

مشروعية اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم الأردني

الدكتور عبدالرزاق هاني المحتسب⁽¹⁾*

الملخص

يسعى هذا البحث الى بيان مشروعية اللجوء الى التحكيم حسب قانون التحكيم الأردني رقم 27 لسنة 2001، حيث ان المشرع الأردني قد أجاز وحسب المادة 3 من قانون التحكيم لجوء الأشخاص المعنوية العامة الى التحكيم إلا انه لم يُشر صراحة الى جواز ذلك في العقود الإدارية والتي تمتاز بطبيعتها القانونية المميزة لها عن العقود الخاصة.

ولقد توصل الباحث من خلال هذا البحث لمجموعة من النتائج لعل من أهمها ان نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني بصياغتها الحالية لا تجيز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية، كما قدم الباحث مجموعة من التوصيات كان أهمها ضرورة تعديل نص المادة 3 من قانون التحكيم الأردني بحيث تشمل العقود الإدارية بمعناها الاصطلاحي.
الكلمات المفتاحية: التحكيم، العقود الإدارية، قانون التحكيم الأردني.

Abstract

This research seeks to demonstrate the legality of resorting to arbitration according to the Jordanian Arbitration Law No. 27 of 2001, as the Jordanian legislator has authorized, according to Article 3 of the Arbitration Law, to resort to public legal persons to arbitration, but he did not explicitly indicate that this is permissible in administrative contracts, which are characterized by their nature Distinctive legal from private contracts.

The researcher reached through this research a set of results, perhaps the most important of which is that the text of Article 3 of the Jordanian Arbitration Law in its current form does not allow resorting to arbitration in administrative contracts.

The researcher also presented a set of recommendations, the most important of which was the need to amend the text of Article 3 of the Jordanian Arbitration Law to include administrative contracts in their idiomatic sense.

key words: Arbitration, administrative contracts, Jordanian arbitration law.

(1) مركز صناع المستقبل للدراسات والتنمية، معان، الأردن.

* الباحث المستجيب: abed_almuhtaseb@yahoo.com

المقدمة

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة العامة لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وتأمين الاحتياجات العامة ومستلزمات المواطنين بالإضافة إلى تشجيع الاستثمار وجذب الأموال وتنفيذ الخطط الاقتصادية والاجتماعية للدولة.

ومن الطبيعي أن ينشأ عن هذه العقود منازعات بين أطرافها حيث إن الطرف الأول أحد أشخاص القانون العام، بينما يكون الطرف الآخر أحد اشخاص القانون الخاص سواءً أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً وطنياً أو دولياً، مما يعني انه وحسب المبدأ السائد فإن تلك المنازعات تدخل في اختصاص القضاء الوطني الحصري نظراً لارتباط هذه العقود بسيادة الدولة ومصالحها العليا.

إلا أنه ونتيجة للتطور السريع للحياة الاقتصادية ومحاولة الشركات التجارية الكبرى فرض سيادتها وهيمنتها على الاستثمارات وخصوصاً في الدولة النامية، ونتيجة لتحول دور الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة؛ فإن هذه المتغيرات أجبرت الدول على اللجوء الى التحكيم - والذي يعتبر من الوسائل البديلة في حل النزاعات - لفض المنازعات المرتبطة بالعقد الإداري لضمان انعقاد العقد واستمراريته، خصوصاً أن ما يهم المتعاقد مع الإدارة تحقيق الربح وبعض النظر عن المصالح العامة للإدارة.

لذلك لم يعد التحكيم يقتصر على المنازعات التجارية فقط، بل امتد إلى منازعات العقود الإدارية، وأصبح وجود شرط أو مشاركة التحكيم من الأسباب الرئيسية لانعقاد العقد، بالرغم من أن هذه العقود تخضع لقواعد القانون العام والذي يمنح الإدارة امتيازات تجعلها تسمو على المتعاقد معها.

ويلاحظ أن المشرع الأردني لم يفرد نصوصاً قانونية تتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية، وإنما اخضعه لقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 وتعديلاته، والذي جاء أساساً لتنظيم التحكيم التجاري مما شكل خللاً في تطبيق تلك القواعد القانونية والمتعلقة أساساً بالعلاقات الخاصة وتطبيقها على تلك العلاقات التي تخضع للقانون العام.

مشكلة الدراسة:

نصت المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على أنه "مع مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي، يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون، سواء تعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية او غير عقدية" واستناداً إلى هذه المادة جاءت هذه الدراسة للإجابة على التساؤل الرئيسي التالي: هل يمكننا اعتبار أن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مشروعاً استناداً إلى هذه المادة؟ وهل أجاز المشرع الأردني اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؟ كما ويتفرع عن هذه الإشكالية عدد من التساؤلات المهمة لعل من أهمها:

أولاً: ما هو التحكيم في العقود الإدارية؟ وهل فعلاً له أهمية بالغة في هذه العقود؟

ثانياً: هل تظهر مشكلة اللجوء إلى التحكيم في جميع العقود التي تكون الإدارة أو الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها؟

ثالثاً: هل تشمل المادة (3) من قانون التحكيم الأردني اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟ وهل يمكننا اعتبار

المادة ذاتها الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم في القانون الأردني؟

رابعاً: ما هو موقف الفقه والقضاء الأردنيين من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؟

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة بتحديد الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم في القانون الأردني، خصوصاً في ظل التقدم الاقتصادي السريع ووضع الدول لخططها وبرامجها لجذب وتشجيع الاستثمارات لتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة. كما أن اشتراط الشركات الكبرى إدراج شرط أو مشاركة التحكيم في عقودها مع الإدارة أوجب ضرورة البحث عن مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، نظراً لاختلاف طبيعة التحكيم الذي جاء لتنظيم العلاقات الخاصة عن طبيعة العقد الإداري والذي يخضع لقواعد القانون العام بما له من سلطة وامتيازات، لذلك كان لابد من توضيح موقف المشرع الأردني من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وكيفية معالجته تشريعاً، بالإضافة إلى توضيح مدى التعارض أو التوافق بين العقود الإدارية والتحكيم.

الدراسات السابقة:

تناولت هذه الدراسة مشروعية اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وفق أحكام القانون الأردني رقم 27 لسنة 2001، ولعل من الدراسات الأردنية التي أتيح لنا الاطلاع عليها لتحديد ما يميز دراستنا عنها تتمثل بـ: أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، للدكتور محمد العبادي، 2007. حيث بينت الدراسة أهمية اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية ومدى جواز اللجوء إليه.

ولعل أهم ما يميز دراستنا عن الدراسة أعلاه ان دراستنا ركزت على تحليل نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 والبحث في مشروعية اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية بمعناها الاصطلاحي، حيث ميزت دراستنا بين العقود الإدارية التي تقوم بها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة وبالتالي تخضع لقواعد القانون العام وبين العقود التي تقوم بها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بصفتها شخص عادي ويطبق عليها أحكام القانون الخاص.

