أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية
دراسة مقارنة بين القانون الأردني والليبي

The Effect Of Arbitration In Contracted Administrative Disputes
"A Comparative Study between the Jordanian and Libyan Law "

إعداد

محمد أبو القاسم علي أبريبش

الرقم الجامعي

401230021

إشراف

الدكتور محمد علي الشباطات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الاوسط

نيسان /2016

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ ﴾

صدق الله العظيم

التفويض

أنا (محمد أبو القاسم علي ابريبش) أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً والكترونياً للمكتبات أو المنظمات أو المؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: محمد أبو القاسم علي ابريبش

التاريخ: / / 2016م

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها:

(أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية) دراسة مقارنة بين القانون الأردني والليبي

وأجيزت بتاريخ: 6 /4 / 2016م

الاسم	الصفة	التوقيع
1- أ. د. فائق الشماع	رئيساً	.....
2- د. محمد علي الشباطات	عضواً مشرفاً	.....
3- أ. د. نواف سالم كنعان	عضواً خارجياً	.....

الشكر والتقدير

الحمد لله حمداً يليق بجلال قدرة وعظيم سلطانة؛ وصَلَ الله على سيد المرسلين صلاة تقضي لنا بها الحاجات وترفعنا بها أعلى الدرجات وتبلغنا بها أقصى الغايات؛ ولله الشكر أولاً و أخيراً على حسن توفيقه وكريم عونه لإنجاز هذا العمل.

ويسرني أن أتقدم بخالص الشكر والعرفان ممزوجاً بفائق الاحترام والتقدير إلى أستاذي الدكتور" محمد علي الشبطات" لما قدمه لي من علم وفير وتوجيه صادق دون كلل أو ملل فجزاه الله عني خير الجزاء؛ كما أتوجه بالشكر والتقدير للأستاذ الدكتور"فائق الشماع" لقبوله بأن يكون رئيساً للجنة المناقشة لرسالتي وإلى الأستاذ الدكتور"نواف سالم كنعان" الذي تشرفت بأن يكون العضو الخارجي المناقش.

كما ارفع أسما آيات الشكر والتقدير إلى أخي علي أبو القاسم ابر يبش لما قدمه لي من دعم وفير؛ وإلى كافة أخوتي الأعزاء على ما قدموه لي؛ كما لا يفوتني في هذا المقام بأن أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى المملكة الأردنية الهاشمية ملكاً وحكومة وشعباً عن حسن الإقامة والضيافة طيلة تواجدي بالمملكة وإلى الأستاذ محمد الحثناوي أبو غسان وإلى كل العاملين بجامعة الشرق الأوسط و بالملحقية العسكرية الليبية بالأردن وإلى دولتي ليبيا نسأل الله أن يحفظها ويرعاها ولكل من مد لي يد العون طيلة فترة الدراسة...

الباحث...

الإهداء . . .

إلى والدي أطال الله في عمره وألبسه ثوب الصحة والعافية ومتعني ببره ورد جميله .

إلى خيمة الحنان وغيمة المكان ،تحملني دائماً بين يديها دعاء متصل للسماء بأن يغفر لها

ويرحمها . . .أمي .

إلى . . . زوجتي التي تقاسمت معي عبء المسافة حتى تحقق هذا العمل .

إلى أخي الفاضل عبد القادر أبو صاع قزة عرفاناً له بما قدمه لي .

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
صفحة العنوان	أ
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
الشكر والتقدير	د
الإهداء	هـ
فهرس المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ل
الملخص باللغة الانجليزية	ن
الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها	1
المقدمة	1
مشكلة الدراسة	3
هدف الدراسة	4
أهمية الدراسة	5
أسئلة الدراسة	6
حدود الدراسة	7
محددات الدراسة	7
مصطلحات الدراسة	7
الأدب النظري والدراسات السابقة	8
منهج الدراسة	13
مجتمع الدراسة	14
الفصل الثاني: تطور مفهوم التحكيم في الحضارات الإنسانية	15
المبحث الأول: نشأة نظام التحكيم وتطوّره	16
المطلب الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى	17
الفرع الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة	17
الفرع الثاني: نظام التحكيم في العصور الوسطى	19
المطلب الثاني: نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية	20

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: أدلة مشروعية نظام التحكيم في القرآن الكريم	20
الفرع الثاني: موقف السنة النبوية والإجماع من نظام التحكيم	22
المطلب الثالث: نظام التحكيم في العصر الحديث	23
الفرع الأول: نظام التحكيم خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر	23
الفرع الثاني: نظام التحكيم في عهد عصبة الأمم سنة 1919م	24
الفرع الثالث: نظام التحكيم في عهد الأمم المتحدة سنة 1945م	25
المبحث الثاني: الأحكام العامة للتحكيم (تعريفه، أنواعه، تمييزه، طبيعته القانونية)	26
المطلب الاول: التعريف بنظام التحكيم	27
الفرع الاول: التعريف بنظام التحكيم عند الفقه	27
الفرع الثاني: التعريف بنظام التحكيم عند القضاء	29
الفرع الثالث: تعريف التحكيم في القانون المدني والمقارن	31
المطلب الثاني: أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له	35
الفرع الاول: أنواع التحكيم	36
أولاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري	36
ثانياً: التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي	37
ثالثاً: التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح	37
الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له	37
أولاً: التحكيم والقضاء	38
ثانياً: تمييز التحكيم عن الصلح	39
ثالثاً: تمييز التحكيم عن الخبره	39
رابعاً: تمييز التحكيم عن الوكالة	40
الفرع الثالث: صور اتفاق التحكيم	41
أولاً: شرط التحكيم	42
ثانياً: مشارطة التحكيم	42
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم	42
الفرع الاول: موقف المشرع والقضاء من الطبيعة القانونية للتحكيم	43

الموضوع	الصفحة
أولاً: موقف المشرع من الطبيعة القانونية للتحكيم	43
ثانياً: موقف القضاء من الطبيعة القانونية للتحكيم	44
الفرع الثاني: موقف الفقه من الطبيعة القانونية للتحكيم	46
أولاً : المذهب الفقهي الإتفاقي (العُقْدي)	46
ثانياً: المذهب الفقهي القضائي	47
ثالثاً: المذهب المختلط	48
المبحث الثالث: الأحكام العامة للعقود الإدارية	49
المطلب الأول: المفاهيم العامة للعقود الإدارية	50
الفرع الاول: التعريف بالعقود الإدارية	51
الفرع الثاني: أنواع العقود الإدارية	57
الفرع الثالث: معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني	58
أولاً: أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد	59
ثانياً: أن يتعلق موضوع العقد بمرفق عام	60
ثالثاً: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية	60
المطلب الثاني: تعريف التحكيم بالوصف الإداري والمنازعة الإدارية مع بيان مبررات اللجوء إليه	62
الفرع الأول: تعريف التحكيم الإداري	63
الفرع الثاني: التعريف بالمنازعات الإدارية العقدية	65
أولاً: معيار الهدف	66
ثانياً: معيار السلطة العامة	66
ثالثاً: معيار المرفق العام	66
الفرع الثالث: مبررات اللجوء إلى التحكيم	67
أولاً: السرعة في حسم المنازعات	68
ثانياً: توفير الجهد والمال	68
ثالثاً: أساسه رضاء الأطراف	69
رابعاً: يحقق الثقة بين الأطراف	69
خامساً: له فائدة وقائية	69

الموضوع	الصفحة
الفصل الثالث: مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	70
المبحث الأول: موقف التشريع من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	71
المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية الفرنسية والمصرية من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	72
الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	72
أولاً: القانون رقم (17) ابريل سنة 1906م	73
ثانياً: قانون 9 يوليو سنة 1975م المعدل للقانون المدني الفرنسي	73
ثالثاً: قانون 15 يوليو سنة 1982م بشأن تنظيم البحث العلمي	74
رابعاً: قانون 30 ديسمبر سنة 1982م بشأن الشركة الوطنية للسكك الحديدية	74
خامساً: قانون 19 أغسطس سنة 1986م	74
سادساً: قانون 2 يوليو سنة 1990م	76
سابعاً: قانون التحكيم الصادر بموجب المرسوم رقم (48) في 13-1-2011م	76
الفرع الثاني: موقف القانون المصري من اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	77
أولاً : مرحلة ما قبل صدور القانون رقم (27) لسنة 1994م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وبعده	77
ثانياً: مرحلة خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم وفقاً للقانون رقم (7) لسنة 1997م المعدل للقانون السابق	80
المطلب الثاني: موقف التشريعات الليبية والأردنية من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	82
الفرع الأول: موقف المشرع الليبي من إمكانية اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	83
أولاً: موقف القوانين الليبية من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	84
ثانياً: موقف القرارات واللوائح الليبية من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	87
الفرع الثاني: موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في	93

الموضوع	الصفحة
المنازعات الإدارية العقدية	
أولاً: موقف المشرع الأردني في ظل قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953م	95
ثانياً: موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في ظل قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001م	99
المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	100
المطلب الأول: الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	101
الفرع الأول: موقف الفقه المعارض لفكرة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وأسانيده	101
الحجة الأولى: إن اللجوء إلى التحكيم يتوقف على إرادة المشرع وإرادة الأطراف المتعاقدة معاً	103
الحجة الثانية: إن التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يشكل مخالفة الدستور وفكرة النظام العام	103
الحجة الثالثة: إن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يعد خروجاً على المبادئ الأساسية في التفويض	104
الحجة الرابعة: إن القضاء النظامي في الدولة يقدم ضمانات للخصوم لا يقدمها التحكيم الذي يتم من قبل شخص أو أشخاص عاديين	104
الحجة الخامسة: إن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات في الدولة	105
الفرع الثاني: موقف القضاء المعارض للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	106
المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	109
الفرع الأول: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	109
الحجة الاولى: التحكيم جائز وفقاً للقانون في المنازعات الإدارية العقدية	111
الحجة الثانية: الاختصاص الأصل للقضاء بنظر منازعات العقد الإدارية لا يستبعد إمكانية اللجوء إلى التحكيم	113

الحجة الثالثة: الاتفاقات الدولية كجزء من النظام القانوني للدول تجيز للدولة وأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	113
الفرع الثاني: موقف القضاء المؤيد للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية	114
الفصل الرابع: الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم	119
المبحث الأول: أثر التحكيم على الطبيعة الإدارية للعقد	121
المطلب الأول: أثر التحكيم على خصائص العقد الإداري	122
المطلب الثاني: أثر التحكيم على إجراءات المنازعة الإدارية العقدية	126
المبحث الثاني: أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية	131
المطلب الأول: أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على حصانة الدولة القضائية	132
الفرع الأول: أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة عند التمسك بها أمام هيئة التحكيم	135
الفرع الثاني: أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة حالة التمسك بها أمام المحاكم القضائية الأجنبية	141
المطلب الثاني: أثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة	144
المبحث الثالث: أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري في الدولة	150
المطلب الأول: العوامل التي تحد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري	151
المطلب الثاني: العوامل التي تزيد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري	155
الفصل الخامس: الخاتمة	161
المراجع	164

أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

"دراسة مقارنة بين القانون الأردني والليبي"

إعداد

محمد أبوالقاسم علي ابريبش

إشراف

الدكتور **محمد علي الشباطات**

الملخص

على الرغم من أن الإنسان عرف التحكيم منذ القدم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد ولم يأفل نجم هذا النظام بل إزداد وإزدهر في ظل النظم القانونية للدول خاصة عندما أُنشئت له مراكز وهيئات دولية وإقليمية تتولى مهمة التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، إلا أن هناك جانب من التحكيم لم يلقَ اهتماماً بالقدر الذي حظي به في المجال المدني والتجاري، وهو التحكيم في مجال منازعات الإدارية العقدية وغير العقدية عموماً، وفي مجال أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على وجه الخصوص، كون هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية إذا ما نظرنا إلى أثره على الطبيعة الإدارية للعقد وخصائصه وعلى سيادة الدولة المتمثلة في السلطة القضائية والسلطة التنفيذية وعلى مستقبل قانونها الإداري.

فكانت الغاية من هذه الدراسة البسيطة والمتواضعة؛ أن نستخلص بعض النتائج المهمة التي توصلنا إليها والتي منها :

1- أن أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على إجراءات المنازعة الإدارية يتجسد في إخراج إجراءاتها عن الإطار القانوني المحدد لها بموجب القوانين المنظمة لسير إجراءات

المنازعات الإدارية العقدية أمام المحكمة المختصة بذلك و إدخالها ضمن إطار قانون الإرادة للمتعاقدين

2- و أن الدولة التي تقبل إدراج شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المترتبة عن تعاقدها مع أشخاص القانون الخاص في المعاملات التجارية، لا يجوز لها فيما بعد التمسك بالحصانة القضائية أو التنفيذية أمام هيئات التحكيم أو القضاء الأجنبي، في حين يجوز لها التمسك بذلك في المنازعات الإدارية العقدية لأن الدولة في هذه الطائفة من العقود تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تشكل مظهراً من مظاهر السيادة للدولة.

واهم التوصيات :

1- و توصي الدراسة المشرع الليبي بإجراء معالجة تشريعية للتحكيم في ليبيا بأن يْصُدَر قانوناً خاصاً للتحكيم يتناول من خلاله التطورات التشريعية المعاصرة للتحكيم وعلى غرار ما جاء به المشرع الأردني في قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001م .

الكلمات المفتاحية : أثر التحكيم، شرط التحكيم، مشارطة التحكيم، قانون التحكيم، هيئة التحكيم.

The effect of arbitration in contracted administrative disputes " a comparative study between the Jordanian and Libyan law"

Prepared

Muhammad Ali ghasem Prebisch

Supervisor

Dr. Mohammed Ali Alchaabatat

Abstract

The research on the subject of the impact of arbitration in the nodal administrative disputes is of paramount importance in view of its role in resolving the nodal administrative disputes, and reduce the burden on the shoulders of the administrative court and other advantages enjoyed by the jury in this area and Taatgela this importance in a statement that the arbitration raised legal in the case of Streptococcus administrative disputes resolved and the ability to create the kind of financial my balance Foreign investors and the state, especially in light of inequality in the legal and economic centers of both sides of the administrative contract But arbitration is the main focus of this study, the study addressed the statement public perceptions Arbitration and interspersed by reference to administrative contracts as a target sample of the study management activity, and as the arbitration has become the new faceJustice seeks to achieve security and stability between the conflicting parties and arranges raised legal and worthwhile study therefore concluded that the study of a

group of results and recommended that some of the recommendations, including:

1. The study found that of the legal effects of arbitration in the nodal administrative disputes is to get the administrative dispute Streptococcus replace the arbitration agreement on the legal framework specific to them under the laws regulating the conduct of administrative proceedings before the dispute Streptococcus court originally competent to do so and entered within the framework contractors will Quaon.
2. The study recommends the Libyan and Jordanian legislator defects to avoid arbitration abroad with the establishment of an international arbitration center in the state to be followed by local centers for the settlement of internal disputes, contracts caused by the Institute shall be prepared and qualification of specialized personnel and the preparation of research and studies in the field of arbitration.

The Words Keyword: The impact of arbitration, The arbitration clause, Arbitration Stipulation, Arbitration Act, Arbitration body.

الفصل الأول

خلفية الدراسة و أهميتها

أولاً- تمهيد:

الأصل في فض المنازعات الإدارية العقدية أَنَّهُ من اختصاصات القضاء الإداري في الدولة كونه يشكل مظهراً من مظاهر السيادة للدولة، إلا أن ارتفاع معدلات التبادل التجاري بين الدول ونزول الدولة إلى الميدان التجاري متمثلة في أحد إداراتها التي تسعى دائماً إلى تحقيق التنمية الاقتصادية وإشباع الحاجات العامة، من خلال ما تقوم به من أعمال قانونية لجذب الاستثمار تتمثل في قراراتها الإدارية الصادرة بإرادتها المنفردة بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وذلك من خلال عقد تُبْرمه الإدارة مع أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية وتظهر نيتها من خلاله في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة (استثنائية) في عقود القانون الخاص، وبالإضافة إلى ازدياد المطالب من قبل العاملين في مجال التجارة الدولية والداخلية من حيث تحريرها من القيود الإدارية المعقدة التي تفرضها بعض الأنظمة القانونية للدول واستبدالها بإجراءات تتفق مع متطلبات وأهداف التجارة الدولية، ونظراً لكون العقود الإدارية تشكل أهم صور المنازعات الإدارية لأنها تجسد أداة الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية، الأمر الذي أدى إلى ازدياد معدلات التنازع بين أطراف هذه العقود وبالتالي كان لابد من وجود وسيلة أكثر قبولاً لدى أطراف العقد لفض تلك المنازعات[1].

---

(1) المواجدة، مراد محمود(2015). التحكيم في عقود الدولة ذات لطابع الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص11.

وقد كان التحكيم الإداري هو السبيل الأكثر قبولاً لإرادة الأطراف المتنازعة من خلال ما يمنحهم من حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع ومن سرعة الفصل بعيداً عن القضاء العادي وتعقيداته المطولة في حسم النزاع.

