها التحكيم في المعاملات الدولية دون الوقوف أمام مسألة أهلية الدولة وهيئاتها لإبرام اتفاق التحكيم، وتم تفسير هذا الإتجاه بوجود قاعدة دولية تقضي بأن للدولة والأشخاص المعنوية العامة أهلية إبرام اتفاق التحكيم في المجال الاقتصادي إذا ما دخلت هي وهيئاتها في هذا المجال ويعد هذا الاتفاق ملزماً لها، لأنها تتعامل فيه وفقاً لقواعد التجارة الدولية²⁷⁰.

وانتهت المحكمة في الحكم الصادر في قضية San Carlo إلى أن الحظر الوارد في قانون المرافعات على الدولة وهيئاتها في قبول شرط التحكيم لا يسري عليها في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث أخضعت المحكمة مسألة صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد وليس للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة²⁷¹.

ويرى الباحث من خلال القرارات السابقة بأن محكمة النقض الفرنسية اكتفت بشرط وحيد وهو أن يتعلق الأمر بالعقود الدولية، واعتبر قواعد القانون الدولي الخاص من النظام العام الدولي، وهذا يجعل منه أكثر ملائمة لقانون التجارة الدولية، وتصادر هذه القاعدة حق الدولة التي خالفت قانونها الخاص في التمسك فيما بعد بهذه المخالفة بقصد التخلص من تعهداتها. ويتبين مما سبق أن القضاء المدني الفرنسي أبطل اتفاق التحكيم للدولة والأشخاص المعنوية العامة في العقود الداخلية، أما على المستوى الدولي فتكون هذه العقود صحيحة وملزمة للدولة ولا تستطيع التحلل منها أو التذرع بعدم أهلية لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العام لاتفاقيات التحكيم.

أما موقف مجلس الدولة الفرنسي فلم يسر مسار محكمة النقض، فقد استقر قضاء مجلس الدولة على بطلان شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة والأشخاص المعنوية العامة واعتبر هذا البطلان من النظام العام، ويجوز لأحد أطراف الدعوى التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى، ويجوز للقضاء الحكم ببطلانه من تلقاء نفسه سواء تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم عن طريق شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، وبالتالي فإنه لا يجوز لها وللأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم إلا بوجود نص صريح²⁷².

ولأن المشرع يجيز ذلك فقد تشدد مجلس الدولة في تطبيق هذا المبدأ، وعممه على كل المنازعات التي تتعلق بالمرافق العامة، حتى لو لم تكن ذات طبيعة إدارية، وانتقد هذا التعميم من قبل الفقه

²⁷⁰ د. مراد المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص104.

²⁷¹ أشارت إليه أ. د. حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، المرجع السابق، ص20.

²⁷² د. مراد المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص106.

ولم يُقبل من القضاء المدني، إلا أن هذا المبدأ أصبح في عداد المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي²⁷³.

وفي حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 6 مارس سنة 1986 بشأن مشروع ديزني لاند، عبر المجلس عن موقفه المتشدد تجاه لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، حينما أقدمت الدولة الفرنسية على إبرام عقد مع إحدى الشركات الأمريكية (والت ديزني) من أجل تنفيذ مشروع قومي يهدف إلى إنشاء مدينة ملاهي أوروبية بالقرب من باريس، وكانت قيمة الصفقة مليار دولار، وتقدم وزير التخطيط الفرنسي بطلب إصدار فتوى من مجلس الدولة حول مدى صحة تضمين العقد شرط تحكيم، وإصدار المجلس فتواه في 6 مارس من عام 1986 عبر فيه عن رفضه إدراج شرط التحكيم في العقد استناداً إلى المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي، والتي تحظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بأشخاص القانون العام، وبسبب وجود مبدأ عام يقضي باختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية طرفاً فيها. وأضاف بأنه يجب لكي يلجأ أشخاص القانون العام إلى التحكيم أن يصدر ترخيص خاص بذلك من قبل المشرع²⁷⁴.

وواجه موقف مجلس الدولة العديد من الانتقادات، فتمسك المجلس بالمادة (2060) من القانون المدني الفرنسي لمنع التحكيم في العقود الإدارية الدولية فيه شيء من الغرابة، وذلك لأن محكمة النقض كانت قد استبعدت تطبيق نص المادة (2060) من مجال التحكيم الدولي وأي نص مشابه لها في حكم Galakis الصادر في 2 مايو 1966. وأيضاً تكيف المجلس للعقد بأنه عقد إداري داخلي على الرغم من وجود طرف أجنبي فيه، فكان يجب تطبيق اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، حيث أن المشروع يمثل إحدى الاستثمارات الأمريكية بفرنسا، وهي منظمة إلى كلتا الإتفاقيتين ولها مرتبة أعلى من التشريع الداخلي وفقاً لنص المادة (55) من الدستور الفرنسي²⁷⁵.

ويرى الباحث أن موقف مجلس الدولة الفرنسي المتشدد يكمن في النشأة القضائية للقانون الإداري بفرنسا مهد هذا القانون ويستمد أحكامه من القضاء الإداري، ويرتبط العقد الإداري والقضاء الإداري بمجلس الدولة، مما يفسر سبب التشدد في موقف المجلس من التحكيم سواءً كان داخلياً أو خارجياً، في حين يفرق القضاء المدني بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فأجاز الثاني ومنع الأول.

²⁷³ د. جورج ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص134.

²⁷⁴ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص108.

²⁷⁵ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص353-355.

المطلب الثاني: موقف القضاء المصري

يجيز القضاء المدني التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، بينما يوجد هناك تباين في موقف القضاء الإداري من التحكيم، فأحياناً يجيزه وأحياناً يحظره، أما مجلس الدولة فكان غالباً ما يرفض التحكيم.

أولاً: موقف القضاء المدني

يطبق القضاء المدني قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية على التحكيم، وموقف القضاء يتمثل في جواز شرط التحكيم الوارد في العقد بالرغم من وجود شخص عام كطرف في العقد. وقضت محكمة استئناف القاهرة بجواز اللجوء إلى التحكيم، وذلك في حكمها الصادر في 19 مارس من عام 1997 حيث نشب نزاع بين المجلس الأعلى للآثار وشركة المقاولات الانجليزية، بهدف القيام ببعض الأعمال والإنشاءات، وضمّن الطرفين العقد شرط تحكيم، وعندما نشأ النزاع لجأت الشركة إلى هيئة التحكيم المتفق على تشكيلها في العقد، وقامت هيئة التحكيم بالحكم لصالح شركة المقاولات الانجليزية، فقام المجلس الأعلى للآثار بالطعن بدعوى أقامها أمام المحكمة المختصة (محكمة استئناف القاهرة) واستند المجلس على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد لعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن المحكمة رفضت دعوى البطلان التي أقامها المجلس، ووضعت مبدئاً عاماً يقتضي صحة شرطة التحكيم الذي تدرجه الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة سواء ورد في عقودها المدنية أو الإدارية²⁷⁶.

ومن هنا يتبين أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد إدراجه في أحد عقود الدولة ذات الطابع الدولي، يتنافى مع وجوب تنفيذ الإلتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود مدنية أو إدارية، كما يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدول أو الأشخاص المعنوية العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استناداً إلى أية قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية. فمحاولة التكر لشرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم مع طرف أجنبي بدعوى عدم جواز شرط التحكيم في عقود الدولة من شأنه أن يهدم ثقة المتعاملين مع الأشخاص العام في مصداقيتها، ويرتب أبلغ الضرر بفرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية²⁷⁷.

²⁷⁶ محكمة استئناف القاهرة، الحكم الصادر بتاريخ 19 مارس 1997، أنظر: مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع

الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص126-127.

²⁷⁷ محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم (64) لسنة 113 قانونية، 19 مارس، 1997.

غير أن مجلس الدولة قد عارض هذا الحكم، وذلك لأنه يتعارض مع اختصاص المحكمة، فالأصل أن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن تنفيذ عقود الدولة، وأنه لا يسوغ الاحتكام إلى محكمة غير مختصة بنظر المنازعات التي تنشب في مجال هذه العقود، ويعد هذا الاختصاص أصيلاً لمجلس الدولة، وحيث أن حجية الأمر المقضي به لا تثبت إلا أن يكون لجهة القضاء الولاية في إصدار الحكم، فانتهاء الولاية لم يجز حكمها. وعلى هذا الأساس بين مجلس الدولة ضرورة تبصير الجهات الإدارية بعدم صحة شرط التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، والتنبيه بعدم إدراج شرط التحكيم في تلك العقود أو الإلتجاء إلى جهات غير مختصة لفض النزاع الناجم عن هذه العقود²⁷⁸.

ثانياً: موقف القضاء الإداري المصري

المحاكم المختصة بالنظر في هذه القضايا هي محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا ومجلس الدولة، وتتفق هذه المحاكم في عدم جواز إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وشرط التحكيم يعد باطلاً، وبالرغم من ذلك فإن هناك أحكاماً قليلة أجازت التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وسيتم بيان موقف كل محكمة على حدة.

محكمة القضاء الإداري: في حكمها الصادرة في 28 يناير سنة 1996 أجازت المحكمة شرط التحكيم، حيث أو وزير الأشغال العامة والموارد المائية أقام دعواه ضد ممثلي مجموعة الشركات الأوروبية المنفذة لمشروع قناطر أسنا، طالباً بالحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر في 15 يناير عام 1994 في القضية رقم (29) لسنة 1993 المقامة أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري. ودفع المدعي ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقد وبعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى لتعلقها بعقد إداري لا شبهة فيه بين الطرفين ويتمثل في عقد أشغال عامة يتضمن عقد توريد، حيث يختص بنظر ما ينشأ عنه من منازعات مجلس الدولة، وقضت هيئة التحكيم برفض الدفع المقدم من الوزارة، وباختصاصها بنظر النزاع المطروح عليها. ورأت المحكمة بعد استعراضها وقائع الدعوى وقانون المرافعات أن حكم هيئة التحكيم المتمثل برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع لا تنتهي به الخصومة. وانتهت المحكمة إلى عدم انتهاء الخصومة في قضية التحكيم رقم (29) لسنة 1993 والذي صدر فيها في الدفع محل النزاع، ورأت المحكمة أنه من المتعين القضاء بعدم قبول الدعوى²⁷⁹.

²⁷⁸ د. جورج ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 181.
²⁷⁹ محكمة القضاء الإداري المصري، الدعوى رقم 4188 لسنة 48 قانون الصادر بتاريخ 28 يناير 1996.

وهذا الحكم يبين أن إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة على الصعيد الدولي يعتبر صحيحاً، وعندما رفضت المحكمة دعوى البطلان التي رفعتها وزارة الأشغال العامة فإنها بذلك تسلم باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المتعلق بهذه العقود.²⁸⁰

المحكمة الإدارية العليا: كان الحكم في عقد امتياز هضبة المقطم ربما أحد أهم القضايا التي عرض على المحكمة الإدارية العليا بشأن التحكيم، فعندما نشأ نزاع بين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية وبين وزارة الإسكان والمرافق حول العقد المبرم بينهما في 14 إبريل من عام 1955 والذي يتضمن شرط تحكيم في البند الخامس، قامت الشركة باللجوء إلى محكمة القضاء الإداري مطالبة بوقف تنفيذ قرار الوزير السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم، وأصدرت المحكمة حكمها 18 حزيران من عام 1986 لصالح الشركة²⁸¹، وعلى إثر ذلك قامت إدارة قضايا الدولة بالطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، فقضت المحكمة بإلغاء الحكم المطون فيه وبرفض الدعوى المقررة مع عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.²⁸²

واستندت المحكمة في قرارها إلى نص المادة (10) من أحكام القانون رقم (165) لسنة 1955 بشأن مجلس الدولة، حيث نصت على "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر". ومن حيث أن اتفاق 14 إبريل لسنة 1955 صدر في ظل هذا القانون، فإن البند الخامس من الاتفاق المشار إليه يجب تفسيره بما لا يتعارض مع أحكام المادة (10). وبالتالي فإن تفسير البند الخامس من الاتفاق يجب أن لا يهدم خصائص العقد الإداري ولا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد.²⁸³

أعطى هذا الحكم الثبات للمبدأ العام بعدم جواز سلب اختصاص محكام مجلس الدولة من نظر المنازعات الناشئة عن عقود الدولة عند إدراج شرط التحكيم فيها، وجواز التحكيم في هذه العقود يعتبر تعديلاً لاختصاص المجلس الذي ورد في قانون موضوعي (أي كقاعدة عامة)، وهناك قاعد تقضي بأنه لا يجوز مخالفة القاعدة العامة بأعمال فردية على أنه يجوز تعديلها بقاعدة عامة أخرى.²⁸⁴

²⁸⁰ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص134.

²⁸¹ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الدعوى رقم 486 لسنة 39 ق، 18 حزيران، 1986.

²⁸² حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 3049، لسنة 32 ق، جلسة 20 فبراير 1990.

²⁸³ حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 3049 سنة 32 ق، جلة 20 فبراير 1990.

²⁸⁴ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص135.

وسار هذا الحكم بما يتفق مع ما يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي، الذي يتشدد تجاه لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في عقودها ذات الطابع الدولي، حتى في الحالات التي يأذن فيها المشرع لها والأشخاص المعنوية العامة باللجوء إليه²⁸⁵.

وفي قرار آخر للمحكمة الإدارية العليا في 18 ابريل من عام 1994 قضت بأنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم، ومن ثم فإن التحكيم يقتصر على ما اتفق بصدده من منازعات، وعلى ذلك فإنه إذا حصل الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره على المحكمين، فإن هذا يشمل كل المنازعات التي تقع بين المتعاقدين بشأن التنفيذ أو التفسير سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه²⁸⁶.

موقف مجلس الدولة: يعتبر موقف مجلس الدولة المصري كموقف مجلس الدولة الفرنسي، فهو الأكثر تشدداً في مسأه عدم جواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، فبقي يدافع عن هذا المبدأ في معظم أحكامه، بالرغم من نص المادة (58) من قانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، والتي تشير بأن الوزارات والهيئات العامة أو مصلحة من مصالح الدولة يجب ألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة. ومن هذا النص يتبين اتجاه المشرع بجواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم.

وفي الفتوى التي أصدرها المجلس في 17 حزيران عام 1989 بين فيها جواز اللجوء إلى التحكيم استناداً إلى نص المادة (58) من قانون رقم (47) لسنة 1972، وأن المقصود من نص المادة (10) من قانون مجلس الدولة هو بيان الحد الفاصل في الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء المدني، وأن المشرع لم يقصد حظر الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية²⁸⁷.

المطلب الثالث: موقف القضاء الفلسطيني

أكد القضاء الفلسطيني ما ورد في نصوص قانون التحكيم وأجاز التحكيم في العقود الإدارية وذلك حين قررت محكمة الاستئناف الفلسطينية في حكمها برد الاستئناف المقدم بموضوع

²⁸⁵ د. محمد منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص334.

²⁸⁶ حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 886، لسنة 30 ق، الصادر في 18 ابريل 1994.

²⁸⁷ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الدعوى القضائية رقم 661 في اتموز 1989، جلسة 17 حزيران 1989، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، من أول أكتوبر 1955 حتى آخر بتمبر 1995، الصادر عن المكتب الفني، ص141.

