بحـث بعنـوان

التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية

إعداد الباحـث

فواز مصلح العازمى

٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

"فتعالى اللهُ المَلِك الحقُّ وَلا تَعْجَلْ بالقُرآنِ مِن قَبْلِ أِنْ يُقْضَى إليْكَ وَحْيُهُ وقُلْ رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا"

صدق الله العظيم

(سورة طه:
١١٤)

مقدمـــة

يعد التحكيم من أقدم الوسائل التي عرفها الإنسان في فض المنازعات إلى جانب القضاء والصلح، وقد تطور إلى أن أصبح يشمل كل المنازعات سواء كانت تجارية أو مدنية، بل وحتى الإدارية.

ولما كان التحكيم ذو طابع خاص فهو نظام قضائي استثنائي له طابع إجرائي يخضع للنظريات والأحكام العامة المتعلقة بقانون الإجراءات المدنية (قانون المرافعات) يبدأ باتفاق وينتهي بصدور الحكم.

والحقيقة أن ازدهار التحكيم واتساع آفاقه في مجال القانون الإداري قد اقترن بنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية والدولية بين الأفراد والدول، حيث أدى نزول الدول إلى ميدان التجارة وتدخلها في الحياة الاقتصادية ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية وإشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بين الدول وأشخاص القانون الخاص الوطني أو الأجنبي مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في المنازعات الإدارية.

وعلى الرغم من أن اللجوء إلى التحكيم قد أصبح وسيلة ملحة لحل هذه المنازعات، إلا أن الوضع لم يكن بهذه السهولة، حيث لم تكن هناك استجابة للتحكيم في العقد الإداري، فقد لاقى هجوما كبيرا ومعارضة من جانب الفقه والقضاء، حيث انقسمت الآراء الفقهية وتضاربت الأحكام القضائية بين مؤيد ومعارض، واختلفت التشريعات المقارنة حول مشروعية اللجوء إليه لحسم المنازعات الإدارية.

وبالرغم من هذه الاعتراضات إلا أن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية فرضت اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الإدارية، فقد درجت الدول النامية انتهاج سياسات من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وذلك بإتاحة وتهيأة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية، ولا شك أن شرط التحكيم الذي يرمي إلى تسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ أو تفسير هذه العقود، يحتل مكانا بارزا في مجال الضمانات، حيث يشترط المستثمر إدراجه ضمن بنود العقد حتى يحقق له الطمأنينة في حال نشوب نزاع مع الدولة المتعاقدة.

ومن جهة أخرى فإن المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها تتسم بالخصوصية، فمعظمها تتعلق بعقود إدارية تثير مسائل فنية دقيقة، ومع اندفاع التحكيم نحو التعاطي مع المعطيات المتجددة للمنازعات الإدارية، ليؤمن لهذه المنازعات الحلول العملية وفق عدد من الخصائص من بينها التخصص، العدالة، السرية، السرعة، وقلة النفقات.

ولا يقل الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم المنازعات الإدارية في الداخل عن دوره في الخارج، فاللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية في النطاق الداخلي، من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء وسرعة الفصل في المنازعات.

والواقع في الأمر أن مسألة التحكيم بشأن العقود الإدارية ظلت محل جدل منذ فترة طويلة، بسبب حظرها في العديد من الدول منها فرنسا ومصر والكويت، إلا أن مشكلة القانون الذي يحكم هذه العقود وكذا التحكيم فيها أصبحت من الأمور المشروعة.

وبمعنى أكثر حسما، نذكر أنه من بين الواجبات التي تضطلع بها الدولة باعتبارها شخص عام تسيير الشئون العامة لمواطنيها من خدمات وغيرها، إلا أنه ونظرا لتعدد المشاريع وتزايد نشاط الإدارة وما تتطلبه من موارد بشرية وتنظيمات معقدة، فإن الدولة تعتمد على أساليب مختلفة لإدارة المرافق العامة، وذلك بالدخول في علاقات تعاقدية مع الأفراد والمؤسسات سواء كانت محلية أو دولية، وجدير بالذكر أن العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة بل تنقسم إلى قسمين: (١) عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص حيث تعامل الإدارة معاملة الخواص ويختص القضاء العادي بالمنازعات التي تنشأ بينها والمتعاقد. (٢) عقود الإدارة التي تخضع للقانون العام، وهي ما يعرف بالعقود الإدارية، وهذه الأخيرة يمكن تعريفها بأنها كل عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير المرفق العام أو تظهر نيته للأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وبناء على ما تقدم فسوف أتناول في المبحث الأول الوسائل البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، وفي المبحث الثالث سوف أتناول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري.

المبحث الأول

الوسائل البديلة لحل منازعات العقود الإدارية

تختلف دول العالم في الأخذ بهذه الطريقة أو تلك من الوسائل البديلة لتسوية النزاع، والأمر متروك في النهاية لموافقة المشرع ابتداء ولاتفاق الطرفين المتنازعين بعد ذلك، فتقدم أن فرنسا تسمح بلجوء الأطراف إلى الوسائل الآتية: الوساطة، التوفيق، الصلح، التحكيم، وذلك كوسائل بديلة لحل منازعات العقود الإدارية، أما في الكويت فتتبع ثلاثة وسائل هي التسوية الإدارية الودية والتحكيم والتوفيق فقد ورد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ والصادرة من وزارة التخطيط[١]، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية في دولة الكويت رقم (١) لسنة ٢٠١١ والصادرة من وزارة التخطيط مشيرا في كليهما إلى إمكانية اللجوء إلى وسيلة التحكيم والتوفيق كوسائل بديلة عن القضاء[٢].

(١) منشورة في جريدة الوقائع الكويتية، العدد (٤٠٧٥) بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٩.

(٢) منشورة في جريدة الوقائع الكويتية، العدد (١٢٤) بتاريخ ٢٠١١/٤/١٤.

المطلب الأول

التسوية الإدارية كوسيلة بديلة في منازعات العقود الإدارية

هذه الطريقة نص عليها نموذج عقد الفيدك في طبعته الرابعة لعام (١٩٨٧) وذلك في (م/٦٧) منها، عندما أوكل ذلك الدور للمهندس المشرف على تنفيذ الأعمال والمعيّن من قِبل رب العمل، في حين تم استبدال سلطة المهندس هذه بالسلطة صانعة القرار في (م/٢٠) من ذلك النموذج في طبعته الأخيرة لسنة (١٩٩٩)، أن مؤدى نص (م/٦٧) من نموذج عقد الفيديك، الطبعة الرابعة لعام ١٩٨٧، هو أنه في حالة نشوب منازعة مرتبطة بالعقد أو ناشئة عنه، أو مرتبطة أو ناشئة عن تنفيذي الأعمال سواء نشأ خلال تنفيذ الأعمال أم بعد إتمامها وسواء قبل أم بعد أي جحود أو إنكار أو أية صورة أخرى، لإنهاء العقد بما في ذلك أي نزاع متعلق برأي أو أمر أو قرار أو شهادة أو تقييم من قبل المهندس فيجب إحالة الموضوع أولا إلى المهندس، من قبل الطرف المتضرر، كتابة مع إرسال صورة من هذا الكتاب إلى الطرف الآخر ليصدر المهندس قراره بشأنها خلال مدة (٨٤) يوما بشرط أن يستمر المقاول في تنفيذ الأعمال الموكلة إليه خلال تلك المدة[١].

على أن يظهر في الكتاب رغبته في بدء التحكيم طبقا للنصوص الواردة في عقد الفيديك، حيث تترتب الآثار الخاصة بالحالة الأخيرة وهي وجوب تسوية النزاع وديا قبل توجيه الأخطار بنية البدء في التحكيم، بشرط إمكانية بدءه –أي التحكيم– خلال مدة (٥٦) يوما التالية ليوم توجيه الأخطار بنية البدء في التحكيم، ما لم يتفق على غير ذلك حتى لو لم يتم التصول إلى تسوية ودية[٢].

وفي حالة عدم توجيه صاحب العمل أو المقاول إخطارا بنيته في بدء التحكيم في الموعد المنصوص عليه الذي هو (٧٠) يوما التالية لانتهاء مدة (٨٤) يوما التالية لعرض النزاع على المهندس يكون القرار الصادر من المهندس ملزما لصاحب العمل والمقاول، وعندئذ لا يجوز الطعن فيه أمام التحكيم الذي سيغلق بوجه أطرافه دون أن يترتب عليه سقوط اللجوء إلى القضاء الوطني المتخصص للمطالبة بحقوقه طالما لم تكتمل مدة التقادم.

---

(١) محمد سليم محمد أمين، عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة الكويت، ٢٠٠٨، ص١٠٧.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة، ط٥، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٩٠م، ص١٠٠، وأيضا د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص٤٩–٥٧.

أما في حالة قبول القرار، فيكون القرار الصادر من المهندس ملزما لصاحب العمل والمقاول وعندئذ لا يجوز الطعن فيه أمام التحكيم لأنه سيغلق بوجه أطرافه من دون أن يترتب عليه سقوط اللجوء إلى القضاء الوطني المختص للمطالبة بحقوقه ما لم تكتمل مدة التقادم.

أخذ الكويت بنظام مشابه للتسوية الإدارية مقابل ذلك نصت المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الكويتية للعام ١٩٨٨ على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بين رب العمل والمقاول في حالة عدم قبول القرار الذي يتخذه المهندس لفض النزاع، ونعتقد إن تسوية النزاع عن طريق المهندس في عقود الإشغال العامة تعد من الوسائل البديلة وأنها طريقة جديدة لتسوية المنازعات بغير القضاء والتحكيم[١].