وقد حظي التحكيم بأهمية بارزة في العديد من الأنظمة القانونية للدول، فإنشاء هيئات التحكيم ومراكز خاصة به، خير دليل على ما وصل إليه التحكيم من أهمية لدى هذه الدول، بل الأمر تعدى ذلك بكثير إذ خصصت بعض النظم القانونية تشريعات خاصة بالتحكيم تلبية لتحقيق أغراض معينة تتجسد في حفظ النظام والتوازن المالي بين مصالح الأفراد والدولة متمثلة في الإدارة كسلطة عامة في حالة نشوب نزاع بينهم في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وبذلك لم يعد التحكيم قاصراً على المنازعات المدنية والتجارية فقط بل يشمل أيضاً المنازعات الإدارية العقدية، الأمر الذي ساهم في تطوير هذا النظام القانوني والذي عُرف كوسيلة بديلة واستثنائية عن الأصل العام في حل المنازعات الإدارية. وعلى الرغم من أهمية التحكيم الإداري و دوره في حسم المنازعات الإدارية العقدية إلا أنه لم يحظَ بتشريع خاص في بعض الدول – ليبيا مثلاً– مما ترتب عليه قلة الدراسات السابقة التي تناولت أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في ليبيا بشكل مستقل يتناسب والدور الذي يؤديه التحكيم في حسم هذه المنازعات, لذلك جاءت هذه الدراسة لبيان موقف المشرع الليبي من بين القوانين المقارنة في تعامله مع المسائل التي يجوز فيها التحكيم وتوضيح دوره في الموازنة بين دور القضاء الإداري في فض المنازعات الإدارية العقدية ومعالجة تلك المنازعات بالتحكيم الإداري، خاصة في ظل تشتت النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم في المنازعات العقدية وتناثرها بين اكثر من قانون، مما يصعب الرجوع إليها، مقارنة بالنظم القانونية المقارنة, و إبراز التطورات التي طرأت على التحكيم الإداري في النظم القانونية المقارنة كالقانون

الأردني للتحكيم مثلاً وإظهار دوره في التشجيع على الاستثمار الأجنبي وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.

فاللجوء إلى التحكيم في هذا المجال، قد يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها إذا كان القانون الواجب التطبيق والذي اختاره أطراف العقد المتنازعة أو كان المحكَّم لا يعرف التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية وما يترتب عليها من آثار قانونية[1]، فمن هذا المنطلق حاولت دراسة هذا الموضوع ووضعه ضمن إطار خاص يحول دون الخلط بينه وبين منازعات القانون الخاص، آملاً من الله أن تكون هذه الدراسة مفيدة وبداية خير لدراسات لاحقة في هذا المجال.

ثانياً- مشكلة الدراسة:

على الرغم من كون التحكيم أصبح وسيلة بديلة أو استثنائية لحل العديد من المنازعات المدنية والتجارية في مجال القانون الخاص، إلا أنه لم يكن محل إجماع في المجال الإداري من قبل الفقه والقضاء الإداريين، مما ترتب عليه انقسام بين مؤيد ومعارض له، وهذا بدوره انعكس على موقف التشريعات الوطنية للدول حول مشروعية الأخذ بالتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، وذلك استناداً لفكرة تأثيره على سيادة الدولة من جهة وعلى قواعد القانون الإداري للدولة من جهة أخرى. لهذا يعد قبول الإدارة بوصفها سلطة عامة في الدولة، للتحكيم تنازلاً منها عن الامتيازات التي منحها لها القانون أو العقد نفسه وهو أمر ليس بالهين للمعارضين لفكرة التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، لذا أتت هذه الدراسة لبيان تلك المشكلة وتحديد آثارها.

---

(1) حماد، أشرف محمد خليل، (د. ت)، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثارها القانونية (د. ط). مصر: دار الفكر العربي، ص320.

ثالثاً- هدف الدراسة:

نتيجة لتزايد الأخذ بالتحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية يوماً بعد يوم لدى الدول المتقدمة والنامية على حد سواء بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية والسياسية، إلا أنها تهدف من وراء ذلك تحقيق أهداف عديدة منها تشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة وحماية المستثمر الأجنبي من خلال وضع نظام مالي متوازن يكفل له حقوقه الاستثمارية في حالة نشوب أي نزاع مع الطرف الآخر أثناء تنفيذ العقد وتحقيق نوع من المساواة في الحقوق والالتزامات بين الأطراف المتعاقدة وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة "الذي يعد من الأسس والمبادئ التي تأخذها الدول بعين الاعتبار في عقود القانون الخاص"[(1)] وإذا كان الأمر كذلك في مجال القانون الخاص فإنه من باب أولى الأخذ بهذه الاعتبارات في مجال علاقات القانون العام عندما تدخل الدولة نفسها طرفاً في العلاقة التعاقدية وانطلاقاً من هذه الاعتبارات سيتم تحديد أهداف هذه الدراسة في النقاط الآتية:

* بيان ماهية التحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية وتوضيح العقد الإداري المستهدف في هذه الدراسة وتمييزه عن عقود القانون الخاص حتى يتمكن من إزالة الغموض الذي قد يقع فيه البعض حول التحكيم الإداري.

* تهدف الدراسة في هذا الموضوع إلى معرفة موقف الفقه والقضاء الإداريَّيْن من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية على وجه الخصوص.

---

(1) مازن فايز محمد المقابلة، (2005م)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة آل البيت، ، الأردن، ص3.

* توضيح موقف التشريع الأردني والليبي والتشريعات المقارنة من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

* بيان أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على سيادة الدولة وعلى قواعد القانون العام فيها.

* إعطاء فكرة عامة عن التطبيقات القضائية للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية من خلال دراسة بعض القضايا التحكيمية وذلك على سبيل المثال لا الحصر.

رابعاً- أهمية الدراسة:

إن البحث في موضوع أثر التحكيم في المنازعات الإدارية يعد ذا أهمية بالغة بالنظر إلى دوره في تخفيف العبء على كاهل القضاء الإداري وغيرها من المميزات التي يتمتع بها التحكيم في هذا المجال، وقد تبدو للوهلة الأولى هذه الأهمية واضحة وجلية من ناحيتين، فمن الناحية النظرية تتجسد هذه الأهمية في ضرورة إيجاد الحلول القانونية للإجابة عن كل التساؤلات التي تثيرها هذه الدراسة، ومن الناحية العملية تبدو أهمية البحث حول أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية تتمثل في التعرف على دور التحكيم كوسيلة أستثنائية في حسم هذه المنازعات والقدرة على خلق نوع من التوازن المالي بين المستثمر الأجنبي أو الوطني والدولة خاصة في هذه الفئة من العقود التي تكون فيها الدولة طرفاً في العقد وما تشوبه من امتيازات خاصة وغير مألوفة في عقود القانون الخاص. وهذا ما دفع الباحث إلى مضاعفة الجهد لأجل دراسة هذا الموضوع دراسة معمقة وجادة تبرز قدر المستطاع قيمته وأهميته.

خامساً- أسئلة الدراسة:

إن البحث حول موضوع أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يثير العديد من الأسئلة وذلك نظراً لحداثة البحث حول هذا الموضوع ولقلة الدراسات السابقة في هذا المجال وبالتالي سوف يتطرق الباحث إلى ذكر بعض الأسئلة وذلك على سبيل المثال لا الحصر لأنه خلال البحث في متن الموضوع سيتم توضيح العديد من الأسئلة والتي ستحاول الدراسة الإجابة عليها في حينها حتى تتضح الصورة أكثر في هذا الموضوع ومن هذه الأسئلة حول الدراسة ما يلي:

السؤال الأول: بيان التطور التاريخي للتحكيم؟ وما الطبيعة القانونية له ومجالات تطبيقه في هذه الدراسة؟ بالإضافة إلى تحديد أنواعه؟

السؤال الثاني: ما موقف التشريعات القانونية للدول من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية؟

السؤال الثالث: ما موقف القضاء والفقه الإداريين من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ؟

السؤال الرابع: ما أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على الطبيعة الإدارية للعقد؟

السؤال الخامس: ما الآثار القانونية للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على سيادة الدولة وقواعد القانون العام فيها؟

السؤال السادس: ما العوامل التي تحد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية؟

سادساً- حدود الدراسة:

ستكون حدود الدراسة لموضوع أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م، كما تشمل قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953م في المواد (737-777) وقانون نظام القضاء الإداري الليبي رقم (1971/88م) والقانون الليبي رقم (5) لسنة1997م بشأن تشجيع الاستثمار المعدل بالقانون رقم (7) لسنة2003م مع الإشارة إلى القوانين الأخرى المقارنة ذات العلاقة بموضوع البحث متى كان ذلك متاحاً وممكناً.

سابعاً- محددات الدراسة:

ستقتصر هذه الدراسة على أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة وقواعد القانون العام فيها وبشكل دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية للدول، وهذا يستلزم من الباحث ضرورة التعرض لهذا الموضوع من جانبين:

الجانب الأول: يتصل بالتطور التاريخي للتحكيم وبيان الإطار القانوني له ومجالات تطبيقه وتمييز أنواعه.

أما الجانب الثاني: يتعلق ببيان موقف الفقهِ والقضاءِ الإداريَّيْن من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، بالإضافة إلى موقف النظم القانونية للدول من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

ثامناً- مصطلحات الدراسة:

ويقصد بالمصطلحات المستخدمة في هذا الدراسة المعنى الذي يقابلها، وذلك على النحو التالي:

- التحكيم: ويقصد به في هذه الدراسة التحكيم في مجال القانون العام أي التحكيم الإداري، وهو نظام قانوني استثنائي بديل للتقاضي "يجوز للدولة وسائر أشخاص القانون العام إخراج بعض المنازعات الإدارية العقدية الوطنية أو الأجنبية، من ولاية قضاء الدولة لكي تحل بطريقة التحكيم وذلك بناءً على نص قانوني يجيز الخروج عن الأصل العام المتمثل في خضوع المنازعات الإدارية كافة للقضاء الإداري بالدولة"[1].
- المنازعات الإدارية العقدية: ويقصد بها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في هذه الدراسة، أي العقود التي تبرمها الإدارة "بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره وأن تظهر نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروط غير مألوفة أو استثنائية في عقود القانون الخاص.

تاسعاً- الأدب النظري والدراسات السابقة:

وسيتم تقسيمه إلى:

أولاً- الأدب النظري للدراسة:

يعد التحكيم أحد أقدم صور حل المنازعات التي عرفتها الحضارة الإنسانية والأعراف البشرية والقوانين الوضعية على حد سواء، فقبل ظهور الدولة بمعناها الحديث وبما لها من مؤسسات تشريعية وتنفيذية وقضائية استقر التحكيم كحاجة ماسة وأساسية للأفراد في حل خلافاتهم لاسيما الخلافات الاقتصادية المترتبة على تعاملاتهم التجارية، ولكن بعد نشأة الدولة ظهر ما يعرف بنظام التقاضي كنظام مؤسسي تشرف عليه الدولة وتحدد صلاحياته واختصاصه وفقاً

(1) د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل، (2004م)، التحكيم في المنازعات الإدارية، طبعة ثانية، القاهرة: دار النهضة العربية، 2004، ص24.

لقوانينها الداخلية، يتولى مهمة الفصل في المنازعات الإدارية العقدية باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في ذلك.

إلا أن الازدياد المطرد في حركة التبادل التجاري التي شهدها العالم في الآونة الأخيرة، ونتيجة لدخول الدولة لميدان التجارة بهدف تحقيق تنمية اقتصادية وانتقال رؤوس الأموال بين الدول وسيطرة الدول الغربية على حركة الاقتصاد خاصة بعد انهيار الاتحاد السوفيتي، مما دفعها إلى فرض نظام التحكيم وذلك حماية لمصالحها في مواجهة قوانين الدول النامية.

لهذا كانت عملية تقنين نظام التحكيم في بعض النظم القانونية للدول خاصة الدول التي ترى فيه خرقاً لسيادتها وتتمسك بحقها في تطبيق قوانينها الوطنية على كل ما ينشأ من خلافات داخل حدودها الإقليمية مما يترتب على ذلك وجود اختلاف في تقنين نظام التحكيم بين الدول فمنها من أفردت له تشريعاً خاصاً كالتشريع الأردني للتحكيم رقم (2001/31)، ومنها من ضيق الأخذ به إلى حد بعيد واكتفى فقط ببيان الأحكام العامة له تمسكاً بمبدأ السيادة ليبيا مثلاً.

فقد نظم التشريع الأردني التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية في مجال القانون الخاص والقانون العام، في حين أن المشرع الليبي لم يفرد له تشريعاً خاصاً على غرار ما فعل المشرع الأردني لهذا جاءت النصوص القانونية التي تطرقت للتحكيم في القانون الليبي متناثرة بين عدة قوانين مما يصعب معه الرجوع إليها ضمن نظام قانوني موحد.

مما ترتب على ذلك قلة الدراسات السابقة لموقف المشرع الليبي من التحكيم وإن وجدت فهي ضئيلة إذا ما قورنت بحجم التعهدات التي أخذتها الدولة الليبية على عاتقها في مجال الاستثمار مع الأجنبي وحرصها على تحقيق التوازن الإيجابي بينها وبين المستثمر لذا جاءت هذه الدراسة لبيان أوجه الشبه والاختلاف مع القانون الأردني وكذلك لبيان ما يعانيه القانون الليبي من

قصور في التشريع في هذا المجال، مع تقديم التوصيات والاقتراحات والحلول للمشاكل التي تواجه المستثمر مع الدولة الليبية لعلها تكون بداية خير لدراسات لاحقة.

ثانياً– الدراسات السابقة:

أولاً– التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007م. دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة المصري.

تطرق الكاتب في هذا الكتاب إلى ماهية التحكيم وإجراءاته، ثم تطرق إلى ماهية العقد الإداري الداخلي والدولي وبيّن موقف الفقه والقضاء المصري من التحكيم في هذه العقود قبل وبعد صدور القانون رق1994/27م بشأن التحكيم في مصر كما تطرق إلى موقف المشرع المصري في هذا الصدد وتطرق الكاتب إلى التحكيم في الاتفاقيات الدولية، ثم أشار إلى بعض التطبيقات العملية للتحكيم في بعض العقود الإدارية الدولية إلا أنه لم يتطرق إلى أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وكذلك موقف الفقه والقضاء الأردني وموقف المشرع الأردني والليبي، وهذا ما سنتطرق إليه في هذه الدراسة.

ثانياً– التحكيم في القوانين العربية، **حمزة أحمد جواد**، الجزء الأول، دار الثقافة العربية (2010م), دراسة مقارنة.

تناول الكاتب في هذا الكتاب الأحكام العامة للتحكيم في المسائل المدنية والتجارية في بعض الدول العربية وكذلك الأحكام القضائية، فَخَصَّصَ الباب الأول لاتفاق التحكيم والثاني لهيئة التحكيم والثالث لإجراءات التحكيم والرابع لحكم التحكيم، ولم يتطرق إلى الأحكام العامة للتحكيم الإداري بشكل مستقل يبرز دوره في حل المنازعات الإدارية العقدية بالشكل الذي سوف نتطرق

إليه هذه الدراسة ولم يبين آثار التحكيم في المنازعات الإدارية وهذا ما سنتطرق إليه خلال هذه الدراسة.

ثالثاً– التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية ، **عبد الله محمد سلامة البطوش، رسالة دكتوراه،** دراسة مقارنة مقدمة لجامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، سنة 2014م تناول الباحث فيها ماهية التحكيم وقضاء العقود الإدارية، ثم تناول مشروعية اللجوء إلى التحكيم وبين إجراءات التحكيم ثم آثار حكم التحكيم وتنفيذه، ولم يتطرق إلى موقف الفقه والقضاء في ليبيا وبعض الدول العربية الأخرى من اللجوء إلى التحكيم كما لم يتطرق إلى التطبيقات القضائية للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في ليبيا وهذا ما سيتم توضيحه في هذه الدراسة.

رابعاً– التحكيم في منازعات العقود الإدارية، **مازن فايز مقابلة،** دراسة مقارنة سنة2005 م **رسالة ماجستير** مقدمة لجامعة آل البيت.

تناول الباحث فيها الطبيعة القانونية للتحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية وحجية حكم المحكمين لكنه لم يبن أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على سيادة الدولة وقواعد القانون العام فيها ولم يتطرق إلى التطبيقات القضائية للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ولم يوضح موقف المشرع الليبي من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وهذا ما ستتناوله هذه الدراسة.

خامساً– الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي **بولقواس سناء،** دراسة مقارنة, **رسالة ماجستير في العلوم القانونية** مقدمة إلى جامعة الحاج الخضر الجزائر سنة 2011م.

وقد تناول الباحث فيها الإطار المفاهيمي للتحكيم والنظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، كما تناول الدعوى التحكيمية في العقود الإدارية الدولية في حين لم يتطرق إلى موقف الفقه والقضاء الإداريَّيْن من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ولم يبين موقف التشريعات الوطنية المقارنة الأردني والليبي من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في الدولة وقواعد القانون العام في الدولة ولم يتطرق إلى التطبيقات القضائية للتحكيم في الأنظمة القانونية في ليبيا وهذا ما ستتطرق إليه هذه الدراسة.

سادساً- التحكيم في منازعات العقود الإدارية، **بشار جميل عبد الهادي**، دراسة تحليلية مقارنة، **بحث قدم للجامعة الأردنية** سنة 2004م دار وائل للنشر، طبعة أولى.

يتناول فيه الباحث الجوانب النظرية والقانونية للتحكيم: تعريفه، أنواعه، طبيعته وتمييزه، كما تناول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولم يتطرق إلى أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على سيادة الدولة وقواعد القانون العام فيها ولم يتناول موقف المشرع الليبي من اللجوء للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية ولا التطبيقات القضائية للتحكيم في هذا المجال، وهذا ما سيتم دراسته في هذه الدراسة.

سابعاً- التحكيم في منازعات العقود الإدارية، **أنور أحمد رسلان**، دراسة مقارنة، **بحث قدم لمجلة الأمن والقانون تصدرها كلية الشرطة بدبي**، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998م.

تناول الباحث فيه تعريف العقد الإداري والتحكيم ويبين أهمية التحكيم في العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم المصري سنة1994م واستعرض الموقف المصري قبل وبعد صدور قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية مقارنة بالقانون الفرنسي ولم يتطرق إلى اثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على سيادة الدولة وقواعد القانون العام كما لم يتطرق إلى موقف

المشرع والقضاء الأردني وموقف المشرع الليبي من جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والتطبيقات القضائية للتحكيم في هذا المجال وهذا ما سندرسه في هذه الدراسة.