التصديق على قرار هيئة التحكيم بموضوع الاتفاق بين طرفي النزاع على إحالة الخلاف الناشئ بخصوص عقد الامتياز إلى التحكيم بموجب اتفاقية التحكيم.²⁸⁸

ويؤكد ذلك الدكتور أشرف الأعور في أن فلسطين عالجت التحكيم في مجال العقود الإدارية بناءً على نصوص التشريع الواضحة في قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 والقوانين الأخرى، فلم يعرف للقضاء أي دور في خلق القواعد القانونية الإدارية، وبالتالي يمكن القول أنه لا مكان للقواعد القضائية في منازعات التحكيم.²⁸⁹

المبحث الثالث: موقف الفقه والقانون الفلسطيني والقوانين المقارنة من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

إن التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي هو الطريق الأصيل لفض ما قد ينشأ عن هذه العقود من منازعات. واختلفت الأنظمة القانونية في الدول حول جواز أو منع أو تقييد اللجوء إلى التحكيم لأسباب مختلفة، ولأسباب تتعلق بتشجيع الاستثمار الأجنبي فإن الضغط الذي يمارسه المتعاقد على الدولة لعب دوراً كبيراً في إزالة المنع أو القيد المفروض على الدولة في اللجوء إلى التحكيم، فقد تتوقف موافقة المستثمر على إبرام العقد على موافقة الدولة أو الشخص المعنوي على إدراج شرط التحكيم في العقد. فالمستثمر يخشى أن يكون القضاء الوطني متحيزاً لدولته، ولأن الدولة بحاجة إلى استثمارات خارجية تنمي الاقتصاد الوطني فقد أصدرت قوانين جديدة أزلت بموجبها هذا الحظر أو قامت بتفسير قوانين بحيث تسمح لنفسها أو للأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم.²⁹⁰

وسيقوم الباحث ببيان موقف المشرع والفقه في كل من فرنسا ومصر والأردن ومقارنته بالفقه والقانون الفلسطيني.

المطلب الأول: موقف المشرع والفقه الفرنسي

كان القيد الذي فرضه المشرع الفرنسي على لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم هو مصدر للتشريعات الأخرى المختلفة في الدول الأخرى، ولكن المشرع ما لبث أن تدرج في إياحة التحكيم في هذا المجال، فمن الحظر المطلق إلى تخفيف الحظر نسبياً وأخيراً أجاز المشرع التحكيم في عقود الدولة مع وضع عدة قيود على ذلك.

²⁸⁸ حكم محكمة الاستئناف في الدعوى رقم 2010/367 الصادر في ارم الله بتاريخ 2011/3/28.

²⁸⁹ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص365.

²⁹⁰ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص93.

وقد كان سبب التشدد في عدم جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم عدم وجود النيابة العامة كطرف في النزاع، وعدم جواز مثل الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى أمام القضاء الذي تنشئه وفقاً لقوانينها، ولا يجوز أن يحكم على الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلا بواسطة القاضي الرسمي²⁹¹.

ومع التطورات الاقتصادية فإن الدولة رأت بأنه من أجل إنجاز مصالح وطنية فإنه يجوز للدولة والمؤسسات العامة إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع الشركات الأجنبية لإنجاز عمليات ذات مصلحة وطنية وذلك لتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق وتفسير هذه العقود، وقد جاء هذا في نص المادة (9) من قانون 19 أغسطس سنة 1986. وقد صدر هذا القانون إثر تعاقد الدولة الفرنسية مع شركة ديزني لاند الأمريكية من أجل إنشاء مدينة ديزني لاند بالقرب من العاصمة باريس، وكان العقد ينص على اللجوء إلى التحكيم كطريق لفض أي نزاع ينشأ بين الطرفين مستقبلاً وعند حدوث النزاع عرض على هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد ودفعت الدولة الفرنسية بعدم جواز لجوء الدولة أو أشخاصها المعنوية إلى التحكيم إلا بناءً على نص صريح وواضح يسمح بذلك، وأمام عدم وجود نص يشير إلى ذلك فقد عدّ شرط التحكيم في العقد باطلاً²⁹².

وحين عُرض الأمر على مجلس الدولة؛ انتهى المجلس إلى عدم جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم إلا بوجود نص صريح يسمح بذلك في اتفاق دولي أو قانون داخلي، وأمام عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإن شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الدولة الفرنسية وشركة ديزني لاند يعد باطلاً. وحفاظاً على المصلحة القومية للدولة، وعلى اعتبار أن إنشاء مثل هذا المشروع متطلب عام، ومصلحة هامة للدولة؛ فقد تم إصدار القانون رقم (972/86) في 19 أغسطس من عام 1986، حيث أعطت المادة (9) للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي يبرمونها مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية الإذن بالتوقيع على شرط التحكيم²⁹³.

وفي القانون الصادر في 2 يوليو من عام 1990 فقد أجاز القانون لهيئة البريد والاتصالات الفرنسية في المادة (28) من اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقود التي تبرمها مع الغير.

²⁹¹ د. جورجى ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص223.

²⁹² د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص100.

²⁹³ د. جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص50. وأيضاً: د. جورجى ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص203.

ويرى الباحث أن المشرع الفرنسي قد فعل الصواب في أنه نظم التحكيم التجاري الدولي بنصوص خاصة تشجع الاستثمار الأجنبي في فرنسا، ولكنها لا تسري على التحكيم الداخلي. فالمستقر عليه في القانون والفقهاء والقضاء التحكيم التجاري الدولي عدم جواز تمسك الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بالقيود التشريعية الداخلية لعرقلة التحكيم التجاري الدولي أو منع تنفيذ ما يصدر عنه من أحكام.

المطلب الثاني: موقف المشرع والفقهاء المصري

حدث تطور في موقف المشرع تجاه التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي من الصمت المطلق إلى السماح الكامل باللجوء إلى التحكيم، مع ورود بعض الضوابط البسيطة، وانتهى هذا التطور إلى تقرير مبدأ جواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، حيث أصبح هو القاعدة العامة.

وهناك من يرى أن مشكلة جواز التحكيم في عقود الدولة خاصة بالقانون الفرنسي وحده، وهي لم تكن موجودة في قانون المرافعات المصري القديم ابتداءً من عام 1912. ونص القانون المختلط في المادة (792) منه على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يجب تبليغها للنيابة العامة ولو رفعت أمام المحاكم، وبالتالي فالدولة وهيئاتها كانت ممنوعة من اللجوء إلى التحكيم لأن قضاياها يجب أن تبلغ للنيابة العامة في المحاكم المختلطة طبقاً لنص المادة (68) من القانون المختلط²⁹⁴.

وفي القانون رقم (13) لسنة 1968 لم تتعرض مواده للتحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، فلم ترد نصوص تحرمه أو تبيحه، إلا أن نص المادة (501) "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين..."²⁹⁵ جعل البعض يقول بجواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ما عدا ما يتصل منها بالنظام العام، وبذلك يكون المشرع قد أجاز الاتفاق على تعديل اختصاص المحاكم القضائية في المسائل التي يجوز فيها التحكيم. وأمام عدم وجود قانون خاص ينظم التحكيم في منازعات عقود الدولة ذات الطابع الدولي فإنه يتعين الرجوع إلى ما ورد في قانون المرافعات بشأن التحكيم طبقاً لما ورد في المادة رقم (3) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 والتي تنص على "تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا

²⁹⁴ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص111.

²⁹⁵ المادة (501) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968.

القانون، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص، وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائي²⁹⁶.

ومن الملاحظ أن المادة (58) من قانون مجلس الدولة قد أشارت إلى جواز التحكيم، فقد ورد في الفقرة الثالثة منها "ولا 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 استفتاء الإدارة المختصة"²⁹⁷. ويلاحظ من نص المادة أن القانون لا يفرق بين التحكيم الداخلي أو الخارجي، ويجيز للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم.

وبعد الانفتاح الاقتصادي وابتعاد الفكر الاشتراكي أجاز القانون رقم (43) لسنة 1974 التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود الدولة، فنصت المادة رقم (8) منه على " تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الأحوال التي تسري فيها. ويجوز الاتفاق على أن تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم، وتشكل لجنة التحكيم من...²⁹⁸. وذلك من أجل تهيئة المناخ المناسب لتشجيع الاستثمار الأجنبي²⁹⁹.

ومع هذا فإن هناك رأي فقهي يرى بأن نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية لا تسري على عقود الدولة حيث أن المشرع لم يفصح صراحة عن جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية إلى الإتفاق على التحكيم الاختياري في عقودها. ويرى أيضاً بأن تطبيق نصوص قانون المرافعات على هذه المنازعات يتعارض مع أصول النظام القضائي لمجلس الدولة، ولا يمكن بحال أخذ نصوص قانون المرافعات إن كانت تتعارض مع قانون مجلس الدولة، ولأن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات لم ينص عليه قانون مجلس الدولة، فإنه لا يجوز اللجوء إليه في شأن عقود الدولة التي يختص بها مجلس الدولة وحده فقط³⁰⁰. ولأن قواعد الاختصاص المنظمة

²⁹⁶ المادة (3) من قانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة المصري.

²⁹⁷ الفقرة (3) من المادة (58) من قانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة المصري.

²⁹⁸ المادة (8) من قانون رقم (43) لسنة 1974 بشأن إصدار نظام إستثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة.

²⁹⁹ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص113.

³⁰⁰ د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دون مكان نشر، 1993، ص88.

للولاية القضائية لمجلس الدولة تنتهك إن لجأت الدولة أو الأشخاص المعنوية للتحكيم، فلا يجوز تعديل قانون مجلس الدولة إلا بقانون مساوٍ لقانون مجلس الدولة³⁰¹.

ومن النصوص القانونية التي تحدد عمل اختصاص مجلس الدولة؛ المادة (10) من قانون مجلس الدولة والتي تنص على "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:.... 11- المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر"³⁰². وأيضاً هناك عقبة دستورية تقف أمام إحالة منازعات العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص المعنوية إلى التحكيم وهي المادة (190) من الدستور المصري والتي تنص على " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى."³⁰³.

ومع الجدل المثار حول جواز لجوء الدولة أو الأشخاص المعنوية للتحكيم تم إصدار قانون رقم (27) لسنة 1994، ونصت المادة الأولى منه على "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات 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"³⁰⁴. وعلى الرغم من هذا النص إلا أن مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بقي محل جدل. وقد أيد البعض لجوء الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في عقود الدولة الدولية، مبررين أن نص المادة (1) يشمل نطاقه عقود الدولة ذات الطابع الدولي وامتد تطبيقه ليشمل كافة أنواع التحكيم، سواء التي يجريها أشخاص القانون العام أو القانون الخاص³⁰⁵.

وعند إصدار قانون التحكيم سنة 1994، تم إلغاء النصوص الواردة حوله في قانون المرافعات، والتي كانت في المواد (501-513)، مما يشير إلى أن الحظر الموجود على قبول الدولة

³⁰¹ د. جورج ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص159.

³⁰² المادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972.

³⁰³ المادة (190) من الدستور المصري المعدل لسنة 2014.

³⁰⁴ المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

³⁰⁵ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص115.

والأشخاص المعنوية العامة لشرط التحكيم قد ألغي. مما يشير إلى عدم اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات عقود الدولة ذات الطابع الدولي طالما اتفق بأشئها على التحكيم³⁰⁶.

وهناك من يرى أيضاً بأن المادة رقم (55) من قانون الاستثمار رقم (230)³⁰⁷ لسنة 1989 تجيز تسوية المنازعات بطريقة يتم الاتفاق فيها مع المستثمر، وأيضاً بالتحكيم، فنصت على "دون إخلال بالحق في الإلتجاء إلى القضاء المصري، يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريق التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الإتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم (90) لسنة 1971، وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري فيها تلك الاتفاقيات، كما يجوز الاتفاق على أن يتم تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أما المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة"³⁰⁸.

وأيضاً لأن مصر انضمت إلى اتفاقية واشنطن، بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وذلك بالقانون رقم (90) لسنة 1971، ويتضمن الاعتراف بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي. حيث تنص الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن على "فض المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة المستثمر فيها المال ويكون ذلك بطريق التحكيم والمصالحة وتطبق هيئة التحكيم القواعد الدولية المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية"³⁰⁹.

وبما أن المادة (1) من القانون رقم (90) تنص على "الموافقة على انضمام جمهورية مصر العربية إلى الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى"³¹⁰، فهذا يشير إلى أن الحكومة المصرية قد وافقت ضمناً على القبول بالتحكيم في العقود الدولية التي تنشأها الدولة أو الدولة أو الأشخاص المعنوية.

³⁰⁶ أ.د. حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، المرجع السابق، ص37.
³⁰⁷ ألغي هذا القانون بالمادة رقم (59) من قانون الاستثمار رقم 8 لسنة 1997 والتي تنص على "يلغي قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1531 لسنة 1989 باللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم (230) لسنة 1989".
³⁰⁸ المادة (55) من القانون رقم (230) لسنة 1989 بشأن قانون الاستثمار.
³⁰⁹ المادة الأولى من الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي عقدت في عام 1965 في واشنطن، وتم التوقيع عليها في واشنطن بتاريخ 11 فبراير سنة 1972.
³¹⁰ المادة (1) من القانون رقم (90) لسنة 1971.

أما الاتجاه المعارض للجوء الدولة أو الأشخاص المعنوية إلى التحكيم وفق المادة (27) من قانون التحكيم لسنة 1994، إلى أن عنوان القانون يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية ولا تشمل أحكامه القانون الإداري³¹¹.

أما أن يتم القول بجواز التحكيم وفق المادة الأولى من هذا القانون فإن هذا النص لا يجيز صراحة اللجوء إلى التحكيم، وإنما ينص فقط على سريان أحكام القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، ولذلك فالمادة الأولى لا تتصرف لمسائلة مدى جواز أو عدم جواز التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وإنما تقضي بسريان أحكامه على التحكيم في حالة سبق الاتفاق عليه وفي حالة اللجوء إليه³¹².

كذلك الأمر فقد صدرت عدة أحكام بعد هذا القانون من المحكمة الإدارية العليا تقضي بعدم جواز التحكيم في عقود الدولة واستندت إلى نص المادة (172) من الدستور المصري آنذاك³¹³ والتي تجعل من مجلس الدولة الجهة القضائية المختصة في الفصل بالمنازعات الإدارية، كذلك الأمر فقد استندت إلى نص المادة (10) من قانون مجلس الدولة التي تنص على اختصاص محكام المجلس دون غيرها بالمنازعات الناشئة عن عقود الدولة، وبعد صدور حكم محكمة الاستئناف في 19 مارس عام 1997، رفض مجلس الدولة هذا الحكم في فتواه عام 1997³¹⁴.

وأمام هذه التعارضات وجب وضع نص قاطع وصريح حول جواز التحكيم في عقود الدولة الدولية أو عدمه، ولهذا تم إصدار القانون رقم (9) لسنة 1997، لحسم الجدل الذي دار حول التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي. فتم تعديل المادة الأولى بإضافة فقرة ثانية إليها "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"³¹⁵.

وبناء على هذه الإضافة فإن التحكيم في عقود الدولة يجب أن يخضع لموافقة من قبل الوزير المختص أو من يولى اختصاصه من الأشخاص الاعتبارية العامة، فلا يجوز للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة أن تضمن العقد شرط التحكيم أو تبرم مشاركة تحكيم إلا بعد أخذ موافقة الوزير المختص، وبالتالي يتم مراجعة العقد من قبله، ومن ثم يرخص أو لا يرخص اللجوء

³¹¹ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص118.

