THE LEGALITY OF RESORTING TO ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE CONTRACT DISPUTES: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN JORDANIAN AND OMANI LEGISLATION

مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية: دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعماني

سالم بن أحمد بن راشد المصلحي

Salim Ahmed Rashid Al Musalhi[1]*, and Mohammad Tahir Sabit Haji Mohamma[2]

[1]Lecturer at the Faculty of Law, A'Sharqiyah University, Sultanate of Oman; Ph. D. Candidate in Law, Department of Sharia and Islamic law, Ahmed Ibrahim Faculty of Law, International Islamic University Malaysia (IIUM), s-almusalhi@hotmail.com

[2] Prof. Dr. in Law, Ahmed Ibrahim Faculty of Law, International Islamic University Malaysia (IIUM), tahir0316@gmail.com

*Corresponding Author

Abstract

This study discussed the issue of the legality of resorting to arbitration in administrative contract disputes. Jurisprudence and judiciary rulings being two sources of interpretation of the law, and a statement of the solutions and proposals that jurisprudence came up with, relying on judiciary rulings as the main document in clarifying the realistic application of the issue. The study relied on the inductive method and the analytical method. The study concluded the following results: The Jordanian legislator did not clearly and explicitly stipulate, just as the Omani legislator did, explicitly stipulate the permissibility, but there is evidence confirming the permissibility of arbitration in administrative contracts with the Jordanian legislator in other laws, such as the Jordanian Judicial Independence Law No. (29) of 2014 According to Article (17) and paragraph (b), as well as the new Jordanian Investment Law No. (30) of 2014 according to Article (43), which explicitly stated that it is permissible to resort to arbitration in investment contracts, which are a type of administrative contract. The jurists differed about the legality of arbitration in administrative contracts, some of them supported arbitration in administrative contracts and some of them opposed. The researcher believes that not saying that it is permissible to resort to arbitration in administrative contracts; It does not keep pace with what is required by reality and the development of the economy of countries, so the legislator may set red lines that the arbitral award cannot cross, otherwise the ruling will be considered null and unrecognized, such as not addressing what affects public order and other controls, as some of the legislations under study did.

Keywords: dispute arbitration, administrative contracts, Omani legislation, Jordanian legislation.

الملخص

ناقشت هذه الدراسة موضوع مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث تتمحور أهداف هذه الدراسة لبيان موقف التشريعات المقارنة والفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك باستقراء وتحليل القواعد القانونية المقارنة في التشريعات محل الدراسة، ثم تأتي الدراسة لتتطرق لآراء الفقهاء وأحكام القضاء كونهما مصدرين تفسيرين للقانون، وبيان الحلول والمقترحات التي آتى بها الفقه مع الاستناد لأحكام القضاء كونها المستند الرئيس في إيضاح التطبيق الواقعي للمسألة. اعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي. وخلصت الدراسة إلى النتائج التالية: لم ينص المشرع الأردني بشكل واضح وصريح، مثلما فعل المشرع العماني بالنص صراحة على الجواز، إلا إن هنالك ما يؤكد جواز التحكيم في العقود الإدارية لدى المشرع الأردني في قوانين أخرى، كقانون استقلال القضاء الأردني رقم (29) لسنة 2014 وفقا للمادة (17) فقره (ب)، كذلك قانون الاستثمار الأردني الجديد رقم (30) لسنة 2014 وفقا للمادة (43)، والتي جاءت صريحة بجواز اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار، التي هي نوع من أنواع العقود الإدارية. لقد اختلف الفقهاء حول مشروعية التحكيم في العقود الإدارية، فمنهم من أيّدَ التحكيم في العقود الإدارية ومنهم من عارض. يرى الباحث أن عدم القول بجواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية؛ لا يتواكب مع ما يتطلبه الواقع وتطور اقتصاد الدول، فللمشرع أن يضع خطوط حمراء لا يمكن لحكم التحكيم أن يتعداها، وإلا عد الحكم باطلا غير معترف به، كعدم تناوله ما يمس النظام العام وغيرها من الضوابط، كما فعلت بعض التشريعات محل الدراسة.

كلمات مفتاحية: تحكيم المنازعات، العقود الإدارية، التشريع العماني، التشريع الأردني.

المقدمة:

يتميز العقد الإداري عن غيره من العقود بعدة مميزات، حيث تظهر فيه سلطة الإدارة وهيمنتها وعلو إرادتها على إرادة الطرف المتعاقد معها نظرا لأن هدفها من إبرام العقد الصالح العام، كذلك فإن العقد الإداري يشترط فيه توافر شروط خاصة كون الإدارة أحد أطراف العقد، ويرتبط العقد المبرم بمرفق عام، ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الأخرى، إلى غير ذلك من الشروط التي قد يتضمنها أي عقد إداري بحسب الظروف التي تم إبرامه فيها؛ لذلك تم إنشاء قضاء إداريا مختصا في بعض الدول التي أخذت بالنظام القضائي المزدوج.

ومع تطور الحياة وتطور النزاعات وتعقيدها وبروز التجارة الدولية وما يسمى بالعولمة والتقدم العلمي والتكنولوجي، ظهرت الحاجة الماسة للتحكيم في العقود الإدارية كونه نظاما يكفل السرعة في فصل النزاع مع عدم وجود امتيازات بين أطرافه؛ ونتيجة لخصوصية العقد الإداري وتميزه عن غيره من العقود الأخرى، فإنها غالباً ما تراعي مصلحة المرفق العام على أي مصلحة أخرى، غير أنه مع التطور المستمر الذي يشهده العالم في شتى مناحي الحياة سعت بعض التشريعات إلى إجازة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مما أثار اشكال حول مدى جواز ذلك من عدمه، ونتج عن ذلك ظهور العديد من الاتجاهات الفقهية المختلفة منها ما يؤيد ذلك، ومنها ما يعارض، ومنها ما يشترط توافر شروط معينة، ولكل اتجاه من هذه الاتجاهات حججه واسانيده ومبرراته.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في ما مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية التي تتميز عن ما سواها من عقود في تبوئ الإدارة كطرف مركزا مميزا وأسمى من مركز المتعاقد معها. كذلك إذا تم بالأخذ بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية ألا يفقد الإدارة العامة سيادتها والامتيازات التي تتمتع بها في حالة إخضاع النزاع للقضاء الإداري المختص، وكما هو معلوم بأن السلطة العامة تتمتع بسلطات واسعة تجاه المتعاقد معها كسلطة المراقبة والتوجيه وسلطة توقيع الجزاءات وسلطة تعديل شروط العقد وغيرها. ومن جهة أخرى ومع انتشار العقود النموذجية والشركات الدولية وزيادة الاستثمار الأجنبي وعقود الاستثمار وحاجة الدول وبخاصة النامية لجذب الاستثمارات الأجنبية فإن التحكيم أصبح حلا ناجحا لحسم الخلافات لما يتميز به من سرعة ومرونة.

أهداف الدراسة:

أ. عرض موقف التشريعات المقارنة في مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، واستعراض اتجاهاتها بين مجيز وممنع وساكت دون تنظيم.