ثامناً: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الآشتراكية العظمى، عوض، ابراهيم عبدالكريم العطية، دراسة مقارنة بين القانون المصري والليبي، رسالة دكتوراه غير منشورة جامعة عين شمس، تطرق فيها الباحث موقف التشريع المصري والليبي من التحكيم في العقود الادارية ولم يتطرق إلى موقف التشريع الاردني من التحكيم في هذا المجال و إلى أثر التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة وعلى الطبيعة القانونية للعقود الإدارية وعلى مسقبل قواعد القانون العام في الدولة، وهذا ما ستتناوله هذه الدراسة

عاشراً- منهجية الدراسة:

سيتم تقسيم هذا الفصل إلى:

أولاً- المنهج المستخدم في الدراسة:

لقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي الوصفي والمنهج المقارن.

- فالمنهج التحليلي وهو احد أنواع البحث الوصفي يهدف إلى تحليل محتوى الدراسة من خلال تحديد الإطار القانوني للتحكيم الإداري وبيان مميزاته وطبيعته وأنواعه، ولتمييزه عن غيره من النظم المشابهة، كما نستعين به في تحليل آراء الفقه والقضاء من اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

- أما المنهج الوصفي تستعين به هذه الدراسة في وصف إشكالية الدراسة وعناصرها وتحديد الصورة التي يجب أن تكون عليها هذه الإشكالية مع تقديم التوصيات والاقتراحات التي من شأنها تعديل الواقع للوصول إلى الحلول القانونية لهذه المشكلة وتفسيرها.
- أما المنهج المقارن فقد اعتمدت عليه هذه الدراسة إلى جانب المنهج التحليلي لدراسة النظم القانونية المختلفة وذلك من أجل إبراز أوجه الشبه والاختلاف بين تلك النظم القانونية وللتعرف إلى موقفها من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية بهدف الوصول إلى الحقيقة العلمية المرجوة من هذه الدراسة وتحديد المعنى العام والجامع لهذه النظم من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

ثانياً- مجتمع الدراسة:

سيكون مجتمع الدراسة هو العقود الإدارية، ذلك لكون هذه العقود تشكل أهم صور المنازعات الإدارية باعتبارها أداة الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية، لهذا ستقتصر هذه الدراسة على أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في ظل النظم القانونية للدول المقارنة.

الفصل الثاني

تطور مفهوم التحكيم في الحضارات الإنسانية

تمهيد

مما لاشك فيه ان نظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي تنشأ بين اطراف أي علاقة قانونية، ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي السحيق، بل هي تطبيقٌ لفكرة التحكيم في المجتمعات القديمة[1]، حيث عرف الإنسان التحكيم قبل ظهور الدولة، بل ازداد طلب اللجوء إليه في العصر الحديث الذي اتسم بتداخل العلاقات والمصالح وتزايد وتيرة المبادلات والمعاملات التجارية على الصعيد الداخلي والخارجي[2].

ونظراً لكون التحكيم أصبح وسيلة بديله واستثنائية عن القضاء العادي في حسم العديد من المنازعات ذات الطابع المدني والتجاري عند غالبية النظم القانونية للدول، فإن هذا النظام قد شهد تطوراً واسعاً ولم يعد قاصراً –كما في السابق–على المنازعات المدنية والتجارية فحسب بل صار يشمل في مضمونه وآثاره كل المنازعات الإدارية العقدية والغير عقدية التي تكون الإدارة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة.

وبما أنه كذلك، فهو أيضاً له مدلوله الخاص الذي يعبر به عن ذاته ويميزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له، وحتى نتمكن من فك الارتباط الذي قد يقع فيه بعض المهتمين بهذا المجال وبيان الخيط الرفيع الذي يفصل بين التحكيم بالمفهوم المدني والتحكيم بالمفهوم الإداري

---

(1) التحيوي، محمد السيد عمر، (2002). التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الاسكندرية، (د.ط)، ، ص11 وما بعدها.

(2) خليل، نجلا حسن سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص14.

الذي يشكل محور هذه الدراسة، علينا أن نعود بمدلول التحكيم إلى جذوره التاريخية في العصور القديمة والوسطى والحديثة وفي النظم القانونية المدنية للدول، حتى نتمكن من الوقوف على هذه الحقيقة ولتحقيق ذلك سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

الأول: نشأة نظام التحكيم وتطوره في حين خصص

الثاني لدراسة الاحكام العامة للتحكيم بينما حدد الثالث للأحكام العامة للعقود الإدارية وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

نشأة نظام التحكيم وتطوره

تمهيد

أن فكرة إنشاء نظام للتحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد لم تكن وليدة اللحظة، بل ترجع جذورها إلى المجتمعات القديمة غير أنها قد تطورت مع تطور الحياة الإنسانية وانتقال حياة الفرد من الأسرة إلى القبيلة ثم إلى مجتمعات حضارية بالإضافة إلى تعدد وتنوع مصادر العيش من الرعي والزراعة إلى التجارة والصناعة فكل مرحلة من هذه المراحل كان لها دور إيجابي في تطوير نظام التحكيم وإبراز دوره في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد، خاصة في ظل غياب سلطة مركزية[1] منظمة تتولى مهمة الفصل في المنازعات التي تحدث بين الأفراد وتحفظ حقوقهم وتحميها خلال حقبة من الزمن كان مبدأ الانتقام والأخذ بالثأر هو السائد. إلا أنه مع انتقال الفرد من الأسرة إلى القبيلة حدث تغير ملموس في تسوية الخلافات التي تحدث بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد والجماعات وذلك من خلال ما كان يعرف بشيخ القبيلة الذي كان غالباً ما يتم اللجوء

(1) الأحدب، عبد الحميد،(د.ت). موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول،(د.ط),(د.ن),(د.ب) ، ص20.

إليه للفصل في النزاع من خلال العادات والأعراف القبلية التي كانت هي المرجع التشريعي في كل ما يحدث من نزاع وعادة يتم اللجوء إلى تسوية النزاع بهذه الطريقة بناء على اتفاق سابق بين الأطراف المتنازعة يتضمن موضوع النزاع والمحكم.

وقد ساد هذا النظام ردحاً من الزمن إلا أنه مع ظهور الإسلام حدث تحول في إدارة العلاقات بين الأفراد وذلك من خلال وضع معالم للدولة لها سلطة وتتكفل بشؤون الناس[1], كما سنتحدث عنها فيما بعد.

المطلب الأول

نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى

تمهيد

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول خصص لدراسة نظام التحكيم في العصور القديمة، والثاني، يتعلق بنظام التحكيم في العصور الوسطى وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

نظام التحكيم في العصور القديمة

قد يبدو للوهلة الأولى عند الحديث عن نظام التحكيم في المجتمعات القديمة أمراً غريباً عند البعض خاصة وأن هذه المجتمعات عرفت بالقوة وباستيفاء الحق بالذات من خلال الانتقام والأخذ بالثأر ناهيك عن عدم وجود سلطة عليا لديهم تتحمل عبء حماية حقوقهم وإقامة العدالة بينهم.

---

(1) الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية, مرجع سابق، ص22.

إلا أن الواقع خلاف ذلك فمع مرور الزمن حدث تحول كبير لهذه المجتمعات اجتماعياً وجغرافياً انبثق عنه مجموعة من التقاليد والأعراف فرضت عليهم التخلي عن القوة لتحصيل حقوقهم ذاتياً وبدأوا يلجأون لشخص آخر وغالباً ما يكون زعيم أحد هذه الجماعات أو ما يعرف بشيخ القبيلة، ليتولى مهمة الفصل بينهم ويتم اختياره من قبل الخصوم أنفسهم[1] ونظراً لاختلاف العرق، والثقافة، والعقائد, لهذه المجتمعات انعكس ذلك على تنوع صور التحكيم في تلك العصور لهذا نجد منهم من احتكم إلى السماء اعتقاداً منه بقدرتها على تسوية ما حدث له من إشكالية، ولنا في قصة قابيل وهابيل, عبرة ودليل على أول حالة من حالات اللجوء إلى التحكيم، حيث احتكما إلى السماء فقرب كل منهما قرباناً فتُقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر ورفض قابيل الحكم وقتل أخاه، ومنهم ما أخذ شكل الاحتكام لمهارات الخصمين الفنية، وهو أسلوب كان متبعاً عند بعض الجماعات اليونانية القديمة، حيث كانت تلجأ إلى سجال غنائي بين المتنازعين ومن يتابع حتى النهاية دون تعب أو كلل يعتبر صاحب حق[2].

أما في عصر الإغريق فقد عُرف التحكيم في كافة المسائل، حيث لجأت الدولة الإغريقية ومنها على سبيل المثال دولة أثينا وإسبارطة إلى التحكيم في كل المنازعات التي نشأت بينهما، ولم يكن نظام التحكيم الذي عرفه الإغريق يتعارض مع سيادة الدولة أو نظام الحكم فيها، لأنه كان يتم بناء على اتفاق سابق. إلا أن نظام التحكيم شهد تراجعاً في بلاد الإغريق بعد قيام روما القديمة

---

(1) إسماعيل، رقية رياض،(2001). خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، جامعة القاهرة، سنة 2001م، ص31.

(2) أغنية، جمال عمران،(2004). تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، سنة2004، ص6 وما بعدها.

بغزوها وامتداد سيطرتها على سيادة الدولة الإغريقية وعدم التنازل عنها أو الاعتراف بالمساواة مع أي طرف آخر من التحكيم على اعتبار أن ذلك يتعارض مع سيادتها كدولة مسيطرة[1].

الفرع الثاني

نظام التحكيم في العصور الوسطى

شهد التحكيم في العصور الوسطى تطوراً ملحوظاً كوسيلة لفض المنازعات بين أمراء المقاطعات والولايات التي تنشأ بينهم أثناء الحروب المحلية والإقليمية والتي غالباً ما يتم تسويتها من خلال الاحتكام لأشخاص تثق فيهم الأطراف المتنازعة، وفي القرن الثالث عشر عرفت أوروبا نظام التحكيم ومارسته من خلال رجال الكنائس والبابا حيث كان لهم دور كبير في التشجيع على اللجوء إلى تسوية كل الخلافات سلمياً خاصة تلك التي قد تحدث بين معتنقي الدين المسيحي عن طريق الاحتكام إلى البابا أو رجال الدين، رغم ما اشتهرت به تلك الفترة من استبداد النظام الملكي الذي كان سائداً خلال تلك الحقبة من الزمن، حيث كان الملوك آنذاك يعتبرون اللجوء إلى التحكيم يتعارض مع سيادة دولهم، وفيه انتقاص وإهانة لهم ولكرامتهم، أما في القرن الثامن عشر شهد نظام التحكيم نوعاً من التطور بعد التخلص من أنظمة الحكم الاستبدادي لا سيما بعد اندلاع الثورة الفرنسية سنة 1789م والقضاء على الحكم الدكتاتوري الذي كان مسيطراً على فرنسا والخلاص من فكرة الحق الإلهي المطلق التي روَّج لها رجال الكنائس فكان ذلك بداية القبول لنظام التحكيم المبني على العدل والقانون[2].

---

(1) شفيق محسن،(1977). التحكيم التجاري الدولي،(د.ط), (د.ن), جامعة القاهرة،مصر، ص32.

(2) اغنية، جمال عمران، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الاجنبية، مرجع سابق، ص9.

المطلب الثاني

نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية

تمهيد:

للتحكيم في الشريعة الإسلامية شواهد عدة جاء ذكرها في القرآن الكريم، وما فصلته السنة النبوية وما ظل عليه فقهاء الأمة حتى هذا الزمن، وللتوضيح أكثر سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

أدلة مشروعية نظام التحكيم في القرآن الكريم

مع ظهور الإسلام وانتشاره حدث تغير في الحياة البشرية خاصة في شبه الجزيرة العربية التي شهدت ظهور معالم دولة ذات سيادة وسلطة يتولى أمرها سيد الخلق سيدنا محمد ﷺ ومن بعده الخلفاء، ولم تظل كما كانت في السابق مجرد أرض تعيش فوقها مجموعة من القبائل المتناحرة بل أصبح للدولة دور كبير في إدارة شؤون البلاد والعباد، خاصة فيما ينشب بينهم من خلافات حيث يتم تسويتها، إما عن طريق التحكيم أو القضاء وقد أكد القرآن الكريم على مشروعية التحكيم في العديد من المسائل التي تحدث في الحياة اليومية ومن هذه الآيات ما جاء في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [1].

---

(1) سورة النساء، الآية 35.

وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الله عزوجل قد أمر أن يبعثوا رجلاً صالحاً من أهل الرجل، ورجلاً مثله من أهل المرأة فينظرا أيهما المسيء، فإن كان الرجل هو المسيء حجبوا عنه امرأته وقصروه عن النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة، قصروها على زوجها ومنعوها النفقة، فإن اجتمع رأيهما على أن يفرقا أو يجمعا، فأمرهما جائز، فإن رأيا أن يجمعا فرضي أحد الزوجين وكره الآخر، ثم مات أحدهما، فإن الذي رضي يرث الذي لم يرض ولا يرث الكاره الراضي[1].

وكما جاء في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرًا ﴾ [2] وقال تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤۡمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيۡنَهُمۡ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسۡلِيمٗا ﴾[3].

يستفاد من هذه الآيات الكريمة أُنها قد أجازت التحكيم حيث جاءت الآية (35) لتؤكد على جواز اللجوء إلى التحكيم في: مسائل الأحوال الشخصية بل لا يقتصر الأمر على ذلك فحسب وإنما يشمل كل ما ينشب بين الزوجين من خلافات يمكن تسويتها إما بالتراضي على استمرار الحياة الزوجية وما يشملها من نفقة أو بإنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو الخلع كما يصلح التحكيم بينهما في كل المسائل الحياتية في المجتمع لأن العبرة بعموم الحكم لا بخصوص السبب[4].

أما وجه الدلالة في الآية (58) إنما نزلت في الأمراء والحكام بأن يؤدوا الأمانات إلى أهلها وأن يحكموا بين الناس بالعدل، وعن أنس عن النبي ﷺ لا تزال هذه الأمة بخير ما إذا قالت صدقت

---

(1) ابن كثير، الحافظ إسماعيل بن عمر بن كثير،(2003). تفسير القرآن الكريم، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ص480 وما بعدها.

(2) سورة النساء، الآية 58.

(3) سورة النساء، الآية 65.

(4) الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص22.

وإذا حكمت عدلت وإذا استرحمت رحمت[1]. وكون التحكيم يمثل نظاماً للعدالة التي هي غايته فقد أكدت عليه هذه الآية الكريمة.

أما الآية رقم (65) من سورة النساء فقد جاءت لتؤكد على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تحدث بين الناس وقد قبل الرسول ﷺ أن يكون محكماً في العديد من المسائل التي تُعرض عليه كما نصح الصحابة وعموم الناس باللجوء إلى التحكيم لتسوية كل ما ينشأ بينهم من خلافات[2].

الفرع الثاني

موقف السنة النبوية والإجماع من نظام التحكيم

لقد أكدت السنة النبوية على ما جاء في القرآن الكريم, من أدلة على مشروعية اللجوء إلى التحكيم, في العديد من المنازعات التي تحدث بين عامة الناس.

فقد روى أبو داود في سننه، عندما ذهب شريح مع أبيه إلى رسول الله ﷺ. وكان قوم أبي شريح يكنونه بأبي الحكم، فدعاه الرسول عليه الصلاة والسلام، فقال: إنّ الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تُكنّى أبا الحكم. فرد عليه أبو شريح بأن قومي إذا اختلفوا في شيء أتونْي فحكمت بينهم فرضي كلا الطرفين بما حكمت، فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحسن هذا.

نستدل من ذلك أن سيدنا محمد ﷺ قد أقر ما صنع أبو شريح، بل واستحسنه، وما وقع من أبي شريح، هو التحكيم بعينه والمستهدف في هذه الدراسة.

---

(1) ابن كثير، اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن الكريم، مرجع سابق، ص503.

(2) حسين، محمد أحمد شحاته،(2010) لتحكيم في الفقه والقانون المقارن، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، بدون طبعة، ص18.

الإجماع: أجمع فقهاء الأمة على جواز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تحدث بين عامة الناس، ولم ينكروه رغم وقوعه، فذلك دليل على مشروعيته[1].

المطلب الثالث

نظام التحكيم في العصر الحديث

تمهيد:

شهد القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر تطوراً كبيراً في مجال التحكيم وترسيخ الإيمان به كمبدأ في تسوية المنازعات الداخلية والدولية. وللحديث عن ذلك قسَّمنا هذا المطلب إلى ثلاث مراحل كل مرحلة في فرع خاص بها وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

نظام التحكيم خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر

حيث شهد هذان القرنان من الزمن تطوراً ملحوظاً في مجال التحكيم وذلك بعد اندلاع الثورة الفرنسية سنة 1789م التي أنهت نظام الحكم الاستبدادي الذي كان سائداً في فرنسا والقضاء على فكرة الحق الإلهي المطلق التي روج لها رجال الكنيسة في عهد الملوك، والحدث الثاني الذي ساهم في تطور نظام التحكيم، هو استقلال الولايات المتحدة الأمريكية عن بريطانيا سنة 1776م، حيث كان لهذيْن الحدثيْن دورٌ كبيرٌ في إرساء مبدأ التحكيم خلال هذه الحقبة من الزمن، فقد عُقدت أول معاهدة دولية تؤكد ذلك سميت بمعاهدة الصداقة والتجارة والملاحة وكانت بين أمريكا وبريطانيا، وتم بموجبها تسوية العديد من المسائل العالقة بين الدولتين إبان الاستقلال الأمريكي، وقد شهد

---

(1) حسين، محمد أحمد شحاته، التحكيم في الفقه والقانون المقارن، مرجع سابق، ص19 وما بعدها.

القرن التاسع عشر قيام العديد من الدول بعقد اتفاقيات جماعية وثنائية للتحكيم ولا يسعنا المقام سردها جميعاً، بل سنكتفي فقط بذكر البعض منها، على سبيل المثال لا الحصر ومنها البروتوكول المتعلق بشرط التحكيم المنعقد في جنيف سنة 1923م، واتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (جنيف سنة 1927م) واتفاقية الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية (نيويورك سنة 1958م) [1].