حيث تكون ورد: "'إذا نشأ أي نزاع أو خلاف من أي نوع كان بين صاحب العمل والمقاول له علاقة بالمقاولة أو ناجما عنها أو عن تنفيذ الأعمال (سواء كان ذلك أثناء سير الأعمال أو بعد إكمالها وسواء كان ذلك قبل أم بعد إنهاء المقاولة أو تركها أو الإخلال بها)، فيحال مثل هذا النزاع أو الخلاف إلى المهندس وتجرى تسويته من قبله، وعليه أن يبلغ قراره إلى صاحب العمل والمقاول[٢]، إن مثل هذا القرار بخصوص كل قضية أحيلت بهذه الصورة يكون ملزما لصاحب العمل والمقاول، وعلى المقاول أن يعمل به دونما تأخيرا، وعليه الاستمرار بتنفيذ الأعمال بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدّم المقاول أو صاحب العمل إشعارا بعدم قبول القرار على النحو المذكور فيما بعد أو لم يقدم[٣].

ومن الجدير بالذكر أنه يمكن اللجوء إلى المهندس أيا كانت تسمية الأمر تظلما مسبقا أو تسوية إدارية، قبل إحالة النزاع على التحيم لتسويته نهائيا وهو أمر اختيار يمكن أن يعد بذاته وسيلة بديلة من اللجوء إلى القضاء والتحكيم معا[٤].

---

(١) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ط بلا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص٤٧٨.

(٢) محمد سليم محمد أمين، عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الكويت، ٢٠٠٨، ص١٠٧.

(٣) عدت محكمة التمييز الكويتية اللجوء إلى المهندس أمرا اختياريا، فهي تقول في إحدى قراراتها.. وحيث إن عدم إحالة النزاع على المهندس سواء أثناء العمل أو بعد إكماله لا يمنع من اللجوء إلى التحكيم طالما أنه قد مضى عليه في عقد المقاولة ....." ينظر: قرار محكمة التمييز (١٩٢٣/ م٣منقول /١٩٩٢ ، في ١٩٩٢/٩/١٧) أشار إليه القاضي نبيل حياوي، مبادئ التحكيم، ط٣، الناشر المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤،ص٣٢.

(٤) د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة، مطبعة أبناء وهبة حسان، دون تاريخ نشر، ص٨٤.

المطلب الثاني

التحكيم وسيلة بديلة في منازعات العقود الإدارية

التحكيم هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، أو هو تصيير الغير حاكما فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس وفي حق غيرها كالمصلح(١).

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون بعيدا عن شبهة الممالأة مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحال الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"(٢).

ويمكن تعريف التحكيم بأنه اتفاق أطراف النزاع على اختيار بعض الأشخاص من غير أطراف النزاع وعلى ضوء شروط يحددانها مسبقال للفصل في المنازعة بدلا من القضاء المختص على أن يقبلا قرارهم في النزاع باعتباره فاصلا للخصومة.

ويمكن تقسيم التحكيم إلى أنواع مختلفة بحسب الزاوية المنظور إليها، فمن حيث الأطراف الداخلة فيه، ينقسم إلى: تحكيم داخلي وهو التحكيم الناشئ عن العقود التجارية أو المدنية أو الإدارية الداخلية، وتحكيم دولي وهو التحكيم الناشئ عن العقود اسابقة إذا ما اتصفت بالصفة الدولية.

أما من حيث الإجبار أو الاختيار فيمكن أن ينقسم إلى: تحكيم اختياري وهو التحكيم الذي تلجأ إليه الأطراف المتنازعة طوعا وبإرادتهم الحرة، وهو الأصل في التحكيم وتحكيم إجباري ويكون التحكيم كذلك إذا لم تكن لأطرافه حرية في اللجوء إليه لوجود نص قانوني يجبرهم على اتباع سلوك التحكيم، ويحصل ذلك في التحكيم الداخلي(٣).

ومن حيث المصدر المتبع لحل الخلاف، وينقسم إلى: التحكيم بالقانون.. أي أن يفصل المحكم في النزاع على هدي من أحكام القانون الذي يحكم موضوع العقد، فيبحث المحكم عن حكم وقائع النزاع من مصادر القانون الواجب التطبيق، ويقصد بالقانون هنا القانون بمعناه الواسع فيشمل (التشريع، العرف، أحكام الشريعة الإسلامية،.. إلخ)، والتحكيم بالصلح.. أي أن الطرفين يخولان المحكم صلاحية الفصل في

---

(١) د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط٣، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص٢٤٧.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص١٣.

(٣) ينظر: د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ط بلا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص٤٧٨.

النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة، حتى لو كانت في ذلك الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع في الأصل، والذي يقوم القضاء المختص بتطبيقه في حالة عرض القضية عليه، بشرط عدم مخالفة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام الدولي أو الداخلي[١].

ومن خلال المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩[٢] فلم يميز كذلك أيضا بين التحكيم الداخلي والدولي، ولكن ميز بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، بحيث يمكن للأطراف الاتفاق على تحديد إجراءات التحكيم، لكن وفي حالة عدم الاتفاق على هذا الأمر، وفي حالة كون التحكيم تحكيما بالقانون عندها سيكون على هيئة التحكيم اتباع الإجراءات المقررة في قانون المرافعات الكويتي، أما إذا كان التحكيم تحكيما بالصلح فعندها تُعفى هيئة التحكيم- المحكمون- من التقييد بالإجراءات الموجودة في قانون المرافعات إلا ما تعلق منها بالنظام العام إذ يجب عليهم اتباعها[٣].

إذا ما رفضت التسوية الإدارية يمكن اللجوء إلى التحكيم، وقد يجري التحكيم في مجال عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي داخل الكويت وفقا للإجراءات المقررة في قانون المرفعات المدنية الكويتي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، حيث أقر المشرع الكويتي الاتفاق على التحكيم (في نزاع معين) أو ما يسمى بشرط التحكيم، كما أجاز الاتفاق عليه (في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)[٤]، وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم.

مثلما نصت المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الكويتية لسنة ١٩٩٨ نصت على جواز اللجوء إلى التحكيم في حالة رفض رب العمل أو المقاول لقرار المهندس خلال (٣٠) يوما من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بذلك القرار.

ومن ثم فليس هنالك مانعا من التحكيم في عقود الأشغال العامة الإدارية الدولية الكويتية لدى هيئات التحكيم الدولية خارج الكويت، يؤكد ذلك نص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨

---

(١) ينظر: سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، ط بلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٢١ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية الكويتي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على "١- يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون. ٢-إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقييد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام".

(٣) يسري قانون المرافعات المدنية الكويتي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في إقليم كوردستان؛ لذا يسري حكم المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية والتي تشمل جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود المدنية والتجارية والإدارية على حد سواء.

(٤) القاضي نبيل حياوي، مبادئ التحكيم، ط٣، الناشر: المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤، ص٦١.

في المادة (١١) منها حيث ورد إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية، بالإضافة إلى إمكانية لجوء الأطراف إلى التحكيم الدولي وإحدى الهيئات التحيكيمة الدولية المعتمدة لحسم النزاع في حال نص العقد على ذلك. تنص المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على أن "آلية فض المنازعات بعد توقيع العقد ..... د- لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيا مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية المعتمدة لحسم النزاع.

أما في الكويت[١] فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الصادرة من الحكومة وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الصادرة من الحكومة، غير نافذتين في الإقليم بالنظر لوجود تعيمات صادرة في الإقليم تنظم الموضوع نفسه وهي تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١١ الصادرة من وزارة التخطيط في الإقليم والمنشورة في الجريدة الرسمية تحت العدد (١٢٤) لسنة ٢٠١١، وأن هذه التعليمات قد نصت في المادة (٢٣) منها على أنه: "لا يعمل بأية تعليمات أخرى تتعارض مع أحكام هذه التعليمات".

ومن الجدير بالذكر أن المادة (١١) من التعليمات الصادرة في الإقليم والمشار إليها أعلاه وتحت عنوان (آلية فض المنازعات بعد توقيع العقد) قد نصت في الفقرة (ب) من البند (أولا) منها على أنه (لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفضل المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيا مع الأخذ في الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع).

وقد افتت الهيئة العامة في مجلس الأمة[٢] بقرارها عدد ٢٠١٤/١٢ وتاريخ ٢٠١٤/٤/٢٨ "..... وحيث إن المادة (١١) من التعليمات الصادرة في الإقليم والمشار إليها أعلاه وتحت عنوان (آلية فضل المنازعات بعد توقيع العقد) قد نصت في الفقرة (ب) من البند (أولا) منها على أنه (لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيا مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وأن يتم اختيار إحدى

(١) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١،ص٧٦.

(٢) موقع مجلس الأمة الكويتي.

الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع). بمقتضى النص أعلاه، لا يوجد مانع قانوني من إحالة المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية إلى التحكيم الدولي (والذي يقصد به التحكيم التجاري الدولي) متى ما كان الطرف المتعاقد مع الحكومة أجنبيا سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا، وذلك وفق الشروط والضوابط الواردة في هه التعليمات أو في أية تشريعات أخرى نافذة في الإقليم، وهذا الحكم تدل عليه الدلالة الصريحة لهذا النص، كما أنه يشير ضمنا –في الوقت ذاته– إلى إمكانية وضع شرط في العقود الحكومية مع الأطراف الأجنبية يتيح لطرفي العقد اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي ستنشأ عنه، وهو ما يسمى بـ (شرط التحكيم).