منهجية البحث:

سوف تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي الذي يركز على عرض المشكلة وتحليلها وتوضيح كيف تناولها الفقه الإداري وتوضيح موقف القضاء منها، وبطبيعة الحال لا تخلو هذه الدراسة من النقد الذي يؤيد وينتقد فيه الباحث خطة المشرع الأردني، والآراء المختلفة التي قيلت في موضوع الدراسة، كما يستخدم الباحث المنهج المقارن بين نصوص قانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم المصري عند الحاجة لذلك.

خطة الدراسة:

للإجابة على أسئلة هذه الدراسة وفي سبيل الوصول إلى النتائج المتوخاة، فقد ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين: تناولنا في المبحث الأول: التحكيم في العقود الإدارية. أما المبحث الثاني فقد خصصناه لمبحث المعالجة التشريعية للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم الأردني.

المبحث الأول: التحكيم في العقود الإدارية

يُعد التحكيم من الوسائل الاختيارية التي يلجأ إليها أطراف العقد لفض المنازعات الناشئة بسبب تنفيذه بعيداً عن القضاء الوطني، كون التحكيم يُعتبر من الوسائل البديلة لفض النزاعات، حيث يتفق أطراف العقد على اللجوء إليه وقد يكون هذا الاتفاق ابتداءً أو بعد البدء بتنفيذ العقد.

ولغايات توضيح التحكيم في العقود الإدارية لابد لنا من توضيح ماهية التحكيم في العقود الإدارية وهو ما خصصنا المطلب الأول لبحثه، كما لابد لنا من توضيح طبيعة المنازعات في العقود التي تكون يكون أحد أطرافها الإدارة أو الأشخاص المعنوية العامة وهو ما سنبحثه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية

صحيح أن التحكيم نشأ ابتداءً ليحكم العلاقات الخاصة، إلا أنه ونظراً لما يتمتع به من صفات وخصائص وسرعة في حل الخلافات بالإضافة إلى إجراءاته السهلة إذا ما تمت مقارنته بالقضاء الوطني، فقد فرض التحكيم نفسه في كافة فروع القانون، وأصبح من الممكن اللجوء إليه لحل أي نزاع سواءً أكان النزاع عقدياً أو غير تعاقدي باستثناء تلك المنازعات التي يمنع القانون من اللجوء فيها إلى التحكيم⁽²⁾.

ولغايات توضيح ماهية التحكيم في العقود الإدارية بصورة صحيحة لابد لنا أن نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين: الفرع الأول نخصه لتعريف التحكيم في العقود الإدارية، أما الفرع الثاني فنخصه لأهمية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم في العقود الإدارية

قبل بيان تعريف التحكيم في العقود الإدارية نجد أنه من الضروري الإشارة وبشكل سريع لكل من مفهوم العقد الإداري ومفهوم التحكيم بشكل مفرد مما سيساهم في فهم أفضل لتعريف التحكيم في العقود الإدارية وهو ما سنقوم به تباعاً.

(2) – المحتسب، عبد الرزاق هاني (2021)، أثر فكرة النظام العام على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ص85.

يعتبر العقد الإداري⁽³⁾ من أهم موضوعات القانون الإداري، فهو من التصرفات القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها ومصالحها العليا، وتخضع العقود الإدارية للقانون العام الذي يضع الإدارة في مرتبه أعلى من المتعاقد معها بما لها من سلطات وامتيازات يمنحها القانون، وهي غير موجوده في العقود التي تخضع للقانون الخاص، ويمكننا القول بأن العقد الإداري هو اتفاق مبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وبين شخص طبيعي أو معنوي من أشخاص القانون الخاص، ويصطبغ بطابع السلطة العامة ويكون الهدف منه تحقيق الصالح العام وضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

أما التحكيم فهو الاتفاق على عرض النزاع الناشئ بين أطراف العقد أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة من خلال حكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذه الاتفاق شرطاً كان أم مشاركة⁽⁴⁾.

ومن خلال التعريف السابق للتحكيم نجد أنه لا بد من توافر مجموعة من الشروط للجوء إلى التحكيم ويمكننا إيجازها

بما يلي:

أولاً: اتفاق أطراف العقد على اللجوء إلى التحكيم، فلا يمكننا بأي حال من الأحوال اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع دون اتفاق أطراف العقد على إحلال المحكمين بديلاً عن القضاء في حل النزاع، كون التحكيم ذو طبيعة اتفاقية ابتداءً.

ثانياً: إجازة المشرع اللجوء إلى التحكيم، فالتحكيم وسيلة بديلة عن قضاء الدولة المختصة أصلاً بفض النزاعات وهو حق دستوري متعلق بالنظام العام⁽⁵⁾، وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم في الموضوعات التي لا يجيز المشروع اللجوء فيها إلى التحكيم.

(3) - للمزيد أنظر: الطماوي، سليمان (2017) ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص53 وما بعدها. وكذلك: الخلايلة، محمد (2018)، القانون الإداري الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص260 وما بعدها.

(4) - الشيخ، عصمت (2003)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص21. وانظر كذلك: ابو الوفا، احمد (1988)، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص15. وكذلك: هند، حسن (2008)، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص9.

(5) - لا بد من الإشارة هنا أن أطراف العقد عند اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم لا يتنازلون عن حقهم الدستوري لأن التنازل عن هذا الحق غير جائز أصلاً، ويترتب على ذلك أن عدم تنفيذ اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب تعود سلطة الفصل للمحكمة المختصة أصلاً، حيث إن التحكيم

ثالثاً: يكون حكم المحكمين ملزماً لأطراف النزاع حيث إن المحكم يمارس سلطة الفصل في النزاع وبالتالي يكون الحكم الصادر حكماً ملزماً لأطرافه يكتسب حجية الأحكام القضائية ويكون منهي للخصومة ولا يقبل الطعن به إلا بالبطلان.

والملاحظ هنا أن المشرع الأردني لم يورد تعريفاً واضحاً للتحكيم في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001⁽⁶⁾ تاركاً هذه المهمة للفقهاء والقضاء، وقد أحسن المشرع الأردني عملاً عندما أبتعد عن تعريف التحكيم حيث إنه ليس من اختصاص المشرع أصلاً تعريف المصطلحات القانونية⁽⁷⁾.

والأمر ذاته ينطبق على التحكيم في العقود الإدارية فلم يورد المشرع الأردني أو المصري تعريفاً واضحاً للتحكيم الإداري، واقتصرت النصوص القانونية على جواز أو عدم جواز اللجوء إليه في العقود الإدارية، إلا أن جانباً من الفقه واستناداً إلى الأهداف التي يسعى التحكيم إلى تحقيقها ومدى توافر الشروط اللازمة للتحكيم حاول وضع تعريف للتحكيم في العقود الإدارية؛ فقد عرفه جانب من الفقه المصري بأنه " الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدية كانت أو غير عقدية، فيما بينهما أو بين أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، سواءً أكان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الأمرة"⁽⁸⁾.

وبناءً على ما سبق يمكننا القول بأن التحكيم في العقود الإدارية: هو موافقة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري بدلاً عن القضاء المختص سواءً أتم الاتفاق على

يمنع المحكمة من النظر في الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً. للمزيد انظر: الحلو، ماجد (2007)، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص247.