ففي هذه الفترة من الزمن نلاحظ أن المجتمع الدولي قد اولى اهتماماً بالتحكيم مما يعد تحولاً كبيراً في مجال التحكيم بخلاف ما كان عليه في السابق وقد تجسد هذا الاهتمام كما شاهدنا في صدور العديد من الوثائق الإقليمية والدولية التي ساهمت في تدوين التحكيم كوسيلة استثنائية في تسوية المنازعات ضمن هذه الصكوك الدولية.

الفرع الثاني

نظام التحكيم في عهد عصبة الأمم سنة 1919م

تعد مرحلة عصبة الأمم المرحلة الثانية في تطوير نظام التحكيم حيث تبنت عصبة الأمم في ميثاقها مبدأ اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات بالطرق السلمية أُو قد ورد ذلك في نص الفِقرة الأولى من المادة (13) من ميثاق عصبة الأمم والتي جاء فيها:(اتفاق أعضاء العصبة على أنه كلما ثار نزاع بينهم يروْن أنه قابل للتسوية بطريقة التحكيم أو القضاء، ولم يتم تسوية هذا النزاع بدرجة مُرْضية بالطريق الودي، فإنهم يعرضون موضوع النزاع برمته على التحكيم أو القضاء)[2].

---

(1) الحواري، أسامة أحمد،(2009م)القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عمان، دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع، ص50.

(2) ميثاق عصبة الأمم سنة 1919م.

وفي عام 1920م أنشأت عصبة الأمم اول نظام قضائي دولي في تاريخ المجتمع الدولي والذي تمثل في محكمة العدل الدولية، وفي سنة 1929م, حدث تطور جديد نحو الأخذ بمبدأ التحكيم في تسوية المنازعات، حيث توصلت عصبة الأمم خلال تلك الفترة إلى عقد اتفاق بين الدول الأعضاء على وضع ميثاق عام للتحكيم، تضمَّن مبدأ التسوية السلمية للمنازعات التي تحدث بين الدول عن طريق التوفيق والتحكيم والقضاء [1].

الفرع الثالث

نظام التحكيم في عهد الأمم المتحدة سنة 1945م

لقد أكد ميثاق الأمم المتحدة على مبدأ التحكيم كمبدأ من مبادئ الأمم المتحدة ومقاصدها في تحقيق السلم والأمن الدوليين وألزمت كلَّ الأطراف بضرورة اللجوء إلى تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم والتوفيق وقبل اللجوء إلى القضاء حيث جاء في نص المادة الأولى من الميثاق، لتقرر بأن (من أهداف الأمم المتحدة ومبادئها التمسك بالوسائل السلمية وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي بحل كافة المنازعات الدولية والإقليمية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم)[2]. وقد حرصت الأمم المتحدة على إدراج هذا المبدأ في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات التي أبرمتها الدول بعد إنشائها (الأمم المتحدة) منها على سبيل المثال، اتفاقية جنيف سنة 1949م الخاصة بحماية ضحايا الحرب، حيث جاءت متضمنة حق الدول في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تحدث بينهم[3].

---

(1) اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص40.

(2) ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945م.

(3) اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص41.

وقد كان لهذه المرحلة من الزمن دور إيجابي في تطوير نظام التحكيم والذي انعكس بدوره على القوانين الداخلية للدول وإن كانت قد تباينت في موقفها من نظام التحكيم حيث سنشاهد بأن هناك من الدول من أصدرت تشريعات خاصة تنظم كافة مسائل التحكيم منها على سبيل المثال الأردن، حيث أصدرت قانون رقم (31) لسنة 2001م والخاص بالتحكيم مما زاد من تطور وازدهار فكرة التحكيم، في حين هناك بعض الدول لم تفرد له قانوناً خاصاً بل اكتفت بذكر التحكيم في مجموعة من المواد المتناثرة بين نصوص قوانينها الداخلية منها ليبيا على سبيل المثال، وهذا ما سنتطرق إليه في هذه الدراسة.

المبحث الثاني

الأحكام العامة للتحكيم

(تعريفه، أنواعه، تميزه، طبيعته القانونية)

تمهيد:

لقد شاهدنا في السابق بأن التحكيم كوسيلة استثنائية لفض النزاع ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي السحيق، وإنما هو تطبيقٌ لفكرة التحكيم في المجتمعات القديمة[1]، حيث عرف الإنسان التحكيم قبل ظهور الدولة إلا أن التغيرات التي حدثت في الحياة البشرية وما صاحبها من تغير في كافة المجالات وتداخل في العلاقات والمصالح بين الأشخاص على المستوى الداخلي و الدولي ترتب عليه زيادة الطلب في اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما ينشأ من نزاعات بينهم ولكون التحكيم بات يمثل نظاماً جديداً للعدالة، فهو أيضاً له مدلوله الخاص الذي يعبر به

(1) التحيوي، السيد عمر، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، مرجع سابق، ص11 وما بعدها.

عن ذاتيته ويميزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له[1]، ولنقِفَ على ذلك لابد لنا من تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

التعريف بنظام التحكيم

تمهيد:

وللتعرف أكثر على نظام التحكيم لا مناصة من الرجوع إلى التعريف الفقهي للتحكيم والتعريف القضائي، ثم نعود بمدلوله إلى وضعه الأصلي كما جاء النص عليه في القانون المدني، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الأول خصص للتعريف بالتحكيم عند الفقه، والثاني، خاص بتعريف التحكيم عند القضاء، أما الثالث فقد كان لتعريف التحكيم في القوانين المدنية للدول وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

التعريف بنظام التحكيم عند الفقه

عند الحديث عن التحكيم لدى الفقه فإنه ينصرف في تقديرنا إلى المعنى الواسع لمدلوله الذي يشمل كل صوره ويغطي كل المجالات سواء كان النزاع مدنياً أو تجارياً او إدارياً، لأن مضمونه وأهدافه تكاد تكون واحدة في كل المجالات[2].

---

(1) خليل، نجلاء حسن سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص36.

(2) عبد الهادي، بشار جميل،(2003-2004م). التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحث قدم للجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان: دار وائل للنشر، ص12.

وقد تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم لفظاً إلا أنها ذات مضمون واحد حيث يرى جانب من الفقه أن التحكيم (هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة) [1]. وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه (عقد تلتقي فيه إرادة المتعاقديْن (الخصوم) على إحالة النزاع الناشئ عن العقد المبرم بينهم أو أي نزاع آخر قد ينشأ بخصوص هذا العقد على شخص أو أشخاص معينين (محكم أو محكمين) ليفصلوا في هذا النزاع دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بالفصل في النزاع). [2] بينما عرفه فقهاء آخرون بأنه (عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو على ضوء قواعد العدالة، وفقاً لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد اطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي، ويصدر أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها) [3].

يفهم من هذا التعريف الذي أورده الفقه أن التحكيم يتضمن عنصرين أساسيين هما:

الأول أن اللجوء إلى التحكيم مرهون بإرادة الأطراف المتنازعة في حسم النزاع به دون الرجوع للقضاء العادي بل بواسطة شخص أو أشخاص يتم الاتفاق عليهم من قبل أطراف النزاع.

العنصر الثاني: هو طابع الإلزام للحل الذي يقرره المحكمون.

---

(1) أبو الوفاء، أحمد،(2007م). التحكيم الاختياري والإجباري، (د.ط)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.

(2) بن زيد، عبد العزيز محمد،(2006م) التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماجستير غير منشورة, الجامعة الأردنية.

(3) العصار، يسرى محمد (2010م) ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية (د. ط)، القاهرة، دار النهضة العربية، ص14.

وعرفه فقهاء آخرون بأنه (أسلوب لفض المنازعات، ملزم لأطرافها وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم، أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع) [1].

وجه الدلالة في هذا التعريف أنه يؤكد بأن إرادة الأطراف هي الفيصل في اختيار اللجوء إلى التحكيم وفي تحديد عدد المحكمين والقانون الواجب التطبيق كما أكد على شرط التحكيم قبل وقوع النزاع ومشارطة التحكيم بعد حدوثه. وعرفه جانب من الفقه أيضاً بأنه: (حق يقرره القانون، أو مُكْنة يقررها القانون للأفراد, يخول لهم إمكانية الاتفاق على إحالة ما قد ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ بنود عقد معين، أو على إحالة نزاع ينشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص)[2].

الفرع الثاني

التعريف بنظام التحكيم عند القضاء

لا يخفى على أحد بأن وظيفة القضاء هي تطبيق حكم القانون للوصول إلى تحقيق العدالة من خلال الحكم القضائي الذي يشكل عنواناً للحقيقة وله حجية مطلقة تجاه الكافة. ومن هذا المنطلق نجد أن تعرض القضاء لتعريف التحكيم يصب في ما ذكرنا ويعزز من قوة التحكيم باعتباره وسيلة أقرها القضاء دون اللجوء إليه.

وقد أوردت محكمة التمييز الأردنية تعريفاً لنظام التحكيم في بعض أحكامها حيث جاء فيها (التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم وعلى

---

(1) نصار، جابر جاد،(1997م) التحكيم في العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية.

(2) ساري، جورجي شفيق،(2005م) التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مصر: دار النهضة العربية، ص23 وما بعدها.

المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم). [1] وفي قرار آخر (أن التحكيم هو احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم). [2] وجاءت المحكمة العليا الليبية لتوضح مفهوم التحكيم في حكمها الصادر في الطعن المدني رقم (23/36) ق حيث نصت على: (إن الحكم بعدم قبول الطعن سبق الاتفاق على التحكيم في موضوع الحق المطروح في دعوى صحة الحجز إذ يفيد أن الحاجز لا مصلحة له في حالة رفع الدعوى لوجود اتفاق تحكيم بينه وبين المحجوز عليه يمنعه من الالتجاء إلى القضاء للذود عن حقه فإن الحجز التحفظي يكون هو الآخر قد وقع على حق غير حالّ الأداء ويكون على غير أساس) [3].

وفي جمهورية مصر العربية عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه (طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية مهما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين في عرضه على هيئة التحكيم ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) [4].

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 17 ديسمبر 1994م في القضية رقم (13) لسنة 15 قضائية، مشار إليه في مقابلة، مازن فايز،(2005م) التحكيم في منازعات العقود الإدارية، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة آل البيت، الأردن، ص15.

(3) تمييز، حقوق، 72/37 مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، (ع3) 1972م، ص38.

(3) انظر الطعن رقم (23/36ق)، الصادر في 1982/1/25م، مجلة المحكمة العليا، السنة التاسعة عشر، العدد الأول، ص52، أشار إليه المحيشي، عثمان سعيد،(2013م). التحكيم في عقود الأشغال العامة، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، جامعة بنغازي، ص66 وما بعدها.

(4) طعن رقم (1645) لسنة 54ق، جلسة 14. 2. 1988م، سنة 39، ص242، أشار إليه في أغنية، جمال عمران، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية، مرجع سابق، ص21 وما بعدها.

يفهم مما سبق بأن القضاء الليبي والأردني والمصري اعتبر التحكيم هو عبارة عن اتفاق الأطراف على تسوية المنازعة خارج نطاق القضاء، وبما أنه اتفاق فإنه يقوم على توافق إرادة الطرفين بإسناد تسوية ما نشب بينهم من خلاف أو ما قد ينشأ لاحقاً إلى محكم أو هيئة تحكيم ويستوي في ذلك إن كان النزاع متعلقاً بوثيقة خاصة أو كان يتعلق بكل ما ينشأ من خلافات عند تنفيذ العقد، كما يترتب على هذا الاتفاق نتيجة هامة وهي عدم قبول الدعوى امام القضاء المختص حالة تمسك أحد الأطراف بهذا الاتفاق أمام الجهات القضائية،ولم يذهب بعيداً القضاء المصري في الحكم السابق عما جاء به القضاء الليبي حيث أكد على اعتبار التحكيم أسلوباً استثنائياً لفض الخصومات ولمجرد أن يتم الاتفاق بين الخصوم باللجوء إليه يجعل المسألة محل النزاع خارج نطاق القضاء العادي، ويستوي في ذلك أن كان الاتفاق على التحكيم في وثيقة خاصة بنزاع معين أو انصرف إلى جميع المنازعات التي تحدث عند تنفيذ العقد وهنا تجدر الإشارة إلى أن طريقة اللجوء إلى التحكيم من قبل الأطراف قد تكون في شكل شرط للتحكيم يتم إدراجه ضمن بنود العقد الذي تم الاتفاق عليه بحيث يتم إخضاع أي نزاع قد يحدث مستقبلاً إلى التحكيم أو قد يأخذ صورة مشارطة تحكيم والذي يكون بعد نشوب النزاع بحيث يتفق الأطراف المتخاصمة بعد نشوب الخلاف بينهم حول أي مسألة من مسائل تنفيذ العقد على إحالته إلى التحكيم، وقد تم تسميته بمشارطة التحكيم، لأن الاتفاق لاحق على نشوب النزاع.

الفرع الثالث

تعريف التحكيم في القانون المدني

سبق وأن ذكرنا بأن التحكيم قد أصبح نظاماً بديلاً وأستثنائي للاصل العام عند الكثير من الدول عن القضاء العادي في تسوية العديد من المنازعات المدنية والتجارية، إلا إن ما شهده هذا

النظام من تطور في جميع المجالات لم يعد قاصراً على فض المنازعات المدنية والتجارية – كما في السابق– فحسب بل صار يشمل المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، ولكي نقفَ على حقيقة ذلك يجب علينا أن نتمكن من فك الارتباط الذي يقع فيه بعض المهتمين بهذا المجال، وحتى نحقق ذلك لا مناصَ لنا من الرجوع بمدلول التحكيم إلى وضعه الأصلي وكما جاء النص عليه في النظم القانونية المدنية للدول باعتبارها المصدر الرئيسي للتحكيم، ثم نأتي بعد ذلك إلى مدلوله في القانون العام، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث القادم.

ونستعرض في هذا الفرع نظم التحكيم في بعض الدول ورغم اختلاف تشريعاتها وقوانينها، إلا أننا سنجد أن السمات الرئيسة للتحكيم كونه وسيلة اختيارية لتسوية المنازعات التي قد تثور عند تنفيذ العقد بين أطرافه، وكونه ملزماً لأطرافه إذا ما اتفقوا على اللجوء إليه بموجب اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم في هذه العقود، مشابهة بل تكاد تكون نفس السمات في كل نظم التحكيم للدول.

ومن بين هذه النظم القانونية القانون الفرنسي حيث عرف التحكيم في المادة (1442) (اتفاق التحكيم) يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم أو مشارطة تحكيم.

شرط التحكيم: هو اتفاق بمقتضاه يلتزم الأطراف في عقد أو أكثر بإخضاع منازعاتهم المتولدة عن هذا العقد أو تلك العقود إلى التحكيم.

مشارطة التحكيم، عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف في نزاع قائم على إخضاع نزاعهم إلى التحكيم)[1].

---

(1) منصور، حسام أحمد هلال، وخليل، حسين إبراهيم، وعماد، هبة الله،(2015م). قانون التحكيم الفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون ذكر الطبعة، ص10 وما بعدها.

يفهم من هذا التعريف بأن المشرع الفرنسي قد اعتبر التحكيم اتفاقاً خاضعاً لإرادة الأطراف على اللجوء إلى محكم يحل محل القضاء للفصل في النزاع حالاً أو في المستقبل، وهو بذلك لم يخرج عمّا جاء في التشريعات الوطنية لبعض الدول كما سنلاحظ فيما يلي:

في حين عرف المشرع المصري التحكيم في قانون التحكيم رقم (1994/27م) المعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997م حيث جاءت المادة الأولى من الباب الثاني لتقول بأن اتفاق التحكيم هو (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت او غير عقدية)[1].

(أما المشرع الأردني فلم يورد تعريفاً للتحكيم في قانون التحكيم الجديد رقم (31) لسنة 2001م وكان ذلك نظراً صائباً، حيث إن بيان التعريف هو وظيفة الفقيه، وليس وظيفة المُشَرِّع)[2].

وكما أشرنا في السابق بأن هناك قوانين لم تضع تعريفاً للتحكيم ومن بين هذه القوانين قانون المرافعات الليبي الصادر في (28) نوفمبر 1953م تاركاً ذلك لاجتهادات الفقه والقضاء، وإن كانت المادة (739) منه قد أجازت للأطراف صراحة اللجوء إلى التحكيم سواء عن طريق شرط تحكيم او مشارطة تحكيم وذلك كما جاء في نصها على أنه (يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة

---

(1) مهدي، منى،(1997م). قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية آخر التعديلات حتى سنة 1997م(د.ن)،(د.ط) ، ص78.

(2) لقد أورد المشرع الأردني تعريفاً للتحكيم في قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953م الملغي في المادة (2) منه حيث نص على أن التحكيم هو (عبارة عن الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكانت المحكمة أو المحكمين مذكورا في الاتفاق أم لم يكن) أشار إليه المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص22.

عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاص)[1].

كما نود الإشارة في هذا المقام إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي [2] لاتفاق التحكيم حيث نصت المادة (1/7) بأنه (اتفاق بين الطرفين على أن يقدم إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهما، بشأن علاقة قانونية محددة سواء كانت تعاقدية أم لا. اتفاق التحكيم قد يكون في شكل شرط تحكيم في العقد أو في شكل اتفاق منفصل) والذي يستخلص من تعدد وتنوع هذه التعريفات للتحكيم (فقهاً وقضاء وتشريعاً) يمكن تحديده في النقاط التالية:

1. إن جميع هذه التعريفات تدور حول جوهر واحد وتعبّر عن مضمون ومعنى واحد وهو ان التحكيم عبارة عن وسيلة خاصة لتسوية النزاع دون الرجوع إلى السلطة الرسمية المختصة أصلاً لتسوية النزاعات وهي السلطة القضائية.
2. إن اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات أياً كان نوعها مرهون بإرادة الأطراف والتي غالباً ما تتجسد في ذات العقد وتسمى شرط التحكيم أو في عقد منفصل قبل نشوب النزاع ويطلق عليها

---

(1) في حين نصت المادة الثانية من مشروع قانون التحكيم الليبي على (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع قد ينشأ بين الطرفين بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية ويجوز إبرام هذا الاتفاق ولو كان النزاع موضوعاً لدعوى مقامة أمام القضاء) أشار إليه المحيشي، عثمان سعد، مرجع سابق، ص68.