وعليه لما تقدم يرى المجلس:–

١– يمكن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، عبر أية هيئة تحكيمية دولية معتمدة، لفض المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية مع الأطراف الأجنبية شريطة إن يتضمن العقد بين بنوده بندا يتعلق بـ "شرط التحيكم".

٢– يجوز إن تتضمن العقود الحكومية مع الأطراف الأجنبية بندا يتعلق بشرط التحكيم ويكون هذا الشرط صحيحا وجزءا لا يتجزأ عن العقد وملزما لأطرافه في حدود الشروط والضوابط الواردة في التشريعات النافذة في الإقليم، وصدر الرأي بالاتفاق في ٢٠١٤/٤/٢٨.

ومن المهم القول بأن تفوى الهيئة العامة في مجلس شورى الإقليم كان ينقصها التذكير بأنه لا تسري أحكام تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١١ في إقليم كوردستان وبموجب الفقرة (٣) من المادة (٢) منها على تنفيذ عقود مشاريع النفط والغاز التي تبرمها وزارة الثروات النفطية إذ إنها مستثناة من هذه التعليمات وتسري عليها أحكام قانون النفط والغاز في إقليم كوردستان رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٧[١].

ومن ثم يشترط للأخذ بالتحكيم كوسيلة بديلة من القضاء في منازعات العقود الإدارية في الكويت ما يلي:–

أ– أن ينص في العقد على اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات.

ب–أن يكون أحد طرفي العقد أجنبيا.

ت–أن يتم اتباع الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة.

---

(١) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في بغداد رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ تخلو من هذا الاستثناء.

ث-أن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع هذا وتنص المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على أن (آلية فض المنازعات بعد توقيع العقد.. ب- التحكيم: ويكون باختيار كل طرف متنازع حكما يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع ويختار المحكمان حكما ثالثا لرئاسة لجنة التحكيم، وفي حال تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث، وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة الموضوع المتنازع عليه بكل حيثياته وتصدر اللجنة قرارها النهائي لحسم النزاع، ويتحمل الطرف الخاسر نفقات التحكيم ويكون ملزما بقرار اللجنة بعد تصديقه من محكمة الموضوع وفقا للقانون..)[1].

(1) وفي جميع الحالات التي لا يمكن تنفيذ تلك الأحكام في الكويت إلا إذا اقترنت بمصادقة المحاكم الكويتية، خاصة وأن جميع تلك العقود تخضع تلك العقود تخضع لولاية القضاء الكويتي بموجب (م/٧٢) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الكويتية لسنة ١٩٨٨م بنصها "ويتكون لمحاكم الكويت الولاية القضائية للنظر والبت في جميع القضايا والدعاوى الناشئة عن عقد المقاولة".

المبحث الثاني
التطور التشريعي لنظام التحكيم في العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم

لقد نظم المشرع المصري التحكيم منذ فترة طويلة وجاء هذا التنظيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية في قانون المرافعات المدنية والتجارية في القانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٩ ورقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وفي القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من قانون التحكيم.

أولا: التطور التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا مصر[١]

جديرًا بالذكر أن العقد سواء أكان مدنيا أم إداريا يتكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني على إنه من الثابت أن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني سواء في كيفية إبرامه أو مضمونه أو محتوى الالتزامات التي يولدها فالعقود الإدارية تحكمها قواعد القانون الإداري والتي تختلف عن قواعد العقود المدنية في القانون المدني[٢].

فمن الثابت أنه ليست كل العقود التي تبرمها جهة الإدارة عقودا إدارية، فالإدارة وهي تمارس نشاطها قد ترى أنه من الأوفق لها أن تبرم عقودا مدنية تنزل فيها منزلة الأفراد وتبرمها وهي متجردة من كل مظاهر وأساليب السلطة العامة وذلك على العكس تماما حين تكون الإدارة طرفا في عقد إداري فإنها تكون في مركز متساوي كما الأمر في العقود المدنية[٣].

وقد استقر الفقه[٤] والقضاء[٥] على أن الضوابط التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود ثلاثة هي:-

١- أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية.

٢- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث سيرة أو تنظيمه.

٣- اتباع وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية: ٢٠٠٩،ص٦٥.

(٢) د. شريف يوسف خاطر: التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، ٢٠١١،ص٨٣.

(٣) د. رجب محمد السيد الكحلاوي: حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٩٣.

(٤) د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٤، ص٣.

(٥) د. وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص٣٤.

فهنا نجد أن التحكيم وسيلة لفض المنازعات لا يضمن خضوع العقود الإدارية لنظام ومعايير النظام الذي تخضع له العقود المدنية؛ لأنه لا يعتد بالتميز الجوهري بين العقد الإداري والعقد المدني.

وأيضا فإن العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة ويتعلق بثرواتها مثل عقمود الالتزام والتي في كثير من الأحيان تمتد إلى سنوات طويلة تريث التزامات على الأجيال القادمة، وأيضا فإن التحكيم يؤسس دائما على حرية الأطراف في اللجوء إليه، أما القانون الإداري تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون.

أولا: التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا

تعتبر فرنسا مهد القانون الإداري فهو نشأ فيها لظروف تاريخية في أواخر القرن التاسع عشر ونظرية العقد الإداري تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء، وأيضا تدخل المشرع لتنظيم جانب أو أكثر من بعض العقود وتنظيم عملية إبرام العقود عبر وسائل وإجراءات محددة وذلك كله أدى إلى وجود ارتباط ضروري بين وجود العقد الإداري وبين القضاء الإداري[١].

(١) الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية وموقف القضاء منها

نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادتين ٨٣، ١٠٠٤ على حظر التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدول أو الأشخاص العامة إذ كان من الواجب إبلاغ النيابة العامة في شأنها وهذا الحظر يشمل كل المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة التي تختص بها المحاكم المدنية والتجارية واعتبر هذا الحظر من النظام العام لا يجوز مخالفته ولم يسلم القضاء العادي الفرنسي[٢]، فقد كان الواقع يبين أن الدولة أو إحدى المؤسسات العامة تضطر إلى إبرام عقود تجارية دولية تقبل فيها شرط التحكيم والتي في أغلبها عقودا نموذجية لا يملك تغيرا جوهريا لشروطها وعرضت قضية بهذا الخصوص وقررت المحكمة أن الخطر الوارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادتين ٨٣، ١٠٠٤ يتعلق بالحفاظ على النظام العام الداخلي فإن تعلق الأمر بعقد من عقود التجارة الدولية فإن هذا الخطر لا يسري ويجب عليها الالتزام بهذا الشرط.

ولكن قضاء مجلس الدولة أخذ موقف صارم بعدم اللجوء إلى التحكيم في كافة المنازعات التي تتعلق بمرفق عام حتى وإن تكن من طبيعة إدارية.

(٢) قانون ١٧ إبريل لسنة ١٩٠٦ وجواز التحكيم في بعض العقود الإدارية[٣]

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص٧٣.

(٢) د. وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص٣٤.

(٣) القاضي نبيل حياوي، مبادئ التحكيم، ط٣، الناشر المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤، ص٦١.

نص القانون المادة ٦٩ على جواز التحكيم وفقا لأحكام الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وحدد هذا القانون نطاق تطبيق وشروط أعماله كما يلي:-

أجاز القانون نطاق بعقود الأشغال العامة والتوريدات التي الدولة والمدريات وبالتالي لا تخضع للتحكيم المنازعات التي تتصل بتصفية النفقات الناشئة عن أي عقد إداري آخر.

(١) شروط أعمال القانون

* أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة التحكيم أي بعد نشوء النزاع[١].

* موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية المختص[٢].

ويتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي في هذا القانون تأثر بالاتجاهات السائدة في قضاء مجلس الدولة والتي ترفض الأخذ بالتحكيم في المنازعات الإدراية المتعلقة بالعقود الإدارية.

وجاء إقراره للتحكيم في بعض منازعات بعض العقود الإدارية محاطا بشروط تتجاوز في صرامتها أهمية التحكيم المسموح به وذلك جعل المشرع الفرنسي يتدخل بإصدار مرسوم ٢٥ يوليو ١٩٦٠ بتوسيع نطاق تطبيق القانون ليشمل المديريات والبلديات ونقابات البلديات والنقابات المشتركة والمراكز الحضرية وقطاعات البلديات والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية والتي سمح لها باللجوء إلى التحكيم ومن شروط ونطاق القانون رشح ١٧ أبريل لسنة ١٩٠٦ على أن يكون التحكيم عبر مشارطة تحكيم.

(٣) قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ وجواز التحكيم في العقود الدولية[٣]

أجاز هذا القانون للدولة وللمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكم في العقود الدولية المبرم مع شركات أجنبية وذلك استثناء من أحكام المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي[٤] واشترط القانون لتطبيق ما يلي:-

١- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أن يكون العقد دوليا.

٢- أن يكون العقد بخصوص ذا منع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم.

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدراية، ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص٤٩٤.

(٢) محمد عبد الله محمود الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص١٣٧.

(٣) د. يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص٢٣٦.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ٨٩.

ويشمل نطاق هذا القانون كل العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو القطاعات أو المؤسسات العامة ويجيز التحكيم في كافة المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود.

٣- اشتراط صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على العقد شرط التحكيم.