ب. بيان حجج وأدلة كل اتجاه، مع تعزيز ذلك بالتطبيقات القضائية والوقائع العملية.

الدراسات السابقة:

دراسة بن زيد، (2006) بعنوان التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، تناول الباحث فيها التحكيم في العقود الإدارية

في الأردن والسعودية[1]، أوصى الباحث بأن تقوم الدول محل دراسته (الأردن والسعودية) بوضع عقد نموذجي محدد للعقود الإدارية ويضمن في هذا العقد شرط التحكيم، وأوصى كذلك بالتشدد في الأخذ بالتحكيم في العقود الإدارية حيث تستثنى بعض العقود الإدارية فلا تخضع للتحكيم كعقود بناء المنشآت والمطارات العسكرية وغيرها من العقود المتعلقة بأمن وسلامة الوطن. إلا أن الباحث لم يبين موقف المشرع العماني والأردني من التحكيم في العقود الإدارية ولم يتطرق للأحكام القضائية فيهما بشكل تفصيلي.

دراسة المواجدة (2002) بعنوان التحكيم في عقود الدولة دراسة مقارنة[2]، تناول فيها ماهية التحكيم وأنواعه ومميزاته وسلبياته، وموقف الفقه والأنظمة القانونية من التحكيم في عقود الدولة بين مؤيد ومعارض، وتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود الدولة. ومن أبرز النتائج التي توصل لها الباحث أن المشرع الأردني كان من أوائل المشرعين العرب الذين أفردوا للتحكيم قانونا خاصا به، إلا أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على الأخذ بجواز اللجوء إلى التحكيم في القانون الجديد رقم 2001/31 وهو ما سبب خلاف بين الفقهاء. ويرى الباحث أن القول بجواز اللجوء إلى التحكيم هو القول الراجح وبأنه لا يتعارض وسيادة الدولة. وقد أورد الباحث عدة توصيات من أهمها، أنه يجب التروي الشديد وبذل العناية القصوى عند صياغة شرط التحكيم وخاصة الدولي، وأوصى بضرورة إشراك القانونين في صياغة عقود الدولة التي تتضمن شرط التحكيم. ولكنه لم يتطرق للتشريعات المقارنة ولم يأتي بتفصيل حجج وأسانيد الفقه، كذلك فإنه لم يورد أحكام قضائية بالقدر المناسب.

دراسة سلامة، (2014) بعنوان التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية[3]، تناول فيها ماهية التحكيم وطبيعته ومدى جواز مشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، رأى الباحث أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية يعد اعتداء صارخا على سيادة الدولة وهيبتها وسالبا لاختصاص قضائها الوطني، وأن اللجوء إلى التحكيم يتعارض مع النظام العام ويتعارض مع المبادئ الأساسية والطبيعة الجوهرية للعقد الإداري. واستنتج الباحث في هذه الدراسة كذلك أن هنالك ندرة في الأحكام القضائية الصادرة حول التحكيم في العقود الإدارية. أوصى الباحث المشرع الأردني بضرورة إيجاد نص واضح وصريح

1. بن زيد، عبدالعزيز محمد علي،(2006)، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة في الجامعة الأردنية.

2 المواجدة، مراد محمود حماد، (2002) التحكيم في عقود الدولة، رسالة ماجستير مقدمة في معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.

2. البطوش، عبدالله محمد سلامة، (2014)، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة في جامعة العلوم الإسلامية العالمية بالأردن.

يلزم بموجبه أخذ الموافقة من مجلس الوزراء قبل اللجوء إلى التحكيم بالعقود الإدارية وذلك من أجل التضييق من نطاق اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية. لا تتفق دراستنا مع الرأي المطروح وقد تم تفنيد الحجج واستخلاص آراء أكثر مواكبة للتطور الحالي، كذلك فإن الباحث لم يتطرق لموقف المشرع العماني من مشروعية التحكيم في العقود الإدارية.

منهجية الدراسة:

سوف ترتكز هذه الدراسة على ثلاث مناهج للبحث العلمي، وهي كالآتي:

1. المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبع القواعد القانونية المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية، ودراسة اتجاهات الفقه والقضاء في هذا الصدد.
2. المنهج التحليلي: من حيث تسليط الضوء على حجج وأسانيد كل رأي، ودراسة القواعد العامة وتطبيقها على النصوص موضوع الدراسة.
3. المنهج المقارن: من خلال بيان موقف التشريعات محل الدراسة (الأردني والعماني)، كذلك الأحكام القضائية المتناولة لموضوع الدراسة.

ولبيان ذلك ستقسم هذه الدراسة في مطلبين، نبين في الأول موقف التشريعات المقارنة من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، في حين نخصص المطلب الثاني لبيان موقف القضاء والفقه من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحسب التفصيل التالي:

المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

إن موضوع اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، يعد من الموضوعات الجديدة المستحدثة التي بدأ ينتبه إليها مؤخرا المشرع في بعض الدول الحديثة، نظرا لأهميته كوسيلة فعالة لحل المشكلات والعقبات التشريعية والعملية التي تواجه أطراف النزاع في العقود الإدارية [4].

لقد اختلفت مواقف التشريعات من مشروعية اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، فبعض التشريعات رأت جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، وبعضها منعت التحكيم في العقود الإدارية، والبعض الآخر علّق جواز

[4] عبد الهادي، يشار جميل، (2005)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، الأردن –عمان، ص43.

التحكيم على شرط معين. لذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين هما: الفرع الأول: موقف المشرع الأردني من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية. والفرع الثاني: موقف المشرع العماني من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: موقف المشرع الأردني من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

بعد سقوط الدولة العثمانية عام 1924م شكلت إمارة شرق الأردن وكان يطبق عليها في مجال التحكيم قوانين التحكيم الفلسطينية ومنها قانون التحكيم رقم 9 لسنة 1926 وكذلك قانون التحكيم رقم 14 لسنة 1928 وقانون التحكيم رقم 29 لسنة 1934 وقانون التحكيم رقم 63 لسنة 1946. ولقد نصت المادة (19) من قوانين التحكيم السابقة على أنه: "يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة فلسطين أحد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر على الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة"[5]. وهذا نص واضح وصريح على جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة.

شهد الأردن بعد استقلاله عام 1946 م حركة تقنين واسعة النطاق فقد صدر قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 والغى بموجب المادة (22) منه جميع قوانين التحكيم الفلسطينية المعمول بها، وتأثر فيه بقانون التحكيم الإنجليزي فهو القانون العربي الوحيد الذي تأثر بهذا القانون إذ أن معظم القوانين العربية تأثرت بنظام التحكيم الفرنسي[6]. حيث نصت المادة (20) من قانون التحكيم الأردني 53/18 على أنه: "يسري هذا التحكيم على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية أحد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر على الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة".

في عام 2001م قام المشرع الأردني بإصدار قانون التحكيم رقم (31) تواكبا منه مع مقتضيات العصر والتطور الكبير الذي تشهده البلاد مما يتطلب معه تحديث التشريعات المختلفة جراء ذلك. حين نصت المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم 2001/31 على أن: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية". وهي مشابهه لنص المادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، والتي أدت إلى خلاف في

[5] المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 145.