(2) يقصد بالقانون النموذجي، قانون التحكيم التجاري الدولي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة في دورتها الثامنة عشر بناء على توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (112) في 11 ديسمبر سنة 1985م والتي تؤكد فيها قناعتها بأن وضع قانون نموذجي للتحكيم يكون مقبولاً للدول ذات النظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة يسهم في تنمية علاقات اقتصادية دولية متناسقة. وللتوضيح أكثر راجع: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 72/40 سنة 1985م.

مشارطة التحكيم وتتم كلتا الحالتين بناء على اتفاق الأطراف بطرح النزاع على محكمين للفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين.

3. إن شرط التحكيم له فائدة وقائية، كونه يرد قبل نشوب النزاع وبوجوده يستبعد الاختلاف والتعطيل في عرض النزاع الذي قد يحدث عند إبرام مشارطة التحكيم.

4. إن بعض التشريعات(كالمصري والأردني والليبي) أجازت اللجوء إلى التحكيم دون تعريفه بل منها من أجاز التحكيم في أي علاقة قانونية، أي سواء كانت مدنية أو تجارية أو إدارية..الخ. عقدية أو غير عقدية وهذا ما أكدت عليه المادة الأولى من الباب الأول للقانون المصري رقم (1994/27م) الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية وتعديله بالقانون رقم 1997/9م والذي نص على التحكيم في العقود الإدارية وهذا ما سيتم إثباته خلال هذه الدراسة.

المطلب الثاني

أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له

سبق وأن تطرقنا إلى تعريف التحكيم بصورة عامة بأنه إجراء أو اتفاق أو حق أو مكنة منحها القانون لأطراف الخصومة وأجاز لهم من خلاله إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات عند تنفيذ التزام قانوني معين إلى شخص أو أكثر ليفصلوا فيه دون الرجوع للقضاء، وقد أصبح هذا النظام القانوني يحظى باهتمام واسع النطاق عند الدول والأفراد على حد سواء ومن هذا يفهم بأن الأصل في التحكيم كوسيلة ودية رضائية وغير رسمية لتسوية المنازعات أن يكون اختيارياً لأن إرادة الأطراف هي أساس قيامه وذلك من خلال اتفاق على تسوية المنازعات الحالية أو المستقبلية الخاصة بتلك العلاقة القانونية ولكن سنشاهد أنه في بعض الحالات يتدخل المشرع بنصوص

قانونية ملزمة تجعل التحكيم إجبارياً[1]، وأياً كان الأمر فإن المفهوم الشمولي للتحكيم يتحقق ضمن عدة انواع سنتطرق إليها فيما بعد.

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وذلك كالتالي:

الفرع الأول

أنواع التحكيم

تمهيد:

كما نوهنا سلفاً بأن الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً لأن أساسه إرادة الأطراف في أي علاقة قانونية، إلا أنه مع ذلك قُسَّم إلى عدة أنواع وهي:

أولاً- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

وهنا قُسَّم التحكيم بحسب دور الإرادة في قيامه، فيكون التحكيم اختيارياً, وهو الأصل عندما يكون أساسه إرادة الأطراف المتعاقدة، في حين يكون إجبارياً, عندما تكون إرادة المشرع هي الأساس ويكون في هذه الحالة ملزماً بنصوص قانونية، وعلة ذلك، هي الطبيعة الخاصة لبعض المنازعات مثل – التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الهيئات العامة وشركة القطاع العام- فهذا النوع لا يعد من قبيل الخصومات الحقيقية التي أساسها تصارع مصالح الأطراف المتنازعة، حيث تؤول حصيلة الحكم الصادر في تلك المنازعات إلى الخزانة العامة للدولة[2].

---

(1) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم،(2011م) التحكيم في المنازعات الإدارية والعقدية وغير العقدية، الطبعة الأولى، مصر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ص36.

(2) الطباخ، شريف،(2010م) التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه،(د.ط) مصر: دار الفكر والقانون، المنصورة، ص30.

ثانياً- التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي

ويكون التحكيم داخلياً متى صدر الحكم داخل الدولة وكان شاملاً كل عناصره، من حيث موضوع النزاع وجنسية الأطراف والمحكمين، ومحل إقامتهم، والقانون الواجب التطبيق، والمكان الذي يجري فيه التحكيم, وفي حالة العكس نكون أمام التحكيم الدولي[1].

ثالثاً- تحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح

وهنا ينقسم التحكيم من حيث الأساس الذي يستند عليه المحكمون في مباشر عملهم إلى تحكيم بسيط, وهو الأصل حيث يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد القانونية المكتوبة وغير المكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف، إلا أنه استثناء عن هذا الأصل قد يأتي التحكيم مع التفويض بالصلح وبموجبه يخول المحكم سلطة الفصل استناداً إلى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام قانوناً ما[2].

الفرع الثاني

تمييز التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له

تحرص كافة النظم القانونية للدول, على النص صراحة بأن القضاء مسؤولية الدولة فعليها أن تكفله وتيسره وتضمن استقلاله ونفاذ أحكامه، لأنه مظهر من مظاهر سيادتها، ولما كان القضاء كذلك، فإن التحكيم يعتبر استثناء على الأصل العام، رغم تشابهه مع القضاء في بعض أوجهه إلا أنه لا ينعقد ولا يباشر ولا يستمر ولا ينتهي إلا برضا كافة الأطراف على أسلوبه وإجراءاته وموضوعه وحكمه النهائي[3].

---

(1) الطباخ، شريف، التحكيم الاختياري الاجباري في ضوء القضاء والفقه، مرجع سابق، ص35.

(2) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص44.

(3) اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص24.

وبما أن القائم بحسم الأمر فيه أشخاص عاديون فهو يتشابه مع غيره من النظم القانونية وحتى تتمكن من تمييزه يجب أن نَتطرّقَ إليها وهي:

أولاً- التحكيم والقضاء

رغم القاسم المشترك بينهما في العمل القضائي والمتمثل في الادعاء والمنازعة، والأعضاء، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما من عدة جوانب، فمن حيث السلطات يتمتع المحكم بسلطات أوسع من سلطات القاضي فله عند التفويض بالصلح، أن يطبق قواعد العدالة والإنصاف، وفي حالة التحكيم بالقضاء يلتزم بالقواعد القانونية، في حين القاضي ملزم دائماً بتطبيق القانون، ومن حيث الأساس، فإن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف المتنازعة، في حين ولاية القضاء للفصل في الموضوع تتحدد بمقتضى الدستور والقانون[1].

ومن حيث الدور فإن للتحكيم دوراً يقتصر على المنازعة المتعلقة بالحقوق المالية، المتفق إحالتها للتحكيم، في حين أنّ للقضاء ولايةً ودوراً أوسعَ وأشملَ في جميع القضايا، إلا ما استثنى المشرع بنص خاص. ومن حيث حجية الأحكام فإن حجية حكم التحكيم نسبية في مواجهة الأطراف فقط، أما الأحكام القضائية فلها حجية مطلقة في مواجهة الكافة وواجبة التنفيذ لمجرد صدورها وانقضاء مواعيد الطعن فيها، بينما حكم التحكيم يتطلب عند تنفيذه أمراً من القاضي بالتنفيذ[2].

---

(1) عكاشة، أحمد ياسين،(2010م) موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث،(د.ط), مصر: دار الفجر للطباعة والتجليد، ص2143.

(2) بن زيد، عبد العزيز محمد علي، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص30.

ثانياً- تمييز التحكيم عن الصلح

عرفت المادة (647) من القانون المدني الأردني الصلح بأنه: (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتخاصمين)[1] وعرفته المادة (548) من القانون المدني الليبي بأنه (عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، بان ينزل كل منهم على وجه التقابل عن جزء من ادعائه)[2].

فمن خلال هذْين التعريفين للصلح يتضح جلياً الفارق الجوهري بينه وبين التحكيم، ففي الصلح يتنازل كلا الطرفين عن جزء من ادعائه حتى يتمكن من التوصل إلى حل وسط يرضي الطرفين، في حين أن التحكيم يصدر الحكم الذي يلبي فيه طلبات أحد الخصوم، ويرفض طلبات الطرف الآخر[3].

ثالثاً- تمييز التحكيم عن الخبرة

الخبرة، هي شهادة فنية يدلي بها أحد الأشخاص المختصين في بعض المعارف التي لا يسلم بها القاضي أو المحكم[4].

يفهم من ذلك بأن الخبرة قوامها إبداء الرأي الفني في المسألة المعروضة على المحكم دون أن يكون ملزماً، في حين قوام التحكيم هو الفصل في النزاع بحكم ملزم للخصوم.

---

(1) القانون المدني الأردني رقم (43) سنة 1976م، أعداد شبكة قانوني الأردن، سنة 2011، ص12.

(2) القانون المدني الليبي سنة 1954م.

(3) سامي، فوزي محمد،(1997م). التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، (د.ط), عمان، الأردن: دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع، ص17 وما بعدها.

(4) سناء، بولقواس،(2011م). الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجاً، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص39.

رابعاً- تمييز التحكيم عن الوكالة

عرف القانون المدني الأردني الوكالة في المادة (833) بأنها (عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)[1].

وعرف القانون المدني الليبي الوكالة المادة(699) بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) [2]، من خلال هذان التعريفان للوكالة، يتبين لنا الفارق بين التحكيم والوكالة، فالأول، يكتسب المحكم فيه حقه الحاكم لمجرد الاتفاق بين الأطراف على التحكيم وتعيين المحكم، يكتسب الحرية في ممارسة اختصاصاته بمعزل عن الخصوم. ولا يجوز عزله إلا باتفاق الأطراف وتعتبر قراراته ملزمة للطرفين.

أما الوكالة فيستمد الوكيل سلطاته فيها من الموكل مباشرة ولا يجوز له تجاوز حدود الوكالة- الوكيل- وإلا اعتبرت تصرفاته غير ملزمة للموكل، ويجوز للموكل عزله[3].

---

(1) القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة 1976م، مرجع سابق.

(2) القانون المدني الليبي سنة 1954م، مرجع سابق.

(3) الشيخ، عصمت عبد الله،(2008م). التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،(د.ط), دار النهضة العربية، القاهرة، ص25.

الفرع الثالث

صور اتفاق التحكيم

سبق وأن عرفنا التحكيم بأنه اتفاق الأطراف على طرح النزاع الذي نشأ بينهما أو المحتمل وقوعه إلى شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به[1].

وغالباً ما يرد اتفاق التحكيم في العقد مصدر الرابطة القانونية، أو يكون في وثيقة مستقلة عنه أو يتفق عليه في ملحق للعقد الأصلي وهذه الصورة الأكثر تطبيقاً في الحياة العملية. خاصة وأن العادة جرت عند إبرام العقود بأن يرد شرط التحكيم في نهاية العقد الأصلي، غير أن ذلك لا يمنع من وروده في بداية العقد أو في أي مكان آخر منه وفي جميع الأحوال، يخضع أي نزاع ناشئ عن العقد للتحكيم بموجب شرط التحكيم، إلا إذا ثبت صراحة في العقد قصر التحكيم على جزء من منازعات العقد وليس كلها[2].

وكذلك لا يمنع من تحديد الجهة التي سوف تتولى التحكيم أو القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وعلى أي حال فإن هذه المسائل ليست شروطاً يجب الاتفاق عليها في الحال فقد يُرْجَأُ الاتفاق عليها فيما بعد[3].

وأياً كان الأمر فإن لاتفاق التحكيم صورتان معروفتان هما:

---

(1) أبو الوفا، أحمد، (د. ت): التحكيم في القوانين العربية، (د. ط). الاسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ص7.

(2) حداد، حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق, ص105.

(3) الشيخ، عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص26.

أولاً- شرط التحكيم

ويعني اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة على إحالة ما قد ينشأ بينهم مستقبلاً إلى التحكيم وذلك من خلال إشارة صريحة في نصوص العقد أو الاتفاقية التي تتضمن هذه العلاقة القانونية، ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم[1]، وهو إجراء ذات فائدة وقائية كونه يرد قبل نشوء الخلاف ويعتبر من أهم صور اتفاق التحكيم وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية[2].

ثانياً- مشارطة التحكيم

ويقصد بها أن يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوب النزاع بقصد إيجاد تسوية له، أي هو اتفاق لاحق للنزاع. وفي كلا الحالتين لا يوجد لهذه التفرقة أثر في العديد من التشريعات العربية[3].

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

تمهيد:

يقودنا البحث حول الطبيعة القانونية لنظام التحكيم إلى التعرف أولاً, على موقف المشرع والقضاء منها، ثم نتطرق إلى بيان موقف الفقه القانوني وذلك على النحو التالي:

---

(1) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص25.

(2) حداد، حمزة أحمد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص102 وما بعدها.

(3) مصعب، القطاونة،(2012م). شرح نصوص قانون التحكيم الأردني رقم (31) 2001م، الطبعة الأولى، شبكة قانوني الأردن، عمان، العبدلي، ص25.

الفرع الأول

موقف المشرع والقضاء من الطبيعة القانونية للتحكيم

وينقسم إلى:

أولاً- موقف المشرع من الطبيعة القانونية للتحكيم.

لقد أقر قانون المرافعات الليبي الطبيعة القضائية لأحكام المحكمين وما يؤكد ذلك هو أن المشرع اعتبر أن هذا القرار درجة من درجات التقاضي، فقد نصت المادة (767) مرافعات ليبي على أنه (يجوز استئناف أحكام المحكمين بعد التصديق عليها حسب المادة (677)، وذلك طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم[1]، كما ورد في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م نص مفاده اكتساب الأحكام التحكيمية حجية الأمر المقضي به وذلك تأكيداً على الطبيعة القانونية التي يحوزها حكم التحكيم وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه[2].

أما موقف القانون المقارن من الطبيعة القضائية للتحكيم، فتشيرُ إلى أن قانون التحكيم الفرنسي سنة 1975م المعدل بالمرسوم رقم (48) لسنة 2011م جاء مطابقاً لما تم النص عليه في القانون الأردني ممّا أضفى الصفة القضائية لحكم التحكيم كونه يكتسب من وقت صدوره حجية الأمر المقضي به[3].

---

(1) المادة (767) من قانون المرافعات الليبي.

(2) المادة (52) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001م.

(3) المادة (1484) من قانون التحكيم الفرنسي سنة 1975م المعدل.أشار إليه منصور،حسام،أحمد، هلال حسين،ابراهيم، عماد، هبةالله، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق،ص 37ومابعدها.

وكذلك الحال في نص المادة (55) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م المعدل بالقانون رقم (7) لسنة 1997م، حيث نصت على أنه (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون) [1].

وما نلاحظه في نصوص القانون الأردني والفرنسي والمصري التي أكدت على الطبيعة القضائية للتحكيم، أن المشرع قد أكد على قاعدة عامة ومتعارف عليها في النظام القضائي وهي اكتساب الأحكام القضائية لحجية الأمر المقضي به، وتم إسقاطها على حكم التحكيم مما يدل على أن المشرع قد اعتبر حكم التحكيم في مصاف الأحكام القضائية، لذلك أصبغ على أحكام التحكيم الطبيعة القضائية.

ثانياً- موقف القضاء من الطبيعة القانونية للتحكيم.

بالنسبة لموقف القضاء المقارن من الطبيعة القانونية للتحكيم، ففي السابق لم تقر محكمة النقض الفرنسية الطبيعة القضائية للتحكيم، حيث أصدرت حكماً لها في عام 1812م تبنت فيه النظرية التعاقدية للتحكيم[2]، واستمرت على هذا الحال مدة زمنية طويلة، إلا أن هذا الحكم لم يجد قبولاً وتأييداً عند القضاء الفرنسي، مما انتهى به الأمر إلى إصدار حكم لاحق يؤكد بأن (حكم التحكيم مرجعه إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة قضائية)[3]. فكان هذا الحكم تأكيداً على موقف محكمة النقض الفرنسية حول الطبيعة القضائية للتحكيم، كونه نظاماً موازياً لقضاة الدولة،

---

(1) المادة (55) من قانون التحكيم المصري

(2) المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في عقود الاشغال العامة، مرجع سابق، ص76.

(3) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة في 1960/10/29م المشار إليه: المحيشي، التحكيم في عقود الاشغال العامة، عثمان سعد، مرجع سابق، ص76.

والمحكمون فيه هم ممثلون للدولة ولقضائها في تحملهم المسؤولية للفصل في النزاع وإقامة العدل وتحقيق الاستقرار بين الأطراف المتنازعة.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن (التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، ولئن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم، إلا أن أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولم يُقْضَ ببطلانه وهو ما أكدته المادة (55) من القانون رقم (1994/27م) بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية الذي ألغى المواد من (501) حتى (513) من قانون المرافعات المدنية)[1]. أما القضاء الأردني فسنشاهد خلال هذه الدراسة أن موقفه متذبذب بين الأخذ بالنظرية العقدية أو القضائية ولعله يُرْجِعُ ذلك لاختلاف أحكامه حيال تفسير الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، ومع ذلك جاء في أحد أحكام محكمة التمييز الأردنية قولها بأن طلب تنفيذ حكم التحكيم لا يقبل إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.. الخ[2]. مما يعني أنها أضفت الصفة القضائية على أحكام التحكيم وذلك عندما اشترطت لتقديم طلب تنفيذه أن تنقضي مدة ميعاد الطعن أسوة بالأحكام القضائية التي لا يجوز الطعن فيها إلا خلال ميعاد الطعن المقررة قانوناً.

---

(1) الطعن رقم (1004) سنة 61 ق جلسة 1997/12/27م، المشار إليه في منصور حسام أحمد، وخليل، حسين إبراهيم، وعماد، هبة الله، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق، ص27.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2006/3522) تاريخ 2007/3/4م، أشار إليه القطاونة، مصعب، شرح قانون التحكيم الأردني، مرجع سابق، ص206.