ثانيا: التحكيم في العقود الإدارية في مصر

أولا: غياب النص التشريعي واختلاف الفقه والقضاء حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية

لم يتضمن قانون المرافعات المدينة رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ القول الفصل في ما يحصل بين انتصار لرأي دون آخر في مسألة التحكيم في العقود الإدارية[١].

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

(١) عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية[٢]

ذهب هذا الرأي إلى عدم جواز التحكيم واستند إلى ما يلي:-

١- التحكيم يتعارض من سيادة الدولة وذلك على أساسين:-

أ- أن التحكيم يعتبر في حقيقة سلب الاختصاص القضاء الوطني الذي هو مظهر من مظاهر سيادتها.

ب-أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطني ويؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي.

وفي الحقيقة يرى جانب فقهي[٣] أن الاحتجاج بسيادة الدولة أمر مردود عليه حيث لو سلمنا أن التحكيم يعتبر في حقيقة سلب الاختصاص قضاء الدولة إلا أنه لا يكون إلا قانون يسمح بذلك من ناحية أخرى فإن التحكيم لا تنقطع حلقته بالقضاء، فالقضاء يتدخل في أعمال المحكمة سواء بالمساندة والموازنة أو الرقابة والإشراف، ومن ناحية ثالثة إذا جاز للقاضي أن يحسم الخصومة بحكم فيها استثناء إلى رأي خبير فلا يجوز أن يلجأ أطراف الخصومة إلى الخبير مباشرا لحسم النزاع، ومن ناحية رابعة أن الأشخاص

---

(١) د. صبري محمد السنوسي محمد، أثر شرط التحكيم في العقد الإدراي على اختصاص مجلس الدولة المصري، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الثامن لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤،ص٧.

(٢) أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٩٢.

(٣) حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٩٠.

العامة حينما يبرم العقد الإداري وتدرج شرط التحكيم تستطيع أن تختار القانون الواجب التطبيق سواء قانونها الوطني أو القانون الأجنبي[١].

٢- جواز التحكيم في العقود الإدارية يعتبر عدوانا على اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات[٢]

ذلك أن اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية مقرر بنص المادة ١٧٢ من الدستور وأيضا بالقرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ينص في المادة العاشرة على اختصاص مجلس الدولة في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر[٣].

ثانيا: جواز التحكيم في العقود الإدارية[٤]

ذهب هذا الرأي إلى جواز التحكيم في العقود الإدراية استنادا إلى عدم وجود نصوص تشريعية تمنع التحكيم في العقود الإدراية، فالمادة ٥٠١ من قانون المرافعات تنص على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاص كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة[٥].

فهذا النص وأن لم يواجهه أساسا مشكلة التحكيم في العقود الإدارية إلا أنه أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.

وهي عبارة عن السعة بحيث تشتمل في رحابها فكرة العقد الإداري وإذا كان نص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات قد حظرت التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح فإنه من المتفق علهي فقها

---

(١) د. جورجي شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإدراي، دراسة مقارنة لأحداث النظريات والمبادئ في قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر، الطبعة السادسة، ٢٠٠٦، ص٤٣.

(٢) المرجع السابق، ص٨٤.

(٣) د. رضا عبد السلام إبراهيم، القضاء من أجل التنمية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الثامن لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، بعنوان النظام القضائي والمتغيرات المحلية والإقليمية والعالمية، ٢٠٠٤، ص٤٣.

(٤) د. سامي الطوخي، الوسائل البديلة لفض المنازعات وأبعاد أزمة العدالة، بحث منشور في مؤتمر كويت للتحيكم التجاري الدولي في ٤-٦ ديسمبر ٢٠١٢، الكويت، ص٤٣.

(٥) المرجع السابق، ص٨٩.

وقضاءًا أنه ليس من المحظور على جهة الإدارة التصالح في منازعات العقود الإدارية حتى ولو لم يوجد نص يجيز ذلك بشرط ألا يمس الصلح مسائل تتعلق بالنظام العام[١].

وحقيقة الأمر أن استخدام نص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات بجواز التحكيم في العقود الإدراية أمر يتجاوز حدود هذا النص، فالتحكيم يعتبر طريقا استثنائيا لفض المنازعات وبالتالي فإنه يسلب من مجلس الدولة بعض المنازعات التي يجب أن تخضع له ومن ثم يجب أن يتدخل المشرع بنص صريح.

وهناك آراء أخرى[٢] ترى بجواز التحكيم في العقود الإدارية بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة وذلك مردود عليه بأن النص لم يرد به ما يقطع صراحة بجواز الالتجاء من قبل جهة الإدارة إلى التحكيم لفض المنازعات في العقود الإدارية.

(١) رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وجواز التحكيم في العقود الإدارية[٣]

على خلاف ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا من عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك في فتواها الأولى بجلستها بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ (ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤).

ويتضح من هذه الفتوى أن الجمعية العمومية قد أقرت جواز التحكيم في العقود الإدارية دون تحفظ وسوت بين العقود المدنية والعقود الإدارية في خضوعها للتحكيم وفقا للقواعد والإجراءات الواردة في قانون المرافعت وهو مذهب لا شك أنه يغفل المدنية حتى ولو كانت الإدارة طرفا فيها، وما لبثت الجمعية العمومية أن قيدت نطاقه وأصدرت فتوى ثانية بأن قيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على منازعات العقود الإدارية.

وهنا يثار تساؤلا.. وهو.. لماذا التعارض بين أحكام القضاء الإداري وفتوى الجمعية العمومية؟

يرى جانب فقهي[١]: من ناحية أولى: كان الأمر يعرض على القضاء الإداري بصدد خصومه قائمة ومحدة المعالم، ويقتضي الفصل فيها إصدار حكم ينهي النزاع، أما الجمعية العمومية للفتوى فإنها تستفتي في الأمر حين إبرام العقود.

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، ط بلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٥٤.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في المنازعات الإدراية العقدية وغير العقدية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٨٣.

(٣) د. محمد حسين منصور: العقود الدولية، ط بلا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص٩٠.

ومن ناحية ثانية: فإن التحكيم يستبعد ولاية القضاء في الدولة وأحيانا القانون الوطني إن أراد والخصوم، وهو الأمر الذي لا يسلم به القضاء الوطني إلا في وجود نص تشريعي صريح[٢].

(٢) صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية

قد حددت المادة الأولى من القانون نطاق تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام والقانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع[٣].

وفي حقيقة الأمر إن نص المادة الأولى من القانون والمناقشات التي دارت حولها في مجلس الشعب أو ما أوردته المذكرة الإيضاحية لا تقطع برأي نهائي في مسألة التحكيم في العقود الإدارية، فمن ناحيته أي استند إلى معلومات خاطئة، فالقول بات موضوع التحكيم في العقود الإدارية فتحسم مجلس الدولة غير صحيحي وهنا نرى الاقتناء مرة مع ومرة ضد، فضلا عن رفض المحكمة الإدارية العليا لفتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع[٤].

ومن ناحية ثانية: فإن المناقشات البرلمانية على هذا القانون قد جاءت مفتقرة إلى عنصر الخبرة من الفقه والقضاء[٥].

ومن ناحية ثالثة: عدم اشتراك أحد من الفقه أو مجلس الدولة في إصدار هذا القانون (فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ٩٦/١٢/١٨ وعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية).

ولقد استعرضت الجمعية العمومية في فتواها نص المادة الأولى والثانية من القانون وما ثار حولها من نقاش في مجلس الشعب وتناولته المذكرة الإيضاحية للقانون مصدرهما وخلصت إلى أنه فيما يتعلق بالمسألة المثارة أن مشروعا أعد أصلا لينظم التحكيم في المنازعات الدولية ثم ورد أن يتضمن تنظيما عاما للتحكيم في المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم، فالقانون أساسا صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية، وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم في القانون رقم ٢٧ لسنة ٩٤ فإن هذا القانون في أي من مراحل إعداده وحتى صدر لم يشمل قط

---

(١) د. عاطف محمد عبد اللطيف: امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٨٥.

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص٦٥.

د. شريف يوسف خاطر: التحكيم في منازعات العقود الإدراية وضوابطه، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، ٢٠١١،ص٨٣.

(٣) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحيكم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٦٦.

(٤) نبيل حياوي: مبادئ التحكيم، ط٣، الناشر: المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤، ص٥٤.

(٥) د. يسري محمد العطار: التحكيم في المنازعات الإارية غير العقدية، دار النهضة العربية، ص٧٦.

على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون وانتهت الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريعية إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

(٣) خضوع العقود الإدارية للتحكيم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

صدر القانون رقم ٩ لسنة ٩٧ بعد تدخل المشرع نظرا لخلافات قسم الفتوى والتشريع حيث صدر القانون وجاءت المادة الأولى من تضاف للمادة (١) من قانون التحكيم[١].

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

١-نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧[٢]

في حقيقة الأمر فإن ما ذهب إليه المشرع المصري في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ يوازي التحكيم في العقود الإدارية دون أن يستتبع ذلك تحديد نطاق موضوعي لتطبيقه، أمر قد يؤدي إلى إهدار مصالح عليا للدولة، فالتحكيم مهما قيل عن مميزاته فإنه في نطاق العقود الإدارية الدولية يضع المنازعة في جميع الحالات بين يدي محكمين أجانب يطبقون قانونا أجنبيا وهو أمر خطر حينما يتعلق الأمر بعقود استقلال ثروات لمدة كبيرة، وأيضا ما استخدمه القانون من موافقة الوزير المختص تراه قيدا ضعيفا وكان بالمشرع أن يستشعر خطورة التحكيم في بعض العقود الإدارية ويعمل على إحاطتها بمضمانات أكثر شدة مثل اشتراط صدور قرار من مجلس الوزراء مثلا، وأيضا تطبيق مشارطة التحكيم لأنها تواجه نزاعا قائما بالفعل بخلاف شرط التحكيم الذي يواجه نزاعا محتملا لم تحدد معالمه بعد[٣].