(6) - وهو موقف مخالف لموقف المشرع الأردني في قانون التحكيم الملغي رقم 18 لسنة 1953 والذي عرف فيه المشرع بالمادة 2 التحكيم على أنه "عبارة عن الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان المحكمة أو المحكمين المذكورين بالاتفاق أم لم يكن".

(7) - العبادي، محمد (2007)، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج34، ع2، ص358.

(8) - خليل، نجلاء (2004)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص22.

ذلك في العقد ذاته أو لاحقاً بعد حدوث النزاع، مع الالتزام بتنفيذ الحكم التحكيمي سواء أكان المتعاقد مع الإدارة شخصاً وطنياً أو أجنبياً.

الفرع الثاني: أهمية اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية

بات واضحاً تحول الدولة من دورها التقليدي إلى تدخلها في مناحي الحياة المختلفة خصوصاً في الحياة الاقتصادية، نظراً لتلك التغيرات المتسارعة في الاقتصاد العالمي وللحفاظ على سير المرافق العامة واستمرارية الحياة العامة دون توقف في ظل سيطرة الشركات الكبرى والشركات متعددة الجنسيات على الأسواق العالمية وفرضها لشروطها الخاصة دون أي اعتبار لطبيعة المتعاقد معها سواء أكان من الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة.

هذه التغيرات جعلت الشركات الكبرى تلجأ إلى التحكيم كطريق بديل لفض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقود نظراً لما يتمتع به التحكيم من سرعة في حل المشكلات لابتعاده عن القضاء الرسمي للدولة والذي يمتاز بالبطء والتعقيد، كما أن الدول أو الأشخاص المعنوية العامة وجدت نفسها مجبره على اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد لضمان انعقاد العقد، فغالبية العقود الإدارية ذات طبيعة تجارية أو استثمارية ينظر فيها المتعاقد مع الإدارة إلى مقدار الربح المتحقق.

لذلك ولضمان استمرارية التعاقدات ذات النفع العام مثل عقود النفط والغاز أو عقود الإنشاءات وعقود الاستثمار وعقود التنقيب عن الموارد الطبيعية يجب على الإدارة الموافقة على إدراج شرط أو مشاركة التحكيم، حيث يعتبر ذلك من المتطلبات الرئيسية للطرف المتعاقد مع الإدارة، بالإضافة إلى ذلك فإن مثل هذه العقود تعتبر من العقود المهمة جداً للدولة والتي تسعى إلى المحافظة على سريتها بشتى الطرق وقد يؤدي إفشائها إلى الإضرار بمصالح العليا للدولة⁽⁹⁾، ويحقق اللجوء إلى التحكيم هذه الميزة فهو يمتاز بالسرية التامة عند نظر القضايا التحكيمية.

وأيضاً تكمن أهمية اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁰⁾ لفض المنازعات بالنسبة للدولة أو أحد أجهزتها الإدارية بضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، لما يمتاز به التحكيم من سرعة في حل الخلافات واختصار الوقت والجهد مما يعني

(9) - أنظر: محمود، احمد سيد (2011)، التحكيم في عقود الشراكة (PPP)، ورقة مقدمة في ندوة "الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين

العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، والمنعقد في شرم الشيخ، مصر، ديسمبر، ص55.

(10) - للمزيد أنظر: المحتسب، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها.

استمرارية التعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، على عكس اللجوء إلى القضاء المختص والذي يستغرق وقتاً طويلاً وتعقيداً في الإجراءات مما قد يضطر التعاقد مع الإدارة على وقف الوفاء بالتزاماته التعاقدية لحين البت في الخلاف. كما لا بد لنا أن نشير ختاماً أن اللجوء إلى التحكيم له أهمية أيضاً بالنسبة للتعاقد مع الإدارة فهو يضمن سرعة الإجراءات أمام هيئة تحكيمية تمتاز بالحياد على عكس القضاء الوطني الذي ينحاز لصالح تحقيق المصلحة العامة، كما يسعى التعاقد مع الإدارة إلى ضمان سرية المعلومات خصوصاً في تلك المنازعات ذات الطابع الاقتصادي والاستثماري، بل أن بعض الشركات الكبرى تفضل خسارة الدعوى مقابل المحافظة على أسرارها التجارية⁽¹¹⁾.

وخلاصة القول فإن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية له أهمية بالغة⁽¹²⁾ بالنسبة للدولة أو أجهزتها العامة تتمثل في المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وضمن سرية المعلومات، كما أن له أهمية للتعاقد مع الإدارة تتمثل في الابتعاد عن القضاء الوطني لضمان سرعة الإجراءات وحياد من ينظر الخلاف.

المطلب الثاني: طبيعة المنازعات في عقود الإدارة

تستخدم الإدارة العامة مجموعة من الوسائل لتحقيق أهدافها والقيام بواجباتها وضمن استمرارية المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولعل من أهم هذه الوسائل العقود الإدارية بحيث تلجأ الإدارة إلى التعاقد مع الغير لتوفير احتياجاتها، وتمارس الدولة أو أحد اشخاصها المعنوية العامة في سبيل ذلك جميع النشاطات المتاحة سواء أكانت نشاطات تظهر فيها الإدارة فصفتها صاحبة سلطة وسيادة وتتمتع بامتيازات القانون العام وبالتالي تسمو على التعاقد معها، كما انه يمكن للدولة او أشخاصها المعنوية العامة ممارسة نشاطاتها بصفتها العادية التي تتخلى فيها عن امتيازاتها الممنوحة لها، خصوصاً بعد اتساع دور الدولة لتشمل جميع المجالات وعدم حصرها بالوظائف الأساسية.

مما يعني أن العقود التي تكون الدولة أو الإدارة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها لا تخضع لنظام قانوني واحد، وإنما تنقسم على قسمين رئيسيين:

أولاً: العقود التي تعقدها الإدارة وتخضع فيها لأحكام القانون الخاص، فهي تعامل معاملة العقود المدنية فتتساوى فيها

الإدارة مع التعاقد معها ولا تستخدم تلك الامتيازات التي منحها لها القانون الإداري فتعامل فيها الإدارة معاملة

(11) - الصانوري، مهند (2005)، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص42.

(12) - للمزيد أنظر: العبادي، محمد، مرجع سابق، ص360.

العقود الخاضعة للقانون الخاص وتطبق عليها أحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي في فصل المنازعات الناشئة عنها.

ثانياً: العقود التي تبرمها الإدارة مع غيرها من الأفراد أو الهيئات وتستخدم فيها الإدارة سلطاتها وامتيازاتها بحيث تصبح في مرتبة أعلى من المتعاقد معها، وتهدف من خلال هذه العقود إلى استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ويطلق عليها مصطلح العقود الإدارية.

وعليه فإنه لا يمكننا اعتبار أي عقد تكون الإدارة أحد أطرافه عقداً إدارياً ويخضع لأحكام القانون الإداري، بل يجب علينا التفرقة بين تلك العقود التي تتخلى فيها الإدارة عن سلطاتها وامتيازاتها وبالتالي تخضع لأحكام القانون الخاص، والعقود التي تخضع للقانون العام وتعتبراً عقوداً إدارية يمنعها الاصطلاحي.