³¹² د. جورجى ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص208.

³¹³ وهي الآن المادة (190) من الدستور المصري المعدل لسنة 2014.

³¹⁴ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص119.

³¹⁵ الفقرة الثانية من المادة (1) من قانون التحكيم رقم (9) لسنة 1997.

إلى التحكيم بعد ذلك. وفي حال تم إبرام العقد دون الحصول على موافقة الوزير فإن البعض يرى أن العقد يُعد باطلاً، ويجب على الإدارة عدم إعاقة عملية صدور الموافقة اللاحقة من الوزير إذ أنها تصحح البطلان في العقد، حتى لا يسبب ذلك ضرراً للأشخاص الخاصة الأجنبية التي اعتقدت عن حسن نية شرعية شرط التحكيم، وبالتالي تخلص الإدارة من قرارات التحكيم إن كانت في غير صالحها³¹⁶. ويرى البعض الآخر أن العقد يكون صحيحاً حتى لو لم يتم أخذ موافقة الوزير، ولكن هناك جزاء تأديبي يتم على من قام بهذه المخالفة³¹⁷.

كما أن هناك اعتباراً آخر في الإضافة التي تمت على نص المادة الأولى؛ وهي أنه لا يجوز للوزير التفويض بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي وذلك لبيان علو شأنها وخطورتها، ولا اعتبارات النظام العام، باعتبار أن الوزير يمثل دولته في وزارته وهذا يمثل ضماناً لعدم إساءة استخدام التحكيم فيها، نظراً لما يتبع استخدام التحكيم من استبعاد لتطبيق القانون الوطني والإلتجاء إلى هيئة التحكيم عوضاً عن القضاء³¹⁸.

وتأكيداً على اتجاه المشرع المصري من اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة، فقد أصدر قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998، فنصت المادة (42) منه على "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع إلزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد"³¹⁹.

ويرى الباحث أن الموقف الذي اتخذته القانون الوضعي الفرنسي لم يجد له صدى في التشريع المصري. فإذا كان المشرع الفرنسي قد وضع مبدأ عاماً مفاده عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فإن المشرع المصري في المرحلة السابقة على قانون 94/27 لم يأت بمثل هذا النص، مما فتح المجال للاختلاف في الفقه والقضاء حول مدى إمكانية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، ولما صدر القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية استمر هذا الخلاف بالرغم من وجود نص قانوني يمكن تفسيره بما يؤدي إلى جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، مما اضطر المشرع في نهاية الأمر إلى إصدار قانون 97/9 بشأن تعديل بعض أحكام قانون 94/27 ونص فيه صراحة على جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم³²⁰.

³¹⁶ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 121-122.

³¹⁷ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 316.

³¹⁸ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 122.

³¹⁹ المادة (42) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998.

³²⁰ د. وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية "دراسة مقارنة في: فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 7.

المطلب الثالث: موقف المشرع الفلسطيني من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

تعد فلسطين من أول الدول العربية اهتماماً بالتحكيم، فقد تم إصدار أول قانون تحكيم فيها عام 1926، وقد ورد في القانون رقم (9) لتلك السنة بأنه "لا يجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم إلا بإذن المحكمة أو باتفاق بين الفريقين ما لم يكن قد ذكر ما يفيد عكس ذلك"³²¹، وعُدَّ قرار التحكيم في هذا القانون كما لو أنه صادر عن محكمة، ومن خلال التدقيق في هذا القانون نجد بأن احكامه تسري على كل تحكيم تكون الحكومة طرفاً فيه، وبالتالي يوضح إمكانية دخول الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة في اتفاقية التحكيم³²².

وبعد أن انضمت الضفة الغربية إلى الأردن عام 1949 بدأ تطبيق القوانين الأردنية ومن ثم تطبيق قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953، والذي لم يختلف في نصوصه عن القانون رقم 9 لسنة 1926. وبالتالي فإنه المشرع الاردني لم يحدث تغييرات سوى أنه ألغى القانون الفلسطيني للتحكيم ووضع بدلاً من الاردني. مما يشير إلى استمرارية جواز التحكيم في العقود الإدارية³²³.

وبعد دخول السلطة الوطنية الفلسطينية تم إصدار قانون العطاءات بشأن الأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999، حيث تناول التحكيم في المادة (32) منه، وبإجازة التحكيم في عقد الاشغال العامة والذي يعتبر نوعاً من أنواع العقود الإدارية فإنه بذلك يعطي دلالة قطعية على جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.³²⁴

ومن ثم جاء قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 كمحاولة جادة لمعالجة الكثير من حالات القصور والاختلافات في التشريعات السابقة واستجاب لمعظم متطلبات العصر ويساير التوجه العالمي المنادي بضرورة إيجاد قواعد تشريعية موحدة للتحكيم تتفق مع تلك الدولية الخاصة بالتحكيم، والمعروفة بقانون الاونسيترال المشار إليه سابقاً. ويجد الإشارة هنا إلى أن الجدل الفقهي الذي ساد فرنسا ومصر بالنسبة للتحكيم ومروره بالعديد من المراحل والتقلبات لا يمكن أن يتم مقارنته بفلسطين، وذلك لأن فلسطين لا زالت تطبق نظام القضاء الموحد، والذي لا يقر بخضوع المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية لنظام القضاء الإداري، حيث أنها لا زالت تخضع

³²¹ المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (9) لسنة 1926.

³²² د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص351.

³²³ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص352-353.

³²⁴ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص353.

للقضاء العادي، وبناءً على ذلك فحين صدر قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 لم يحدث أي تضارب في جواز اللجوء إلى التحكيم سواء في التحكيم أو القضاء.³²⁵

وكان القانون واضحاً بشأن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وجواز اللجوء إلى التحكيم وذلك كما ورد في المادة الخامسة من هذا القانون.³²⁶

المبحث الرابع: إشكالية القانون الواجب التطبيق عند اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

يقصد بالقانون الواجب التطبيق؛ مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء أكان مصدرها قانوناً وطنياً أم كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية للدول.³²⁷

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي من المسائل المهمة والحيوية التي تواجه المحكم عندما يتصدى للحكم في النزاع، حيث تستحوذ هذه المسألة على فكر المحكمين وذلك لما يترتب عليها من الآثار الهامة لضمان تنفيذ العقد وفض المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً. وبما أن التحكيم مصدره إرادة الأطراف فإن اختيار هذا القانون تلعب فيه هذه الإرادة دوراً حاسماً، ولذلك فإن الأطراف المتعاقدة تبحث في هذه المسألة خلال مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، فالعقد يجب أن يستند إلى نظام قانوني معين لكي يعمل على حكم شروط إنعقاده ويهيء له الطريق لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من التزامات.³²⁸

واختلف الفقه والقضاء في القانون الواجب التطبيق في النزاعات المتعلقة بعقود الدولة ذات الطابع الدولي، فمنهم من رجح قانون الإرادة، وفي حال غياب هذا الاختيار فمنهم من رجح قانون الدولة المتعاقدة، ومنهم من رجح تطبيق القانون الدولي العام، وتطبيق المبادئ العامة للقانون، وأخيراً تطبيق قانون التجارة الدولية. وسيتم تناول كل نظام قانوني منها في مطلب على حدا.

³²⁵ د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص355.
³²⁶ المادة (5) من قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000: 1- اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل".

³²⁷ أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة (17)، العدد 351، 1993، ص174.

³²⁸ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص179.

المطلب الأول: تطبيق قانون الإرادة.

تعد الإرادة ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، ولذلك يتعين على أطراف العقد إخضاعه للقانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة على اختياره، وإذا سكت الأطراف عن الاختيار فيتعين البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق القرائن التي تدل على وجودها.

الفرع الأول: الإرادة الصريحة

يندر أن تخلوا عقود الدولة ذات الطابع الدولي من تحديد القانون الواجب التطبيق، وإغفال ذلك يؤدي إلى حدوث خلافات حادة بين أطراف العقد. فالطرف الأجنبي يحاول إخراج العقد من نطاق قانون الدولة المتعاقدة، في المقابل تحاول الدولة إخضاعه لقانونها الوطني باعتبار ذلك تعبيراً عن سيادتها. وبالرغم من ذلك فإنه لا يمكن لأحد الأطراف أن يستقل بهذا الاختيار دون موافقة الطرف الآخر إلا في حالات استثنائية يكون فيها تحديد القوانين المعمول بها في الدول التي تتبعها الأطراف المتعاقدة³²⁹.

وتكمن أهمية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق في أنه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود، ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها ويشكل حماية لمصالح كلا الطرفين. إن قانون العقد الذي اختاره الطرفان يحكم وجود التراضي وصحته ومشروعيته وشروط المحل ومشروعيته، ووجود السبب وتخضع له حالات البطلان والقابلية للإبطال ونطاق هذا البطلان ومن له حق التمسك به، وذلك التقادم وسقوط دعوى البطلان. والمحكومون ملزمون باحترام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق وذلك أياً ما كان التكييف الذي يعطي لقاعدة الإرادة سواء كانت قاعدة تنازع بالمعنى التقليدي، أم قاعدة مادية أم قاعدة تنازع ذات مضمون مادي، ويمتنع عليهم تعيين هذا القانون إلا في حالة عدم الاختيار من قبل الأطراف³³⁰.

وقد تبنى المشرع المصري مبدأ الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق، فنصت المادة (39) في الفقرة الأولى منها على "1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يُتفق على غير ذلك 2- وإذا لم

³²⁹ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، صص 333.

³³⁰ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، صص 183-184.

يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.³³¹

ويتناسب هذا النص مع ما ورد في المادة (36) من قانون التحكيم الأردني والتي تنص على "أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين. ب- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع."³³²

أما القانون الفلسطيني فبالرغم من أنه أقر صراحة بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في حال نشوب النزاع إلا أنه لم يعط لهيئة التحكيم الفرصة في اختيار القانون من قبل هيئة التحكيم في حال عدم الاتفاق عليه، فنصت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على "1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع."³³³

ويتبين من ذلك أن المشرعين المصري والفلسطيني قد منحوا الأطراف حرية اختيار القانون دون اشتراط أي صلة بين القانون المختار وموضوع النزاع، في حين استخدم المشرع الأردني اصطلاح "القواعد القانونية" وبالتالي يعتبر هذا تقييداً للأطراف باختيار قانون دولية معينة، كما اتفق المشرعون الثلاث على رفض فكرة الإلتجاء إلى الإحالة وإلزام المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين. ويلاحظ أن المشرعين الثلاثة قد استخدموا مصطلح قواعد وليس قانون يحكم النزاع الناشئ، وهذا يفيد أنهم قد أعطوا للأطراف المتعاقدة حرية كبيرة في صياغة هذه القواعد كيما يشاؤون مع وجوب مراعاة ما يتعلق بقواعد النظام العام وذلك حتى لا يكون ذلك سبباً في عدم تنفيذ القرار.³³⁴

³³¹ المادة (39) قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

³³² المادة (36) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

³³³ المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

³³⁴ د. مراد المواجه، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 189-190.

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني قد كان موقفاً أكثر من المشرعين الأردني والمصري، حيث حدد بأن اتفاق الاطراف على اختيار قانون معين يكون في حال التحكيم الدولي وليس التحكيم الداخلي، في حين لم يفرق المشرعين المصري والأردني بين التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي، غير أن هناك من يشير إلى أن الأساس في وضع قانون التحكيم كونه يشير إلى التحكيم الدولي وليس إلى التحكيم الداخلي، فالتحكيم الداخلي بطبيعة الحال وجب أن يتم إعمال القانون الوطني فيه، ولكن كان من الأولى أن يتم النص على ذلك صراحة.

وتدرك المشرع المصري هذا الخلل في عقود نقل التكنولوجيا، فسواء كان النزاع مرفوعاً أمام المحاكم الوطنية أو أمام هيئة التحكيم فإنه ملزم بالتقيد بنص المادة (87) من القانون التجاري المصري التي تنص على "1- تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة 72 من هذا القانون. ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجرى في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري. 2- وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً"³³⁵.

ويمكن الهدف من وراء هذه المادة حماية الطرق المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا، حيث أن المتلقي يكون عادة في مركز تفاوضي أقل من المورد، وذلك بسبب الحاجة الملحة إلى تلقي التكنولوجيا محل العقد³³⁶.

وأيضاً اجمعت الاتفاقيات الدولية على حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فأقرت اتفاقية نيويورك سنة 1958 بذلك فأشارت المادة (5) منها إلى بطلان حكم التحكيم إن كان لا يتفق والقانون الذي أخضعه له أطراف النزاع في الفقرة (أ/1) فنصت على " **The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made**"³³⁷. وفي اتفاقية جنيف عام 1961 نصت المادة السابعة في

The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the 51 arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to

³³⁵ المادة (87) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999.

³³⁶ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 192.

³³⁷ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done at New York, on 10 June 1958

the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages". أي أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع...³³⁸.

كما أقرت اتفاقية واشنطن عام 1965 مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ف جاء في المادة (42) في الفقرة الأولى منها "1- تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد."³³⁹.

كما كرس القانون النموذجي UNICITRAL هذا المبدأ في المادة (28) في فقرتها الأولى منه حيث نصت على " The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules"³⁴⁰. أي أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان بوصفها واجبة التطبيق في موضوع النزاع.

كما ونصت اتفاقية عمان العربية لعام 1987 على هذا المبدأ في المادة (21) في فقرتها الأولى حيث نصت على "تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة او ضمناً، ان وجد، والا فوفق احكام القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع على ان تراعى قواعد الاعراف التجارية الدولية المستقرة"³⁴¹.

وقد سار القضاء الدولي وقرارات التحكيم على ذلك؛ ففي قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 22 مايو عام 1985 في النزاع الذي نشأ بين الشركة الفنلندية والعراق بشأن إنشاء قصر المؤتمرات في بغداد، فقد طبقت محكمة التحكيم القانون البلجيكي الذي اختاره الطرفان صراحة. وفي قرار صادر عن نفس الجهة في 16 يناير عام 1985 بشأن النزاع بين شركة

³³⁸ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series , vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964)

³³⁹ الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في مدينة واشنطن في 18 مارس سنة 1965.

³⁴⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.

³⁴¹ اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987

انجليزية وسلطنة عمان بشأن إنشاء مصنع للجير، فقد طبقت المحكمة القانون العامة لأنه اختيار الإرادة الصريحة للأطراف.

غير أن هناك بعض القرارات التحكيمية التي لاقت نقداً شديداً من جانب الفقه، نظراً لحججها الواهية في عدم تطبيق القانون المتفق عليه، حيث أنها حجج تخفي ورائها موقف غير حيادي يهدف في المقام الأول إستمرار السيطرة على الثروات الطبيعية للدول التامية والهيمنة على مقدرات الشعوب، وذلك خلال فترة حاولت فيها هذه الدول استعادة سيطرتها على ثرواتها وبسط سيادتها عليها، ومنها قرار تحكيم ليامكو الصادر سنة 1977 في النزاع الذي نشب بين الحكومة الليبية وشركة ليامكو بسبب قيام الحكومة الليبية بتأميم الشركة وانتهى المحكم إلى استبعاد تطبيق القانون الليبي وتطبيق القانون الدولي العام³⁴².