٢- النطاق الزمني لتطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧[٤]

إن القانون في مادته الثانية كان صريحا في تحديد ميعاد سريان أحكامه وهو في اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، ومن ثم إلى أن القانون رقم ٩ لسنة ٩٨ لا تتضمن تفسيرا لأحكام المادة الأولى من قانون ٢٧ لنسة ٩٤ وأنه في حقيقته تعديلا لحذف المادة، وأيضا لا يتطبق عليه وصف القانون سواء في محمل أحكامه أو في ذلك لأنه من ناحية أولى جاد في عنوانه أنه قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ٩٤ وإذا كانت بعض

---

(١) أنور محمد رسلان: التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، اسنة ٦، العدد الأول، يناير ١٩٩٨، ص٨٤.

(٢) د. شريف يوسف خاطر: التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص٨٣.

(٣) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص٣٤.

(٤) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٦٦.

المناقشات في مجلس الشعب قد ذهبت إلى اعتباره شق منه قانونا تفسيريا فإن هناك من المناقشات ما رفع عنه هذه الصفة.

٣- شروط تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧[١]

أ-موافقة الوزير المختص أو من يقوم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

ت-عدم جواز التفويض في ذلك.

ثالثا: آثار التحكيم في العقود الإدارية

يمثل التحكيم أسلوبا لفض المنازعات ملزما لأطرافه وهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة وهم الذين يحددون عدد المحكمين ويسمونهم إن شاءوا ويحددون مكان التحكيم وإجراءاته، وبالتالي فإن التحكيم يقتضي في غالب الأمر ولا سيما في العقود الدولية التي يكون طرفها أجنبيا أمران:-

١- استبعاد قضاء الدولة والاستعانة عنه بهيئة تحكيم. [٢]

٢- استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع واختيار قانون أجنبي ومن ذلك يتضح أن التحكيم قد لا تتفق مع خصائص العقد الإداري والنظام العام القضائي الذي يحكمه، فتضمين العقد الإداري شرط التحكيم يؤثر على خصائص هذا العقد وعلى النظام القانوني الذي يحكمه وأيضا أن خضوع العقد الإداري للتحكيم يؤثر العقد الإداري فهو الذي يحدد متى يكون العقد إداريا، ومن ثم يخضع منازعاته لاختصاص القضاء الإداري وتجرى عليه أحكام العقود الإدارية، وقد استقر الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على الضوابط التي تشكل معيار تميز العقد الإداري[٣] وهي ثلاثة:-

- أن يكون أحد أطراف العقد جهة إدارية.
- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام.
- اتباع وسائل القانون العام، وذلك فيما يتضمن العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[٤].

---

(١) نبيل حياوي: مبادئ التحكيم، ط٣، الناشر: المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤، ص٥٤.

(٢) د. صبري محمد السنوسي محمد: أثر شرط التحكيم في العقد الإداري على اختصاص مجلس الدولة المصري، بحث مقدم من المؤتمر السنوي الثامن لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤، ص٣٢.

(٣) بهار عبد الله خالد: الوسائل البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة من كلية القانون، جامعة دهوك، ص٧٣.

(٤) محمد عبد الله محمود الدليمي: سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص٩٠.

فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة أصبح عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري، ولما كان التحكيم أسلوبا لفض المنازعات ينبني على إرادة الأطراف فهنا يثور تساؤل عن أثر التحكيم على المعيار المميز للعقد الإداري من حيث اتصاله بمرفق عام ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد شروطا استثنائية واتصال العقد بنشاط عام يتخذ صور ثلاثة وهي:-

١- اشتراط المتعاقدين في إدارة المرفق، ومن ذلك عقد الالتزام بمرفق عام[١].

٢- التزام المتعاقد بتوريد سلع أو تقديم خدمات للمرفق مثل، عقود التوريد وعقود النقل وغيرها[٢].

٣- التزام المرفق بتقديم سلع أو خدمات للأفراد المنتفعين من نشاط المرفق.

على أن خضوع العقد الإداري للتحكيم الدولي فإنه لا يميز بين عقد إداري وعقد مدني، وبالتالي هنا تتحرر الإرادة من سلطاتها ويفقد العقد شرطا من شروط العقد الإداري، وبالتالي يتحول إلى عقد مدني، وبالتالي فإن خضوع العقد الإداري للتحكيم على هذه الصورة يؤدي إلى هدم لأهم عناصر نظرية العقد الإداري كما تعارفها مجلس الدولة.

---

(١) Sinnar, S. Alternative dispute resolution, the public sector group of the world bank, 2002, P.44.

(٢) Christopher E. Miller, A. Glossary of terms. And concepts in peace and conflict studies, editor: Mary E. King. Second edition, university for peace Africa program me, 2005, P.434.

المبحث الثالث

مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري

أمام الدور الكبير الذي يلعبه التحكيم في فض المنازعات، يطرح التساؤل عن مدى إمكانية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، وتظهر أهمية هذا التساؤل بالنظر إلى مركز الإدارة المتمثل في كونها أحد أشخاص القانون العام، وهي صاحبة السلطة لحماية المصلحة العامة، وبإمكانها الحصول على حقوقها، والحقيقة أن التحكيم أضحى من أهم الوسائل التي يتم اللجوء إليها لفض المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للمميزات العديدة المتحقة عنه، فضلا عن إجرائه عادة من خلال اختيار كل طرف من أطراف الخبرة والاختصاص في مجال المنازعة المذكروة، العقد مُحكما، ويختار المحكمان محكما ثالثا ليكون محكما مرجحا ويغلب أن يكون هؤلاء المحكمون من ذوي، وقد شرعت الدولة قوانين تحدد مجالات التحكيم وتنظم إجراءات اللجوء إليه، والغالب أنها تسري على المنازعات التجارية، ومع ذلك فإن بعض قوانين التحكيم الحديثة تورد نصوصا تسمح باستخدام التحكيم في منازعات العقود الإدارية[١].

وقد اختلف الفقهاء[٢] بشأن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فذهب البعض إلى عدم القبول به، بذريعة أن اللجوء إلى التحكيم في تلك العقود ينتقص من سيادة الدولة بسبب سلبه لاختصاص القضاء بنظر لمنازعات؛ فضلا عن كونه يسمح لهيئة التحكيم بعدم تطبيق القانون الوطني عن النزاع المعروض وتطبيق مبادئ أو قواعد قانونية أخرى.

كما احتج هذا الفريق[٣] بالقول بأن اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات فيه اعتداء على اختصاص القضاء الإدراي الذي يُعد صاحب الاختصاص الأصيل في الفصل فيها طبقا لنصوص قانونية صريحة، فالحكمة من منحه هذا الاختصاص هي أن العقود الإارية ذات طبيعة خاصة تتميز فيها عن غيرها من العقود المدنية والتجارية، فهي تتضمن شروطا استثنائية، كالشروط المتعلقة بالقوة القاهرة والظروف الاستثنائية، ناهيك عن إعطاء جهة الإدارة صلاحيات واسعة لا يتمتع بها الطرف الآخر المتعاقد معها، والتي تخرج عن المبادئ الأساسية المستقرة في مجال العقود المدنية والتجارية والمحكومة بقاعة المساواة بين طرفي العقد في الحقوق والالتزامات؛ ولهذا تنطبق على العقود الإدراية قواعد قانونية خاصة

---

(١) Ch. JARROSSON. "Arbitrage commercial, droit international" credec. 2012, P.33.

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٤٣.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية. الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص٥٦.

تراعي فيها هذه الطبيعة الاستثنائية للعقد الإدراي، وذلك بتطبيقه قواعد القانون الإداري، لا سيما وأن معظم القواعد المذكورة قضائيا أنشأها القضاء الإدراي مراعيا فيها المرونة المطلوبة في العقود الإدارية[١].

ويسترسل هذا الجانب من الفقه[٢] بقوله "أن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع النظام العام؛ لأن هيئة التحكيم تستعين بالقواعد القانونية التي تراها ملائمة لفض النزاع القائم دون الالتزام بقواعد النظام العام، وأهمها في هذا الشأن قاعدة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

إلا أن هذا القول محل نظر، فالتحكيم ليس فيه أي انتقاص لسيادة الدولة كونها هي التي تجيزه بمقتضى قوانينها الداخلية، كما أن الرأي الراجح في الفقه[٣] يرى بعدم إمكانية خروج المحكم عن النظام العام في الدولة، وحتى التحكيم الدولي لا يمكن الخروج فيه عن النظام العام الدولي، كذلك لا تمتلك جميع الدول قضاء إداري متخصص في مجال العقود الإدارية، أو قد يكون لديها قضاء إداري إلا أن القضاء العادي هو المختص بنظر هذه المنازعات كما هو الحال في الكويت، كما أن هذا القضاء المتخصص قد يكون حديث النشأة ولا يملك الخبرة والمهارة التي يملكها المحكمين، فضلا عن أن قيام الإدارة والأفراد باختيار المحكمين والإدارة باختيار محكمين لا يراعون هذه القواعد[٤].