[6] المواجدة، المرجع السابق، ص 145.

الفقه والقضاء المصري –كما ذكرنا آنفا– حتى أصدر المشرع التعديل بقانون رقم (9) لسنة 1997والذي قطع وفصل الخلاف بمشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية.

كذلك ما يؤكد جواز التحكيم في العقود الإدارية لدى المشرع الأردني نص المادة (17) فقره (ب) من قانون استقلال القضاء الأردني [7]رقم (29) لسنة 2014 على أنه: "يجوز أن يعين القاضي محكما بطلب من مجلس الوزراء بناء على تنسيب المجلس إذا كانت الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة طرفا في النزاع المطلوب فصله بطريق التحكيم أو كان النزاع ذا صفة دولية ويعود للمجلس الحق في تقدير بدل أتعابه".

كما نصت المادة (43) من قانون الاستثمار الأردني الجديد [8]رقم (30) لسنة 2014 على أن: " تسوى نزاعات الاستثمار بين الجهات الحكومية والمستثمر وديا خلال مدة أقصاها ستة أشهر، وبخلاف ذلك لطرفي النزاع اللجوء إلى المحاكم الأردنية أو تسوية النزاعات وفقا لقانون التحكيم الأردني أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات باتفاق الطرفين". وهذه المادة جاءت صريحة بجواز اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار التي هي نوع من أنواع العقود الإدارية –كما بينا في الفصل التمهيدي–. ولا ضير بأنه من الأفضل لو سار المشرع الأردني بما سار عليه المصري من تعديل في قانون التحكيم برقم (9) لسنة 1997 بتضمين نص صريح في قانون التحكيم على جواز التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: موقف المشرع العماني من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

لم يكن المجتمع العماني قبل عام 1970م بمعزل عما هو موجود في بقية المجتمعات الإنسانية، لاسيما المجتمعات العربية في شبه الجزيرة العربية، حيث كان القضاء الشرعي الإسلامي يسود عمان، ولم يكن للتحكيم بمعناه القانوني الحالي في ذلك الوقت من وجود مستقل، بل إنه كان مدمجا مع بقية الدعاوى التي ينظرها القضاة الشرعيون أنفسهم، ويصدرون عل أثرها أحكاما في النزاعات بمختلف أنواعها. وما أن بزغ فجر النهضة المباركة عام 1970م حتى أضحت السلطنة رغم حداثتها

[7] قانون استقلال القضاء رقم 29 لسنة 2014، المنشور على الصفحة 6001 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5308 بتاريخ 2014/10/16م .

[8] ألغى هذا القانون قانون تشجيع الاستثمار رقم (16) لسنة 1995 والذي كان ينص في مادته رقم 17 فقرة ب على أنه: تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية وديا بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسوية النزاع من خلال ذلك خلال مدة لا تزيد عن ستة أشهر فلأي من الطرفين اللجوء للقضاء أو إحالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار لتسوية النزاع بالتوفيق أو التحكيم وفق اتفاق تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى الموقعة من المملكة.

دولة عصرية تقوم على مرتكزات ومبادئ حكمت حركة البناء والتطور المجتمعي، كان أبرزها الانفتاح الواعي على العالم بمختلف جوانبه، مع الأخذ بالاعتبار مقومات المجتمع العماني وخصوصياته[9].

فاهتم المشرع العماني بتقنين التحكيم بشكل متدرج يراعي ظروف ومتطلبات التنمية في السلطنة، وذلك نظرا لأهمية التحكيم من الناحية الاقتصادية والقانونية، وباعتباره أحد عناصر جذب الاستثمار الأجنبي [10]. فصدر المرسوم السلطاني رقم 79 لسنة 1981م بإنشاء هيئة حسم المنازعات التجارية[11]، حيث نصت المادة الثانية منه على أن: "تختص الهيئة بالفصل في الدعاوي وطلبات التحكيم في المنازعات التجارية حسب تعريفها في قوانين السلطنة، وذلك طبقا لقواعد وإجراءات التقاضي التي يحدد تفاصيلها مرسوم سلطاني خاص". لم يتناول هذا القانون التحكيم الذي تكون الدولة طرفا فيه ومدى جوازه في العقود الإدارية من عدمه.

ثم صدر المرسوم السلطاني رقم (32) لسنة 1984 الخاص بنظام نظر الدعاوى وطلبات التحكيم أمام هيئة حسم المنازعات التجارية[12]، حيث أفرد الباب الثاني للتحكيم من المادة (59) إلى المادة (68). فنصت المادة (59) منه على أن: "تختص الهيئة بالتحكيم فيما يتفق الأطراف المتنازعون على إحالتها بوثيقة تحكيم خاصة في نزاع معين أو في جميع المنازعات التي تنشأ بينهم عن تنفيذ عقد معين ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة. ويجوز للهيئة أن تنظر طلبات التحكيم التي تكون الحكومة أو وحداتها الإدارية طرفا فيها إذا قبلت الحكومة أو وحداتها ذلك بعد وقوع النزاع ". نستنتج من نص المادة آنفة الذكر ما يأتي:

أولا: أن التحكيم يكون بتنظيم وإشراف هيئة حسم المنازعات وهو ما وضحته المادة (60) من ذات القانون حيث يصدر رئيس الهيئة قرارا بتعيين محكم في كل نزاع ويكون برئاسة أحد القضاة من أعضاء الهيئة وعضوية محكمين يختارهم أطراف النزاع، وإذا لم يقوم الأطراف باختيار محكمين خلال أسبوعين من تاريخ الاخطار قام رئيس الهيئة باختيارهم.

ثانيا: يجوز التحكيم الذي تكون الحكومة طرفا فيه بشرط أن يكون بموافقة الحكومة أو وحدتها بعد وقوع النزاع، أي ينحصر

[9] الفارسي، عبدالله بن حمد بن سليمان، (2010)، اتفاق التحكيم وفقا للقانون العماني، مجمع البحوث والدراسات بأكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، الطبعة الأولى، ص 41.

[10] اللمكية، شريفة بنت حمدان بن حمد، التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 68.

[11] نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية رقم (226) الصادرة في 1/ 10 / 1981م.

[12] نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية رقم (286) الصادرة في 15/ 4/ 1984م.

على صورة واحدة من صور التحكيم وهي مشارطة التحكيم، كما بينا في الفصل التمهيدي.

بتاريخ 28 يونيو 1997م صدر المرسوم السلطاني رقم 97/47 بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، في ثمان وخمسين مادة مقسمة على سبعة أبواب. مواكبا في ذلك اتجاه معظم مشرعي العالم في تحديث التشريعات المختلفة استجابة لمتطلبات العصر الحديث وجذب الاستثمارات وبالأخص الأجنبية منها. ويلاحظ أن المشرع العماني تأثر في صياغة هذا القانون بالأحكام المختلفة التي وردت بقواعد الأونسترال[13] وأحكام القانون النموذجي وبقانون التحكيم المصري.

فقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم العماني على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في السلطنة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في السلطنة أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج اتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون". يستنتج من خلال المادة الأولى أن المشرع لم يصرح على جواز التحكيم في العقود الإدارية، بل من يستقرئ نص المادة (6) من القانون رقم 99/91 بإنشاء محكمة القضاء الإداري والتي عدد اختصاصات محكمة القضاء الإداري بالفصل في الخصومات الإدارية ومنها سابعا الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية.

لكن الواقع العملي في تعامل الحكومة في عقودها الإدارية من خلال العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية يجد فيه ضمن شروط العقد الشرط رقم (67) [14] وهو شرط التحكيم في حالة وقوع النزاع، ويعمل بهذا العقد الموحد إلى الآن. وما يؤكد ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في دعوى البطلان رقم (401) لسنة (12) ق.س حيث جاء فيه: "...وقد تضمن نص هذا العقد ما يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار شروط الاتفاقية الموحدة للخدمات الاستشارية لأعمال المباني والهندسة المدنية المضمنة في نهايتها (جزء لا يتجزأ من العقد) بما يقطع بثبوت الطبيعة الإدارية للعقد في ضوء ما تضمنته الاتفاقية المذكورة من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تتعلق أساسا بالسلطات المخولة لجهة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد

[13] الأونسترال هي الهيئة القانونية الرئيسية التابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد على 30 سنة. الجنبيهى، منير محمد وممدوح محمد، (2006)، قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 7 .

[14] وثائق العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية، الطبعة الرابعة سبتمبر 1999، ص 55 .

التي تصل إلى حد منحها سلطة توقيع غرامات على المهندس الاستشاري وسلطة إنهاء العقد من جانب واحد"[15].

بتأريخ 17 يناير 2009م صدر المرسوم السلطاني [16]رقم 3/ 2009 بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 99/91، حيث نصت المادة (6 مكرر) على أنه: "تسري أحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على الخصومات المتعلقة بالعقود الإدارية، ويكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون المذكور إلى القضاء، فيما يتعلق بالعقود الإدارية للدائرة الابتدائية أو للدائرة الاستئنافية أو لرئيس المحكمة بحسب الأحوال". وقد نصت هذه المادة وبشكل صريح وواضح على جواز التحكيم في العقود الإدارية وهذا التعديل جاء بعد قرابة احدى عشر سنة منذ صدور قانون التحكيم رقم 97/47، وحسم الخلاف الذي أنشأته أو ستنشئه المادة الأولى من قانون التحكيم.

إن الملاحظ ومن خلال تتبع قوانين المشرع العماني –سالفة الذكر– بخصوص التحكيم في العقود الإدارية يستنبط في شتى مراحله الأخذ بجواز التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الثاني: موقف القضاء والفقه من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية يمثل للأطراف وخاصة الطرف الأجنبي الحياد والاستقرار في المعاملات لحماية استثماراته، حيث إن القوانين في الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء، لذلك فهي تتصف بعدم الاستقرار. وبالتالي فالتحكيم يزيل خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية تجاه مطالبه، والتي تؤدي إذا ما تمسكت الدولة بها –احتراما لها– إلى إهدار حقوقه ومطالبه. فإن لجوء الأطراف وخاصة الأجنبية للتحكيم حتى لا تتعرض لتطبيق القوانين الوطنية، ويقول أحد كبار فقهاء القانون التجاري في الغرب: بأن الهدف من نظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة وذلك من أجل وضع العلاقات التجارية الدولية تحت مظلة النظام القانوني الدولي الجديد وهو نظام أكثر قدرة على تلبية احتياجات هذه التجارة وأكثر ملائمة لمصالح الأطراف[17].

[15] حكم محكمة القضاء الإداري في دعوى البطلان رقم (401) لسنة (12) ق.س، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في العام القضائي الثالث عشر، 2012م – 2013م، ص114.

[16] مرسوم سلطاني رقم 3/ 2009، في الجريدة الرسمية العدد (880) .

[17] مشار إليه: المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 41 – 44.

لقد اختلفت الأحكام القضائية –في الدول محل الدراسة– بموضوع جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فجاءت بعض الأحكام القضائية مانعة ومعارضة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وبعضها جاءت مؤيدة له. فتأثر الموقف القضائي بنصوص التشريع الساكت منها والمصرح بمشروعية التحكيم في العقود الإدارية فجاء متأثرا بالمراحل التي مر بها التشريع، فلا ضير في ذلك حيث إن القضاء يطبق القانون ولا يخلق القانون.

نتطرق في هذا المطلب إلى بيان موقف القضاء من مشروعية التحكيم في العقود الإدارية وذلك في كل من الأردن وعمان، نقسمه على فرعين كالتالي:

الفرع الأول: موقف القضاء الأردني من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

حدد المشرع الأردني اختصاص القضاء الإداري على سبيل التحديد والحصر، فلم يمنح القضاء الإداري اختصاص الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (وفق قانون القضاء الإداري رقم 2014/27)، مما ترتب عليه بقاء الأولوية في الفصل بمنازعات العقود الإدارية للمحاكم العادية باعتبارها من المنازعات الحقوقية التي تختص بنظرها المحاكم العادية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل بفض النزاعات ما لم تخرج بنص صريح عن اختصاصها، فنظر منازعات العقود الإدارية في الأردن لا تنظره المحاكم الإدارية بدرجتيها بل أمره للمحاكم العادية.

سنعتمد موقف القضاء الأردني من التحكيم في العقود الإدارية، حسب قانون التحكيم القديم رقم 18 لسنة 1953، ثم في ضل قانون التحكيم الجديد رقم 31 لسنة 2001.

أولا: موقف القضاء الأردني في ضل قانون التحكيم رقم 18 لسنة 1953

إن الأحكام القضائية التي عالجت مسألة لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية نادرة، مما يؤكد قلة اللجوء إلى التحكيم في إطار هذه المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. ومن خلال دراسة (قام بها أحد الباحثين[18]) لبعض أحكام محكمة التمييز القديم منها والحديث منذ عام 1959 إلى 1999، وجد أنها لم تتطرق إلى مسألة جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية بشكل مباشر، ولكن كان القضاء ينظر إلى النزاع المطروح عليه فأما أن يحكم بتأييد حكم التحكيم أو

[18] العبادي، محمد وليد، (2007)، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد 2، المجلد 34، ص 364.

بقبول الطعن فيه. واستنتج إلى أنه قد ترسخ في ضمير القضاء الأردني مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وإلا كانت قد تصدت لهذا الموضوع من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثره أحد من الخصوم، لأن هذه المسألة من المسائل التي تتعلق بالنظام العام والتي يمكن للمحكمة بحثها من تلقاء نفسها، كما يمكن للخصوم إثارتها في أي درجة من درجات التقاضي.