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية

في حال عدم اتفاق الطرفين صراحة على تطبيق قانون معين في حال نشوب نزاع بين الطرفين في العقود التي تبرمها الدولة على الصعيد الدولي فإن المحكم في هذه الحالة يتمتع بسلطة تقديرية، فعدم اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق يعني أنهم قد تركوا للمحكمين أنفسهم تعيين ذلك. وقد يتم عدم التعرض لهذه المسألة لاستحالة الاتفاق عليها بين الطرفين. غير أن المحكم لا يُفترض به اختيار الطريق الأسهل، بل يعني اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم موضوع النزاع، وهنا تختلف اجتهادات المحكمين والفقه لتقديم الحل المناسب وهذه السلطة الممنوحة له هي سلطة ترجيح لأحد القوانين الوطنية على الأخرى³⁴³.

وهناك العديد من المؤشرات التي يمكن للمحكم أن يستدل منها على إرادة الأطراف المتعاقدة الضمنية من خلالها، وتنقسم هذه المؤشرات إلى مؤشرات عامة وخاصة، وتتمثل بمكان إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ كمؤشرات عامة، أما المؤشرات الخاصة مثل محل إقامة المتعاقدين موضوع العقد ومكان التحكيم واللغة المستخدمة في العقد ونوع العملة. وأيضاً يستخلص من إخضاع النزاع لمحكم من دولة معينة أن نية الأطراف قد اتجهت لإخضاع العقد لقانون دولة المحكم³⁴⁴.

³⁴² د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص200-201.

³⁴³ د. أحمد الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص394.

³⁴⁴ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص203.

وعند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق في عقود الدولة فإن المؤشرات تدل على أن قانون الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق، واختيار قانون الدولة الطرف في هذه الحالة لا يعد كونه قانوناً للإرادة المفترضة للأطراف وليس مجرد امتياز لمصلحة هذه الدولة، بل لأنها مكان تنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

ويستخدم التحكيم الدولي المؤشرات العامة لاستظهار الإرادة الضمنية أو المفترضة، فبعض الأحيان يغلب قانون محل التحكيم أي قانون الدولة المتعاقدة وبعض الأحيان يتم استبعادها.

وقد أخذ المشرع المصري بالإرادة الضمنية للأطراف في المادة (19) في الفقرة الأولى من القانون المدني، فنصت على "يسري على الإلتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه"³⁴⁵.

ولا يوجد في القانون الأردني سواءً المدني أو قانون التحكيم ما يشير لذلك، في حين نصت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على "1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع."³⁴⁶ مما يشير إلى أن القانون الواجب التطبيق في حال عدم الاتفاق عليه صراحة هو القانون الفلسطيني.

وفي اتفاقية عمان العربية عام 1987؛ فقد أخذت الاتفاقية بالإرادة الضمنية للأطراف في المادة (21)، فنصت على "تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً، إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة"³⁴⁷.

³⁴⁵ الفقرة الأولى من المادة (19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

³⁴⁶ المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

³⁴⁷ اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987

وعلى صعيد القضاء فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف المتعاقدة لقانون يتم تطبيقه في حال نشوب النزاع بين الدولة المتعاقدة ورعايا دولة أخرى، يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون الدولة المتعاقدة هو قانون الإرادة المفترضة الذي يجب أن يحكم موضوع النزاع³⁴⁸.

وفي قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية في ديسمبر عام 1985 بشأن النزاع الذي نشب بين شركة أمريكية وشركة عامة جزائرية بشأن إجراء دراسات حول خط سكة حديدية بالجزائر، وعرض النزاع على المحكم ووجد أن الطرفين لم يختارا قانون العقد، قام المحكم بتطبيق القانون الجزائري على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع، وذلك استناداً إلى أن الإرادة الضمنية للأطراف اتجهت إلى تطبيق القانون الجزائري بوصفه مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه³⁴⁹.

المطلب الثاني: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة

يذهب جانب من الفقة إلى أن عقود الدولة ذات الطابع الدولي هي عقود إدارية، وبالتالي يجب أن يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الدولة المتعاقدة الوطني، فالطبيعة الإدارية تلزم هذه العقود، حيث أن الدولة هي أحد أطراف العقد، كما أن هذه العقود وإن كان يحقق ربحاً للطرف الأجنبي إلا أنها تستهدف أحد المرافق العامة. وأكد الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر أن العقود المتعلقة بجذب الاستثمارات ونقل التكنولوجيا تعد إدارية وفقاً للمعايير المادية أو الموضوعية الجديدة التي تبناها مجلسي الدولة في كلا الدولتين، حتى ولو لم تكن الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها ما دامت تتعلق بتسيير أو إدارة مرفق عام أو تتضمن بعض الشروط غير المألوفة في القانون الخاص.

إن إضفاء الصفة الإدارية على عقود الدولة ذات الطابع الدولي يعد ضرورة قانونية تستوجبها ضرورة توحيد القواعد القانونية التي تحكم المنازعات التي تنشأ بسبب تنفيذ العقد وتؤثر في مشروعيتها وخصوصاً إذا ما تعلق الأمر بتفسير أو تحديد مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بإبرام أو فسخ العقد أو البحث عن حدود سلطتها التقديرية بشأن امتيازات الطرف الأجنبي ومدى احترامه وتنفيذه لشروط العقد³⁵⁰.

³⁴⁸ د. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص145.
³⁴⁹ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص205.
³⁵⁰ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص212.

إن النظر إلى هذه العقود يُستشف منه وجود قاعدة إسناد خاصة تفيد خضوع هذه العقود أساساً لنظامها الوطني بصفقتها من عقود القانون العام. فهي تستمد قوتها الإلزامية من النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة، كما أن هذا النظام القانوني الوطني يوجد غالباً في غياب نظام قانوني آخر يقوم الأطراف باختياره هو القانون الواجب التطبيق الذي يحكم مختلف الجوانب العقدية. وهناك جانب من الفقه يرى أن تصرف الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة عند إبرامها العقد هو الذي يحدد معيار اعتبار العقد إدارياً، فعندما تقوم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بإبرام العقد وتصرفت كشخص عام يكون تصرفها يوفر العناصر المميزة للعقد الإداري، فيجب أن يخضع العقد لقانون الدولة المتعاقدة، وإذا ما تصرفت الدولة كشخص من أشخاص القانون الخاص ولم يتوافر في تصرفها العناصر المميزة للعقد الإداري فهذا قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، لأن الدولة عندما تتعاقد بصفقتها العامة كشخص عام لا يفترض أنها وهي في سبيل المحافظة على مصالحها العامة أن تخضع لقانون غير قانونها الوطني.³⁵¹

وقد قضت محكمة العدل الدولية مبدأ خضوع عقود الدولة لقانون الوطني في حكمها الصادر عام 1929 في قضية القروض الصربية - البرازيلية، حيث جاء في حكمها "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون... لما كان الطرف المفترض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا الفرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها"³⁵².

وفي تحكيم كلوكنر Klockener ضد الكاميرون سنة 1981، إذ بينما تضمن العقد محل النزاع شرطاً للتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، خلا من وجود شرط صريح لتحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي فسرتة المحكمة بأن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة الكاميرون، باعتباره قانون الدولة المتعاقدة، مدعماً بقواعد القانون الدولي الملائمة للتطبيق.

وبجوار هذه الأحكام نجد نمودجا آخر لم يسبق في قضاء هيئة تحكيم المركز، نقصد ذلك الخاص بالحكم في تحكيم شركة آسيا الزراعية المحدودة ضد سيريلانكا سنة 1987.

ذلك أن الاتفاق المبرم بين الطرفين لم يكن يشير إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فضلاً عن أنه لم يتضمن إشارة صريحة إلى القانون الواجب التطبيق.

³⁵¹ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص213.
³⁵² صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1993، من ص 85-95.

وبعد أن فصلت المحكمة في اختصاصها بنظر النزاع، اتجهت إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوعه، وإذ رأت أن الاختيار السابق والصريح للقانون الواجب التطبيق مسألة يصعب تصورها في تحكيم نشأ مباشرة عن اتفاق بين دولتين لحماية رعاياهما وتشجيع تبادل الاستثمارات بينهما.

واستخلصت المحكمة من ظروف إبرام العقد ولجوء الأطراف إلى التحكيم في إطار المركز الدولي، أن إرادة الطرفين كانت تتجه إلى تطبيق نصوص الاتفاقية الثنائية المعقودة بين سيرلانكا وبريطانيا في المقام الأول، على أن تستكمل بتطبيق قواعد القانون الدولي العام العرفي في المقام الثاني، مع مراعاة أن أحكام الاتفاقية المشار إليها قد صارت جزءاً من النظام القانوني لسيرلانكا، ومن ثم يكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق³⁵³.

ويرى الباحث أن هناك إشكالية في تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، بالرغم من أن ذلك الخيار هو الأكثر اتباعاً، وذلك لأن الدولة هي التي تتحكم في تشريعها الوطني، وهذا يعني أن بإمكانها تعديله، فيمكن أن تبطل أو تعدل التزاماتها التعاقدية، كما أن الدولة المتعاقدة قد ترهق الطرف الآخر بالتغيرات المستمرة في تشريعاتها، على الرغم من أن تغييرها يأتي للمصلحة العامة، ومن ثم يصبح القانون الواجب التطبيق معلقاً على إرادة أحد طرفي النزاع، وهو الأمر الذي يمكن أن يدفع المحكمين في كثير من الأحيان إلى اختيار تطبيق غير القانون الوطني، كقواعد القانون الدولي، أو المبادئ العامة للقانون.

وبالرغم من أن محكمة العدل الدولية الدائمة قد أرست مبدأ خضوع عقود الدولة لقانونها الوطني في حكمها في قضية القروض الصربية - البرازيلية عام 1929 والذي كان الأساس الذي يستند عليه لتعليل قاعدة افتراض تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع بصورة تلقائية، تأسيساً على أن أحد الأطراف دولة ذات سيادة، ولا يمكن أن نتصور افتراض خضوعها لقانون دولة أخرى ليحدد صحة شروط تعاقدها والتزاماتها اتجاه غيرها، إلا أنه ينبغي أن لا يفسر السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق لصالح تطبيق القانون الوطني لوحده، بل على المحكم أن يبحث في ضوء روح الاتفاق عن التفسير المناسب لنصوص الاتفاق محل النزاع، الذي ربما يرى أنها قد تفسر بتطبيق قانون وطني محدد أو تفسر بالرغبة في إخضاع العقد لقواعد أوسع وأشمل كالقواعد العامة للقانون.

³⁵³ صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 95-105.

ولعل التوقيع على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 يعمل في الغالب على وضع العقد كلياً أو جزئياً في الإطار الداخلي للدولة، إذ يكون قانون الدولة المتعاقدة هو قانون مكان تنفيذ العقد. فتنص المادة (42) في الفقرة الأولى منها "1- تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد".³⁵⁴.

المطلب الثالث: تطبيق القانون الدولي العام

إن تطبيق القانون الدولي العام على العلاقة التعاقدية يهدف إلى جعل قرارات التأميم التي تقوم بها الدولة مجردة من أثر أمام السلطتين التنفيذية والقضائية في الدولة المتعاقدة أو أي دولة أخرى، وكذلك لنفاذي التغييرات التشريعية التي تقوم بها الدولة المتعاقدة لتشريعاتها، مما قد يؤدي إلى الإخلال بالمراكز القانونية وبالتالي الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد. وهذه التعديلات قد أضعفت من تطبيق هذه القوانين، ورغم نجاح شرط الثبات التشريعي في الحد من هذه المشكلة، إلا أن القانون يشوبه القصور في حل المنازعات الناجمة عن عقود الدولة، وهذا أدى إلى ظهور قوانين جديدة لتحكم موضوع النزاع³⁵⁵.

والإتجاه إلى تطبيق القانون الدولي العام يستند إلى ثلاث اتجاهات، سيتم تناول كل منها في فرع منفصل:-

الفرع الأول: تطبيق القانون الدولي العام استناداً إلى إرادة الأطراف المتعاقدة

فإذا ما اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تطبيق القانون الدولي العام على موضوع النزاع، فإنه يجوز تطبيقه على موضوع النزاع الناجم عن إحدى عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ويعد هذا الاختيار صحيحاً إذا ما روعي فيه شروط صحته، ويرى جانب من الفقه إلى أن إخضاع هذه العقود لقانون الدولي العام يرر بما جاء بنظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص، حيث أن حرية الاختيار الممنوحة لأطراف المتعاقدة في اختيار هذا القانون ليحكم هذه العقود يكون عند تواجد الدولة كطرف في العقد، وعندما تتطلب طبيعة الأشياء بأن تكون هناك علاقة وثيقة الصلة بالقانون العام، وذلك رغم وجود العديد من القيود التي تفرضها الدولة، وتطبيق

³⁵⁴ الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في مدينة واشنطن في 18

مارس سنة 1965.

³⁵⁵ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص236.

القانون الدولي على موضوع النزاع يعد وسيلة فعالة لمواجهة أزمة عدم رغبة الطرف الأجنبي في الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة، وعدم رغبة الدولة في الخضوع لقانون أجنبي، وبالتالي يعمل القانون الدولي على التوفيق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم³⁵⁶.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن تطبيق القانون الدولي على موضوع النزاع الناشئ عن عقود الدولة ذات الطابع الدولي لا يمكنه بأي حال أن يكون محلاً لتنازع القوانين، أي أن عقد الدولة يستند إلى هذا القانون كقانون مختار من قبل الأطراف المتعاقدة، لأن إرادة الدولة والشخص الأجنبي المتعاقد معها لا تستمد من قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية ولكن بالنظر للطابع الخاص لهذه العلاقة التعاقدية بينهما فإن الدولة تملك الحرية الكاملة في أن تتعهد بخضوع النزاع للقانون الدولي العام أو لغيره من القوانين الأخرى وذلك بدون أن يكون هناك تدخل من قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود³⁵⁷.

ويجب هنا الإشارة إلى أن شرط التحكيم لا يعني تدويل العقد، ولا يمكن أن يتم الأخذ بالإرادة الضمنية أو المفترضة في تطبيق القانون الدولي العام على أنه اختيار ضمني من قبل الطرفين المتعاقدين لتطبيقه حال وقوع النزاع، حيث سيترتب عليه وضع قيود على سيادة الدولة تخضع فيها للقانون الدولي العام³⁵⁸.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الدولي العام استناداً لطبيعة العقد الذاتية

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن أساس خضوع عقود الدولة ذات الطابع الدولي للقانون الدولي يتمثل في أن هذه العقود تتميز بعدة صفات ذاتية تجعل منها عقوداً تتصل بالنظام الدولي على نحو يبرر خضوعها لأحكامه وقواعده³⁵⁹.

لكن الكثير من الفقهاء انتقدوا أصحاب هذا الاتجاه، فرفضوا التفريق بين القانون الذي يحكم العقد والنظام الأساسي الذي يستمد العقد قوته الملزمة. وقال بعض الفقهاء بأن القانون الدولي العام في وضعه الراهن لا يعد نظاماً فعالاً للإسناد بحيث يجوز للأطراف أن يستمدوا منه القوة الملزمة لعقدتهم. وقرر المجمع السابق في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979 من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية أن هذه العقود تخضع لقواعد القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة، وفي حال غياب هذا الاختيار فإنها تخضع

³⁵⁶ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 237.

³⁵⁷ أ. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 590.

³⁵⁸ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 239.

³⁵⁹ أ. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 630.