وتسقط الحجة القائلة بعدم التزام المحكمين بالقواعد الاستثنائية للعقود الإدارية، فمن غير المعقول أن تقوم تلك الحجة؛ ولذلك فإن الرأي الراجح من الفقه يدعم فكرة الأخذ بالتحكيم وسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية[٥] حتى لو لم يجز القانون الداخلي ذلك، حيث يتم من خلال وضع شرط التحكيم في هذه العقود، ويستند في ذلك إلى أن القوانين التي تحدد اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات، كما أن قوانين التحكيم تحدد مجالاته في المسائل التي يجوز فيها الصلح، فالمادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية الكويتي تنص على "أنه لا يصح التحكيم إلا لقانون الأحكام الشخصية وأحكام الشريعة الإسلامية). في المسائل التي يجوز فيها الصلح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ويجوز التحكيم بين الزوجين

(١) د. محمد رجب السيد الكحلاوي: حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات الحقوق الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٣٢.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص١١٢.

(٣) د. وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص٨٧.

(٤) د. محمد سعيد حسين أمين: خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدراية، الطبعة ٢٠٠٨، دار النهضة العربية، ص٩.

(٥) د. محمد سعيد حسين أمين: خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٨٣.

طبقا واستنادا لما تقدم، فالتحكيم مثل الصلح لا ينتقص من اختصاص المحكمة الأصلية، فضلا عن أن القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع[١].

كما أن قوانين التحكيم الحديثة تنص صراحة على أن أحكامها تسري على كل العلاقات بين أطراف من أشخاص، هذا وقد اختلفت اتجاهات الأنظمة القانونية حيال مشروعية اللجوء إلى التحكيم في الفصل في منازعات العقود الإدارية، ففي فرنسا كان محظورا اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلا أن هذا الوضع قد تعدل بموجب قانون صدر في عام ١٩٦٨ حيث اقتصر حظر التحكيم في العقود الداخلية مع بعض وشركات أجنبية[٢].

وأجاز التحكيم بشروط معينة في العقود الإدراية الدولية أي العقود التي تبرم مع مؤسسات، وعليه فإن المشرع الفرنسي جعل التحكيم غير ممكن في المنازعات المتعلقة بالدولة والهيئات والمؤسسات العامة إلا أنه بالنسبة للمشروعات التجارية والصناعية العامة فيمكن الترخيص لحل نزاعاتها بالتحكيم بمقتضى مرسوم وفقا للمادة ٢٠٦ من القانون المدني الفرنسي، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ عندما اعتبر أن (إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية يعد باطلا، وإدراجه لا يعد عائقا في اللجوء إلى القضاء الإداري مباشرة) [٣].

كما لم يتضمن نظام التحكيم الكويتي أية إشارة إلى أن أحكامه تسري على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ولكن يرى جانب من الفقه بأن هذا السكوت لا يعني عدم إمانية الأخذ بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقد الإداري، إذ تنص المادة الأولى منع على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، وقد جاءت كلمة "نزاع" مطلقة وغير محددة بنوع معين من المنازعات؛ ولذلك فإنها تشمل أي نوع من المنازعات بما فيها منازعات العقود الإدارية"، ثم أجازت المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لهذا النظام لجوء الجهات الحكومية للتحكيم بشرط مرافقة رئيس مجلس الزراء على ذلك بقررا مسبب، مع إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر في المنازعة، وبذلك تكون اللائحة قد أخذت بالاتجاه الحديث نحو خضوع منازعات العقودالإدراية للتحكيم[٤].

---

(١) نبيل حياوي، مبادئ التحكيم، ط٣، الناشر : المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤، ص٥٤.

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٣٢.

(٣) د. ماجد راجب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، الطبعة ٢٠٠٤، دار الجامعةالجديدة، ص٤٥.

(٤) د. زكي محمد النجار: الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٥٥.

أما المشرع الكويتي فإنه لم يجز التحكيم في منازعات العقد الإداري بموجب النص الوارد في المادة ٨٥، في مصر ثار خلاف حول ما إذا كان قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يشمل العقود الإدارية أم لا، وقد حسم المشرع المصري هذا الخلاف في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بقوله ما يلي "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

هذا وإن عدم موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم بطلانا نسبيا[١]، إذ أن الموافقة اللاحقة تصحح البطلان.

وفي لبنان ثم إقرار القانون رقم ٢٠٠٢/٤٤٠ وأجاز بموجبه للدولة ولأشخاص القانون العام، أيا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع، اللجوء إلى التحكيم، على أن تتم إجازته بموجب مرسوم يتخذه في مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص[٢].

أما في الكويت فإن الشروط العامة للمقاولات لأعمال الهندسة المدنية فقد نصت المادة التاسعة والستون على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بين صاحب العمل والمقاول، وتكون هذه الإمكانية موجودة حتى لو لم يتم الاتفاق بين الأطراف على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بينهم، فإذا ما نشب نزاع بينهما، فينبغي إحالته إلى المهندس والذي يتخذ قرار لحل النزاع المذكور، فإذا لم يقتنع أحد الأطراف أو كلاهما بهذا القرار، فعندما يمكن اللجوء إلى التحكيم وخلال ثلاثين يوما من تاريخ إصدار قرار "٤" المهندس، ويطبق في هذا الشأن النصوص الورادة في قانون المرافعات المدنية الكويتي المتعلقة بالتحكيم[٣].

واستنادا لهذه التعليمات فإن القانون الكويتي يسمح باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بأي عقد من العقود الإدارية[٤]، وخصوصا عقود الأشغال العامة وليس من مانع يمنع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات من جانب آخر فقد نص قانون الاستثمار الأجنبي بالمر رقم ٣٩ الملغي في القسم "١٠" تحت عنوان تسوية الخلافات على أن "تتم تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار في الكويت والتي تنشأ بين

---

(١) د. جورج شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال منازعات العقود الإدارية، ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ص٦٥.

(٢) د. محمد طه سيد أحمد: تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، درا النهضة العربية، الطبعة ٢٠١٢، ص٧٦.

(٣) د.سامي الطوخي: الوسائل البديلة لفض المنازعات وأبعاد أزمة العدالة، بحث منشور في مؤتمر كويت للتحكيم التجاري الدولي في ٤-٦ ديسمبر ٢٠١٢، الكويت ، ص٣٨٣.

(٤) د. زكي محمد النجار: الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٥٥.

مستثمر أجنبي وشخص أجنبي عادي أو معنوي، وفقا لأحكام تسوية الخلافات الوارادة في أي من الاتفقات المكتوبة ذات العلاقة التي تنظم العلاقة بين الطرفين، ويجوز للطرفين أن يختارا في أي اتفاق يتوصلان إليه استخدام آليات التحكيم المحددة في القانون الكويتي".

أما بالنسبة إلى قانون الاستمثار الأجنبي الحالي لسنة ٢٠٠٦ فقد نصت المادة ٢٧ منه على أن (إذا كان أحد أطراف النزاع خاضعا لأحكم هذا القانون يجوز لهم عند التعاق الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقا للقانون الكويتي أو أي جهة أخرى معترف بها دوليا- المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحد أحكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم الكويتية في المسائل المدنية، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء إلى التحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة[١] بين الأطراف وبذلك سمح باللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار المذكورة في القانون أعلاه وهي تمثل ضربا مهما من ضروب العقود الإدارية الدولية.

(١) د. جورج شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال منازعات العقود الإدراية، ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ص٦٥.

المبحث الرابع
إجراءات التحكيم في منازعات العقد الإداري

تمهيـد

لا تختلف إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية عن إجراءات التحكيم في غيرها من المنازعات إلا في بعض المسائل التي ينبغي مراعاتها بسبب الطبيعة الخاصة للعقد الإداري[١]. والقاعدة العامة في هذا الشأن هي أن اتفاق التحكيم هو الذي يحدد الإجراءات واجبة التطبيق في هذه المنازعات، فإذا لم يتضمن الاتفاق المذكور الإجراءات واجبة التطبيق فحينها يصار إلى تطبيق الإجراءات المقررة في القوانين، ويعبر عن هذه الفكرة بقانون الإرادة حيث أقر القانون الفرنسي بأن الإرادة هي التي تحكم[٢] إجراءات التحكيم.

(١) د. رجب محمد السيد الكحلاوي: حدود الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٦٤.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص١٥٤.

المطلب الأول

القواعد العامة للإجراءات الحاكمة للتحكيم في منازعات العقد الإداري

يعتبر قانون المرافعات المدنية الكويتي نبراسا للقواعد العامة للإجراءات الحاكمة للتحكيم في منازعات العقد الإداري حيث نص في المادة (٢٦٥) منه على:

١- ويجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي على اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون[١].

٢- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام (كما نصت المادة التاسعة والستون من الشروط العامة للمقاولات لأعمال الهندسة المدنية على أن يكون لصاحب العمل أو المقاول الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين المحكم الثالث وفق بأمور التحكيم). الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية أو وفق أية إجراءات ينص عليها قانون خاص كما نص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري في المادة ٢٥ منه على أن (لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أية منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة) [٢].

هذا وتنقسم القواعد القانونية في هذا المجال إلى نوعين: القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية، وهي تختلف أيضا بين التحكيم العادي والمطلق والداخلي والدولي. فالقواعد الإجرائية واجبة التطبيق في التحكيم الداخلي العادي هي أصول المحكمة العادية باستثناء ما لا يتفق مع الأصول الخاصة بالتحكيم أو لا يتفق مع جوهره، أو عندما يتفق الخصوم على إعفاء المحكم من تطبيق أصول المحاكمة العادية. وفي جميع حقوق الدفاع ومبدأ حياد المحكّم. الأحوال يجب على المحكم التقيد بالمبادئ الأساسية للمحاكمة كمبدأ المساواة بين المتنازعين ومبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ حياد المحكّم[٣].