وهو ما يستشف من قرار لمحكمة التمييز الأردنية حين أبطلت حكم تحكيم في نزاع حاصل بين الحكومة وشركة كهرباء القدس استنادا إلى عدم التزام المحكمين بالاتفاق المبرم بين الحكومة والشركة، والذي نص بأن تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء، تعين الحكومة والشركة اثنين منهم فيتفق المحكمان المعينان على اختيار محكم ثالث معهما، وهو الأمر الذي لم يفعله هذان المحكمان. وقد أكدت المحكمة "أن تصرف المحكمان يعتبر خروجا من شروط الاتفاق المبرم بين الحكومة والشركة مما يجعل حكمهما معيبا"[19].

كذلك فقد نقضت محكمة التمييز حكم محكمة الموضوع بفسخ حكم المحكمين واعتبرت أن إحالة النزاع للتحكيم غير مخالف للقانون، وذلك في حكمها رقم 1786لسنة 1997 حيث جاء فيه إن: "انسحاب المحامي الوكيل من الدعوى التي أقامها بالوكالة عن المجلس البلدي ثم عودته للمرافعة في تلك الدعوى بوكالة جديدة لا يمنعه من طلب إحالة النزاع على التحكيم وإن ورد بوكالته الجديدة عبارة (متابعة المرافعة) فهذه العبارة وردت لتخويل الوكيل اتخاذ الاجراءات التي تلزم لتنفيذ الوكالة. وعليه يكون قرار محكمة الموضوع بفسخ حكم المحكمين بداعي أن المحامي الوكيل غير مخول بطلب إحالة النزاع مخالفا للقانون"[20].

ومن أهم الأمثلة على ما جاءت به أحكام القضاء الأردني من حق الإدارة القبول بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية، هو ما جاء في النزاع المتعلق بمبنى السفارة الأردنية في سلطنة عمان في العاصمة مسقط، بين وزارة الخارجية الأردنية والمكتب الهندسي المحال عليه عطاء مبنى السفارة الأردنية فقد أوضحت محكمة التمييز في حكمها بأن "الاتفاق على حل أي نزاع ينجم عن اتفاقية العطاء المحال إلى المدعي (المميز) عن طريق التحكيم بموجب قانون التحكيم الساري المفعول رقم 18 لسنة 1953 يجعل من تمسك المدعى عليهم بشرط التحكيم في محله طالما أن الدعوى مؤسسة على الادعاء بإخلال المدعى عليهم بالتزاماتهم العقدية الواردة في العطاء، وحيث إن المدعى عليهم تقدموا بطلب لوقف السير في الدعوى وفقا لحكم المادة

[19] تمييز حقوق، 283 / 59، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1959، ص 878.

[20] تمييز حقوق، 1786 / 97، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1998، ص 928.

السادسة من قانون التحكيم وقبل الدخول بأساس الدعوى معلنين رغبتهم واستعدادهم بانتظام سير التحكيم إضافة إلى إعلانهم عن رغبتهم حل الخلافات عن طريق التحكيم قبل إقامة الدعوى وفقا للبند الوارد في الاتفاقية واقترحوا من جانبهم محكما فيكون اتفاق التحكيم الذي لم يرجع عنه المدعى عليهم ملزما للطرفين باعتباره شريعة المتعاقدين ويكون الحكم بوقف الدعوى موافقا للقانون[21]".

يتضح للباحث من خلال استقراء الأحكام القضائية آنفة الذكر، أن موقف القضاء الأردني في ظل قانون التحكيم القديم قد أخذ بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ثانيا: موقف القضاء الأردني في ضل قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001

هنالك ندرة وقلة في الدعاوى والأحكام القضائية التي تتناول موضوع التحكيم في العقود الإدارية استنادا لقانون التحكيم 31/ 2001، وهو ما تبين للباحث وما تبين للفقهاء الباحثين قبله[22].

جاء في حكم محكمة الاستئناف عند نظرها لاتفاقية تحكيم مبرمه بين وزارة التربية والتعليم وشركة أشفور انترناشونال في 25 / 11/ 2001 في إطار عقد لتطوير أجهزة إلكترونية للوزارة من قبل الشركة، حيث اختلف الطرفان حول شروط تنفيذ العقد وقررا حل هذا الخلاف باللجوء إلى التحكيم كما هو منصوص عليه بالعقد. وبعد أن تمت إجراءات التحكيم قررت الوزارة الطعن بقرار التحكيم لدى محكمة الاستئناف، فقضت محكمة الاستئناف برد الاستئناف شكلا، فجاء في حيثيات حكمها: "وحيث إن المحكمين لم يرفعوا يدهم عن رؤية دعوى التحكيم، وإن إجراءات التحكيم لم تنته، وإن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن وفقا لأحكام المادة 48 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001، وإن حق كل طرف من طرفي التحكيم ينحصر بإقامة دعوى البطلان بعد انتهاء إجراءات التحكيم، وصدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها. وحيث إن قرار المحكمين بالأتعاب المعجلة في هذه المرحلة من إجراءات التحكيم لا يقبل الطعن فيه بطريقة الاستئناف إلا بدعوى البطلان مع القرار الفاصل في حكم التحكيم، إضافة إلى أن المادة 49 من قانون التحكيم قد حددت الحالات التي يكون حكم التحكيم قابلا للطعن فيها بدعوى بطلان حكم التحكيم، وإن القرار المستأنف ليس من ضمن هذه الحالات، مما يعني أن طلب فسخ قرار

[21] مشار إليه، البطوش، عبدالله محمد سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 90. تمييز حقوق رقم 240 / 90، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 3-4، سنة 2000، ص975.

[22] العبادي، محمد وليد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص367. البطوش، عبدالله محمد سلامة، مرجع سابق، ص 90 .

التحكيم موضوع هذا الاستئناف مستوجب الرد شكلا "[23].

يتضح للباحث من خلال حكم الاستئناف أعلاه، أن موقف القضاء الأردني في ظل قانون التحكيم الجديد رقم 31 / 2001 قد أخذ بالتحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: موقف القضاء العماني من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

سنتناول موقف القضاء العماني من التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم، ثم بعد صدور قانون التحكيم الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 47 / 97، وذلك وفق التالي:

أولا: موقف القضاء العماني قبل صدور قانون التحكيم

كان ينظم التحكيم قبل صدور قانون خاص به قانون يسمى " نظام نظر الدعاوى وطلبات التحكيم أمام هيئة حسم المنازعات التجارية " الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 32 لسنة 1984، فقضت الهيئة في حكم لها بأن: " المادة 67 من الشروط النموذجية لعقود التشييد والأعمال الهندسية والمدنية –المعتبرة جزءا لا يتجزأ من عقد المقاولة– نظمت وسيلة لفض المنازعات والخلافات بين أطراف العقد بأن يعرض الخلاف على المهندس خلال تسعين يوما من إخطاره من أحد الطرفين ليصدر قراره فيه، فإذا لم يرتض أحد الطرفين هذا القرار عليه إن يطلب إحالة الأمر إلى التحكيم خلال تسعين يوما من تاريخ إخطاره بقرار المهندس وإلا صار القرار نهائيا، فإذا لم يصدر عن المهندس قراره خلال تسعين يوما تعين إحالة الأمر إلى حكم يختاره الطرفان، وفي حالة عدم اتفاقهما يقوم باختياره رئيس هيئة حسم المنازعات التجارية، ويكون قرار الحكم نهائيا وملزما للأطراف"[24].