ويلاحظ ان المشرع في كلاً من الأردن ومصر لم تحدد مفهوماً للعقود الإدارية وإنما ترك هذه المهمة للفقه والقضاء الإداريين، حيث توافق الفقه والقضاء الإداري على تعريف العقود الإدارية بأنها ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأحكام القانون العام كما ويتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام⁽¹³⁾، ومن خلال هذه التعريف لا بد من تحقق مجموعة من الشروط في العقد ليعتبر العقد عقداً إدارياً لعل من أهمها أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد، كما لا بد من اتصال العقد بالمرفق العام وأن تظهر نية الإدارة بالأخذ بأحكام القانون العام.

وتتمثل أهمية هذه التفرقة بين العقود التي تكون الإدارة أحد أطرافها في أمرين مهمين، أولهما: تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا كان العقد عقداً إدارياً بمعناه الاصطلاحي فأن قواعد القانون العام على وجه العموم وقواعد القانون الإداري على وجه الخصوص هي القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد، أما إذا كانت الإدارة أحد أطراف العقد بصفتها شخصاً عادياً فأن قواعد القانون الخاص هي التي تطبق على العقد.

ثانيهما: تحديد القضاء المختص في نظر المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد، فقد يكون القضاء الإداري هو القضاء المختص إذا كان العقد عقداً إدارياً بمعناه الاصطلاحي، وقد يكون القضاء العادي هو القضاء المختص إذا تعاقدت الإدارة

(13) - انظر: الطماوي، سليمان، مرجع سابق، ص58. وانظر كذلك: الخلايلة، محمد، مرجع سابق ص263.

بصفتها شخصاً عادياً، صحيح أن العقود الإدارية في الأردن تخضع لقضاء المحاكم العادية إلا أن هذا التمييز بين النظم القانونية يساعد القاضي العادي في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق.

اما في مجال التحكيم الإداري فإن تحديد طبيعة المنازعات الإدارية يساهم في التطبيق الصحيح لنصوص القانون، ففي منازعات العقود الإدارية بمعناها الاصطلاحي فيتم تطبيق القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية، اما في منازعات التي تكون الإدارة فيها أحد أطراف العقد بصفتها شخصاً عادياً فإنه يتم تطبيق القواعد القانونية التي تحكم العقود المدنية والتجارية، ولعلنا بغنى عن القول إن دراستنا هذه لا تستهدف العقود التي تجريها الإدارة بصفتها شخص عادياً كونها عقود تخضع لأحكام القانون الخاص، وإنما تستهدف العقود الإدارية بمعناها الاصطلاحي كما تم وضعنا اعلاه.

خلاصة القول فإن منازعات العقود الإدارية هي تلك المنازعات التي تنشأ بسبب تنفيذ العقد الإداري بمعناه الاصطلاحي والفني وتخضع هذه المنازعات لقواعد القانون العام وامتيازاته، فلا يجوز إبعادها عن القضاء المختص⁽¹⁴⁾ وعن قواعد القانون العام وضوابطه، إلا أن التساؤل الذي يثور هنا حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية طالما صُنِفَ العقد بأنه عقد إداري يخضع لقواعد القانون العام، وكيف عالج المشرع الأردني اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001؟ وهو ما سنبحثه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: موقف المشرع الأردني من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم رقم 27 لسنة 2001

من الملاحظ على التشريعات المتلاحقة سواء في الأردن أو مصر أنها لم تخصص أي مواد قانونية أو أحكام تتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية نظراً لارتباط التحكيم بعقود التجارة الدولية والعقود الخاصة عموماً بإمكانية اتفاق أطراف العقد على اللجوء إلى التحكيم لتساوي مراكزهم القانونية، بل جاءت أحكاماً عامة دون مراعاة لطبيعة المنازعات الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام وامتيازاته، مما دفع المشرع إلى إسقاط الأحكام القانونية التي تنظم التحكيم عموماً على المنازعات في العقود الإدارية والتي تخضع لأحكام القانون العام، وهو ما دفعنا إلى البحث في الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم في

(14) - لا بد من الإشارة هنا أنه لا تعتبر ولاية القضاء الإداري في الأردن حسب قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 ولاية عامة على كل ما يتعلق بنشاط الإدارة، وإنما هي ولاية محددة بالقرارات الإدارية النهائية حسب المادة 5 من القانون، مما يعني أن اختصاص نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في الأردن للمحاكم العادية صاحبة الولاية العامة.

منازعات العقود الإدارية وكيف عالج المشرع الأردني ذلك في قانون التحكيم، بالإضافة إلى توضيح موقف الفقه والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وهو ما سنقوم تالياً.

المطلب الأول: الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

تُطبق في الأردن مجموعة من القوانين والأحكام تُنظم عملية التحكيم⁽¹⁵⁾، إلا أن ما يهمننا في هذه الدراسة هو الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني الحالي رقم 31 لسنة 2001 والذي استمدت أحكامه من قانون التحكيم المصري والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985⁽¹⁶⁾، حيث نص المادة (3) منه على أنه " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي، يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على إخضاعه لهذا القانون، سواء تعلق بنزاع مدني او تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت او غير عقدية".

وبتحليل هذه المادة نلاحظ أن المشرع الأردني قد أجاز من - حيث المبدأ - لأشخاص القانون العام سواء الدولة أو الإدارة أو أي من الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها العقدية أو غير العقدية، إلا أنه لم يفرق بين تلك العقود التي تعقدها الأشخاص المعنوية العامة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة وتمارس صلاحياتها الممنوحة لها بموجب القانون العام، وبين تلك العقود التي تتعاقد الدولة أو الإدارة فيها بصفتها المدنية وتتنطبق عليها أحكام القانون الخاص، ولعل السبب الرئيسي لذلك تأثر المشرع الأردني بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عند صياغة أحكام قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، والمخصص أصلاً لعقود التجارة الدولية ذات الطبيعة الخاصة، بالإضافة إلى وجود عدد من الدول تأخذ بالنظام الموحد⁽¹⁷⁾ للقانون الإداري، إي أن القواعد القانونية التي تنطبق على العقود الإدارية هي ذاتها التي تنطبق على العقود الخاصة، وهو ما يعني خضوع المنازعات العقدية سواء أكانت مدنية أو إدارية لجهة قضائية واحدة ويُطبق عليها

(15) - ومنها: قانون التحكيم الفلسطيني رقم 9 لسنة 1926، وقانون التحكيم رقم 45 لسنة 1936، وبعد انتهاء الانتداب البريطاني صدر قانون التحكيم الأردني رقم 18 لسنة 1953 وأستمر العمل به لحين صدور قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

(16) - أنظر المذكرات الإيضاحية لقانون التحكيم الأردني والمنشورة بالصفحة رقم 61 من ملحق الجريدة الرسمية، العدد الثاني، المجلد الثامن والثلاثون.