لقواعد القانون التي يرتبط بها العقد بصورة أكثر وثاقة. كما أن تأصيل هذه العقود في النظام القانوني الدولي حجة غير مقنعة نظراً لأن هذه العقود بالرغم من أنها ذات أهمية كبيرة لطرفي العقد إلا أنها ترتبط بالدولة المتعاقدة أكثر من غيرها، ولذلك يجب أن تخضع لقانون الدولة المتعاقدة لا للقانون الدولي العام³⁶⁰.

الفرع الثالث: تطبيق القانون الدولي العام على العقد باعتباره معاهدة

تعرف المعاهدات الدولية على أنها اتفاقات تبرم بين الدول المختلفة باعتبارها من أشخاص القانون الدولي ويحكمها القانون الدولي، وتنقسم المعاهدات إلى ثنائية وشارعة وجماعية، وقد تكون إقليمية أو دولية. وعلى هذا الأساس اتجه رأي إلى اعتبار عقود الدولة ذات الطابع الدولي معاهدات تخضع إلى القانون الدولي العام لتوافر بعد المعايير الخاصة بالمعاهدات فيها. ومنها أن الإجراءات التي يتم اتخاذها فيها مثل الإجراءات المتبعة في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، واتفاق الأطراف على إدراج شرط التحكيم، واتفاقهم على اختيار القانون الدولي العام كقانون يحكم العقد³⁶¹.

واعتبر البعض أن عقود الدولة ذات الطابع الدولي معاهدات في حال توافر الشروط الشكلية للمعاهدة، وشرط التثبيت، واسنادها لنظام آخر، سواء كان القانون الدولي أو المباديء العام للقانون، وأن يتوافر علاقة للعقد بأعمال السلطة العامة كاستلزامه تعديل التشريع أو القيام بأعمال إدارية أو الامتاع عن ذلك، وأن يوجد إرادة فعالة لإخراج هذه العقود من النظام الداخلي³⁶².

وقد وجهت انتقادات إلى هذا الاتجاه تتمثل في كون المعاهدات تخالف في تعريفها عقود الدولة ذات الطابع الدولي، فالمعاهدات تكون بين دولتين أو أكثر ذات سيادة، ولكن عقود الدولة ذات الطابع الدولي قد تكون بين الدولة وشخص أجنبي خاص. كما أن تصرفات الدولة قد تكون بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الداخلي، وبالتالي لا يمكن إخضاع تصرفاتها للقانون الدولي. وأيضاً الاتفاق على تطبيق القانون الدولي في عقود الدولة ذات الطابع الدولي لا يعني أن العقد أصبح معاهدة دولية. والهدف الأساسي من إخضاع هذه العقود للقانون الدولي العام في تحرير هذه العلاقة التعاقدية من قواعد القانون الداخلي، حتى لا تعتمد الدولة عليها لتبرير عدم التزامها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية³⁶³.

³⁶⁰ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص244-245.
³⁶¹ د. محمد عبدالعزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2000، ص571.
³⁶² د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص245.
³⁶³ د. عبدالحميد الأحذب، التحكيم "أحكامه ومصادره"، ج1، مؤسسة نوفل، مصر، 1983، ص255.

ويرى الباحث أن تطبيق القانون الدولي لا يجب أن يتم إلا في حال خضعت للإرادة الصريحة لطرفي العقد، فالقانون الدولي بعيد عن العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص الأجنبية، والأجدر أن ترتبط بنظام قانون داخلي للدولة التي يجري في تطبيق العقد. كما أن الأفكار التي طرحها بعض الفقهاء لتدويل العقد لا تستند إلى أسانيد واقعية، كما أن عقود الدولة ذات الطابع الدولي لا يمكن اعتبارها معاهدات دولية حتى تخضع للقانون الدولي العام، كما أن تطبيق قواعد أحكام القانون الدولي العام لم تفرضه طبيعة هذه العقود وإنما أملت اعتبارات أخرى تتعلق بتوفير الضمانات الكافية للطرف الأجنبي ورغبته في ابعاد هذه العقود عن سيطرة القوانين الوطنية، والخشية من تطبيق هذه القوانين غير مبررة، ومرجعها النظرة الدونية لقوانين الدول النامية، وبالرغم من ذلك فإن تطبيق القانون الدولي العام يجعل هذه العقود أكثر استقراراً، حيث أن أسناد هذه العقود لها يجعلها بمعزل عن التعديلات والتغيرات التشريعية التي تقوم بها الدولة.

المطلب الرابع: تطبيق المبادئ العامة للقانون

بسبب ضعف الأساس القانوني والواقعي لنظرية تدويل العقود التي تبرمها الدولة على الصعيد الدولي، فقد برز طريق آخر وهو تطبيق المبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع الناجم عن هذه العقود. ويقصد بالمبادئ العامة للقانون؛ بأنها تلك المبادئ التي تشترك فيها كافة الأنظمة القانونية في مختلف الدول، مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ الإثراء بلا سبب، ومبدأ حسن النية، ومبدأ استقلال وسيادة الدولة، ومبدأ عدم استفادة الدولة من خطئها، وعدم التعسف في استعمال الحق ومبدأ عدم رجعية القوانين³⁶⁴.

وترى الأستاذة حفيظة الحداد بأن هذه المبادئ تشكل مصدراً مساعداً هاماً لسد النقص الذي قد يعتري القانون الدولي العام لقلة قواعده القانونية، وقد تكون هامة للقوانين الوطنية التي لم تساير التطورات في هذا المجال، وتشكل عند تطبيقها المخرج للمحکم في حال مواجهته للمشاكل القانونية المستعصية، ونظراً لعدم تحديد هذه المبادئ فسوف تكون أداة قابلة للتطويع، وتعطي المحكم سلطة تقديرية من أجل تطبيق القواعد الملائمة منها على موضوع النزاع³⁶⁵.

وتكمن الصعوبة في تحديد مضمون هذه المبادئ التي يراد لها التطبيق على عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وإن كان هناك العديد من المحاولات لاشتقاقها من المبادئ العامة في الأنظمة القانونية المختلفة، لكن هذا لم ينجح، ولذلك بقيت مجرد مقترحات عامة كأساس لمختلف الأنظمة القانونية ولذلك يتعذر على الأطراف معرفة حقوقهم والتزاماتهم مسبقاً إذا ما أخضع العقد لهذه

³⁶⁴ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 253.

³⁶⁵ أ. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 703.

المباديء، وهذا يعطي أفضلية للقواعد الداخلية عليها، وذلك لما تتميز به من دقة ووضوح وتفصيل على خلاف المباديء العامة للقانون. ولذلك فإن تطبيق المباديء العامة للقانون على عقود الدولة ذات الطابع الدولي يثير العديد من المشاكل وذلك عند تحديد مضمون مفاهيمه، فقد يتعذر تفسيرها عند عرض النزاع على محكمة التحكيم، كما أنها لا تشكل نظاماً قانونياً ثابتاً يمكن له أن يحل محل الأنظمة القانونية المعروفة كالقانون الداخلي والقانون الدولي العام، لذلك فإن تطبيقها أصبح بدون أساس نظراً لأن كافة الدول لديها أنظمة قانونية متطورة للعقود وقوانين تجارية وأخرى للاستثمار³⁶⁶.

³⁶⁶ د. مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص255.

الخاتمة

شاع التحكيم مؤخراً كوسيلة لفض النزاعات أكثر من أي وقت مضى، وأصبح واقعاً فرضته ظروف التجارة العالمية والعولمة، ويشمل مؤخراً عقود الدولة ذات الطابع الدولي. حتى لا يكاد يخلو أي عقد دولي في الوقت الحاضر من شرط التحكيم بل صار من مقوماتها وضرورة لنموها، فهو من ناحية وسيلة ملائمة لفض المنازعات التي قد تثور بمناسبة عقود التنمية لصعوبة خضوع الدولة بما لها من سيادة لقضاء وقانون دولة أجنبية، وهو من ناحية أخرى يعد وسيلة ضمان وتطمين للمتعاقد الأجنبي.

ومن خلال الدراسة تبين أن العقد الإداري له عدة تعريفات كما هو حال التحكيم، وتعتبر هذه العقود أحد وسائل الدولة في تنفيذ مشروعاتها وبرامجها الإنمائية، ويعتبر العقد إدارياً إن كان أحد طرفيه شخصاً اعتبارياً عاماً وكان موضوعه متصلاً بنشاط مرفق عام وملحوظ فيه سلطة الإدارة العامة في الإشراف على تنفيذه ومراقبة كيفية سيره بما لها من سلطة عامة ومتضمناً شروطاً غير مألوفاً في نطاق العقود الخاصة.

وكما بين الباحث فإن العقود الإدارية متنوعة؛ منها عقد التوريد وعقد التوظيف وعقد الأشغال العامة وعقود الامتياز، وعقد التشغيل والصيانة وعقد استثمار ثروة طبيعية، وعقد نقل التكنولوجيا وغيرها، والأصل أن الخلافات التي تنشأ عن تنفيذها أو تفسيرها تدخل في اختصاص هيئات القضاء الإداري، فيختص مجلس الدولة في مصر وفرنسا ودول القضاء المزدوج بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، أما في دول القضاء الموحد مثل الأردن وفلسطين، فإن المحاكم المدنية هي صاحبة الاختصاص في الفصل في النزاعات الناجمة عن العقود الإدارية.

ونشأ التحكيم في بدايته ليتم تسوية النزاعات التي نشأت في عقود الامتياز التي تبرمها الشركات مع الدول النامية، وذلك حتى تضمن الشركات حقوقها من التأميم وسيادة الدولة وحصانتها القضائية، ومع وجود شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة فإن هذا يسلبها بعضاً من خصائصها السيادية، فبمجرد موافقة الدولة على إدراج شرط التحكيم في العقد الذي تبرمه هي وأشخاصها المعنوية فتكون بالتالي قد تنازلت عن حصانتها القضائية.

وإذا كان اللجوء إلى التحكيم لا يثير الكثير من المشاكل القانونية في عقود القانون الخاص، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقود القانون العام. فمن المعروف أن العقود الإدارية تتمتع بخصائص ذاتية تميزها من غيرها من العقود الأخرى، وتخضع بصفة أساسية لأحكام القانون الإداري، ويعهد إلى القضاء الإداري بنظر النزاعات الناشئة عن تنفيذها، وبالتالي فإن من شأن

إجازة التحكيم بصدد هذه العقود أن يؤثر بالسلب على خصائصها الذاتية، وبخاصة إذا استبعدت أحكام القانون الإداري، وطبقت بشأنها أحكام القانون الخاص، علاوة على الاعتداء على الاختصاص الأصلي للقضاء الإداري بنظر المنازعات المتولدة عن تلك العقود. لذا كان من غير المستغرب أن يصف الفقهاء الفرنسيون الذين عالجوا إشكالية التحكيم في العقود الإدارية العلاقة القائمة بين التحكيم والعقد الإداري بأنها علاقة في صراعٍ دائمٍ، ويوجد استحالة التعايش بينهما.

وقد جسد القانون الوضعي، وبخاصة القانون الفرنسي هذه العلاقة، حيث احتل التحكيم فيه مكاناً ثانوياً، واتضح ذلك جلياً من خلال النصوص القانونية التي حظرت - كقاعدة عامة - على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم بصدد حل منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، كما أن القضاء، وبخاصة القضاء الإداري قد وقف موقفاً صلباً إزاء لجوء هؤلاء إلى التحكيم.

وثار خلاف في الأنظمة القانونية حيال اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ففي فرنسا كان محظوراً اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، المحلية والدولية، إلا أن التعديل في القانون الصادر عام 1986 قد جعل الحظر مقتصرًا على التحكيم في العقود الإدارية المحلية، وأجاز التحكيم في العقود الدولية بشروط معينة، وذلك حتى يتسنى التعاقد في مشروع ديزني لاند، حيث كانت شركة ديزني لاند الأمريكية مصرّة على أن يشمل العقد شرط التحكيم.

أما في مصر فقد ثار خلاف كبير حول مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تبرمها الدولة الداخلية منها والخارجية، وبالرغم من أن قانون 1994 قد أجاز التحكيم إلا أن هناك من انتقد أن هذا القانون قد أباح التحكيم بشكل صريح، حتى تم إصدار القانون رقم (9) لسنة 1997 الذي أجاز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بشرط أن تتم موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاً للشخصيات الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.

وموافقة دول مثل فرنسا ومصر على التحكيم يأتي في إطار تشجيع أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار فيها، لأن المستثمر يفضل عادة أسلوب التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات، فقد يخشى انحياز القضاء الوطني لدولته، ويرى في التحكيم وسيلة محايدة تدعو إلى الطمأنينة، لأن هيئات التحكيم الدولية استقرت 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 فلا يمكن بعد قبول شرط التحكيم وبدء إجراءاته أن تدفع الدولة برد دعوى التحكيم استناداً إلى حصانتها القضائية، فذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات الدولية، وهذا المبدأ من المبادئ المستقرة في المعاملات الدولية. كما 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، وبالتالي يمتنع المستثمرون عن الاستثمار في الدولة التي لا تحترم التعاقدات والاتفاقيات التي تبرمها.

النتائج:

- 1- تعددت الآراء الفقهية حول تعريف العقد الإداري ومعياري تمييزه عن العقود الأخرى، وما يميزه عن غيره هو أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، وأن يكون متصلاً بمرفق عام، وأن يتضمن شروطاً خاصة غير مألوفة في العقود الخاصة.
- 2- إن العقود التي تبرمها الدولة ذات الطابع الدولي بالأغلب ما تكون عقود طويلة الأمد لها منافع اقتصادية.
- 3- أثار اللجوء إلى التحكيم خلافات فقهية وقانونية في العديد من الدول ولاسيما الدول ذات النظام القضائي المزدوج، إلى أن قامت تلك الدول بإصدار قوانين خاصة وواضحة في مسألة التحكيم ولاسيما التحكيم الدولي، حيث أن هناك دول تفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فتمنع الأولى وتجزئ الثانية.
- 3- إن اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية ذات الطابع الدولي رائجة الآن، ويصعب توقيع عقود إدارية دولية دون أن يكون شرط التحكيم فيها، وذلك لخوف المستثمرين من قوانين الدولة الخاصة بها أن تسير العقد لصالحها وبالتالي يفقد المستثمر - الشخص الخاص - الكثير من حقوقه.
- 4- تنازلت العديد من الدول عن موقفها تجاه عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ولاسيما الدولية، وشكلت قوانين خاصة لها، فبعد أن قامت فرنسا بذلك بعد إصرار شركة والت ديزني الأمريكية على تضمين العقد الشهير بينها وبين فرنسا على شرط التحكيم ومن ثم تبعتها مصر.
- 5- بالرغم من أن القانون الفلسطيني عرف التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، إلا أنه لا يفرق بينهما في أي تطبيق قانون.