---

(١) د. وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص٨٩.

(٢) د. ماجد راجب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، الطبعة ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة، ص٨٩.

(٣) Auby (J.M): "L'arbitrage en matiere advinistrative" A.J.D.A., 1958p3.

أما في التحكيم الداخلي المطلق فإن المحكّم معفي من تطبيق أصول المحاكمة العادية، ويستثنى من هذا الدفاع وبتعليق الحكم والقواعد الخاصة بنظام التحكيم والأصول الإجرائية التي يتفق عليها الفرقاء، الإعفاء قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة، لا سيما المتعلقة بحق وفي التحكيم الدولي، ويطبق المحكم الأصول الإجرائية التي يحددها اتفاق التحكيم، وإذا لم يُحدد هذا الاتفاق للتحكيم، أصولا معينة أو كافية، يطبق المحكّم الأصول التي يراها مناسبة نم خلال المطلق يُعفى المحكّم من التقييد بقواعد القانون ويحكم بمقتضى الإنصاف، وله أن يعتبر بأن الإنصاف يقوم في تطبيق قواعد القانون عينها مع بقائه حرا باعتماد قواعد القانون توصلا للحل الذي يتطلبه العدل والإنصاف، ولا مانع من أن يكون مخالفا لقواعد القانون المعفي من تطبيقها ويستثنى من ذلك الإعفاء القواعد المتعلقة بالنظام العام(١).

وتجدر الإشارة إلى أن النظام العام الداخلي الذي يخص دولة معينة يختلف عن النظام العام الدولي الذي يتعلق بالأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش بين المجتمعات.

كما نص قانون التحكيم الكويتي على أحكام كثيرة يجوز الاتفاق على خلافها، ومن ذلك ما يأتي: ١- كيفية التبليغات، ٢- عدد أعضاء هيئة التحكيم وكيفية تشكيلها، ٣- الإجراءات الواجب اتباعها أمام هيئة التحكيم بما في ذلك مكان ولغة التحكيم، ٤- المواعيد الخاصة بتقديم لائحة الدعوى واللائحة الجوابية. ٥- القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، ٦-ميعاد إصدار حكم التحكيم النهائي، ٧- تسبيب حكم التحكيم. المطلب الثالث القرار التحكيمي هو القرار الصادر عن المحكّم أو هيئة التحكيم ويفض النزاع المضروح كليا أو جزئيا، سواء تعلّق هذا القرار بموضوع النزاع ذاته أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات التي تؤدي إلى إنهاء الخصومة، وينبغي أن يتضمن القرار التحكيمي على اسم المحكم أو أسماء المحكمين الذين أصدوره، ومكان وتاريخ إصداره وأسماء الخصوم وصفاتهم وأسماء وكلائهم أن وجدوا، وخلاصة ما أبداه الخصوم من وقائع وطلبات وأدلة مؤيدة لها، وأسباب القرار وفقرته الحكمية، وتوقيع المحكّم أو المحكمين الذين أصدروه، وفي ذلك تنص المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات المدنية الكويتي على أنه:-

(١) Societies francaise de constructins mecanique, Rec, CE, 15 fevrier, 1935p32.

١- يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة. أو بأكثرية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين وطبقا لما هو مبين في هذا القانون ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة.

٢- يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين.

وينص القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة ٣/٤٣ على أنه (يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجبا). وقد يتمتع القرار التحكيمي منذ صدوره بحجية القضية المحكوم بها بالنسبة إلى النزاع الذي فصل به إذ تنص المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص علهيا في هذا القانون).

والمادة ٥٥ من القانون المصري تنص على أنه "تحوز أحكام المحكمين الصادرة، طبقا لهذا القانون حجية الأمر، أما القانون الكويتي فيشترط لنفاذ القرار التحكيمي مصادقة المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد هذا ويخضع القرار التحكيمي للرقابة من جانب القضاء، وسنتحدث عن هذه المسألة لاحقا، الذين لجئوا إلى التحكيم وفي الموضوع الذي صدر فيه قرار التحكيم، الخصوم كما اعتبر القانون المذكور حجية القرار التحكيمي نسبية، إذ أنها لا تسري إلا في مواجهة الخصوم.

المطلب الثاني
خصوصية قواعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أولا: طبيعة الخصومة التحكيمية في العقد الإداري

إن الخصومة التحكيمية أساسها بداية العلاقة التي تربط أطرافها في إطار العقد الأساسي المبرم بينهم والمتضمن التزامات وحقوق متبادلة ناجمة عن هذا الطابع التعاقدي والذي يخضع بإرادتهم التعاقدية إلى اتفاق تحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة كسبيل لفض النزاع الذي هم فيه مختلفون، وقيام النزاع يؤدي بالضرورة إلى انطلاق المرحلة التالية اليت يهيمن عليها الطابع القضائي من خلال الدعوى التحكيمية والتي تبدأ بتشكيل محكمة التحكيم لتتولى الفصل في هذه الدعوى ضمن إطار قواعد قانونية محكمة وفقا لإجراءات وقواعد موضوعية واجبة التطبيق.

من هذا المنظور وسعيا للوقوف على القواعد التي تحكم الخصومة التحكيمية يقتضي منا الأمر التطرق إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم ثم معرفة القانون الواجب التطبيق سواء تعلق الأمر بالإجراءات أو بموضوع النزاع[١].

ثانيا: القواعد التي تحكم تشكيل الهيئة التحكيمية

يقصد بتشكيل هيئة أو محكمة التحكيم، اختيار الشخص أو الأشخاص التي توكل لهم مهمة التحكيم، ويطلق عيهم اسم محكم أو محكمين يمارسون مهمة الفصل كقضاة خواص يخضعون لقواعد تحكم هذا التعيين[٢].

ويخضع تشكيل محكمة التحكيم لمبدأين أساسيين هما: إن إرادة الأطراف هي المرجع الأول في اختيار محكمة التحكيم، والثاني مراعاة المساواة بين طرفي النزاع في اختيار المحكمين، سنقوم من خلال هذا الفرع بدراسة القواعد التي تحكم تشكيل هذه الهيئة من حيث تحديد الجهات الخول لها تشكيل هيئة التحكيم، وكذا الشروط الواجب توافرها في المحكمين[٣].

أولا: الجهات المخول لها تشكيل هيئة التحكيم[٤]

---

(١) Larguier J., Conte ph. Procedure civil, droit judiciaire prive, 17 editin, Dalloz, 41, 2000 Fragistas CH.N Arbitrage et arbitrage international en droit prive Revue critique de droit international Prive, 1960, P.32.

(٢) منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص٣٢.

(٣) International court of arbitration, rules for a pre-arbitral referee procedure, Paris, ICC Publication. 2008, P.34.

(٤) د. أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية في قانون المرافعات، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، ص٣٢.

إن حسن سير إجراءات التحكيم وصحتها، ثم صدور حكم التحكيم وعدالته يتوقف على كفاءة وحسن اختيار الشخص القائم عليهما، ومن هنا فقد قيل أن "التحكيم تحكمه قاعدة ذهبية مفادها أنه بمقدار قيمة المحكم تكون قيمة التحكيم".

وقد أعطت كافة التشريعات للأطراف حرية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، فلهم أن يحددوا وقت وكيفية هذا الاختيار.

ولما كان التحكيم كالقضاء يقوم على تعارض المصالح بين الخصوم فإن اتفاق هؤلاء على تشكيل هيئة التحكيم قد يكون أمر صعب؛ لذا حرصت كافة التشريعات على إزالة ما قد يعترض تشكيل هيئة التحكيم من عقبات عن طريق إعطاء القضاء الوطني سلطة التدخل في هذا الشأن بناء على طلب أحد الأطراف[١].

(١) تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف

لقد اتجهت تشريعات الدول الحديثة[٢] إلى إعطاء الحرية الكاملة للأطراف في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، وهذا الاتجاه هو نتيجة طبيعية للفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم والمتمثلة في ترك الحرية لأطرافه في تنظيم إجراءاته ومنها حويتهم في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم التي تتولى مهمة الفصل فيما ينشب بينهم منازعات.

إن كيفية هذا التعيين وإن كانت تبدو من البساطة بمكان إلا أنها مدعاة لبعض الصعوبات فقد اختلفت بشأنها القوانين الداخلية خصوصا فيما يتلعق بالجانب الشكلي من حيث تحديد شخص المحكم أو طبيعة الوظيفة التي يؤديها، ومن هنا تدخل المشرع المصري والكويتي بنصوص قانونية آمرة من خلال قانون التحكيم المصري والكويتي ملزما الأطراف عند قيامهم باختيار وتشكيل هيئة التحكيم بضرورة مراعاة بعض الشروط في هذا الصدد منها:-

(١) قاعدة الفردية أو الوترية

لم يلزم المشرع الأطراف باختيار عدد معين من المحكمين فلهم اختيار محكم واحد أو أكثر، والقيد الوحيد في هذا الصدد يتعلق بوترية العدد، بمعنى أنه إذا اتفقت الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم بأكثر

---

(١) Techniques for controlling time and costs in arbitration, report from the ICC commission on arbitration, Paris, ICC publication. 2007, P7.