(17) - أما النظام الآخر فهو النظام المزدوج، أي أنه يوجد قانون إداري مستقل يحكم علاقات ومنازعات السلطة الإدارية إلى جانب القانون الخاص، وبدء هذا النظام بالظهور في فرنسا ثم امتد إلى عدد من دول العالم منها مصر والأردن. أنظر: الخلايلة، محمد (2018)، القانون الإداري/ الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص23.

قانون واحد⁽¹⁸⁾، دون أن يكون هناك قواعد قانونية خاصة تحكم العقود الإدارية أو جهة قضائية مستقلة للنظر في المنازعات الناشئة عنها، وبالتالي لا يوجد أي أهمية للتمييز بين العقود الإدارية والعقود الخاصة⁽¹⁹⁾.

كما ويلاحظ أيضاً على نص المادة الثالثة أنها لم تشمل المنازعات الإدارية بسريان قانون التحكيم الأردني واقتصرتها على المنازعات المدنية والتجارية حيث جاء النص واضحاً بقول المشرع "... سواء تعلق بنزاع مدني او تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام او القانون الخاص ..."، مما يعني أن قصد المشرع قد أتجه إلى تلك العقود التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام بصفته الخاصة أو تلك العقود التي تبرمها الإدارة ولا تهدف فيها لتسيير المرفق العامة أو ما يعرف بعقود الإدارة العامة، لأن ما يميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة ارتباطها بمرفق عام بالإضافة إلى استخدام وسائل القانون العام، ودون ذلك فلا فرق بين العقود الإدارية والخاصة لاتفاقها في جوهرها وأركانها.

وينبني على ذلك أن المشرع الأردني أستثنى العقود الإدارية من إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنها، لأن الأردن يأخذ بالنظام المزدوج للقانون الإداري هو ما يقتضي وجود قواعد قانونية خاصة تُطبق على هذه العقود تختلف عن القواعد التي تحكم العقود الخاصة⁽²⁰⁾، خصوصاً أن اللجوء إلى التحكيم يعتبر استثناءات على الأصل وبالتالي يحتاج إلى نص يجيزه صراحة، وهو ما أكدته محكمة التمييز والتي اعتبرت أنه وحسب أحكام الدستور فإن حق التقاضي للمحاكم النظامية وأن الاتفاق بين الأفراد أو الهيئات على إحالة الخلافات فيما بينهم إلى التحكيم يعتبر استثناء على هذا الأصل وأنه يجب عدم التوسع في تفسير هذا الاستثناء وأن يكون تطبيقه بحدود واضحة⁽²¹⁾.

ومن الملاحظ أيضاً على نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني وتعديلاته أن المشرع عدل مطلع المادة بإضافة عبارة "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة..." بموجب القانون المعدل رقم 16 لسنة 2018⁽²²⁾،

(18) - الخليفة محمد، مرجع سابق، ص23. وكذلك: القبيلات، حمدي (2023)، القانون الإداري/الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص22.

(19) - القبيلات، حمدي، مرجع سابق، ص76.

(20) - صحيح أن ولاية القضاء الإداري في الأردن تنحصر بالقرارات الإدارية النهائية فقط ولا تشمل العقود الإدارية، إلا أنه ونظراً لوجود قواعد قانونية خاصة تنظم علاقة الإدارة مع المتعاقد معها وتجعل الإدارة في مرتبة أعلى، فإن القواعد القانون المستمدة من القانون العام هي واجبة التطبيق على العقد الإداري حتى وأن كانت المحاكم العادية هي المحاكم المختصة أصلاً.

(21) - انظر الحكم رقم 4695 لسنة 2019 محكمة تمييز حقوق الصادر 2019/11/3.

(22) - التعديل المنشور في الصفحة رقم 2317 من الجريدة الرسمية العدد رقم 5513 بتاريخ 2018/5/2.

وهو ما يعني أن المشرع الأردني قد وسع من نطاق تطبيق القانون موضوعياً وأحال إلى هذه الاتفاقيات تفسير أحكام القانون خصوصاً في العقود الإدارية الدولية حيث أن المشرع الأردني وحسب نص المادة الثالثة لم يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وأخضعهما لقانون التحكيم الأردني، وبالتالي فإن أي خلاف بسبب القانون يحسم استناداً إلى المعايير الدولية للتحكيم والمستمدة من الاتفاقيات الدولية.

وبما أن المشرع الأردني قد وضع الاتفاقيات الدولية في مرتبة أعلى من نصوص القانون العادي⁽²³⁾ فيبدو جلياً لنا رغبة المشرع الأردني في تطبيق القواعد والمبادئ الدولية على اتفاق التحكيم الخاضع لأحكام القانون الأردني سواءً أكانت عقوداً تجارية خاصة أو إدارية نظراً لأهمية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في مثل العقود⁽²⁴⁾، وهو ما أشرنا إليه سابقاً. وخلاصة القول لا يمكننا اعتبار المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية دون أن ينص المشرع على ذلك صراحة، حتى وأن كان هناك دلائل⁽²⁵⁾ على اتجاه نية المشرع إلى جواز التحكيم في منازعات العقود نظراً للطبيعة القانونية الخاصة للعقود الإدارية كونها تخضع لأحكام القانون الإداري، وفي الوقت ذاته لا يمكننا تجاهل أهمية التحكيم في جذب الاستثمارات وتنمية الاقتصاد الوطني حيث يعتبر التحكيم شرطاً رئيسياً للمتعاقد مع الإدارة لإتمام العقد.

(23) - أنظر: قرار التفسير رقم (2) لسنة (2019) الصادر عن المحكمة الدستورية والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 5595 بتاريخ 2019/9/16، ص5202. وكذلك: العكور، عمر وآخرون (2013)، مرتبة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 40، العدد 1، ص82.

(24) - من الأمثلة على الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم: اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية جنيف لسنة 1961، واتفاقية واشنطن لسنة 1965، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية.

(25) - أجاز المشرع الأردني التحكيم في نصوص تشريعية أخرى غير قانون التحكيم ومنها نص المادة 17/ب من قانون استقلال القضاء الأردني حيث نصت على "يجوز للقاضي ان يُعين محكماً بموافقة مجلس الوزراء بناءً على تنسيب المجلس إذا كانت الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة طرفاً في النزاع المراد فصله بطريق التحكيم أو كان النزاع ذا صفة دولية ويعود للمجلس الحق بتقدير بدل أتعاب القاضي المحكم". وكذلك نص المادة 33 من قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995 حيث نصت " تُسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية ودياً بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسوية النزاع من خلال ذلك مدة لا تزيد على ستة أشهر فلاي من الطرفين اللجوء الى القضاء أو إحالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار لتسوية النزاع بالتوفيق أو بالتحكيم وفق اتفاق تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى الموقعة من المملكة".

كما نصت المادة 84/ب من نظام المشنريات الحكومية رقم 8 لسنة 2022 على انه " ب. للطرفين المتعاقدين الاتفاق ضمن العقد أو في اتفاق منفصل على إحالة النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد الى التحكيم ... ".