وقد قضت الهيئة كذلك بأن "نظام التحكيم الوارد في البند 67 من الشروط النموذجية لعقود التشييد والأعمال الهندسية يطبق على النزاعات التي تنشأ بين صاحب العمل والمقاول دون ما ينشأ من النزاع بين صاحب العمل والمهندس" [25].

[23] العبادي، محمد وليد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 366.

[24] حكم هيئة حسم المنازعات المدنية والتجارية في الدعوى رقم 513 / 88، بتاريخ 23 أبريل 1989، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في حكمها القضائي الخامس 1988 – 1989، ص 188.

[25] حكم هيئة المنازعات المدنية والتجارية في الاستئناف رقم 49 / 89، بتاريخ 13 نوفمبر 1989، مجموعة القواعد التي قررتها الهيئة في عامها القضائي السادس 1989 – 1990، ص 158.

يتبين من أحكام هيئة حسم المنازعات سالفة الذكر بأنها ترى بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، حيث إنها أقرت العقد النموذجي المقرر من الحكومة (وزارة المالية) والذي تتعاقد به الوزارات والوحدات الحكومية وأقرت اللجوء إلى التحكيم، فالمادة 67 من العقد تضمنت إجراءات تسوية الخلافات عن طريق التحكيم.

كذلك صدرت فتوى من وزارة الشؤون القانونية رقم وش ق/م و/3/17/ب/94/1220 بتاريخ 22 من نوفمبر لعام 1994 بأنه: "طبقا للمادة (67) من شروط العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية يحال النزاع الذي قد ينشأ بين صاحب العمل والمهندس من ناحية والمقاول من ناحية أخرى إلى المهندس ليقوم بالفصل فيه خلال تسعين يوما من إحالة الخلاف إليه، ويعتبر قراره في هذا الشأن نهائيا وملزما للطرفين وعليهما العمل به، إذا لم يقبل أي من الطرفين هذا القرار يحق له خلال التسعين يوما التالية لتاريخ تسلمه القرار أن يطلب إحالة الأمر إلى التحكيم –مضي مدة التسعين يوما الأخيرة دون أن يطلب أي من الطرفين إحالة الأمر إلى التحكيم من شأنه أن يضحى قرار المهندس نهائيا وملزما للطرفين– مؤدى ذلك أنه لا يجوز للوزارة إعادة بحث الموضوع من جانبها إلا إذا كان الالتجاء إلى التحكيم بشأنه جائزا" [26].

ثانيا: موقف القضاء العماني بعد صدور قانون التحكيم رقم 47/ 97

بتاريخ 28 يونيو 1997م صدر المرسوم السلطاني رقم 97/47 بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، وحيث يستشف من نص المادة الأولى جواز التحكيم في العقود الإدارية –كما اسلفنا الذكر في المطلب الأول– وهو ما يقطع عدم نشوء خلاف لو لا صدور المرسوم السلطاني رقم 91 لسنة 1999 بإنشاء محكمة القضاء الإداري، حيث نصت المادة (6) منه على أن: "تختص محكمة القضاء الإداري– دون غيرها – بالفصل في الخصومات الإدارية الآتية: ...7. الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية".

وقد اعتبرت الدائرة الابتدائية بمحكمة القضاء الإداري؛ أن قانون محكمة القضاء الإداري جاء ناسخا لأحكام قانون التحكيم فيما يتعلق بمسألة الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية، وهو ما رفضته محكمة استئناف القضاء الإداري. سنتناول في هذا المقام بعض الأحكام الصادرة عن كل من المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف في القضاء الإداري وذلك فيما يتعلق

[26] مجموعة الفتاوى القانونية في عشر سنوات (1990– 1999)، الجزء الثاني في مسائل العقود، إصدارات وزارة الشؤون القانونية، المديرية العامة للجريدة الرسمية، الطبعة الأولى، 2000، ص 92. وفي ذات المعنى الفتوى رقم وش ق/ مو/96/282/2/7 بتاريخ 1996/3/16، المرجع السابق، ص129 .

بمشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر في قضية وزارة النفط والغاز بتاريخ 25 من يونيو عام 2006 ورفض أسلوب التحكيم[27]. تتعلق هذه القضية بعقد تشييد مرافق تخزين إضافية بمستودع الوقود بريسوت (صلالة) مبرم بين وزارة النفط والغاز وشركة إيلكو للصناعة والتجارة، وقد تضمن هذا العقد شرط تحكيم في حالة نشوء منازعات عن تنفيذ العقد. فنشأ نزاع حول تنفيذ العقد نتيجة قيام وزارة النفط والغاز بوقف العمل بالموقع حتى اشعار آخر معللة ذلك بظروف يتعذر تفاديها، فقامت شركة إيلكو برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري طالبت بالحكم لها بعدم صحة قرار وزارة النفط والغاز بإنهاء العقد والتعويض. ودفعت الوزارة بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري تأسيسا على أن العقد ليس إداريا وبأن حل ما ينشأ عن العقد من منازعات هو التحكيم بناء على العقد واستنادا لقانون التحكيم.

وقد قضت المحكمة بأن: "وفيما يتعلق بتمسك جهة الإدارة بالآلية التي نص عليها العقد في البند 67 منه وما نص عليه المرسوم السلطاني رقم 97/47، لحل النزعات التي تنتج عن العقد موضوع الدعوى، فإن ذلك مردود عليه أيضا أن اختصاص محكمة القضاء الإداري في المادة 6 من قانون إنشائها الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 99/91 قد نص في البند 7 على اختصاص المحكمة ب(الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية) وهذا الاختصاص كما هو واضح منه قد جاء عاما ومطلقا، مما يعني أن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في جميع العقود الإدارية دون استثناء –هذا من جانب– ومن جانب آخر فإن قانون التحكيم رقم 97/47 قد صدر قبل قانون محكمة القضاء الإداري، وقد ألغي الآخر في المادة 4 من مواد الإصدار كل ما يخالف هذا القانون أو يتعارض مع أحكامه، لو كان المشرع أراد الإبقاء على خضوع العقود الإدارية للتحكيم وفقا للتحكيم سالف الذكر اما أعوزه النص".

حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري[28] الصادر في قضية وزارة الإسكان والكهرباء والمياه بتاريخ 19 من يونيو عام 2007 والتأكيد على رفض أسلوب التحكيم. تتعلق هذه القضية بعقد مقاولة مؤرخ في 2002/9/16 التزمت بموجبه مؤسسة العيد للتجارة والمقاولات ببناء عدد (42) وحدة سكنية بولاية هيما مركز ولاية لصالح وزارة الإسكان والكهرباء والمياه. ونظرا لعدم قيام مؤسسة العيد للتجارة والمقاولات بتنفيذ التزاماتها المتفق عليها في العقد، قررت وزارة الإسكان

[27] حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الثالثة)، الدعوى رقم 81 لسنة 6 قضائية، جلسة 25/ 2006/6، غير منشور.