التوصيات:

- 1- على السلطة الوطنية الفلسطينية أن تبدأ بالفعل بتطبيق النظام القضائي المزدوج وأن تحيل القضايا الخاصة بالعقود إلى المحاكم الإدارية.
- 2- يجب على السلطة الوطنية الفلسطينية الانضمام للاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وتنظيم مجال التحكيم في العقود الادارية تنظيماً دقيقاً ومدروساً.
- 3- يجب ان يفرق القانون الفلسطيني بين التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي من حيث القوانين الخاصة بتنظيم كل منها، والأجدي أن ينظم مجلس الدولة (بعد تطبيق قانونه) العقود الإدارية المحلية، وعدم إخضاعها للتحكيم، بعكس التحكيم الدولي، وذلك لأن المستثمرين في العقود الإدارية المحليين يطبق عليهم بالأساس القانون الفلسطيني، وهم من فلسطين، فكيف يتم تطبيق اتفاقية تحكيم بينهم وبين الإدارة، فالأجدي أن ينصاعوا للقضاء الفلسطيني لا إلى التحكيم.
- 3- ضرورة النص بصورة واضحة على شرط اعادة التفاوض في حال نشوب نزاعات بين المتعاقدين، وتحديد مدة التفاوض والاحداث والمتغيرات التي تدفع الى اللجوء الى اعادة التفاوض.
- 4- تشجيع الدراسات الخاصة في البحث في دور التحكيم في حماية الاستثمارات الاجنبية من الناحية الاجرائية والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والعقد نفسه.
- 5- يجب فتح دورات تحكيمية لأشخاص يتمتعون بالسمعة والخبرة الجيدة لتطوير مهاراتهم وقابليتهم وإعدادهم كمحكمين.
- 6- يتعين على الدولة المتعاقدة أن تدرس بعناية خياراتها قبل التوقيع على اتفاقية التحكيم، وأن تركز على صياغة شرط التحكيم بما لا يسمح للطرف الآخر بالمماطلة والمراوغة، وأيضاً حتى لا تقع الدولة في مأزق يجعلها تحاول التفلت من الاتفاقية التي وقعتها بحجة أن القوانين الداخلية فيها لا تسمح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

إبراهيم القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، جامعة الزاوية، ديسمبر، 2015.

إبراهيم مصطفى وآخرون، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، مطبعة مصر، 1960.

ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، دار لسان العرب، بيروت، دون تاريخ نشر.

أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية، مؤتمر التحكيم (القاهرة - الإسكندرية)، اكتوبر، 1992.

أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978.

أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، عقد التحكيم وطبيعته وآثاره، المحكم ورده وعدم صلاحيته، الخصومة في التحكيم وإجراءاتها، حكم التحكيم وطبيعته وإصداره، وتنفيذه والظعن فيه، والدعوى ببطلانه، التحكيم الإجباري في قانون القطاع العام، الإجراءات الواجبة الاتباع، مدى قابلية الحكم للظعن فيه وتنفيذه، التحكيم في قوانين الاستثمار، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، الطبعة الأولى، مطبعة معهد دون بوسكو، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1964.

أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 و أنظمة التحكيم العربية، دار النهضة العربية، ط 2، 2004.

أحمد الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998

أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 لسنة 1965.

- أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دون مكان نشر، 1993.
- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1973م.
- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- أسامة القباني، المبادئ القضائية الحاكمة للعقود الإدارية التي تبرمها الدولة وأجهزتها المختلفة، صحيفة دنيا الوطن، مصر، فبراير، 2015.
- أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015.
- إيناس رشيد، وعود الأنباري، التحكيم كويلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، جامعة كربلاء، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول، العراق، 2015.
- باتريس لوفل، دراسة إنتقادية لموقف المشروع الفرنسي، القابلية للتحكيم. مجلة التحكيم، 1992.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- بكر القباني، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة وقراراتها وعقودها، دار النهضة العربية، القاهرة، غير متوفرة سنة النشر.
- جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- جورجي ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغير والتطوير، دراسة مقارنة، ط1، جامعة الموصل، العراق، 2014.

حسن النجفي، معجم المصطلحات الاقتصادية والقانونية، الطبعة الأولى، الدار العربية، بغداد، 1982.

حسن الهداوي وغالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني (تتازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1982.

حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم (بحث مقارن)، مطبعة الفجر، بيروت، 1977.

حفيفة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

حفيفة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاطراف الاجنبية، دار النهضة العربية، 1996.

حمدي عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

حنان مخلوف، العقود الدولية، جامعة بنها، مصر، 2010.

حياة بدوي، عقد الأشغال العامة، شبكة محاماة نت، مارس 2015.

خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، "دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مطبعة الاستقلال الكبرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

رضوان أبو زيد، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الأول (طبيعة التحكيم في التجارة الدولية)، مجلة الحقوق والشريعة (تصدر عن جامعة الكويت)، السنة الأولى، العدد الثاني، مطابع صوت الخليج، الكويت، 1977.

رنا السيد بيومي، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النيلين، مصر 2008.

زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المجلد السابع، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون تاريخ نشر.

سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1995.

سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة حسية بن بوعلي - الشلف، الجزائر، 2008.

سعيد السناتي وآخرون، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة البرلمان، مايو 2014.

سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، ط5، دار الفكر العربي بالقاهرة 1990م.

سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مطبعة الاعتماد في مصر، القاهرة، 1975.

سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 2011.

شريف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1960.

صفاء السويلمين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، جامعة اليرموك، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، الأردن، 2015.

طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1978م..

طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2009.

عادل حشيش ومصطفى شيحة، مقدمة في الاقتصاد العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998.
عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، 2000.

عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، 1957.

عبد الحميد الأحمد، خصائص التحكيم وموقعه في الإسلام، مجلة المصارف العربية (تصدر عن اتحاد المصارف العربية)، العدد التاسع، دون مكان نشر، 1981.

عبد الحميد الأحمد، التحكيم "أحكامه ومصادره"، ج1، مؤسسة نوفل، مصر، 1983.

عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004م.

عبد الفتاح عبد الرحمان عبد المجيد، اقتصاديات المالية العامة، المطبعة الكمالية، 1990.

عبد الكريم الشامي، نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني، صحيفة دنيا الوطن، 2016/7/15.

عبدالرحيم طه، دراسة حول عقد إمتياز المرافق العامة، المجلس التشريعي الفلسطيني، وحدة البحوث البرلمانية، رام الله، 2001.

عبدالهادي عباس، وجهاد عياش، التحكيم، ط2، المكتبة القانونية، دمشق، 1997.

عساف الدعجة، الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة، المعهد القضائي الأردني، الأردن، 1996.

عصام القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994.

علاء عباس، مقالة بعنوان: سلطة المحكمه في تفسير اتفاق التحكيم، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2015.

علي إبراهيم، العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

على خطار، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، الأردن، 1992.

علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.

عمر حسبو، التطور الحديث لعقود إنترام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

فؤاد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية، مؤسسة روزاليون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

فوزي عطوي، النظم الضريبية وموازنة الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة، بغداد، 1992.

قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مطبعة الخلود، بغداد، 1985.

لعشبة محفوظ، التحول الإشتراكي في الجزائر ومدى تأثيره على عقود الإستثمار، رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الجزائر، الجزائر، 1988.

ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط1، 2004.

محمد أبو العينين، قابلية المنازعات للتحكيم، مقال منشور ضمن أعمال ندوة " التحكيم التجاري الداخلي والدولي" المنظمة من طرف وزارة العدل والاتحاد العام لمقاومات المغرب، يومي 3-4 مارس 2004، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 6/2005.

محمد أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية، المنارة، المجلد 12، العدد 3، فلسطين، 2006.

محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، دون سنة نشر، سلسلة مؤلفات جامعية، المغرب.

محمد بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2000

محمد جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2002م.

محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1967.

محمد عبداللطيف، الاتجاهات الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية.

محمد عزيز شكري، المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم، دار الكتاب، دمشق، 1968.

محمد كرامي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، ط1، 2000م.

محمد منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، 1991.

محمد يحيى، المغرب الإداري، ط3، 2004.

محمود البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

محمود الجبوري، العقود الإدارية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2006.

- محمود حافظ، نظرية المرفق العام، 1981م-1982م، دار النهضة العربية بالقاهرة.
- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- مراد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص2015.
- مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة العدالة (تصدر عن وزارة العدل)، السنة الثانية، العدد الأول، دار الحرية للطباعة، بغداد، 2000.
- معين البرغوثي، عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية)، الهيئة الفلسطينية لحقوق المواطن، سلسلة تقارير قانونية (35)، رام الله، آذار 2004.
- ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الأزهر، بغداد، 1973.
- مهدي الجزاف، الجوانب القانونية للخصخصة، مجلة الحقوق، سنة 19، العدد 4، ديسمبر 1995.
- نبيل القرشي، التحكيم في العقود الإدارية (إجراءاته، أنواعه، تنفيذه والمحكمة المختصة)، ورقة عمل مقدمة لمؤثر رؤساء المحاكم الإدارية الخامس، المركز العربي للبحوث، جامعة الدول العربية، بيروت، دون سنة نشر.
- نبيل محمد، ورقة عمل حول العقود الإدارية خصائصها مميزاتها، شروطها (عقود الإشراف العامة) (عقود التوريدات) (عقود Bot)، جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- نجلاء خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ط8، القاهرة، 2004.
- نجيب أحمد الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1996.
- هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

د. وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية " دراسة مقارنة في :
فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،
2008.

القوانين

الدستور الأردني لعام 2011.

مشروع الدستور المصري لسنة 2013.

الدستور الفلسطيني لعام 2000.

قانون رقم (6) لسنة 1999 بشأن العطاءات للأشغال الحكومية الفلسطينية.

قانون رقم (9) لسنة 1998 بشأن اللوازم العامة والمعدل بقانون رقم (6) لسنة 2004.

القانون رقم (9) لسنة 1949 بشأن مجلس الدولة المصري.

قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري لسنة 1994.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

قانون الأونسيترال التجاري الدولي لعام 1985 والمعدل عام 2006.

قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

قانون الاستثمار المصري رقم (230) لسنة 1989.

قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997.

القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999.

من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998

United Nations Conference on International Commercial Arbitration, "Convention" on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 1958.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

القانون المدني الأردني لسنة 1976.

القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م

قانون رقم (3) لسنة 1996 بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

قانون رقم 9 لسنة 1997 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية.

القانون المدني الفرنسي الصادر في 2 يولييه 1972.

نظام التحكيم السعودي

القانون رقم (2) لسنة 2000 بشأن تنظيم اعمال الوكلاء التجاريين.

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، الأمم المتحدة، نيويورك، 2011.

قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968.

قانون رقم (43) لسنة 1974 بشأن إصدار نظام إستثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة.

قرارات المحاكم

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، الأمم المتحدة، نيويورك، 2011.

مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا

مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا

أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية.

أحكام محكمة النقض المصرية، مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة، ج 1.

أحكام محكمة التمييز الأردنية، مجلة نقابة المحامين الأردنية، عدد 7، 8، السنة 43، 1995م.

محكمة العدل العليا قرار رقم 181/1997 تاريخ 24/9/1997 مجلة نقابة المحامين.

المرسوم رقم 2011-48، بتاريخ 13 يناير 2011، وأخذ عن النص المترجم للغة الانجليزية:

المرسوم رقم 934 - 53 في 30 سبتمبر سنة 1953 بشأن إصلاح القضاء الإداري.

الملاحق

الملحق رقم (1) نموذج اتفاق تحكيمى

بتاريخ ..-..-....

اجتمع فى مقر الهيئة الفرنسية للتحكيم شارع.....فى..... بحضور الهيئة التحكيمية
المؤلفة من :

السيد المقيم فى المعين من قبل الشركة

السيد المقيم فى المعين من قبل الشركة

السيد المقيم فى المعين بصفة محكم ثالث من قبل لجنة التحكيم فى الهيئة
الفرنسية للتحكيم.

الشركة شركة محدودة المسؤولية رأسمالها قدره ومركزها الرئيسى فى
ممثلة فى هذا التحكيم بالسيد أحد مديريها ومستشارها المحامى السيد محام
مسجل فى نقابة والمتخذ محل إقامة فى

والشركة شركة مساهمة رأسمالها قدره مركزها الرئيسى فى ممثلة هذا
التحكيم بالسيد مديرها العام ومستشارها السيد مستشار قانونى مقيم فى
.....

وبعد أن عرضوا ما يلى :

إنه بموجب عقد موقع بتاريخ ..-..-.... بين الشركة التى تعهدت ببناء لمصلحة
الشركة لقاء ثمن قدره وتنفيذ لدفتر الشروط العامة للصناعة بتاريخ ..-..-....
..... ودفتر الشروط والشروط الخاصة الملحقة بالعقد الموقع بتاريخ ..-..-.... ويحدد أن
وصلت عمليات البناء إلى حد

اختلف الطرفان حول النقطة التالية :

الشركة تعرض أن وتدعى أن

والشركة من جهتها تعرض أن وتدعى أن

وفى هذه الحالة فإن الطرفان يودان أن تبت الهيئة التحكيمية النزاع الذى حدداه على هذا النحو عملاً بأحكام الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية الجديد المتعلق بالتحكيم وبأحكام الشرط التحكيمى المنصوص عليها فى المادة من العقد الموقع بتاريخ ..-..-.... والذى يربط الطرفين.

يمكن الاضافة هنا إحدى الصيغ التالية وفقاً لكل حالة :

. إن الأطراف يعلنوا أنهم قد كلفوا المحكمين ببت النزاع بصفتهم محكمين بالصلح.

- إن الأطراف يعلنوا أنهم كلفوا المحكمين بت النزاع كمحكمين بالصلح مع احتفاظهم الصريح بحق استئناف القرار التحكيمى أو القرارات التحكيمية التى ستصدر عن المحكمين

- إن الأطراف يعلنوا عن نيتهم فيما إذا تم ابطال القرار التحكيمى الذى سيصدر فى الأساس بحل النزاع فى الأساس مرة جديدة عن طريق التحكيم)

نتيجة لادعاءات الأطراف فإن المحكمين سينظرون فى النقاط التالية :

1.

2.

3.

4. إذا كان يجب الأمر بالتنفيذ المعجل للحكم التحكيمى الذى سيصدر وبموجب كفالة أم

لا ؟

5. كيف سيتم توزيع نفقات التحكيم بين الأطراف ؟

وبعد أن أخذوا علماً بالنزاع وبالمسائل التى ينبغى حلها يعلن المحكمون قبول المهمة التحكيمية الموكلة اليهم.

ويعلن المحكمون من جهة أخرى إن الإجراءات التحكيمية ستم بالطريقة الآتية :

أ) سيتبادل الأطراف فيما بينهم لائحتين مكتوبتين لكل منهما مرفقة بالمستندات الثبوتية التي يرغب كل طرف وضعها في المناقشة والشركة المدعية سوف تقدم لائحتها خلال مهلة شهر من تاريخ هذا المحضر والشركة المدعى عليها في خلال مهلة شهر اعتبارا من تاريخ تقديم لائحة الشركة المدعية وهكذا شهرا فشهر.

ب) بعد تبادل اللوائح تستمع الهيئة التحكيمية للأطراف ولكل شخص يرغب الأطراف في الاستماع إليه وذلك في موعد تحدده الهيئة التحكيمية.

ج) أخيرا، بعد الاستماع للشهود وفي تاريخ تحدده الهيئة التحكيمية تستمع هذه الأخيرة إلى مستشاري الأطراف وشرحهم.

د) تحدد الهيئة التحكيمية في نفس الوقت التاريخ الذي ترغب في وضع القضية قيد المذاكرة

وقد وقع الأطراف مع المحكمين هذا المحضر.

التوقيع

(وتوقيع المحكمين يسبقه عبارة صالح لأجل قبول المهمة التحكيمية.)

الملحق رقم (2) الحكم التحكيمى . قرار تحكيمى اعدادى

إن المحكمين الموقعين أدناه،

بناء على الشرط التحكيمى المنصوص عليه فى المادة من العقد الموقع فى
ما بين :

الشركة شركة محدودة المسئولية رأسمالها مركزها الرئيسى فى
وممثلة بأحد مديريها السيد ويعاونه المحامى محام فى نقابة

الشركة شركة مساهمة رأسمالها مركزها الرئيسى فى ممثلة بمديرها
العام السيد ومستشارها السيد مستشار قانونى

بناء على المحضر الموقع فى والذى بموجبه طلب الأطراف انعقاد الهيئة التحكيمية
المؤلفة من :

السيد المقيم فى المعين من قبل الشركة

والسيد المقيم فى المعين من قبل الشركة

والسيد المقيم فى المعين من قبل نقيب المحامين فى بصفة محكم
ثالث.