الفرع الثاني

موقف الفقه من الطبيعة القانونية للتحكيم

اجتهد الفقه في إيجاد تفسير للطبيعة القانونية لنظام التحكيم فانقسموا إلى عدة مذاهب فقهية قسمت كالتالي:

أولاً- المذهب الفقهي الإتفاقي (العقدي)

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن التحكيم يقوم على أساس إرادة أطراف النزاع في رغبتهم حل النزاع عن طريق اللجوء إلى شخص أو أكثر يختارونهم بإرادتهم الحرة مع قبولهم مسبقاً بإلزامية ما يقرره هذا الشخص[1].

ولما كان التحكيم كذلك، فلا يتصور وفقاً لأنصار هذا المذهب اعتبار سلطة المحكم من قبيل سلطة القضاء التي تعتبر من السلطات العامة في الدولة، أما دور الدولة في مجال التحكيم فإنه يقف عند حد عدم المساس بالنظام العام، في حين أن بدء التحكيم وسيره حتى صدور الحكم يجد أساسه في إتفاق الأطراف باللجوء للتحكيم والانصياع لما يصدره المحكم من أحكام وهذا ما يضفي على التحكيم الطبيعة الاتفاقية والتعاقدية بدل الطبيعة القضائية وما يعزز ذلك أيضاً أن امتناع المحكم عن الفصل في النزاع لا يعد جريمة إنكار للعدالة التي يعاقب عليها القانون وفق قواعد مخاصمة القضاة[2].

---

(1) موسى، منى عبد العالي، وكربل، رفاه كريم،(2009م). التحكيم وأثره على العقد الإداري، بحث غير منشور قدم لكلية القانون، جامعة بابل، سنة 2009، ص4.

(2) العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص25 وما بعدها.

ويعززون قولهم بأن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد في حين أن القضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وهي إقامة العدل، وإن التحكيم يقوم على اتفاق يتنازل أطرافه عن الدعوى القضائية، وما يؤكد على الطبيعة الاتفاقية التعاقدية للتحكيم أيضاً, لا يشترط في التحكيم أن يكون المحكم وطنياً في حين أن وظيفة قضاة الدولة لا يمارسه إلا قضاة وطنيون[1].

وعلى الرغم من الأفكار التي جاء بها أنصار هذا المذهب، إلا أنها لم تسلم من النقد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هذا المذهب يؤدي إلى تجاهل وظيفة المحكم الحقيقية التي يؤديها، والتي تتمثل في الواقع بما يقوم به القاضي، وينتهي إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي، بالإضافة إلى ذلك فإن قرار التحكيم, لا يكون واجب التنفيذ إلا إذا أقرته المحكمة بناء على طلب التنفيذ الذي يقدم إليها[2]، وأياً كانت المبررات التي قدمها أنصار هذا المذهب فقد جاءت أدلة وأفكار المذهب القضائي لتضع التحكيم في مصاف القضاء النظامي.

ثانياً- المذهب الفقهي القضائي.

جاء أنصار هذا المذهب بأفكار على خلاف ما جاء به المذهب السابق, بقولهم أن التحكيم ذات طبيعة قضائية وليست اتفاقية أو تعاقدية كما ادعى أنصار المذهب السابق. وقد استدلوا على ذلك بمجموعة من الحجج التي تثبت ذلك، وقد تمثلت في أن القول بأن التحكيم يرتبط بإرادة الطرفين في اختيار المحكم والامتثال لقراره، لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم بدليل أن هناك الكثير ممن يتفق في عقد معين على تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد يحدث بينهما من نزاع

---

(1) ساري، جروجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص36 وما بعدها.

(2) أغنية، جمال عمران، تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الأجنبية، مرجع سابق، ص42.

حول تنفيذ هذا العقد والالتزام بما تصدره من أحكام في ذات النزاع. فهنا رغبة الأطراف هي نفسها سواء كان الامتثال لقرار التحكيم أو لحكم القضاء ففي كلا الحالتين يعتبر امتثالاً لحكم القانون وبالتالي لا يمكن نزع الصفة القضائية للتحكيم استناداً على رغبة الأطراف.

كما لا يحول دون الصفة القضائية للتحكيم القول بأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة فهذه المصلحة يهدف إليها قرار الاتفاق على التحكيم، أما حكم التحكيم يهدف في النهاية – كحكم القضاء–إلى تحقيق العدل من خلال تطبيق القانون. كذلك إن جوهر القضاء هو الفصل في النزاع المعروض عليه وتطبيق حكم القانون عليه.[1] وهذا ما يفعله التحكيم كما أن وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم، فَكَوْنُ المحكَّمِ لا يستطيع استدعاء الشهود وإلزامهم بالحضور والمثول أمامه وإن قراره لا ينفذ جبراً إلا بأمر تنفيذه من القضاء الرسمي للدولة، فهذا لا يعد حجة لإنكار الصفة القضائية للتحكيم، لأن ذلك لو صح يعني أن الحكم الأجنبي أيضاً لا يعد قضاء لأنه ينطبق عليه ذات الشيء[2]. يضاف إلى ذلك أن غالبية النظم القانونية للدول قد أضفت على التحكيم الطبيعة القضائية وكذلك القضاء عند بعض الدول.

ثالثاً– المذهب الفقهي المختلط.

يرى أنصار هذا المذهب أن التحكيم ذات طبيعة عقدية وقضائية في آن واحد فهو ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، وإنما هو نظام يمر بعدة مراحل ولكل مرحلة طابع خاص فهو في

---

(1) اسماعيل، محمد عبد المجيد،(2003م) عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها،(د.ط). منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص356.

(2) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص40 وما بعدها.

أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم، لا يتم تنفيذه إلا بصدور أمر بالتنفيذ من قاضي الدولة وهنا يصبح قضائياً[1] بحيازته لقوة الأمر المقضي به بعد صدور الأمر بتنفيذه من محاكم الدولة وهذا ما أكدت عليه تشريعات التحكيم في كلٍ من الأردن ومصر وليبيا وفرنسا.

ومن جانبا نرى بأن التحكيم يمثل نظاماً جديداً للعدالة كونه يسعى إلى إقامة العدل وتحقيق السلم والأمن بين الأطراف المتنازعة من خلال ما يصدره المحكمون من قرارات تحظى باحترام والتزام كل الأطراف، وهذا ديدن السلطات القضائية في الدولة طالما كان الهدف واحداً للجهتين السلطة القضائية والتحكيم.

المبحث الثالث

الأحكام العامة للعقود الإدارية

تمهيد:

تلجأ الدولة في سبيل تحقيق أهدافها التنموية إلى التعاقد مع أشخاص آخرين سواء كان الطرف المتعاقد معه شخصاً طبيعياً، او معنوياً، أو وطنياً، أو أجنبياً، وتضمين العقود شرط التحكيم عند إبرامها للعقود وذلك استجابة لرغبة المستثمرين خاصة المستثمر الأجنبي، فالتحكيم يضمن له من وجهة نظره الحياد اللازم والطمأنينة الضرورية لحماية مصالحهم واستثماراتهم من حيث حرية اختيار المحكمين وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وتفادي اللجوء إلى القواعد القانونية الداخلية. وسبق أن أشرنا إلى تنامي أهمية التحكيم كوسيلة بديلة استثنائية لتسوية النزاع المترتب عن تنفيذ العقد، وإلى ما دأبت عليه العديد من الدول على إدراج التحكيم ضمن الإطار القانوني للدولة، حتى يكون ضمن الوسائل التي يتم اللجوء إليها لتسوية المنازعات المدنية

---

(1) الطباخ، شريف، التحكيم الاختياري والاجباري في ضوء القضاء والفقه، مرجع سابق، ص39.

والتجارية والإدارية بشقيها العقدية وغير العقدية، وبما أن محل الدراسة (اثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية) فإننا سوف نتعرض في هذا المبحث إلى المفاهيم العامة للعقود الإدارية (مطلب أول)، ثم نتطرق إلى تعريف التحكيم بالوصف الإداري (مطلب ثاني)، بعدها نعرف المنازعات الإدارية العقدية مع بيان أهمية التحكيم فيها (مطلب ثالث)، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

المفاهيم العامة للعقود الإدارية

تمهيد:

ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون العام، ويكون القضاء الإداري هو الجهة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه، بل إن الأمر يقتصر على فئة معينة من العقود، وهي العقود الإدارية بمعناها القانوني والفني الدقيق، لذلك حرص الفقه والقضاء على تحديد تلك النوعية من العقود، وتمييزها عن عقود القانون الخاص، التي تبرمها الإدارة، وتخضع للقانون المدني، وتدخل في اختصاص القضاء العادي، وهي عقود الإدارة المدنية.

ومما لاشك فيه، أن تحقيق العدالة هي الغاية المنشودة لكل نظام قانوني، والأصل العام أن القضاء النظامي للدولة هو المختص بتحقيق العدالة، ولفرض تحقيقها يلجأ على سبيل الاستثناء إلى أساليب أخرى كالتحكيم.

وفي ضوء ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول

التعريف بالعقود الإدارية

قد يثير تعريف العقود الإدارية عند البعض شيئاً من الصعوبة بمكان، وذلك نظراً إلى التفاوت في المراكز القانونية لطرفي العقد لكونها تبرم بين الدولة من جهة أو أحد إداراتها وبين شخص أو أكثر من الوطنيين أو الأجانب، فالدولة هي شخص من أشخاص القانون العام ومن ثم فهي تتمتع بامتيازات استثنائية وسيادية، لا يتمتع بها المتعاقد الآخر والذي يعد من أشخاص القانون الخاص[1].

بالإضافة إلى أن التفاوت في المراكز القانونية لطرفي العقد يضفي عليه طابعاً خاصاً واستقلالية تؤدي إلى تميزه عن غيره من العقود الأخرى، التي تبرم في إطار القانون الخاص[2].

ولا يقف الأمر في هذه العقود إلى هذا الحد بل يتعداه للتفاوت في المراكز بين هذه الأطراف من الناحية الاقتصادية وهو ما لا يجعلها تقف على قدم المساواة بين الطرفين المتعاقدين. ورغم ما تتمتع به الدولة من امتيازات استثنائية وسيادية، إلا أنها في أغلب الظروف توجد في مركز اقتصادي أضعف من المركز الذي يتمتع به الطرف الثاني، لاسيما الشركات الأجنبية الكبرى وهو ما دفع هذه الدول للتشبث بإخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين الطرف المتعاقد معها لقضائها وقانونها الداخلي وذلك خشية منها لأن تكون لقمة سائغة أمام التفوق الاقتصادي لهذه الشركات في حين تعمل هذه الأخيرة على إبعاد هذا العقد من إطار القانون العام لتتمكن من

---

(1) عكاشة، حمدي ياسين، (1998م). موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، (د. ط). الاسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ص15 وما بعدها.

(2) سناء، أبولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص42.

الوقوف على قدم المساواة مع جهة الإدارة[1]، وأمام هذا التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية للأطراف المتعاقدة، ولوجود هذه العقود في حدود كل من القانون العام والقانون الخاص وكذلك أمام هذه المسألة الشائكة دفع الفقه إلى إخضاعها لنظام يختلف عن النظام الذي تخضع له العقود المبرمة في إطار القانون الخاص، وانطلاقاً من ذلك عَرَّف قضاة مجلس الدولة الفرنسي العقود الإدارية بأنها (ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخَّول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام)[2].

وهذا هو التعريف الذي أخذت به محكمة القضاء الإداري المصرية وقسم الرأي واعتمدته المحكمة الإدارية العليا ثم أقرته أيضاً المحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة تنازع، وذلك على النحو التالي:

1. أما محكمة القضاء الإداري فإنها تقول في حكمها الصادر في (1960/10/23م) (إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إلا أنه من الجائز إبرام عقود بين هيئة إدارية وغيرها من الهيئات والأفراد دون أن يعتبر العقد إدارياً، لأن مجرد إبرام العقد بين شخص معنوي عام

---

(1) سناء، أبو لقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص48 وما بعدها.

(2) الطماوي، سليمان محمد، (2012). الأسس العامة للعقود الإدارية، ط6، مصر: دار الفكر العربي، ص47.

وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً، والمعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من العقود الأخرى ليس هو صفة المتعاقد، بل هو من جهة الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة وكذلك من ناحية موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور)[1].

2. أما المحكمة الإدارية العليا المصرية، فقد جاء في هذا الشأن حكمها الصادر في (1968/2/24م) السنة 13 ص557، حيث قررت بأنه (ومناط العقد أن تكون الإدارة أحد أطرافه وان يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه، وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام، وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح) [2].

3. ثم إن الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع قد أخذت بذات التعريف، ففي فتواها رقم (637) لسنة 1956/10/23م، تقرر أن العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام، وشخص من أشخاص القانون الخاص، بقصد تحقيق مصالح عامة ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ، إذ يجب ان يراعى فيها دائماً تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره، كما أن الإدارة

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص47.

(2) الطماوي (2014م)، سليمان محمد، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، الطبعة مزيدة ومنقحة، مصر، دار الفكر العربي، ص418.

تراعي في الشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد ما ملائمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين وبطريقة معينة حتى تكفل المتعاقد وهو يعلم مقدماً بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد) [1].

4. وأخيراً فقد أتيح للمحكمة الدستورية العليا أن تتعرض لمعيار العقد الإداري في كثير من أحكامها والتي منها حكمها الصادر في 19 يناير سنة 1980م في القضية رقم (7 لسنة 1 قضائية المجموعة، ص244) حيث تؤكد أنه (يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص[2].

أما بالنسبة لتعريف العقد الإداري في النظام القانوني الليبي نجد فيه تمايزاً عن القانون المصري حيث أن اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) قد تكفلت بتعريف العقد الإداري من خلال لوائح العقود الإدارية المتعاقبة، بدءاً من لائحة العقود الإدارية الصادرة سنة 1980م، التي جاء فيها تعريف العقد الإداري في المادة (2) بأنه (يقصد بالعقود الإدارية في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات الإدارية المشار إليها في المادة لسابقة بقصد تنفيذ مشروع من مشاريع خطة التحول أو تصوير أو تسيير مرفق من المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام واطراد متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ويستهدف المصلحة

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص48.

(2) الطماوين سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص49.

العامة)[1] ووصولاً للائحة العقود الإدارية لسنة 2007م. التي عرفت العقد الإداري في المادة (3) بأنه (كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة (الجهات والوحدات الإدارية الواردة في المادة الثانية من هذه اللائحة) بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية أو الإشراف على تنفيذه، أو تقديم المشورة الفنية، او تطويره أو في تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد، متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، وتستهدف تحقيق المصلحة العامة)[2].

أما تعريف القضاء الإداري الليبي للعقد الإداري، فقد وردت فيه العديد من الاحكام التي تتفق مع الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المصري، ومما جاء في دوائر القضاء الإداري الليبي، ما قضت به المحكمة العليا الليبية في حكمها بأن (اختصاص القضاء الإداري ولائياً بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطُةُ أن يكون هذا العقد وفقاً لمقصود المشرع منه في نص المادة الرابعة من القانون 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري إدارياً، بمعنى أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتعلقاً بمرفق عام ومحتوياً على شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاصة، أو متضمناً لما يفيد أن نية الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام فإن فقد إحدى هذه الخصائص الثلاثة التي تتميز بها العقود الإدارية، فإنه لا يكون عقد توريد إداري ويخرج النزاع بشأنه عن نطاق اختصاص القضاء الإداري) [3].

---

(1) قرار اللجنة الشعبية العامة (دولة ليبيا) سنة 1980م والصادر بتاريخ 1980/9/24م بشأن إصدار اللائحة العقود الإدارية، المادة (2) منها.

(2) قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (2007/563) (دولة ليبيا) الصادر بتاريخ 2007/10/26م، المادة (3).

(3) طعن إداري رقم (27/16 ق) جلسة 29 نوفمبر 1983م، السنة الحادية والعشرون، العدد الأول، اكتوبر، 1984م، ص25.

أما في الأردن وعلى الرغم من الاستجابة التشريعية لأحكام الدستور الأردني الذي نص على إنشاء محكمة عدل عليا إلا أن قانون إنشاء محكمة العدل العليا (سابقاً) رقم (12) لسنة 1992م لم يدخل ضمن اختصاصات هذه المحكمة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بل أكدت ذلك في قرارها (بأن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية) وكذلك الحال في القانون رقم (27) لسنة 2014م بشأن القضاء الإداري حيث أبقاهُ هو الآخر على ما نصت عليه محكمة العدل العليا بأن ظلت منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء العادي[1].

في حين استقر الفقه القانوني بالأردن بتعريف العقد الإداري بأنه (العقد الذي يبرمه احد اشخاص المعنوية العامة بقصد تسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة متبعاً في هذا الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطواءه على نوع أو اخر من الشروط غير المألوفة الاتباع في عقود القانون الخاص [2].

يستفاد مما سبق ان المعايير الرئيسية التي يتميز بها العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى هي:

1. ان تكون الإدارة باعتبارها سلطة عامة طرفاً في العقد.
2. أن يكون هناك صلة بين العقد والمرفق العام لضمان تسيره بانتظام.

---

(1) مقابلة، مازن فايز محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص17.

(2) القبيلات، حمدي، (2010م). القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، عمان: دار وائل للنشر، ط96 وما بعدها، خليل، نجلاء حسين أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص55.

3. أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص. وسنتطرق لهذه المعايير بشكل أوضح عند الحديث عن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني.

الفرع الثاني

أنواع العقود الإدارية

هناك أنواع متعددة من العقود الإدارية منها ما أطلق عليها الفقه بالعقود المسماة (العقود الإدارية بتحديد القانون وتحديد القضاء) التي لها نظامها القانوني الخاص بها[1]، في حين أطلق على النوع الآخر من العقود اسم (العقود الإدارية غير المسماة) وهذا النوع من العقود قد يلجأ إليها أحد أشخاص القانون العام لإبرامها لتوافر ميزات العقود الإدارية بها والتي منها تلك العقود المتعلقة باستغلال الأموال العامة أو ما تتطلبها مقتضيات عقود إدارية مثل عقد الأشغال العامة.