[28] حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الثالثة)، الدعوى رقم 177 لسنة 6 قضائية، جلسة 19 / 6 / 2007، غير منشور.

والكهرباء والمياه بسحب المشروع وإنهاء العقد بموجب قرار إداري مؤرخ في 16/ 3/ 2006.

على أثر ذلك قامت مؤسسة العيد للتجارة والمقاولات برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري، طالبة بصفة مستعجلة وقف قرار جهة الإدارة المدعى عليها بسحب المشروع مع ما يترتب على ذلك من آثار، وفي الموضوع بعدم صحة القرار المطعون فيه. فردت الوزارة بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذا النزاع تأسيسا على أن العقد ليس إداريا، وبأن آلية حل المنازعات هو التحكيم -كما حدث في القضية السابقة-.

وقد قضت المحكمة بـ: "وحيث إنه عن الدفع بعد قبول الدعوى-وبعدم الاختصاص الولائي للمحكمة- بسبب وجود شرط تحكيم، فمردود عليه بأن اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذا النزاع يستند إلى المادة السابعة من قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 99/91، ولذلك لا يجوز أن يسلب هذا الاختصاص بموجب نص يتضمنه العقد الإداري الذي تبرمه جهة الإدارة بإسناد هذا الاختصاص إلى هيئة تحكيم، إذ يتعين الالتفات عن هذا النص العقدي وإعمال أحكام القانون التي أناطت الاختصاص بذلك إلى محكمة القضاء الإداري دون غيره".

حكم الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري الصادر[29] بتاريخ 21 من أبريل عام 2008 وإباحة اللجوء إلى التحكيم. بعدما صدر الحكم في الدعوى رقم 81 لسنة 6 قضائية والذي مؤداه عدم مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية -سابق بيانه-، قامت وزارة النفط والغاز بالطعن في ذلك الحكم بطريق الاستئناف (وهي أعلى درجة في القضاء الإداري) أمام الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري.

جاء في حكم محكمة الاستئناف: "وحيث اختار المشرع العماني -سيرا على نهج عديد النظم المقارنة- فصل قواعد التحكيم عن باقي القواعد الإجرائية التي كانت تنظم نظر الدعاوي أمام هيئة حسم المنازعات التجارية سابقا وأصدر بشأن التحكيم قانونا خاصا بموجب المرسوم السلطاني رقم (97/47) قبل أن يصدر قانونا بتنظيم قواعد الإجراءات المدنية والتجارية بمقتضى المرسوم السلطاني رقم (2002/29) إلا أنه في ظل غياب إحالة نصية لتطبيق قانون التحكيم من قبل محكمة القضاء الإداري على نحو الإحالة الواردة بنص المادة (105) سالفة الذكر ليس ثمة ما يحول دون إعمال المحكمة لاجتهادها في تطبيق قانون التحكيم بمراعة طبيعة الخصومة الإدارية ذلك أن القواعد الواردة بهذا القانون إنما تعد جزءا من كتلة القواعد الإجرائية

[29] حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الاستئنافية، في الاستئناف رقم 124 لسنة 7 قضائية، جلسة بتاريخ 21/ 4/ 2008، حكم غير منشور.

المنظمة لكيفية البت في النزاعات المدنية والتجارية التي يجوز للقاضي الإداري الاستئناس بها عند نظر الخصومات الإدارية المعروضة عليه".

"وحيث لئن صح أن قانون التحكيم سابق في صدوره على قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (99/91) وأن كلا النصين أجدبا من أحكام صريحة تؤكد انطباق نظام التحكيم على منازعات العقود الإدارية إلا أن البين من نص المادة الأولى من قانون التحكيم سالفة الذكر ومن بقية المواد الواردة به أنها لا تتضمن ما من شأنه أن يحول دون تطبيقه على العقود المذكورة ومن ثم فلا وجه للقول بأن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية. وحيث لا وجه للقول كذلك بأن الاتفاق على حسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة لمحكمة القضاء الإداري – دون غيرها– الواردة بنص الفقرة الأولى من نص المادة (6) من قانون المحكمة هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص الولائي المقرر لمحكمة القضاء الإداري ومحاكم القضاء العادي ولا يقصد به حظر الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما مؤداه أن المحكمة مع التأكيد على اختصاصها بنظر كافة النزعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلا أنه متى ما دفع أمامها بوجود شرط التحكيم وفق الإجراءات المقررة قانونا فإنها تغلب الالتزام بإرادة المتعاقدين وتقتصر على القضاء بعدم قبول الدعوى دون أن يكون لذلك أي أثر على اختصاصها".

حكم الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري الصادر[30] في قضية وزارة الإسكان ضد شركة الإنجاز للبناء بتاريخ 29 من يونيو عام 2008 والتصميم على مبدأ عدم المشروعية. وفيه خالفت محكمة القضاء الإداري الابتدائية حكم ومبدئ المحكمة الأعلى منها وهي محكمة الاستئناف، وقد بررت ذلك بالآتي: "وحيث إن الدائرة الاستئنافية بهذه المحكمة أصدرت بجلستها المنعقدة بتاريخ 21 من أبريل عام 2008م حكما في الاستئناف رقم (124) لسنة 7 ق.س، قضت فيه بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددا بعد قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم (....) وحيث إنه ولئن كان من الواجب احترام المبادئ التي تقرها المحاكم الأعلى درجة، إلا أن ذلك ليس على سبيل الإلزام، استنادا على أصل عام استقر عليه الفقه الإسلامي والفقه والقضاء الحديث مفاده أن القاضي يقضي بقناعته لا بقناعة غيره ويجتهد برأيه في قضائه ولا يلزمه أن يقلد في النوازل والأحكام من اعترى مذهب بذاته، بمراعاة أم يسند القاضي رأيه وقناعته من وقائع منتجه في الدعوى وأن يطبق بشأنها النصوص القانونية الصحيحة ويراعي في تفسير النص القواعد المعتبرة والتي أجمع عليها الفقه والقضاء". ومن ثم اسهبت في

[30] حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الأولى)، الدعوى رقم 75 للسنة 7 قضائية، جلسة 29 / 6 / 2008، غير منشور.

إيراد الحجج والتأصيل لقولها بعد جواز التحكيم في العقود الإدارية والرد على من قال بجواز التحكيم.