بناء على محضر التحكيم المؤرخ فى تاريخ ..-..-.... الموقع من قبل الأطراف والمحكمين
والذى بموجبه اعلن المحكمون عن قبولهم لمهمة التحكيم وحددوا قواعد الإجراءات التحكيمية.

بناء على اللائحة المقدمة بتاريخ ..-..-.... من الشركة والتي تطلب فيها من الهيئة
التحكيمية تعيين ثلاث محكمين بناء على اللائحة المقدمة بتاريخ ..-..-.... من الشركة
..... والتي فيها ترفض هذا التعيين وتعتبره غير ضرورى ومناورة بناء على مذكرات
الأطراف والمستندات.

وعلى الاستماع إلى ملاحظات مستشارى الأطراف بصورة وجاهية بتاريخ ..-..-.... وتاريخ
.....-..-....

بناء على المحضر المؤرخ فى تاريخ ..-.-... الموقع من الطرفين والمحكمين والذى مدد مهلة التحكيم حتى تاريخ ..-.-....

بناء على قرار المحكمة بوضع القضية قيد المذاكرة بتاريخ ..-.-....

قررت الهيئة التحكيمية بأغلبية أعضائها وبصفتها محكم بالصلح القرار التحكىمى التالى نصه:

بموجب عقد موقع بتاريخ ..-.-.... قبلت الشركة القيام ببناء لمصلحة الشركة مقابل ثمن قدره وفى حين بلغ البناء حد ادعت الشركة أن فى حين رفضت الشركة هذا الإدعاء

ومقابل هذا الرفض أوقفت الشركة عمليات البناء وازادت الشركة فى مواجهة هذا الواقع الحصول على حل للعقد على مسئولية الشركة وكذلك أن تعيد لها مبلغ الذى دفعته كدفعة على الحساب ومبلغ كتعويض عن الضرر الذى لحق بها مع الأمر بالتنفيذ المعجل للقرار التحكىمى الذى سيصدر.

وللتصدى لهذا الطلب بحجة أن الشركة قامت بالطلب بلائحتها المؤرخة بتاريخ ..-.-.... تعيين ثلاثة خبراء تقنيين لكى يتأكدوا بأن والقول بالتالى إنه تقنيا مبررة تجاه القواعد الفنية والأعراف ادعاءاتها بأن

والشركة قاومت هذا الطلب الذى اعتبرته تسويقيا على ضوء المعطيات التى عايناها والتى لم تكن موضوعا لأى منازعة جدية.

ولذلك فإن الهيئة التحكيمية :

بما أن النزاع القائم بين الطرفين قد نشأ من إدعاء الشركة والتى قاومتها الشركة بأن شروط الأرض حيث سينشأ البناء تفرض على الشركة باستعمال طريقة فنية مختلفة عن تلك المنصوص عليها فى العقد والتى بموجبها تم تحديد الثمن.

وإن التحقق تقنيا من ذلك يقتصر على ولا يفرض سوى تعيين خبير جيولوجى وحيد.

وبما أن ذلك يفرض منح الخبير الذى سيتم تعيينه أدناه مهلة لكى ينهى مهمته وإن مهلة التحكيم ستوقف خلال الفترة الممتدة ما بين تعيين الخبير بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة وتاريخ تقديمه للتقرير إلى هيئة التحكيم.

لهذه الأسباب

قررت هيئة التحكيم اصدار قرار اعدادى يحفظ حقوق الأطراف المتنازعة،

وتعين بصفة خبير

السيد أستاذ فى مقيم فى وتكون مهمته

وأن على الخبير بعد سماع الطرفين بصورة وجاهية فى زيارته للمكان كما فى مكتبه أن يضع
تقريره بين أيدى هيئة المحكمين خلال مهلة اعتبارا من تاريخ تعيينه من قبل الطرف
الأكثر عجلة.

تقرر أن مهلة التحكيم سوف تعلق فى المدة الواقعة ما بين تاريخ تعيين الخبير وتاريخ ايداعه
تقريره بين ايدى هيئة المحكمين،

تحدد بـ الدفعة على حساب نفقات الخبرة والتي ستدفع مناصفة من قبل الطرفين إلى
الخبير

فى بتاريخ ..-..-....

بثلاث نسخ اصلية كل واحدة منها بيد كل طرف

توقيع المحكمين

الملحق رقم (3) الشرط التحكيمى - الصيغة الاولى

إن كافة النزاعات التى تنشأ عن هذا العقد أو تكون نتيجة له ستحل عن طريق التحكيم وفقا للكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية الجديد المتعلق بالتحكيم.

. وإن النزاع سيحال إلى محكم وحيد هو السيد

. أو إن النزاع سيحال إلى هيئة تحكيم مؤلفة من ثلاث محكمين يعين كل طرف محكما ويعين المحكم الثالث نقيب المحامين فى وفى حال تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه ثمانية أيام بعد توجيه انذار إليه بوجوب القيام بمثل هذا التعيين فإن هذا المحكم سيتم تعيينه من قبل نقيب المحامين فى بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة ويعلن الأطراف تنازلهم عن حق الطعن بالقرار التحكيمى أو القرارات التحكيمية عن طريق الاستئناف.

. (أو) يكون للمحكمين صفة المحكمين بالصلح.

-(أو) يكون للمحكمين صفة المحكمين بالصلح ولكن يحتفظ الأطراف بحق ممارسة الاستئناف ضد القرار التحكيمى أو القرارات التحكيمية التى ستصدر عن المحكمين.

الملحق رقم (4) الشرط التحكيمى-الصيغة الثانية

إن كافة النزاعات التى ستنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به ستسوى عن طريق التحكيم وفقا لنظام الهيئة الفرنسية للتحكيم الذى يود الأطراف صراحة الرجوع إليه.

اللجوء إلى التحكيم بناء على شرط تحكيمى وعريضة موقعة من الطرفين بتاريخ ..-..-....

إن الشركة شركة مساهمة برأسمالها قدره ومركزها الرئيسى فى

والشركة شركة محدودة المسؤولية برأسمال قدره مركزها الرئيسى فى

وبعد التذكير بأنهما قد وقعا عقد بتاريخ ..-..-.... بموجبه تعهدت الشركة بأن تشيد لمصلحة الشركة وبموجب ثمن قدره ووفقا لدفتر الشروط العامة للصناعة بتاريخ ..-..-.... ودفتر الشروط والشروط الخاصة الملحقة بعقدهم الموقع بتاريخ ..-..-....

وأن هذا العقد ينص لحل النزاعات التى تنشأ عن تنفيذه أو تتعلق به على شرط تحكيمى منصوص عليه فى المادة من هذا العقد وبما أن عملية البناء المذكورة أعلاه قد وصلت إلى حد واختلف الفرقاء حول النقطة التالية :

. إن الشركة تعرض أن وتدعى أن

. والشركة من جهتها تعرض وتدعى أن وبما أن الحالة وصلت إلى ما هى عليه بين الشركتين وهى تشكل نزاعا ينبغى حله عن طريق التحكيم فقد قامتا بتشكيل المحكمة التحكيمية.

وقامت الشركة قامت بتعيين السيد المقيم فى بصفته محكما.

والشركة قامت بتعيين السيد المقيم فى بصفته محكما.

وبناء على طلب مشترك من قبل الطرفين قام نقيب المحامين فى بتعيين المحكم الثالث السيد المقيم فى

وبالتالى فإن الأطراف الموقعين أدناه يودون بموجب هذا المحضر انعقاد المحكمة التحكيمية المشكلة على هذا النحو للنظر فى هذا النزاع المشار إليه أعلاه.

ويجدر التذكير بأن الهيئة التحكيمية تكون لها صفة المحكم بالصلح.

وينبغي على الهيئة التحكيمية أن تحل تباعا النقاط التالية :

1.

2.

3.

4.

5. والحكم فيما إذا كان القرار الذى سيصدر سيكون معجل التنفيذ بموجب كفالة أم لا؟

6. والحكم على كيفية توزيع نفقات التحكيم بين الأطراف.

الملحق رقم (5) طلبات اللجوء إلى التحكيم

بتاريخ ..-..-....

بناء على طلب الشركة شركة محدودة المسؤولية رأسمالها قدره ومركزها الرئيسي فى ومستشارها السيد محام مسجل لدى نقابة المحامين فى والمتخذ محل إقامة فى مكتبه فى

قمت أنا المباشر المكلف بالتبليغ.

باستحضار الشركة شركة مساهمة رأسمالها قدره ومركزها الرئيسي فى بالحضور بتاريخ ..-..-.... فى الساعة إلى أمام المحكمة التحكيمية المؤلفة من السادة و و

وبما أنه بموجب عقد موقع بتاريخ ..-..-.... تعهدت الشركة بالقيام بتشديد لمصلحة الشركة ولقاء ثمن قدره ووفقا لدفتر الشروط العامة للصناعة بتاريخ ..-..-.... ودفتر الشروط والشروط الخاصة الملحقة بالعقد بتاريخ ..-..-....

وبما أن أعمال البناء قد وصلت إلى حد قامت الشركة بالادعاء بأن ولم تتجاوب الشركة مع طلبها هذا ويعد هذا الرفض عمدت الشركة إلى إيقاف أعمال البناء مما أدى إلى نشوء ضرر فادح لمصلحة الشركة وارسلت الشركة رسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام إلى الشركة تعلمها فيها عن نيتها باللجوء إلى حل النزاع الناشئ عن طريق التحكيم عملا بأحكام الشرط التحكيمى المنصوص عليه فى المادة من العقد وعينت محكما بشخص السيد المقيم فى واندزت الشركة بأن تعين محكمها.

وبما أن هذه الأخيرة لم تعين محكمها قامت الشركة المدعية عملا بأحكام العقد بالطلب إلى نقيب المحامين فى بتعيين هذا المحكم وقام هذا الأخير بتعيين المحكم بشخص السيد المقيم فى

وعملا بأحكام الشرط التحكيمى قام المحكمان المعينان على هذا النحو بالاتفاق المتبادل بتعيين السيد المقيم فى بصفة محكم ثالث.

وإن الشركة المدعية ترغب بالتالى أن تنظر الهيئة التحكيمية المشكلة على هذا النحو بادعائها.

لهذه الأسباب

ناظرين فى هذه القضية بصفة المحكمين بالصلح وبصفة نهائية تعلن الهيئة التحكيمية إنه دون أى وجه حق قامت الشركة بالادعاء بأن وأوقفت بالتالى أعمال البناء.

وتعلن بالتالى حل عقد البناء على مسئولية الشركة وتحكم على الشركة بأن ترد مبلغ الذى وصلها على سبيل دفعة على الحساب ومبلغ على سبيل التعويض عن العطل والضرر للشركة

وبأن الشركة ستتحمل كافة نفقات التحكيم بما فيها نفقات الخبرة

مع جميع التحفظ

الملحق رقم (6) محضر تمديد مهلة التحكيم

بتاريخ ..-..-....

فى منزل السيد أحد المحكمين وفى حضور اعضاء الهيئة التحكيمية المؤلفة من
السادة و و

اجتمع :

الشركة شركة محدودة المسؤولية ممثلة بالسيد أحد مديريها ومستشارها
المحامى محام فى نقابة

و الشركة شركة مساهمة ممثلة بالسيد مديرها العام يعاونه المستشار القانونى السيد
.....

استمعت الهيئة التحكيمية فى جلسة هذا النهار إلى مستشارى الأطراف السادة و
..... وبعد تبادل اللوائح والاستماع إلى الأطراف الذى تم سابقا، وبما أن الشركة
دلت خلال الجلسة عبر مستشارها بسبب جديد بوجه إدعاء الشركة وتقدمت دعما لهذا
السبب بعدة مستندات لم تكن قيد المناقشة.

لذلك تعتبر الهيئة التحكيمية إن الادلاء بهذا السبب الجديد والمستندات الجديدة التى تدعمه
يستلزم تبادل لوائح ما بين الطرفين والتى سيقدمانها إلى الهيئة التحكيمية

وبما أن هذا التبادل سوف يستمر لمهلة شهرين وأن تاريخ انتهاء مهلة الإجراءات التحكيمية
التعاقدية لن تترك للهيئة التحكيمية مهلة كافية للمذاكرة وإصدار القرار التحكىمى.

وبالتالى فإن المحكمة التحكيمية قد قررت والطرفان قد قبلا ما يلى :

1- فى خلال مهلة شهر اعتبارا من تاريخ اليوم فإن الشركة ستتقدم بلائحة
خطية ترفق بها المستندات الثبوتية لهذا السبب الجديد الذى أدلى به مستشارها فى جلسة اليوم

وفى الشهر الذى يلى استلام هذه اللائحة أو المذكرة من قبل لشركة سترد هذه الأخيرة بلائحة ومذكرة ترفق بها إذا لزم الأمر المستندات الثبوتية .

2. فى خلال مهلة خمسة عشر يوما التى تلى استلام المذكرة من قبل الشركة تصدر الهيئة التحكيمية قرارا بوضع العقد قيد المذاكرة

3. وبالتالى فإن مهلة التحكيم التى كانت ستنتهى بتاريخ ..-.-.... ستمدد لمدة ثلاثة أشهر وتنتهى المهلة بتاريخ ..-.-.... وقد وقع المحكمون والأطراف على هذا المحضر

(التوقيع)

الملحق رقم (7) نموذج اتفاق تحكيمى

بما إن نزاعات أو خلافات نشأت بين الأطراف تتعلق (تذكير بالعملية, المشروع أو الظروف التى نشأت منها الخلافات)

وبما أن الأطراف يريدون حل هذه النزاعات أو الخلافات عن طريق التحكيم,

فقد تم الاتفاق على ما يلى :

1. تشكل المحكمة التحكيمية (المسماة فيما يلى "المحكمة") من ثلاثة محكمين, يعين كل طرف واحدا منهم والمحكم الثالث, الذى يمارس مهمة رئاسة المحكمة, يعين من
- 2- يسمى السيد عضوا فى المحكمة التحكيمية من الطرف الأول, ويسمى السيد عضوا فى المحكمة التحكيمية من قبل الطرف الثانى.
- 3- إذا حصل فراغ نتيجة لوفاة استقالة رفض أو عدم أهلية أحد المحكمين يتم استبداله بالطريقة التى عين بها أصلا المحكم الذى يجب استبداله وإذا لم يتم تعيين المحكم البديل خلال الثلاثين يوما من حصول الفراغ يجوز لأى طرف ان يطلب من أن تقوم بالتسمية والتى تعتبر نهائية وملزمة وفى حال استبدال المحكم تستكمل الاجراءات من النقطة التى وصلت إليها حين حصل الفراغ بعد منح المحكم الجديد الوقت الكافى للاطلاع على الإجراءات السابقة.
4. تكون مهمة المحكمة التحكيمية بت النزاعات أو الخلافات التالية بين الأطراف
5. يكون القانون المطبق على أساس النزاع القانون
6. ما لم يكن هناك اتفاق مخالف بين الأطراف ومع عدم الإخلال بأية أحكام إلزامية لقانون مكان التحكيم المطبق على الإجراءات تحدد المحكمة التحكيمية الإجراءات التى يجب اتباعها .
7. يجب على المحكمة التحكيمية فور تشكيلها ان :

أ) تقوم بتعيين كاتب للمحكمة الذى ينبغى أن يكون رجل قانون يحق له الممارسة فى بلد التحكيم لغرض مساعدة المحكمة التحكيمية فى تنفيذ كافة العمليات الإدارية ويجوز للمحكمة التحكيمية أن تعين كاتباً إذا رأت ذلك ضرورياً.