ونجد أنه من الضروري الإشارة إلى موقف المشرع المصري⁽²⁶⁾ من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية نظراً لتشابه النصوص القانونية، حيث نص المشرع المصري في المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 على أن أحكام القانون تطبق على كل تحكيم سواء أكان أطرافه من أشخاص القانون العام أو اشخاص القانون الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدو حولها النزاع، إلا أن المشرع المصري ولغايات حسم النزاع حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بالرغم من وضوح المادة الأولى والتي تُجيز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم أياً كانت نوع العلاقة، فقد قام بتعديل نص المادة الأولى بموجب القانون المعدل رقم 9 لسنة 1997 وذلك بإضافة فقرة ثانية تنص على " وبالنسبة الى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

وبهذا التعديل يكون المشرع المصري قد أجاز صراحة وبنص القانون اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية⁽²⁷⁾، بالإضافة إلى أنه اشترط قاعدة إجرائية عند اللجوء إلى التحكيم مما يساهم في المحافظة على الطبيعة القانونية للعقد الإداري، كما ويمكننا اعتبار المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 والمعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997 الأساس القانوني للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر دون أي خلاف يثار حول ذلك.

إلا أن المشرع الأردني لم يحذو حذو المشرع المصري رغم أن قانون التحكيم الأردني أستمد أحكامه من قانون التحكيم المصري وبكل تأكيد فأن المساهمون بوضع التشريع على دراية كاملة بالجدل الفقهي والقضائي حول المادة الأولى قبل تعديلها بالقانون رقم 9 لسنة 1997 والتي يمكن اعتبارها المصدر التاريخي لنص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني، ولذلك نعتقد بضرورة تدخل المشرع الأردني وحسم الخلاف حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بالنص على ذلك صراحة في قانون التحكيم الأردني أسوةً بالمشرع المصري، كما ندعو المشرع الأردني إلى إضافة إجراءات وشروط للجوء

(26) - للمزيد من التفاصيل أنظر: العطار، يسري (2001)، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص114 وما يليها. وكذلك: الطماوي، على (2017)، التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 395 وما يليها.

(27) - حيث إن الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بجلسة 1996/12/18 أفتت بعدم مشروعية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى حجتين: إحداهما انعدام الأساس التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية لعدم وجود نص صريح في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 أو في أي قانون آخر يسمح بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وثانيهما عدم ملائمة التحكيم مع الطبيعة القانونية للعقد الإداري لأن من خصائص العقد الإداري خضوع المنازعات الناشئة عنه للقضاء الإداري دون غيره.

أشخاص القانون العام إلى التحكيم في سبيل الموازنة بين الطبيعة القانونية للعقد الإداري وبين الحاجة للجوء إلى التحكيم خصوصاً في العقود الإدارية الدولية.

واقع الحال هذا أدى إلى نشوء خلاف فقهي حول اعتبار المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني الأساس القانون للجوء الى التحكيم في العقود الإدارية وهو ما سنبحثه تالياً.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية

ثار خلاف فقهي حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بالاعتماد على نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 وتعديلاته، حيث يرى جانب من الفقه⁽²⁸⁾ أن قانون التحكيم الأردني يتسع ليشمل في أحكامه كل العلاقات العقدية وغير العقدية التي تدخل الدول طرفاً فيها، وتتفق فيها على حل المنازعات عن طريق التحكيم، على اعتبار أن نص المادة الثالثة جاء عاماً ليشمل كل تحكيم يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام إذا كان النزاع متعلقاً بنزاع مدني أو تجاري بحسب الهدف الذي توخته الإدارة في العقد، وهذا الأمر لا يؤدي إلى إخراج العقود الإدارية من أحكام المادة الثالثة بسبب ماهيتها الإدارية.

إلا أننا نعتقد - مع الاحترام - أن هذا الرأي قد جانب الصواب؛ حيث أن العبرة باعتبار العقد عقداً إدارياً هي توافر المعايير اللازمة لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود والتي أسنقر الاجتهاد الفقهي والقضائي⁽²⁹⁾ عليها، والمتمثلة بضرورة أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد، واتصال العقد بالمرفق العام، وأن يتضمن العقد لوسائل القانون العام أو لشروط استثنائية غير موجودة في العقود الخاصة، فلا عبره للهدف الذي توخته الإدارة من العقد خصوصاً أن العقود الإدارية وغير الإدارية تتفق في ماهيتها وجوهرها وشروط انعقادها، وبالإضافة إلى ذلك فإن التطور السريع لدور الدولة وتدخلها في الحياة الاقتصادية

(28) - العبادي، محمد، مرجع سابق، ص365. وكذلك: عبد الهادي، بشار (2005)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص68.

(29) - عرفت محكمة العدل العليا العقد الإداري بأنه " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، ويتجلى ذلك إما بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص" انظر حكم محكمة العدل العليا بالدعوى رقم 2009/294 بتاريخ 2008/11/30. للمزيد أنظر: الحلو، ماجد (2009)، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص9. الطماوي، سليمان، مرجع سابق، ص59. وكذلك: كنعان، نواف (2010)، العقود الإدارية/ الكتاب الثاني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص313 وما بعدها. وكذلك: الخلايلة، محمد، مرجع سابق، ص264.

أدى إلى ظهور العديد من العقود التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وذات طبيعة تجارية ولكنها عقود إدارية نظراً لاحتوائها على شروط غير مألوفة ولاتجاه نية الإدارة للأخذ فيها بأسلوب القانون العام⁽³⁰⁾.

كما أتجه جانب آخر من الفقه⁽³¹⁾ - والذي نؤيده - إلى أن المشرع الأردني استثنى العقود الإدارية من إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنها مستنداً على أن قصد المشرع الأردني في المادة الثالثة من قانون التحكيم أتجه إلى إمكانية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، فمن الممكن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية أياً كان نوعها، المهم أن لا يكون النزاع حول عقد إداري حيث لا يبدو الباب مفتوحاً لذلك كما فعل المشرع المصري، كما قيل في تبرير هذا الرأي أن المشرع الأردني حدد لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية.

أما بالنسبة للقضاء الأردني وباستقراء أحكامه فنجد أنه قد تأثر بموقف المشرع الأردني وأستند إلى أن المادة الثالثة من قانون التحكيم أجازت لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، دون أي تفرقة بين العقود الإدارية التي تظهر فيها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة وبين العقود التي تعامل فيها معاملة الشخص العادي ويطبق عليها أحكام القانون الخاص، فقالت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأنه " تملك سلطة المياه الأهلية اللازمة لإبرام العقود وتتمتع بالشخصية الاعتبارية ذات استقلال مالي وإداري ولها بهذه الصفة القيام بجميع التصرفات القانونية وفق أحكام المادة (3) من قانون سلطة المياه وتعديلاته رقم (18 لسنة 1988) وهي وفقاً لذلك تملك إجراء المصالحة فإذا كان العقد المبرم بين الطرفين بخصوص العطاء قد تضمن إحالة أي نزاع بشأنه إلى التحكيم وأن المادة (3) من قانون التحكيم تشير إلى سريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص فإن مقتضى ذلك أن اتفاق التحكيم صحيح وتترتب عليه آثاره"⁽³²⁾ وفي حكم آخر حكمت المحكمة بأنه " في ذلك نجد إن المادة

(30) - القبيلات، حمدي (2010)، القانون الإداري، ج2، ط1، دار وائل للنشر، عمان، ص102.