من خلال ما سبق ذكره من إيراد الأحكام والنصوص يتضح للباحث أنه كان هنالك تضارب في الأحكام بين الدائرة الابتدائية لمحكمة القضاء الإداري وبين دائرة الاستئناف لهو أمر يستدعي تدخل المشرع بنصوص واضحة قاطعة للخلاف– وهو ما فعله المشرع كما سيأتي بيانه تدريجا–، حيث إن المشرع قد نص في المادة السادسة من قانون إنشاء محكمة القضاء الإداري على اختصاص المحكمة بالدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية، ويقابله من جهة أخرى قانون التحكيم الذي أجاز لأشخاص القانون العام التحكيم، لذلك ومع عدم التصريح من المشرع فإن الاختلاف في وجهات النظر وارد. إلا أن حكم الدائرة الابتدائية الذي أوردناه أخيرا والذي خالف حكم الدائرة الاستئنافية وعارض حكم ومبدأ محكمة أعلى منه، لم يكن موفقا وكان الأجدر أن يطبق المبدأ الذي أقرته محكمة الاستئناف والتي هي آخر مرحلة للتقاضي الإداري. إن هذا التضارب في الأحكام يربك اتفاقات التحكيم في العقود الإدارية والتي شائع استخدامها منذ سنوات عديدة في سلطنة عمان (منذ مطلع عصر النهضة المباركة) –كما بينا سابقا– ولا يحقق الاستقرار اللازم للاقتصاد الوطني.

ومن وجهة نظر الباحث؛ فإنه يستقرأ من نصوص المشرع العماني (قبل صدور القانون رقم 2009/3 بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري) بشأن العقود الإدارية أنه ترك الأمر لاتفاق أطراف النزاع فإن أرادوا التحكيم لفض نزاعهم لهم ذلك وإن أرادوا القضاء فلهم ذلك إلا أن المشرع حدد اختصاص القضاء الإداري بنظرها لا القضاء العادي.

وكعادة المشرع العماني في مواكبته لكل جديد وقطعه لأوجه الخلاف المربكة للقضاء، الذي بدوره يؤثر على الاقتصاد الوطني إيجابا أو سلبا؛ فإنه تدخّل وبمرسوم سلطاني رقم 3 / 2009 بتاريخ 17من يناير 2009م بسن تعديلات على بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري، وفي المادة السادسة مكرر جاء بنص صريح بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

قائمة المراجع:

أولا: القوانين:

قانون استقلال القضاء الأردني رقم 29 لسنة 2014.

قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم (16) لسنة 1995.

مجموعة الفتاوى القانونية في عشر سنوات (1990- 1999)، الجزء الثاني في مسائل العقود، إصدارات وزارة الشؤون القانونية، المديرية العامة للجريدة الرسمية، الطبعة الأولى، 2000.

المرسوم السلطاني رقم (32) لسنة 1984 الخاص بنظام نظر الدعاوى وطلبات التحكيم أمام هيئة حسم المنازعات التجارية.

المرسوم السلطاني رقم 3/ 2009 بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري.

المرسوم السلطاني رقم 79 لسنة 1981م بإنشاء هيئة حسم المنازعات التجارية

ثانيا: المراجع القانونية:

البطوش، عبدالله محمد سلامة، (2014)، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة في جامعة العلوم الإسلامية العالمية بالأردن.

بن زيد، عبدالعزيز محمد علي،(2006)، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة في الجامعة الأردنية.

الجنبيهى، منير محمد وممدوح محمد، (2006)، قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

العبادي، محمد وليد، (2007)، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد 2، المجلد 34.

عبد الهادي، يشار جميل، (2005)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، الأردن –عمان.

الفارسي، عبدالله بن حمد بن سليمان، (2010)، اتفاق التحكيم وفقا للقانون العماني، مجمع البحوث والدراسات بأكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، الطبعة الأولى.

اللمكية، شريفة بنت حمدان بن حمد،(2011) التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، مركز الغندور، القاهرة.

المواجدة، مراد محمود حماد، (2002) التحكيم في عقود الدولة، رسالة ماجستير مقدمة في معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.

وثائق العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية، الطبعة الرابعة سبتمبر 1999.

ثالثا: المبادئ القضائية:

تمييز حقوق رقم 240 / 90، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 3-4، سنة 2000.

تمييز حقوق، 1786 / 97، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1998.

تمييز حقوق، 283 / 59، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1959.

حكم محكمة القضاء الإداري في دعوى البطلان رقم (401) لسنة (12) ق.س، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في العام القضائي الثالث عشر، 2012م – 2013م.

حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الأولى)، الدعوى رقم 75 للسنة 7 قضائية، جلسة 29 / 6 / 2008، غير منشور.

حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الثالثة)، الدعوى رقم 81 لسنة 6 قضائية، جلسة 25/ 6/2006، غير منشور.

حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الابتدائية (الثالثة)، الدعوى رقم 177 لسنة 6 قضائية، جلسة 19 / 6 / 2007، غير منشور.

حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الاستئنافية، في الاستئناف رقم 124 لسنة 7 قضائية، جلسة بتاريخ 21/ 4/ 2008، حكم غير منشور .

حكم هيئة المنازعات المدنية والتجارية في الاستئناف رقم 49 / 89، بتاريخ 13 نوفمبر 1989، مجموعة القواعد التي قررتها الهيئة في عامها القضائي السادس 1989 – 1990.

حكم هيئة حسم المنازعات المدنية والتجارية في الدعوى رقم 513 / 88، بتاريخ 23 أبريل 1989، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في حكمها القضائي الخامس 1988 – 1989.

ARABIC REFERENCES IN ROMAN ALPHABET

Albatuwsh, Ab. M, (2014), Altahkim Kawasilat Lihali Almunazaeat Fi Aleuqud Al'iidariati, Risalat Majistir Muqadimatan Fi Jamieat Aleulum Al'iislamiat Alealamiat

Bial'urdun. Bin Z, E. M, (2006), Altahkim Fi Aleuqud Al'iidariati, Risalat Majistir Muqadimat Fi Aljamieat Al'urduniyati.

Aljunbiuhaa, M. M. Wa MAMDUH M, (2006), Qawanin Al'uwnsitiral Alnamudhajiat Fi Majal Altijarat Alalkitruniati, Dar Alfikr Aljamieii, Al'iiskandiriati.

Aleabaadi, M. W, (2007), 'Ahamiyat Altahkim Wajawaz Alluju' 'Iilayh Fi Munazaeat Aleuqud Al'iidariati, Bahath Manshur Fi Majalat Eulum Alsharieat Walqanuni, Aljamieat Al'urduniyati, Aleadad 2, Almujalad 34.

Eabd Alhadi, Y. J, (2005), Altahkim Fi Munazaeat Aleuqud Al'iidariati, Dar Wayil Lilnashri, Al'urduni -Eman.

Alfarsi, E. Bin H, (2010), Aitifaq Altahkim Wifqan Lilqanun Aleamani, Mujamae Albuhuth Waldirasat Bi'akadimiat Alsultan Qabws Lieulum Alshurtati, Altabeat Al'uwlaa.

Allumakia, S. Bt. H, (2011) Altahkim Fi Almunazaeat Almadaniat Waltijariati, Markaz Alghandur, Alqahirati.

Almuajadat, M. M, (2002) Altahkim Fi Euqud Aldawlati, Risalat Majistir Muqadimatan Fi Maehad Albuhuth

Waldirasat Alearabiati, Alqahirati.

Wathayiq Aleuqd Almuahad Li'iinsha' Almabani Wal'aemal Almadaniati, Altabeat Alraabieat Sibtambar 1999.