وقد أخذ المشرع الليبي بالعقود الإدارية المسماة في لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م ومن أهم العقود التي دأب المشرع الليبي على تعدادها في هذه اللائحة هي:

1. عقود التوريد الإدارية وعقود التركيب للمصانع.
2. عقود المقاولات العامة.
3. عقد النقل.
4. عقود الإدارة بمختلف أنواعها للمرافق العامة والمنشآت الصناعية والسياحية.
5. عقود الصيانة والتشغيل للمشروعات والمرافق العامة.

---

(1) علي، عثمان ياسين، (2015). تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ص40.

6. عقود بيع الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها[1].

وأياً كانت التسمية لهذه العقود الإدارية فإنه ليس لها أهمية خاصة فيما يتعلق بالنظرية العامة للعقود[2].

أما المشرع الأردني فلم ينص صراحة على العقود الإدارية في القانون الأردني إلا أن القضاء الأردني اعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية[3].

وقد صنفت العقود الإدارية على غرار التصنيف المأخوذ به في القانون المدني بالعقود المسماة والعقود غير المسماة ومن طائفة العقود الأولى، عقود الامتياز أو الاشغال العامة، وعقود التوريد وعقود المعاونة، أما غير المسماة فهي تلك العقود التي ليس لها مسميات شائعة في القانون الإداري وليس لها نظام قانوني خاص بها مع ذلك تعتبر عقوداً إدارية بطبيعتها ومثال ذلك العقد المتعلق باستغلال المال العام، والعقد المبرم بين الجامعة وأحد الطلبة لغايات ابتعاثه والإنفاق عليه مقابل التزامه بالعودة للعمل بالجامعة لمدة محددة من الزمن[4].

الفرع الثالث

معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني

إن ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري هو وجود ثلاثة معايير تميز العقد الإداري، عما عداهُ من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة وهي:

---

(1) الشلماني، حمد محمد حمد، (2007). امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، (د.ط) الاسكندرية، درا المطبوعات الجامعية، ص36.

(2) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص88.

(3) المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص53.

(4) الخلايلة، محمد علي، (2015م). الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص305.

أولاً- أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد.

إن المبادئ العامة للقانون الإداري تقتضي أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد الإداري[1]، ولكن الإشكالية التي تُثار في ذلك هي كيفية تمثيل الإدارة في العقد الإداري، فهل يشترط التمثيل المباشر للإدارة في العقد دون أن يمثلها الغير؟ وإذا كان الأمر كذلك فماذا عن العقود التي تبرمها الجهات الأخرى؟ وتقصد بذلك العقود التي تبرمها الشركات العامة أو الأشخاص الملتزمين بالمرافق العامة مع أشخاص القانون الخاص إما مباشرة أو من الباطن، والتي غالباً ما تكون لغرض تحقيق النفع العام في سبيل تقديم خدمات عامة.

بالرجوع إلى المادة (2/3) من اللائحة العقود الإدارية الليبية رقم (563) لسنة 2007م، يلاحظ أنها اعتبرت كل عقد تُبرمه الوحدات الإدارية، يعتبر عقداً إدارياً وكذلك التي تُبرم لتنفيذ مشروعات خطة التنمية متى كان العقد يشتمل على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص وتستهدف المصلحة العامة.

وجرى القضاء الإداري في فرنسا ومصر وليبيا والأردن على أن التعاقد باسم الإدارة ولحسابها تعتبر عقوداً إدارية إذا رأت حل العقد بمرفق عام وتضمن شروطاً استثنائية، وأما ما يخص عقود الأشغال العامة فهي عقود إدارية بطبيعتها.

كما أن المفهوم الواسع لشرط (أن تكون الإدارة طرفاً في العقد) يشمل العقود التي تبرمها جهة الإدارة بنفسها أو بواسطةُ خَلفِها الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ولو كان من أشخاص القانون الخاص إذا تعلق موضوع العقد بمرفق عام وتضمن شروطاً استثنائية[2].

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص418.

(2) المصرين زكريا، (2014م). العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، الطبعة الأولى، مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ص16.

ثانياً- أن يتعلق موضوع العقد بمرفق عام

إن المتفق عليه فقهاً وقضاء في تحديد مفهوم المرفق العام هو أن يتحدد بمعيارين، أحدهما عضوي وآخر موضوعي، فالمعيار العضوي هو الجسم الذي يقوم بنشاط ذي نفع عام.

أما المعيار الموضوعي، فهو ذلك النشاط الذي يقوم به هذا الشخص وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا المعيار بقولها: (لما كانت إدارة مشروع الغاب تهدف إلى تحقيق مشروع ذي نفع عام لتنمية الإنتاج الاقتصادي في البلاد، فهي بهذا تعتبر مرفقاً عاماً تديره الدولة عن طريق نظام خاص..)[1]، وهو ما أكدت عليه لائحة العقود الإدارية المشار إليها فيما سبق وهي بصدد تعريفها للعقد الإداري في مادتها رقم (3/2) سالفة الذكر[2].

ثالثاً- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية.

لم يعرف القضاء الفرنسي تعريفاً للشروط الاستثنائية، وترك ذلك للفقه والذي عرفها بدوره بأنها (الشرط الذي يعد باطلاً في عقود القانون الخاص، لمخالفته النظام العام) في حين عرفها آخرون بأنها الشروط التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد ليس لاستحالتها أو اصطدامها بالنظام العام، وأنما لاتسامها بطابع السلطة العامة أو لمخالفتها لما اعتاده الأفراد من شروط[3].

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص62.

(2) نصت هذه المادة يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة، بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية أو الإشراف على تنفيذه او تقديم المشورة الفنية أو تطويره او في تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد، متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف تحقيق المصلحة العامة.

(3) نقلاً عن المحيشي، عثمان يعد، التحكيم في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص19.

كما عرفها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في (1950/10/20م) بأنها (التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً او تُحمِّلهَ التزامات غريبة في طبيعتها عن التي يمكن ان يوافق عليها في نطاق القانون المدني أو التجاري) [1].

ولم يعرف التشريع الليبي هذه الشروط، فقط اكتفى بذكر أهميتها في المادة (3/2) من لائحة العقود الإدارية سالفة الذكر، وترك مهمة ذلك للفقه والقضاء.

أما في الأردن فيذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العقد يعد إدارياً حتى ولو لم يتضمن أي شرط من الشروط غير مألوفة في القانون الخاص ما دام أنه يقع في الإطار التنظيمي غير المألوف في القانون الخاص[2].

يستخلص من ذلك ان المراد من الشروط الاستثنائية هو استظهار الإدارة نيتها عند التعاقد أنها طرف متميز في العقد لما لها فيه من سلطة عامة، وإن الشروط الاستثنائية هي الشروط غير مألوفة في العقود المدنية، وما اتفق عليه التشريع الليبي والمقارن هو أهمية هذه الشروط في تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى.

ولا يوجد في القانون بصفة عامة قائمة محددة للشروط الاستثنائية وإنما تحديد ما إذا كان العقد مشتملاً على شروط استثنائية أم لا، ويتم تحديده من قبل قاضي الموضوع الذي يستخلص هذه الشروط من فحوى بنود العقد ونصوصه من خلال البحث عن نية الإدارة والكشف عن اتباعها أساليب القانون العام من عدمه من خلال بنود العقد وإن جرت العادة بأن تكون هذه الشروط غير المألوفة مرتبطة بامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة والتي تشكل أهم صور

---

(1) نقلاً عن الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص73.

(2) القبيلات، حمدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص102.

الشروط الاستثنائية وكذلك الشروط التي تمنح الإدارة امتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها وبمقتضى هذه الشروط تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة أن تحمل المتعاقد معها التزامات تجعل موقفه غير متكافئ معها وهو ما يعد إخلالاً بمبدأ المساواة المتعارف عليه في العقود العادية فتستطيع بمقتضاها أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء ودون موافقة المتعاقد معها وإن كان له الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض وله ان تفرض عليه عقوبات دون الحاجة أن يكون قد ترتب على إخلاله بالالتزامات أي ضرر [1].

المطلب الثاني

تعريف التحكيم بالوصف الإداري والمنازعة الإدارية مع بيان مبررات اللجوء إليه

تمهيد:

سبق وان تطرقنا إلى تعريف التحكيم وبيان أحكامه كما جاء في النص عليها عند الفقه والقضاء والقانون المدني، حيث تعددت التعريفات وتنوعت حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم وإن كانت جُلها تدور حول هدف واحد ومضمون واحد وتحمل في طياتها مبررات اللجوء إليه، وعلى هذا الأساس، سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول: التعريف بالتحكيم الإداري.

الفرع الثاني: التعريف بالمنازعات الادارية.

الفرع الثالث:مبررات اللجوءللتحكيم الإداري في منازعات الإدارية العقدية وذلك على النحو التالي:

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص76.

الفرع الأول

تعريف التحكيم الإداري

لاحظنا فيما سبق عند الحديث عن تعريفات التي أوردها التشريع أو القضاء أوالفقه للتحكيم كلها جاءت بالمضمون عام للتحكيم مما يعني لدينا أن أي اجتهاد او تأويل يحد من عمومية هذه التعريفات يخالف القاعدة الأصولية التي تقضي بأن العام يؤخذ على عمومه ما لم يخصص، وبما أن الأمر كذلك فإن عدم وجود تعريف للتحكيم الإداري بشكل ثابت ومستقل يبرز ذاتيته ويميزه عن غيره من أنواع التحكيم، لا يعني ذلك حظر أو منع وجود تعريف له، فكما تفسر وتؤول كلمة التحكيم في التعريفات السابقة بأن المقصود بها التحكيم المدني، يمكن تفسيرها بالتحكيم الإداري خاصة في ظل وجود اختلاف جوهري بين النظام القانوني للعقود الإدارية والنظام القانوني للعقود المدنية يتطلب أن يستتبعه اختلاف في نظام التحكيم. والذي يتعين تحديد اختصاصه بحسب طبيعة كل نظام سواء كان مدنياً أو إدارياً دون الخلط بينهما، بالإضافة إلى أن معظم التشريعات أجازت التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية رغم التباين الذي قد يلحق البعض منها.

وفي هذا الصدد عرف الفقه التحكيم الإداري بأنه (اتفاق يتعلق بالفصل في منازعة إدارية، أي أحد أطرافها على الأقل جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وأغلب هذه المنازعات تتصل بالعقود الإدارية)[1].

وعرفه آخرون (بأنه الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة او أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدية أو غير عقدية فيما بينها أو بين إحداها أو أحد أشخاص القانون الوطني

---

(1) الحلو، ماجد راغب، (2004) العقود الإدارية والتحكيم، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص157.

أو الأجنبي، سواء كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً وفقاً لقواعد القانون الآمرة)[1] وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه (عبارة عن طريق خاص وأسلوب خاص لتسوية النزاعات الإدارية دون حاجة إلى اللجوء للسلطة الرسمية المختصة أصلاً لتسوية وفض المنازعات، وهي السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتنوع محاكمها وتعدد درجاتها وتباين اختصاصاتها)[2].

وعرفه جانب آخر من الفقه على أنه (اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي نشأت او قد تنشأ مستقبلاً نتيجة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية إلى التحكيم) [3].

أما عن المشرع الليبي والأردني فكما ذكرنا سابقاً بأنهما لم يعِّرفا التحكيم بل تركا هذه المسألة لاجتهاد الفقه رغم عدم ممانعتهما اللجوء إلى التحكيم، وقد أكدت ذلك المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر في سنة 1972م حيث قالت (إن القانون الليبي خال من أي نص مانع يحول دون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية)[4].

يستفاد مما تقدم بأنه اياً كان تعريف التحكيم إدارياً أو مدنياً فإنه أصبح نظاماً أستثنائي بديلاً عن الاصل العام(القضاء الأداري) لتسوية أية منازعة تنشأ بين الأفراد سواء كانوا طبيعيين أو معنويين فهو وسيلة لتحقيق العدل التي يفضل الكثير من الأشخاص المرور بها قبل الوصول إلى معقل القضاء وما يكتنفه من إطالة وتعقيد في الإجراءات حتى يتم الفصل في النزاع.

---

(1) أحمد، نجلاء حسين السيد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص24.

(2) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص24.

(3) اسماعيل، محمد عبد الميجد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، مرجع سابق، ص363.

(4) طعن إداري رقم (17/1ق) جلسة 1970/4/5م، منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 6، العدد4، يوليو، 1970م، ص23، مشار إليه في، عوض، إبراهيم عبد الكريم عطية، (2013م) التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا، (أطروحة دكتوراه غير منشورة)، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ص199.

الفرع الثاني

التعريف بالمنازعات الإدارية.

لقد عُرِفت المنازعة الإدارية عند الفقه على انها (إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإدارة ويشترط لتحقيقها ثلاثة شروط:

أولها ان ترفع للمطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقاً للقانون العام وأساليبه،

وثانيها ان يتضح فيها وجه السلطة العامة ومظهرها،

وثالثها أن يكون القانون العام هو الواجب التطبيق على المنازعة[1].

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: (منازعة أحد طرفيها جهة إدارية ذات ولاية وسلطة على الطرف الآخر الذي يقاضيها) [2].

وفي نظرنا بأن التعريفين السابقين لا يخرجا في مضمونهما عن المفهوم الواسع للمنازعة الإدارية التي تشمل المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، ولتحديد معيار المنازعة الإدارية يثير العديد من الصعوبات لكون أن جانباً من الأعمال لا يصدق عليها وصف العمل الإداري لهذا اختلف الفقه في تحديد المعيار الذي يحدد مفهوم المنازعة الإدارية إلى عدة معايير وهي:

---

(1) علام، محمد يوسف، (2012). بحوث إدارية في القوانين العمانية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص15.

(2) المنجي، إبراهيم (2013). المرافعات الإدارية، (ط، مستحدثة)، مصر: دار الكتب القانونية، القاهرة، ص97.

أولاً- معيار الهدف.

إذا كان العقد موضوع المنازعة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فهو من الأعمال الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري دون القضاء العادي والمنازعة بشأنه منازعة إدارية بحتة[1].

ثانياً- معيار السلطة العامة.

أساس هذا المعيار هو أن الاعمال التي تباشرها الإدارة لا تعتبر اعمالاً إدارية إلا إذا بدت فيها الإدارة بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أما إذا كانت الإدارة وهي تباشر اعمالها بأن ظهرت بمظهر المساواة مع الأفراد وتتجرد من خصائص السلطة العامة وسلطتها الآمرة ففي هذه الحالة تعتبر أعمالها مدنية يختص بها القضاء المدني[2].

ثالثاً- معيار المرفق العام.

بدأ القضاء والفقه في فرنسا الاتجاه إلى ربط القانون الإداري بفكرة المرفق العام، ومن ثم اختصاص القضاء الإداري بالمرفق العام وذلك تأسيساً على أن علة وجود الدولة هو اداء الخدمات للأفراد ولتحقيق هذه العلة تتجه الدولة إلى التعاقد لإقامة مشروعات عامة تتمثل في المرافق العامة التي تنشؤها الإدارة وتقوم بتسييرها بهدف تحقيق المصلحة العامة.

إلا ان هذا المعيار قد تعرض للانتقادات نظراً لصعوبة تحديد مدلول المرفق العام ومن هنا ظهرت محاولات للجمع بين معياري السلطة العامة والمرفق العام بحيث تعد منازعة إدارية تدخل

---

(1) خليل، نجلاء حسين سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص32.

(2) حمادة، محمد أنور، (2006). المسؤولية الإدارية والقضاء الكامل، (د.ط)، الاسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي، ص27.

في اختصاص القضاء الإداري وتطبق بشأنها احكام القانون العام كل منازعة تتعلق بنشاط مرفق عام وتستخدم الإدارة في إنجازه امتيازات السلطة العامة[1].

يستفاد مما ذكر بشأن تحديد مفهوم المنازعة الإدارية بأن مسألة تحديد المنازعة الإدارية ليس بالأمر السهل لأن في تحديد ذلك يترتب عليه تحديد الجهة القضائية التي ستتولى مهمة الفصل فيها ونظراً لما تتمتع به العقود الإدارية من خصائص يتطلب أن تنظر المنازعات المترتبة على تنفيذها ان تنظر أمام جهة مختصة بذلك ومما زاد من تعقيد المسألة حول خضوع هذه المنازعات إلى نظام التحكيم في السابق يرجع إلى ان الغالب الأعم من الدول تنظر للتحكيم بأنه بديل للقضاء الرسمي في الدولة مما يعد مساساً بسيادتها.

الفرع الثالث

مبررات اللجوء إلى التحكيم

قال تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ الآية (65) من سورة النساء.

يقسم الله تعالى بنفسه الكريمة المقدسة أنه لا يؤمن أحد حتى يُحكم الرسول ﷺ في جميع الأمور، فما حكم به فهو الحق الذي يجب الانقياد له باطناً وظاهراً، فلا يجدون في أنفسهم حرجاً مما حكمت به وينقادون في الظاهر والباطن، فيسلمون لذلك تسليماً كلياً من غير ممانعة ولا مدافعة ولا منازعة، كما ورد في الحديث الشريف (والذي نفسي بيده لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعاً لما جئت به) [2].

---

(1) خليل، نجلاء حسين سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص33.

(2) ابن كثير، اسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ص507.

يستفاد مما تقدم أن الله جل جلاله قد حثنا على أن نحتكم لكتابه وثم بعد ذلك لسنة رسوله في كل ما يتعلق بنا من أمور دنيوية ولا يخفى على أحد بان الرسول الكريمﷺ قد أقر ما يفعله أبو شريح واستحسنه مما يدل على أن نظام التحكيم الوضعي يشكل وسيلة من الوسائل التي دعانا إليها ديننا الحنيف وذلك لما يحققه من طمأنينة وإقامة العدل وبث روح التسامح وهذا بحد ذاته يشكل أقوى مبررات اللجوء إلى التحكيم.