(٢) د. نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء (تصدر عن نقابة المحامين في الجمهورية الكويتية)، السنة الرابعة والأربعون، العددان الثالث والرابع، بغداد، مطبعة الشعب، ٢٠١٨، ص٣٢.

من محكم فإنه يلزم أن يكون العدد فرديا، وفي هذا الصدد تنص المادة (١٦) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أن "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عد محكمين بعدد فردي".

وهذه القاعدة كرستها عدة قوانين وطنية، وكذا نظم مراكز التحكيم الدائمة سواء بطريقة صريحة أو ضمنية، بل أن الكثير منها رتب على مخالفتها جزاء بطلان التحكيم[١] .

(٢) قبول المهمة من طرف المحكم[٢]

إن تمام تشكيلة محكمة التحكيم مرهونا بقبول المحكم أو المحكمين للمهمة المسندة إليهم من خلال اتفاق التحكيم، فهي المرحلة الأخيرة لتشكيل محكمة التحكيم، في هذا الصدد تفرض المادة ١٤٥٢ قانون إجراءات مدنية فرنسي شرط قبول المحكمين للمهمة الموكلة إليهم والمشرع الكويتي في قانون التحكيم المادة (٤٣) نص على أنه "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إلأيهم"، وبالتالي فإن قبول المحكم أصبح من القواعد الآمرة التي ترتبط بها صحة تشكيل المحكمة التحكيمية، ويصبح المحكم في هذه الحالة فريقا في الاتفاقية التحكيمية، كما يصبح مرتبطا اتجاه الفرقاء بروابط تعاقدية[٣]، وتتمثل هذه الواجبات في واجب واحد وهو موجب النتيجة والمتمثل في إلزامية الفصل في النزاع من خلال المهلة المحدد وذلك تحت طائلة تحميله المسئولية في حالة التأخر أو التخلف.

وكذلك فإن أي محكم في قضية ما يفرض أن يعلم ما إذا كانت هناك أسباب بطلب رده أو عزله ويقتضي أن يبلغ الفرقاء بذلك[٤] ، هذا وإذا رفض المحكم القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من رئيس المحكمة المختصة.

ثانيا: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

إذا كان الأصل أن يقوم الأطراف باختيار وتشكيل هيئة التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا هو الطريق الوحيد لاختيارهم[٥] ، فقد يعترض تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها إتمام عملية التحكيم ولا يستطيع الأطراف التغلب عليها، فمن هنا أصبح من الضروري البحث عن جهة توكل لها مهمة مساعدة

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص٩٠.

(٢) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط٢، عمان، بدون دار نشر، ١٩٩٢، ص٧٣.

(٣) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والاقنون الوضعي، ط١، بغداد، مطبعة الخلود، بدون سنة، ص٣٢.

(٤) د. محمد أبو العنين: المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون البونسترال النموذجي، بحث في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو، ١٩٩٩، ص٩٠.

(٥) د. كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، ط١، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص١٣.

الأطراف في إزالة هذه العقبات حتى يحقق التحكيم فاعليته ويؤدي دوره المنشود كطريق أكثر سرعة من القضاء لفض المنازعات.

وبالنظر إلى نصوص قانون التحكيم الكويتي يتبين أنها أعطت هذا الدور المساعد للقضاء ليس فقط من أجل تحقيق الفاعلية المطلوبة لنظام التحكيم، ولكن أيضا من أجل أن يستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية، فالدولة عندما تصدر تشريعا تعترف فيه بجواز اللجوء إلى التحكيم وتقر بمشروعيته، فإنها بذلك تفوضه جانب من اختصاصاتها السيادية المتثلة في الفصل في المنازعات التي تنشب بين الأفراد والذي يضطلع بها القضاء كأصل عام في الدولة إن مثل هذا التشكيل لا يتأتى إلا في إطار التحكيم الداخلي وبعدة شروط:

١-وجود نزاع

من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه "حصلت/تنص المادة (١٤٤٤) بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو في تنفيذ طرق تعيينهم، عين رئيسهم المحكمة الكلية المحكم أو المحكمين".

وذات الاتجاه سار عليه المشرع الكويت حيث نص في المادة (٩٣) من قانون التحكيم على أنه "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة".

يفهم من هذان النصان أنه يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن يكون هناك نزاعا قائما بالفعل بين طرفي "التحيكم" حيث إن هذا الشرط يعد تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأنه حيث لا يوجد مصلحة فلا دعوى[١]، وبالتالي فإنه إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع فإن الأثر المترتب على ذلك هو عدم قبول دعوى تعيين المحكم لانتفاء شرط المصلحة فيها.

٢-وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم

يشترط لإجازة تدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن تعترض عملية تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها القيام بالمهام المحددة لها في اتفاق التحكيم، وهذا شرط بديهي، ذلك أن تدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر ذو طبيعة احتياطية لا يتم إعماله إلا في حالة

(١) د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٨٧.

وجود صعوبات تعترض عملية التشكيل، وبالتالي إذا ما تم تشكيل هيئة التحكيم دون وجود صعوبة تذكر في هذا الشأن، فلا يجوز للقضاء التدخل في هذه الحالة إلا لرقابة مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم احتراما لإرادة الأطراف وحسن نواياهم.

ويثير هذا الموضوع التساؤل عن جهة القضاء المختصة التي أوكلها المشرع بمهمة إزالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري.

فقد ذهب جانب من الفقه[١] إلى أن تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر من قبيل الدور المساعد والتعاوني في تحريك عملية التحكيم ونجاحها دون أن يتعرض القاضي لموضوع النزاع وبالتالي استبعاد القضاء الإداري وعقد الاختصاص في هذا الشأن للقضاء العادي؛ لأن طبيعة نشاط التحكيم خارج كل مرجعية على مفهوم المرفق العام وفكرة السلطة العامة وهما أساس اختصاص القضاء الإداري بالإضافة إلى أن إجراءات التحكيم ترتبط بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص[٢].

فيما ذهب جانب آخر إلى عقد الاختصاص بصفة مطلقة لجهة القضاء الإدراي بنظر المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم باعتبارها الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع.

أما عن موقف المشرع الكويتي[٣] فلم تكن بنية واضحة، فقد أقر للتحكيم الداخلي حسب نص المادة (٩) من قانون التحكيم الكويتي على أن يتم التعيين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وبالتالي فمشرعنا اهتم بالاختصاص الإقليمي دون الاختصاص النوعي، فلو أن المشرع قصد جهة القضاء الإداري لجاء في المادة أن الاختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو يذكر المحكمة الإدارية المختصة[٤]، وهو ما يوحي بأن نيته اتجهت إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة.

(٣) تدخل القضاء في تشكيل هيئة التتحكيم محكوم بعدة ضوابط منها:

أ- احترام الشروط التي حددها القانون، وتلك التي اتفق عليها الأطراف في المحكم.

---

(١) د.شعيب أحمد سليمان: التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة (دراسة مقارنة)، بغداد، دار الحرية للطباعة، ١٩٨١، ص٤٣.

(٢) د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص١١.

(٣) د. خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي: ط١، القاهرة، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص٣٢.

(٤) باسود عبد الملك: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل التشريع الكويتي: مجلة الدراسات القانونية، العدد ١٧، أبريل ٢٠١٣، ص٤٣.

ب- عدم قابلية الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم بأي طريق كان، هذه القاعدة المتعلقة بحالات رد المحكم/ يمكن أن نستشفها من نص المادة ٧٦ من قانون التحكيم الكويتي حيث جاء فيها... "هذا الأمر غير قابل لأي طعن" ومنه نقول أن قرار التعيين أيضا غير قابل لأي طعن.

الخاتمـة

تعرضنا بالبحث والتحليل لموقف المشرع الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية حيث كان المبدأ العام في فرنسا هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز ذلك، وعليه فإن موقف المشرع الفرنسي كان واضحا منذ البداية في هذا الشأن.

وتعرضنا لموقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية حيث حدث خلاف وجدل في الفقه الفرنسي بشأن مدى جواز اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والتزم مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص القانونية العامة طرفا فيها، واعتبر ذلك من المبادئ القانونية العامة التي تلتزم الجهات الإدارية باحترامها، في حين أن القضاء العادي حاول جاهدا لتخفيف مبدأ حظر اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية حيث طبق العظر على التحكيم في العقود الإدارية الداخلية وأقر بمشروعية الاتفاق الذي تبرمه الأشخاص القانونية العامة لحسم المنازعات الناشئة عن العقود ذات الطابع الدولية.

أيضا عرضنا التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري حيث إن المشرع لم يواجه موضوع التحكيم في العقود الإدارية بنص صريح يفصل في هذا الأمر؛ لذا تباينت آراء الفقهاء وأحكام القضاء في خضوع العقود الإدارية للتحكيم، وعند صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث أضيف إليها الفقرة الآتية: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

وفي النهاية تناولنا التحكمي في العقود الإدارية في الكويت وذلك لبيان الوضع التشريعي للتحكيم قبل صدور قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، وبعد صدور هذا القانون أعطى ال مشرع للأفراد أو للأشخاص الاعتبارية اللجوء إلى هيئات التحكيم القضائي في المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الوزارات أو الهيئات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة.

وقد اختلف موقف الفقه والقضاء باختلاف نوع التحكيم المطبق على هذه المنازعات؛ ونظرا لأن التحكيم في العقود الإدارية أصبح في الوقت الراهن أمرا لا يمكن الاستغناء عنه فالأمر يقتضي وضع ضمانات وضوابط تحافظ على خصائص العقود الإدارية.