(31) - الأحذب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم-التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص96. وكذلك: السيد، اماني (2018)، مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء الأنظمة العربية، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مجلد11، ع 4، ص 2379. وكذلك: سليم، هادي، التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الدولة بين مفهوم العقد الإداري وضرورات الاستثمار، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 28، ص 18، هامش (4).

(32) - انظر: محكمة التمييز بصفتها الحقوقية في الحكم رقم 3078 لسنة 2018 الصادر بتاريخ 2018/6/20.

الثالثة من قانون التحكيم قد جاء فيها (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية) ويستفاد من ذلك أن مضمون هذه المادة أجاز إحالة أي خلاف مع الحكومة إلى التحكيم⁽³³⁾.

وفي حكم آخر بينت محكمة التمييز بأنه " ... يضاف إلى ذلك أن قانون التحكيم الأردني أعطى وبصراحة تامة الحق للأشخاص الاعتبارية العامة أن يكونوا طرفاً في اتفاق تحكيم وأن حكم التحكيم جاء وفقاً لأحكام المادة (20/8) من الفصل العشرين من عقد المفاوضة الموحد"⁽³⁴⁾.

فيلاحظ أن محكمة التمييز اعتمدت على نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني لإحالة أي نزاع يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام دون أي اعتبار لطبيعة المنازعات المدنية أو التجارية التي حددها المشرع، فالعبرة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم ليست في كون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام، وإنما باعتبار العقد عقداً إدارياً تظهر فيه الإدارة سلطتها المستمدة من القانون العام.

كما أنه وباستقراء أحكام القضاء الأردني لم نجد أي حكم يبين مشروعية اللجوء إلى التحكيم بشكل صريح بالرغم من عدد القضايا التي نظرها القضاء الأردني وتتعلق بلجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وهو ما يدفعنا إلى القول بتشكيل قناعة لدى محكمة التمييز بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية حيث لو أن الأمر عكس ذلك لآثارته المحكمة من تلقاء نفسها أو بينت قبل البحث في موضوع النزاع مدى إمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية⁽³⁵⁾.

أضف إلى ذلك أن القرار التفسيري للمحكمة الدستورية حول الطعن بدستورية المادة الثالثة⁽³⁶⁾ من قانون التحكيم لتعارضها مع المادة التاسعة من نفس القانون أقتصر على بيان عدم جواز التصرف بالأموال العامة استناداً إلى نص المادتين (60،163) من القانون المدني والمتعلقة بالتصرف بالأموال العامة، وبطلان أي اتفاق يقضي بالتصرف بهما خلافاً للإجراءات

(33) - انظر: محكمة التمييز بصفتها الحقوقية في الحكم رقم 3950 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 2016/10/1.

(34) - انظر: محكمة التمييز بصفتها الحقوقية في الحكم رقم 6133 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 2019/10/9.

(35) - المحتسب، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص189.

(36) - انظر: الحكم رقم (3) لسنة 2013 الصادر عن المحكمة الدستورية، والمنشور في الجديدة الرسمية العدد 5225 بتاريخ 2013/6/23.

القانونية المنصوص عليها، كما اشارت المحكمة إلى أن اللجوء الى التحكيم ذو طابع تعاقدى يمكن للأشخاص الاعتبارية اللجوء إليه دون أي توضيح لنوع العلاقة العقدية.

حتى أن محكمة التمييز استندت إلى القرار التفسيري في كثير من أحكامها القضائية⁽³⁷⁾ لبيان إمكانية إبطال حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام إذا تعلق الحكم التحكيمي بالتصرف بالأموال العامة التي يُمنع التصرف بها قانوناً دون أي إشارة إلى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بمعناها الاصطلاحي.

ونجد أنه من الضروري الإشارة إلى أن ولاية القضاء الإداري في الأردن هي ولاية مجتزئة تقتصر على القرارات الإدارية النهائية فقط استناداً إلى نص المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014، وأن القضاء العادي هو القضاء المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية مما انعكس على تعامل القضاء الأردني مع العقود الإدارية وعدم التفرقة بين تلك العقود التي تظهر فيها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة، وبين العقود التي تعامل فيها معاملة أشخاص القانون الخاص والتي يمكنها اللجوء فيها إلى التحكيم استناداً إلى نص المادة الثالثة من قانون التحكيم، ونعتقد بضرورة اتجاه القضاء الأردني إلى التفرقة في مسلكها القضائي بين هذه العقود نظراً لطبيعتها المختلفة، كما أنه يجب على القضاء الأردني معاملة العقود الإدارية بمعناها الاصطلاحي وفقاً لقواعد القانون العام حتى وأن كانت المحاكم العادية هي المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عنها كون الأردن من دول التي تأخذ بالنظام المزدوج.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 وتعديلاته، وبيان هل تضمن قانون التحكيم الأردني أساساً قانونياً يمكن الاستناد إليه لجواز حل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية عن طريق التحكيم، وأشتمل المبحث الأول من الدراسة على بيان التحكيم في العقود الإدارية وماهيته وأهميته، كما بينا المعالجة التشريعية للجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، ونتج عن هذه الدراسة عدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

(37) - أنظر: محكمة التمييز بصفتها الحقوقية في الحكم رقم 8515 لسنة 2018 الصادر بتاريخ 2019/3/14. ومحكمة التمييز بصفتها الحقوقية في الحكم رقم 5482 لسنة 2018 الصادر بتاريخ 2018/9/25. ومحكمة التمييز بصفتها الحقوقية في الحكم رقم 3097 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 2016/10/30. ومحكمة التمييز بصفتها الحقوقية في الحكم رقم 2425 لسنة 2015 الصادر بتاريخ 2016/1/26.

أولاً: النتائج

أولاً: التحكيم هو طريقٌ بديل لفض المنازعات يتفق بموجبه أطراف العقد على عرض النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً عن القضاء المختص، ويكون الحكم التحكيمي ملزم للخصوم ولا يمكن الطعن به إلا بالبطلان.

ثانياً: أصبح اللجوء إلى التحكيم ضرورة لا بد منها في العقود الإدارية، حيث يعتبر من الشروط الرئيسية للمتعاقد مع الأشخاص المعنوية العامة لإتمام التعاقد، مما جعل الدول تسعى إلى الموازنة بين مصالحها الوطنية المتمثلة في التنمية والاستثمار وجلب الأموال وبين المحافظة على قوانينها الداخلية ومبادئها القانونية دون تغليب مصلحة على الأخرى.

ثالثاً: لم يخصص المشرع الأردني قواعد قانونية خاصة للتحكيم في العقود الإدارية، وإنما أسقط القواعد القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري وقواعد التجارة الدولية على العقد الإداري دون أي مراعاة للطبيعة القانونية الخاصة بهذه العقود.