ب) تعقد جلسة تمهيدية مع الأطراف أو ممثليهم لغرض تحديد الإجراءات التى ينبغى اتباعها لا تؤخذ هذه الجلسة ولا أى جلسة أخرى تمهيدية تعقد لتحديد مسائل تتعلق بالإجراءات بعين الاعتبار لحساب المهل المنصوص عليها فى المادة 8(ج).

8- تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار عند تحديد الإجراءات التى ينبغى اتباعها اتفاق الأطراف فيما يتعلق بما يلى :

أ) تكون لغة التحكيم

ب) يكون مكان التحكيم

ج) يجوز للمحكمة التحكيمية تعيين أى خبير تراه مناسباً ويجوز للأطراف اختيار خبراء لمساعدتهم ويمكنهم تقديم نسخة عن تقاريرهم أو دعوتهم للدلاء بها شفهيًا.

د) يجوز للأطراف دعوة شهود للدلاء بإفادتهم حول الوقائع المتنازع عليها.

هـ) إذا تخلف طرف عن الحضور أو عن تقديم دفاعه فى المهلة المحددة يجوز للمحكمة التحكيمية عفواً أو بناء على طلب الطرف الآخر بعد منحه مهلة معقولة للقيام بذلك متابعة الإجراءات التحكيمية وإصدار حكمها.

و) تتخذ المحكمة التحكيمية أى قرار بأغلبية أعضائها وتصدر الأحكام التحكيمية المؤقتة أو النهائية كتابة وتوقع من كافة المحكمين ويجب أن تكون الأحكام التحكيمية معللة.

إذا رفض محكم توقيع الحكم التحكيمى، يذكر المحكمان الآخران ظروف رفض التوقيع على الحكم التحكيمى وإذا لم تتوفر الأغلبية يصدر رئيس المحكمة التحكيمية الحكم كما لو كان محكماً فرداً ويكون الحكم التحكيمى نهائياً وملزماً للطرفين.

ز) إذا تخلف محكم معين من طرف أو رفض المشاركة فى التحكيم فى أى وقت بعد بداية الجلسات فى اساس النزاع يجوز للمحكّمين الآخرين متابعة الإجراءات وإصدار حكم تحكيمى من دون إعتبار إن فراغا قد حصل إذا اعتبر أن التخلف أو رفض المشاركة من قبل المحكم المتخلف ليس مبررا بعذر شرعى.

ح) تحتفظ المحكمة بكافة الأعمال الإجرائية وجميع قراراتها وتنظم محضرا بكافة ايداعات الخبراء الشفهية وإفادات الشهود.

ط) يصدر الحكم التحكيمى النهائى فى خلال الثلاثة أشهر التى تلى تاريخ آخر جلسة تعقد حول اساس النزاع ويمكن للمحكمة التحكيمية أن تمدد هذه المهلة للمدة التى تراها مناسبة بشرط لا يتجاوز هذا التمديد (باستثناء اتفاق مخالف للأطراف) عدد الأيام التى لا يمكن فيها للمحكمة التحكيمية من تنفيذ مهمتها بسبب ظروف غير متوقعة ليس لها أو للأطراف سيطرة عليها (أو تنتهى مهمة المحكمة التحكيمية بصدور الحكم التحكيمى).

ى) يمكن للمحكمة عقد جلسة وإصدار حكم تحكيمى مؤقت فيما يتعلق بأية مسألة أولية بناء على طلب أحد الأطراف أو الطرفين وفى هذه الحالة الأخيرة تكون المحكمة ملزمة بالإستجابة للطلب.

9. تكون كافة الأحكام التحكيمية ملزمة للطرفين الذين يتنازلان صراحة عن الاستئناف أو أية مراجعة يمكنهم التنازل عنها وفقا لقانون بلد مكان التحكيم.

10. (إذا لزم الأمر تنازل صريح عن حصانة الدولة أو الدول).

الملحق رقم (8) نموذج شرط تحكيمى خاص

1. جميع الخلافات النزاعات الاعتراضات أو الإدعاءات التى تنشأ عن هذا العقد والتى تتعلق به يتم حسمها عن طريق التحكيم فى

2. تشكل المحكمة التحكيمية (فيما يلى "المحكمة") من ثلاثة محكمين يعينوا على الشكل التالى:

(أ) يعين كل من الطرفين محكما ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث الذى يقوم بمهام رئاسة المحكمة.

(ب) إذا لم يقر أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من إخطاره بتعيين المحكم المعين من الطرف الآخر يعين المحكم بناء على طلب هذا الأخير من قبل

(ج) إذا لم يتفق المحكمان المعينان من الطرفين على اسم المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيين المحكم الثانى يعين المحكم الثالث من بناء على طلب خطى من أحد الطرفين

(د) فى حال حصل فراغ بعد وفاة أحد المحكمين استقالته تمنعه عن العمل أو فقدان اهليته لأداء وظيفته يعين محكم بديل له بالطريقة المنصوص عليها اصلا لتعيين المحكم الجارى استبداله وبعد استبدال المحكم تقرر المحكمة التحكيمية إذا كان من الضرورى إعادة سماع المرافعات.

3. يرسل المدعى بعد تعيين محكمه وفى اقصى حد بعد ثلاثين يوما من تشكيل المحكمة التحكيمية إلى المدعى عليه مذكرة بطلباته (مع نسخة إلى كل من المحكمين) يعرض فيها تفاصيل ادعاءاته والأدلة الكتابية والمستندات التى يبني عليها طلباته.

4. يرسل المدعى عليه إلى المدعى (مع نسخة إلى كل من المحكمين) خلال ثلاثين يوما من تسلمه مذكرة المدعى مذكرة جوابية وإذا لزم الأمر طلبا مقابلا يرفق بهم كافة المستندات التى يستند إليها.

5- يرسل المدعى إلى المدعى عليه (مع نسخة إلى كل من المحكمين) خلال ثلاثين يوما من تسلمه الطلب المقابل ردا على الطلب المقابل يرفق به كافة المستندات الاضافية التي يستند إليها.

6. تنظم المحكمة فى أقرب وقت بعد تشكيلها اجتماعا مع الأطراف أو ممثليهم لتحديد الاجراءات الواجب اتباعها فى التحكيم.

7- تتم الاجراءات وفقا لاتفاق الأطراف أو فى حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا للقواعد التى تختارها المحكمة التحكيمية إلا ان نقاط الاجراءات المبينة أدناه تعتبر لأى غرض متفق عليها :

(أ) تكون لغة لغة التحكيم

(ب) يجوز للمحكمة التحكيمية, إذا رأت ذلك ضروريا ان تعقد جلسة وأن تصدر حكما تحكيميا فى أية مسألة أولية بناء على طلب أى من الأطراف أو كلاهما, وفى الحالة الأخيرة تكون المحكمة التحكيمية ملزمة بذلك.

(ج) تعقد المحكمة التحكيمية جلسة واحدة أو اكثر تتعلق بأساس النزاع ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك كتابة.

(د) تصدر المحكمة التحكيمية حكما نهائى فى خلال السنتين يوما التى تلى آخر جلسة تعقد حول أساس النزاع.

8- إذا لم يستجب أحد الاطراف إلى أمر إجرائى صادر عن المحكمة التحكيمية يجوز لهذه الأخيرة أن تتابع الاجراءات وأن تصدر الحكم التحكيمى.

9- إذا تخلف محكم عن المشاركة فى التحكيم أو رفض ذلك فى أى وقت بعد بدء الجلسات المتخصصة لدراسة أساس النزاع يجوز للمحكمين الاخرين متابعة الاجراءات وإصدار الحكم التحكيمى دون اعتبار أن فراغا قد حصل إذا اعتبر أن التخلف أو الرفض بالمشاركة من قبل المحكم المتخلف غير مبنى على عذر شرعى.

10- تصدر المحكمة التحكيمية حكمها, أو القرار المتعلق بالإجراءات إذا لزم الأمر بأغلبية المحكمين وفي حال غياب الأغلبية يبت رئيس المحكمة التحكيمية النزاع كما لو كان محكما فردا.

الملحق رقم (9) نموذج لشرط التحكيم الوارد في العقد

أي خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد، أو تتعلق بمخالفة أحكامه، بطلانه أو إنهائه يتم تسويتها بشكل نهائي عن طريق التحكيم في تحكيم - مركز حل الخلافات التجارية في مقره الكائن في رام الله وفقا لقواعد التحكيم لدى المركز.

يصرح كل فريق بأنه يوافق على أحكام القواعد المذكورة و يتقيد بينها كافة.

ملاحظة: من المفضل أن يتفق الأطراف على البيانات التالية أيضا:

- 1- تكون سلطة التعيين. (اسم منظمة أو شخص)
- 2- يكون عدد المحكمين (واحد أو ثلاثة)
- 3- القانون الواجب التطبيق على موضوع الخلاف. (.....)
- 4- لغة التحكيم
- 5- مكان التحكيم ...

إذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، تسري قواعد مركز تحكيم كما وردت في لائحة قواعد الإجراءات.

الملحق رقم (10) وثيقة مهمة التحكيم

- أسماء الأطراف و عناوينهم

الطرف الأول

الاسم الكامل:

العنوان:

الوكيل/ إن وجد

الطرف الثاني

الاسم الكامل :

العنوان:

الوكيل/ إن وجد

2- عرض ادعاءات الأطراف

ادعاءات الطرف الأول :

ادعاءات الطرف الثاني :

3- تحديد نقاط النزاع الواجب الفصل فيها :

.....

.....

.....

.....

4- اسم المحكم الكامل أو (هيئة التحكيم)

1-.....

2-.....

3-.....

5- مكان التحكيم:

6- لغة التحكيم:.....

7- أي إيضاحات متعلقة بأصول التحكيم أمام المحكم:

8- القانون الموضوعي المطبق على أصل النزاع:

.....

9- أي بيانات أخرى أو إيضاحات :

توقيع الطرف الأول :

توقيع الطرف الثاني :

توقيع المحكم / هيئة التحكيم:

التاريخ : / /

AN ARBITRATION AGREEMENT SAMPLE

This agreement is prepared as a sample agreement by taking possible circumstances into considerations and the parties may form their arbitration agreement pursuant to the Rules

1. This arbitration agreement is made between residing at the address of and residing at the address of, and the parties who have enacted the Agreement, hereinafter shall be referred to as THE PARTIES.

(The address and titles of both parties shall be written in the blank spaces, if the contract is signed by a real person (sole proprietorship), then the name and surname of that person shall be written.)

2. The parties have agreed on the settlement of any dispute arising out of or in connection with the dated.....subjected Agreement by arbitration through the TOBB Arbitration Council in accordance with the TOBB Arbitration Rules.

The parties, by reading the Rules, shall declare that they have accepted to comply with its terms, obligations and consequences beforehand.

(It is required for the parties to clearly state the subject and date of the agreement of which the parties would like to seek the settlement of any dispute arose out through the TOBB Arbitration process, within the blank spaces. If there are more than one commercial agreement between the parties, then they should prepare and sign a separate arbitration agreement for each of them.)

3. The parties have decided to have the arbitration conducted at.....

(The parties shall write the name of the city as the place of arbitration in this section, if they wish. the Arbitration Council shall determine the place of arbitration, if there is no such determination of the parties.)

4. The parties have agreed on as the applicable law to this arbitration.

(This article is important for the disputes arising out of international commercial agreements. The parties shall state the name of the country, if they agree on whose law be applicable. If there is no such agreement on this matter, then the arbitrator(s) shall, by himself, determine the law to be applied. It is natural to apply the Turkish Law to the arbitration between the Turkish companies.)

5. The parties each undertake to pay half of the arbitration expenses that shall be notified subsequent to filing the suit before the TOBB Arbitration Council as an advance payment. Each party also undertakes to pay his share of the total expenses determined within the Arbitral Award approved by the Council.

In the case where the defendant does not pay half of the advance payment, then the claimant shall be obliged to pay the total advance payment amount.

6. It is determined by the parties that disputes shall be settled by..... arbitrator(s).

(The above blank space, depending on the disputes settled by a sole arbitrator or more than one arbitrator, shall be filled accordingly.)

OPTIONAL TERMS

7. a) The parties have agreed on the appointment of a sole arbitrator by the TOBB Arbitration Council.

(This article shall be included, if the parties agree on the disputes settled by a sole arbitrator and who is appointed by the TOBB Arbitration Council.)

7.b) The parties have nominated, as the sole arbitrator, residing at the address of

However, in the case where the sole arbitrator is not approved by the TOBB Arbitration Council, then the parties accept that the arbitrator shall be appointed by the Council.

(This article shall be included in the case of an agreement between the parties for the sole arbitrator beforehand.)

7.c) The parties accept to nominate the sole arbitrator by themselves within 30 days from the notification of the arbitration request to the defendant and the appointment of the sole arbitrator by the Council if the parties cannot agree on the nomination of the sole arbitrator or in the case where the nomination of the sole arbitrator by the parties is not approved by the Council.

(The provision within this article may be included in the agreement when the parties leave the appointment of the sole arbitrator until after the dispute occurs.)

8.a)The parties accept to have one of the 3 arbitrators to be nominated by the claimant in its petition of arbitration request and the second arbitrator to be nominated by the defendant in its response and the third arbitrator to be selected by these two arbitrators within 15 days;

The appointment of the arbitrators by the Council if the claimant or the defendant does not state the name of its arbitrator or if they leave the nomination of the arbitrators to the Council;

The appointment of the third arbitrator by the Council, when the parties' arbitrators do not nominate the third arbitrator within 15 days.

(This article may be included in the agreement in the cases where it is envisaged that the disputes be settled by three arbitrators and the appointment of the two arbitrators by the claimant and the defendant, and the third arbitrator by the parties' arbitrators.)

8. b) The parties accept to have one of the 3 arbitrators to be nominated by the claimant in its petition of arbitration request and the second arbitrator to be nominated by the defendant in its response and the third arbitrator to be nominated by the Council;

The arbitrators appointed by the Council in the cases where the plaintiff or the defendant does not nominate an arbitrator or if they leave the appointment of the arbitrators to the Council.

(This article may be included in the agreement in the cases where the appointment of the third arbitrator is left to the TOBB Arbitration Council).

8.c) The parties agree upon the appointment of all three arbitrators by the TOBB Arbitration Council.

(This article shall be included if the appointment of three arbitrators is completely left to the TOBB Arbitration Council.)

9. The parties accept to sign the Terms of Reference to be drawn up in the presence of the arbitrator(s) upon the invitation of the arbitrator (or the Chairman of the Arbitral Tribunal), that the arbitration procedures shall still continue without interruption and be effectual even if they abstain from signing it, and the abstention of either one or both parties from signing the Terms of Reference shall not affect the validity of the Arbitral Award.

10. The parties undertake to pay the arbitration expenses in accordance with the TOBB Arbitration Rules in the case of the reconciliation of the parties or the claimant waiving his claim after the dispute is submitted to the TOBB Arbitration.

11. We hereby undertake to accept and to comply with the provisions of this arbitration agreement comprising 10 articles as above.

On behalf of

On behalf of

(It is necessary for the parties to include the list of the authorized signatures showing the authority for representation and to sign.)