رابعاً: يمكن للأشخاص المعنوية العامة أن تتعاقد بصفتها شخصاً عادياً دون أن تتمتع بالامتيازات التي منحها لها القانون العام وهنا يطبق عليها أحكام القانون الخاص، كما يمكنها التعاقد بصفتها شخصاً عاماً يتمتع بالامتيازات العامة ويطبق عليها أحكام ومبادئ القانون العام وهو ما يطلق عليه العقود الإدارية اصطلاحاً.

خامساً: أجازت المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني الحالي للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العلاقات العقدية وغير العقدية، إلا أنها حددت طبيعة هذه المنازعات بالمنازعات المدنية والتجارية فقط، كما لم تميز بين تلك العقود التي تكون الإدارة أحد أطرافها بصفتها شخصاً عادياً والعقود التي تظهر فيها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة.

سادساً: ساير القضاء الأردني المشرع من حيث إجازة لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في المنازعات العقدية دون بيان طبيعة هذه العقود، كما أنه لم يشر إلى مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني.

ثانياً: التوصيات

نظراً لأهمية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لطرفي العقد، ولغايات المحافظة على الطبيعة القانونية للعقود الإدارية نتمنى على المشرع الأردني الأخذ بالتوصيات التالية:

أولاً: تعديل نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 وذلك بإضافة منازعات العقود الإدارية ضمن المنازعات التي يمكن فيها اللجوء إلى التحكيم بحيث يصبح نص المادة "... سواء تعلق بنزاع مدني أو تجاري أو إداري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية او غير عقدية ...".

ثانياً: لغايات الموازنة بين الطبيعة القانونية للعقد الإداري والنظام القانوني للتحكيم، على المشرع الأردني تقييد اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بمجموعة من الإجراءات والضوابط تضمن هذه الموازنة، ويمكن أن يتم ذلك من خلال اشتراط موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم.

ثالثاً: جعل ولاية المحاكم الإدارية ولاية كاملة على المنازعات الإدارية بما في ذلك العقود الإدارية وذلك بتوسيع اختصاص المحاكم الإدارية وتعديل نص المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري لتشمل منازعات العقود الإدارية.

كما نتمنى على القضاء الأردني وعند النظر في القضايا التحكيمية التمييز بين العقود التي تظهر فيه الدولة أو أحد اشخاصها المعنوية العامة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة، وبين تلك العقود التي تعقدتها بصفتها العادية، إلى حين أن تصبح ولاية القضاء الإداري في الأردن ولاية كاملاً.

المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية:

- ابو الوفا، أحمد (1988)، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- الأحذب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم-التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الاول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- الحلو، ماجد (2007)، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- الخلايلة، محمد (2018)، القانون الإداري الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- خليل، نجلاء حسن (2004)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- سليم، هادي، التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الدولة بين مفهوم العقد الإداري وضرورات الاستثمار، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 28.
- السيد، امانى فوزي (2018)، مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء الأنظمة العربية، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مجلد11، ع 4.
- الشيخ، عصمت (2003)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الصانوري، مهند (2005)، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الطماوي، سليمان (2017)، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الطماوي، على (2017)، التحكيم في العقود الإدارية بين النظرية والتطبيق، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.
- العبادي، محمد (2007)، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج34، ع2.

- عبد الهادي، بشار (2005)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان.
- العطار، يسري (2001)، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- العكور، عمر. وآخرون (2013)، مرتبة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 40، العدد1.
- القبيلات، حمدي (2010)، القانون الإداري/الجزء الثاني، ط1، دار وائل للنشر، عمان.
- القبيلات، حمدي (2023)، القانون الإداري/الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- كنعان، نواف (2010)، العقود الإدارية/ الكتاب الثاني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- المحتسب، عبد الرزاق (2021)، أثر فكرة النظام العام على حكم التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة.
- محمود، احمد سيد (2011)، التحكيم في عقود الشراكة (PPP)، ورقة مقدمة في ندوة " الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، والمنعقد في شرم الشيخ، مصر، ديسمبر.
- هند، حسن محمد (2008)، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة.

المراجع المرومنة:

- Kanaan, Nawaf (2010), Administrative Contracts / Book Two, 1st Edition, Dar Al Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman.
- Abdel-Hadi, Bashar (2005), Arbitration in Administrative Contract Disputes, 1st Edition, Dar Wael for Publishing and Distribution, Amman.
- Abu Al-Wafa, Ahmed (1988), Optional and Compulsory Arbitration, 5th Edition, Mansha'at Al-Maarif, Alexandria.

- Akour, Omar. and others (2013), the rank of international treaties in national legislation and the Jordanian constitution, Journal of Sharia, and Law Studies (In Arabic), University of Jordan, Vol 40, NO 1.
- Al Ahdab, Abdel Hamid, Encyclopedia of Arbitration-Arbitration in the Arab Countries, Book One, Edition 3, Al Halabi Publications, Beirut.
- Al Khalayleh, Muhammad (2018), Administrative Law, Book Two, Dar Al Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman.
- Al-Abadi, Muhammad (2007), the importance of arbitration and the permissibility of resorting to it in administrative contract disputes, Journal of Sharia, and Law Studies (In Arabic), University of Jordan, Vol. 34, NO. 2.
- Al-Attar, Yousri (2001), Arbitration in Contractual and Non-Contractual Administrative Disputes, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- Aleqbeelat, Hamdi (2010), Administrative Law / Part Two, 1st Edition, Dar Wael for Publishing, Amman.
- Aleqbeelat, Hamdi (2023), Administrative Law / Part One, Dar Al Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman.
- Al-Helou, Majid (2007), Administrative Contracts, dar aljameah aljdedh, Alexandria.
- Al-Muhtaseb, Abdel-Razzaq (2021), The Impact of the Public Order Idea on the Arbitration Rule in Administrative Contract Disputes, Ph.D. Thesis, Ain Shams University, Cairo.
- Al-Sanuri, Muhannad (2005), The Role of the Arbitrator in the Litigation of Private International Arbitration, 1st Edition, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman.
- Al-Sayed, Amani Fawzi (2018), the legality of arbitration in administrative contract disputes in the light of Arab systems, Journal of Sharia Sciences (In Arabic), Qassim University, Vol 11, NO. 4.
- Al-Tamawy, Ali (2017), Arbitration in Administrative Contracts between Theory and Practice, second edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- Al-Tamawy, Suleiman (2017), General Principles of Administrative Contracts, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo.

- Hind, Hassan Mohamed (2008), Arbitration in Administrative Disputes, Dar Al-Kutub Al-Qanuni, Cairo.
- Khalil, Naglaa Hassan (2004), Arbitration in Administrative Contract Disputes, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- Mahmoud, Ahmed Sayed (2011), Arbitration in Partnership Contracts (PPP), a paper presented at the symposium "The Legal Framework for Partnership Contracts between the Public and Private Sectors (PPP) and Arbitration in Their Disputes," which was held in Sharm El-Sheikh, Egypt, December.
- Salim, Hadi. Arbitration in Disputes Related to State Contracts, Between the Concept of Administrative Contract and Investment Necessities, Lebanese Journal of Arab and International Arbitration (in Arabic), No. 28.
- Sheikh, Esmat (2003), Arbitration in Administrative Contracts of an International Nature, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.