وتعود مبررات اللجوء على التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغيرها من المنازعات إلى اعتبارات عديدة تدفع الأطراف المعنية إلى تفضيله على القضاء لما يتسم به من مزايا[1] أهمها:

أولاً- السرعة في حسم المنازعات. لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة فهو يتميز بالقدرة على الفصل في المنازعات المعروضة في وقت أقل، وذلك تلافياً لبطء الإجراءات في النظم القضائية الرسمية، وتزداد هذه الأهمية بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية حيث أن التأخير في الفصل في موضوع النزاع يترتب عليه أضرارٌ كبيرة بالمصلحة العامة خاصة إذا كانت هذه العقود الإدارية مرتبطة بمشاريع حيوية كبيرة، وهذه الميزة تشجع الأطراف المتنازعة باللجوء للتحكيم، بل في مثل بعض الحالات ضرورة لا غنى عنها تفرضها طبيعة العلاقات التجارية التي لا تتحمل بطء وتعقيدات إجراءات التقاضي أمام المحاكم الوطنية.

ثانياً- يوفر الجهد والمال: من المعروف ان اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى جهد كبير ونفقات كثيرة من رسوم قضائية وأتعاب محاماة وغيرها ويستغرق وقتاً طويلاً عادة وهذه العيوب وإن وجدت

---

(1) هناك مبررات عديدة تدفع باللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية قد لا يسعنا المقام إلى ذكرها جميعا لهذا سنكتفي بذكر البعض منها تاركين المجال إلى ذكر البعض الآخر في مواطن عدة خلال هذه الدراسة.

في التحكيم على انها ليست بذات الدرجة والقدر الموجود في حالة اللجوء للقضاء خاصة في حالات الصفقات التجارية او العقود ذات القيمة الكبيرة نسبياً[1].

ثالثاً- إن اللجوء إلى التحكيم يقوم أساساً على رضاء الأطراف ورغبتهم مقدماً بالحكم الذي سيصدره المحكمون والامتثال له مما يضفي على الأفراد المعنيين فيه جواً واقعياً ونفسياً من الطمأنينة ويحافظ على العلاقات الطيبة بينهما.

رابعاً- إن اللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع قد يثور بين الأطراف يحقق الثقة التي تسود عندما يتم اختيار المحكمين من قبل أطراف النزاع أنفسهم بناء على معرفة جيدة وثقة شخصية فيهم لأنهم عادة ما يكونون من أصحاب الرأي والحكمة والتخصص، والخبرة القانونية وغير القانونية وفق طبيعة النزاع، كما أن اللجوء إلى التحكيم في أغلب الأحيان وبخاصة في العقود الإدارية والاتفاقيات المحلية والدولية المبرمجة بطول المدة، يجنب الأطراف المعنية المشكلات التي قد تثور عند قيام الدولة بتعديلات تشريعية غير متوقعة، ففي هذه الحالة يكون التحكيم (صمام الأمان) الذي دائماً يأخذ بعين الاعتبار خاصة في الحالات التي يكون فيها المستثمر أجنبياً حيث ينظر للتحكيم بأنه ملاذه الرئيسي أمام تعسف الدولة.

خامساً- إن اللجوء إلى التحكيم له فائدة وقائية يتلافى من خلاله قيام أي منازعة مستقبلية يمكن أن تحدث بين الأطراف المعنية عند تنفيذ بنود العقد، فهو ينطوي على مبدأ المرونة عند حل المنازعات، لا سيما وان المحكمين يأخذون دائماً بعين الاعتبار وهم يقومون بواجبهم عناصر التوفيق والمصالح المشتركة للطرفين واعتبارات التوازن المالي للتعاقد فهذه الأمور كلها تجعل من التحكيم تصرفاً مرناً وعادلاً ومتميزاً [2].

---

(1) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص70.

(2) عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص17 وما بعدها.

الفصل الثالث

مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

تمهيد:

الأصل في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية أنها تنتمي للقضاء الكامل، باعتبار أن الدعاوى التي يرفعها أحد أطراف العقد ضد الإدارة المتعاقدة معهم، تقوم على أساس وجود حق نازعتهم فيه الإدارة، وذلك بأن تصرفت على نحو يخالف الواقع والقانون. مما يدفع المدعين بهذا الحق المطالبة بالتعويض أو الإلغاء.

إلا أن التطور الدؤوب في العلاقات الاقتصادية بين الدول وتنامي حجم المبادلات التجارية، ونزول الدولة إلى ميدان التجارة لتحقيق الصالح العام وجذب الاستثمار، ناهيك عن الاعتقاد السائد عند المستثمرين الأجانب بأن الجهاز القضائي للدولة لا يتمتع باستقلالية تامة في مواجهة السلطات السياسية في الدولة، كلها عوامل جعلت من التحكيم ضرورة ملحة لحسم الخلافات التي تحدث بين الأطراف المتعاقدة لما له من مزايا، وإن كان ذلك يشكل خروجاً عن الأصل العام في نظر مثل هذه المنازعات[1].

غير أن فكرة التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية لم تكن على وتيرة واحدة بل مرت بعدة متغيرات دفعت المشرع عند بعض الدول. كما سنبين ذلك في حينه إلى التدخل من حيث جواز

---

(1) خليل، نجلاء حسين سيد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص14، حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص75.

اللجوء إلى التحكيم او عدمه مما جعل كل فترة لها طابع خاص حول جواز مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية [1].

وبناءً على ما تقدم سيتم تقسيم ها الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: موقف التشريع من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

المبحث الأول

موقف التشريع من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

تمهيد:

بعد احتدام الخلاف الفقهي والتردد في أحكام القضاء حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية نستطيع أن نقرر بوجود اختلاف في طريقة معالجة المشرع لهذا الموضوع في كل من فرنسا ومصر وليبيا والأردن، مرده الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والإدارية والقانونية والدولية التي تعيشها كل دولة والتي انعكست بدورها على موقفها من قبول أو رفض فكرة التحكيم في هذا المجال، وللتوضيح أكثر حول بيان موقف الدول من ذلك، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول: خصص للتعرف على موقف القانون الفرنسي والمصري والثاني لبيان موقف القانون الليبي والأردني، وذلك على النحو التالي:

---

(1) المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص116.

المطلب الأول

موقف التشريعات الوطنية الفرنسية والمصرية من اللجوء إلى التحكيم

في المنازعات الإدارية العقدية

ففي الوقت الذي نشاهد فيه التشريع الفرنسي قد تطور من الحظر المطلق للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية إلى الحظر النسبي، نجد أن التشريع في مصر قد تطور من الصمت المطلق في موضوع التحكيم الإداري في العقود الإدارية، إلى السماح الكامل باللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية، ولبيان ذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف التشريع الفرنسي

الفرع الثاني: موقف التشريع المصري وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

موقف التشريع الفرنسي من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

لقد مر التشريع في فرنسا بتطور هام وقد تجسد هذا التطور في صدور العديد من القوانين التي أجازت التحكيم، رغم أن المبدأ السائد في فرنسا عند الفقه والقضاء ولفترة من الزمن، هو عدم جواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها إلا بنص صريح يسمح بذلك، ولكن نتيجة لمناشدة جانب كبير من الفقه والقضاء، المشرع الفرنسي للحد من حدة هذا المبدأ، استجاب المشرع لتلك النداءات وخرج عن هذا المبدأ كاستثناء

من الأصل، وأصدر العديد من التشريعات التي أجازت للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات الإدارية العقدية[1]، وأهم هذه التشريعات ما يلي:

أولاً- قانون 17-ابريل1960م.

أجاز هذا القانون للدولة والمحافظات اللجوء إلى التحكيم في عقود الأشغال العامة والتوريد وفقاً للأحكام التي نظمها الباب الثالث من قانون الإجراءات الفرنسي وذلك بعد وقوع النزاع أي أجاز مشارطة التحكيم فقط ولم يجز شرط التحكيم الذي يتم إدراجه ضمن بنود العقد[2].

ثانياً- قانون 9 يوليو 1975م المعدل للقانون المدني الفرنسي.

جاء هذا القانون بتعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المادة السابعة منه والتي منحت مجلس الوزراء صلاحية إصدار المرخص لبعض الهيئات والمؤسسات العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية، بالاتفاق على التحكيم في المنازعات التي قد تنشأ عند تنفيذ التزاماتهم

---

(1) القصبي، عصام الدين، (1993م). خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، (د.ط). القاهرة، دار النهضة العربي، وساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص198، والعصار، يسري محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص82 وما بعدها، وحماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص68 وما بعدها.

(2) المادة (69) من القانون الفرنسي رقم (17) ابريل 1960م، أشار إليه: نصار، جابر جاد، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص46 وما بعدها، حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص68.

التعاقدية، وبالفعل صدر مرسوم من مجلس الوزراء في 2002/8م حدد بموجبه المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم[1].

ثالثاً – قانون 15 يوليو 1982م بشأن تنظيم البحث العلمي

وقد أجاز هذا القانون للمؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تحدث عند تنفيذ عقود الأبحاث العلمية مع الهيئات والمؤسسات الأجنبية[2].

رابعاً – قانون 30 ديسمبر 1982م بشان الشركة الوطنية للسكك الحديدية.

حيث نص هذا القانون بالسماح لهذه الشركة والتي تحولت إلى مؤسسة عامة تتبع الدولة الفرنسية، باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ العقود التي تقوم بإبرامها مع الأطراف الأخرى لغرض العمل[3].

خامساً – قانون 19 أغسطس 1986م.

وقد جاء هذا القانون على بمناسبة الخلاف الذي دار بين الدولة الفرنسية وشركة ديزني لاند العالمية الأمريكية، حيث تعاقدت فرنسا مع هذه الشركة لغرض إنشاء مدينة الألعاب بالقرب من باريس في فرنسا وكان العقد يتضمن نصاً يسمح باللجوء إلى التحكيم على أي نزاع ينشأ بين

---

(1) المادة (2060) من قانون 9 يوليو 1975م المعدل للقانون المدني الفرنسي، أشار إليه: منصور، حسام أحمد وآخرون، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق، ص10. العصار، يسري محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغيرالعقدية، مرجع سابق، ص85. عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص62، حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص69.

(2) حسام أحمد وآخرون، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق، ص8. حماد، أشرف محمد خليل، المذكور أعلاه، مرجع سابق، ص70، ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص202.

(3) المادة (25) من قانون 30 ديسمبر 1982م بشأن الشركة الوطنية للسكك الحديدية، أشار إليه: ساري، جورجي شفيق، المذكور أعلاه، مرجع سابق، ص203.

الطرفين وعندما نشب فعلاً نزاع عرضته الشركة على هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد، فدفعت الحكومة الفرنسية بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام في فرنسا إلى التحكيم إلا بناء على نص خاص وصريح يسمح بذلك، ولا يوجد نص في هذا الموضوع، مما يبطل شرط التحكيم الوارد في العقد [1].

وعرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي الذي أبدى رأيه فيه وكان مطابقاً لنص الحكومة الفرنسية، وعلى أثر ذلك تدخل المشرع الفرنسي وأصدر القانون رقم (972/86) في 19 أغسطس 1986م وقرر في مادته التاسعة، بالترخيص والسماح للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية للمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها بالاشتراك مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية بالتوقيع على شرط التحكيم بغرض تسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود[2].

---

(1) يوسف، وائل عز الدين، (2010م). التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، (د.ط)، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، ص83.

(2) المادة (28) من قانون 2 يوليو 1990م، أشار إليه: ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص105 وما بعدها، العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص94 وما بعدها، سناء، بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص87، صالح، بدر حمادة صالح، بحث بعنوان (التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي) قدم لجامعة تكريت بالعراق ونشر بمجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد رقم (1) السنة (6)، العدد (20)، ص317.

سادساً- قانون 2 يوليو 1990م.

قد أجاز هذا القانون لهيئة البريد والاتصالات الفرنسية اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقود التي تقدم بإبرامها مع الغير[1].

سابعاً- قانون التحكيم الصادر بموجب المرسوم رقم (48) في 13-1-2011م.

لقد جاء هذا القانون لتعديل من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

وترجع الغاية من هذا التعديل جعل قانون التحكيم أكثر وضوحاً وذلك بإدخال القواعد التي نادى بها كل من الفقه والقضاء في مجال اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية وتضمينه قواعد جديدة مستوحاة من القوانين الأجنبية كمبدأ سرعة الفصل في النزاع والمساواة بين الأطراف ومبدأ السرية وحتى يكون قانون التحكيم الفرنسي يشابه في محتواه قانون جمعية الأمم المتحدة للتجارة والذي يعد بمثابة نموذج للعديد من التشريعات الأجنبية الخاصة بالتحكيم وقد جمع هذا المرسوم في باب (اتفاق التحكيم) بين كلّ من شرط التحكيم واتفاق التحكيم دون تمييز بينهم[2].

---

(1) المواد من (1508 إلى 1519 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي من المواد 1570 إلى 1582، أشار إليه: حماد، أشرف خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص70، وساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى اللجوء إليه لفض منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص205.

(2) منصور، حسام أحمد هلال، وخليل، حسين إبراهيم، وعماد، هبة الله، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق، ص54 وما بعدها.

الفرع الثاني

موقف التشريع المصري من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

لقد مر موقف المشرع المصري في مسألة شرط التحكيم في العقود الإدارية بمرحلتين نعرض لكل منها على النحو التالي:

أولاً- مرحلة ما قبل صدور القانون رقم (27) لسنة 1994م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وبعده.

لقد بدأ المشرع المصري تنظيم مسألة اللجوء إلى التحكيم كنظام بديل في تسوية المنازعات عن القضاء النظامي في الدولة منذ القرن التاسع عشر ميلادي وذلك من خلال قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في 13 نوفمبر 1883م حيث خصص الفصل السادس من الباب العاشر تحت عنوانة (تحكيم المحكمين) وتضمن 26 مادة من المواد 702 حتى 727 لتنظيم موضوع التحكيم[1] إلى أن صدر قانون المرافعات رقم (77) لسنة 1949م، والذي تناول مسألة التحكيم في الباب الثالث من الكتاب الثالث بالمواد من 8/8 إلى 850 وعلى الرغم من ذلك لم تظهر أهمية التحكيم سواء نظرياً أو عملياً وبصدور قانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968م أعيد تنظيم مسألة التحكيم من خلال (13) مادة من المواد (501 حتى 513) ومع ذلك لم يتناول المشرع مسألة التحكيم في العقود الإدارية بشكل واضح ومستقل حيث جاءت تلك المواد عامة بالنسبة للعقود التي تخضع للتحكيم[2].

---

(1) المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص115.

(2) يوسف، علي علي أمين، (2013). التحكيم في العقود الإدارية، (اطروحة دكتوراه غير منشورة) جامعة الاسكندرية، ص63 وما بعدها.

فقد نص القانون المذكور أعلاه على أنه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين...) وجهة الدلالة في هذا النص أن المشرع أجاز التحكيم في كافة أنواع العقود بدون تحديد باستخدام كلمات ذات معاني متعددة وعامة مما أدى إلى اختلاف في الآراء والتفسيرات حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية[1] في الوقت الذي كان فيه هذا القانون سارياً إلا أن المشرع حاول مرة أخرى أن يدلي بدلوه سداً للذرائع حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية بأن تدخل بنصوص صريحة في مجالات الاستثمار ومنها قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة الصادر بالقانون رقم (43) لسنة 1973م. حيث نصت المادة(8) منه على إجازة الاتفاق على أن تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام ذلك القانون بطريقة التحكيم، إلا أن النصوص ظلت محجمة عن إدراج العقود الإدارية صراحة ضمن جواز التحكيم في منازعاته[2].

وبمناسبة ذلك تدخل المشرع مجدداً بأصدار القانون رقم (27) لسنة 1994م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وذلك بتاريخ 8/أبريل/1994م تتضمن سبعة أبواب احتوت فيهم (58) مادة نظمت التحكيم تنظيماً تشريعياً متكاملاً فألغى المواد من 501 إلى 513 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968م، وبذلك أصبح هو القانون العام للتحكيم في مصر[3].

---

(1) المادة (501) من قانون المرافعات المدنية المصري رقم (13) لسنة 1968م، أشار إليه: يوسف، وائل عز الدين، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص28.

(2) أشار إليه: عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص193 وما بعدها.

(3) أشار إليه: ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص207.

وقد نصت المادة الأولى منه على أنه (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون) [1]، ولكن الخلاف بين القضاء والفقه بشأن مدى جواز حسم المنازعات التي تثور فيما يتعلق بالعقود الإدارية لم يختف بعد صدور هذا القانون المنظم للتحكيم مما ظهر معه اتجاهان في القضاء والفقه بشأن تفسير هذا القانون بين من يجيز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وبين من يرفض ذلك وكلٌ له أسانيده فيما ذهب إليه.

فمن أجاز التحكيم استند في ذلك إلى نص هذه المادة للقول بأن المشرع قد أجاز صراحة التحكيم في منازعات العقد الإداري بالاستناد للقاعدة العامة التي تقضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص[2]، إلا أن هذا الرأي انتقد عند البعض كونه تعزوه الدقة لأن هذا النص الذي استند عليه لا يجيز صراحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كما زعموا، وإنما تنص فقط على سريان أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع قد سبق الاتفاق عليه[3].

---

(1) المادة الأولى من الباب الأول (أحكام عامة) قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (27) لسنة 1994م، الصادر بتاريخ 18/ابريل/1994م، ص77.

(2) حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثار القانونية، مرجع سابق، ص71.

(3) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص108.

أما من ذهب إلى القول بأن هذا القانون لا ينص صراحة على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لأن هذه العقود تحكمها قواعد خاصة وهي قواعد القانون الإداري التي غالبيتها قواعد قضائية من صنع القضاء الإداري ومن ثم يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه[1].

وأمام الخلاف الذي ظهر عند القضاء والفقه حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والذي ظل قائماً بعد صدور القانون رقم (27) لسنة 1994م بشأن التحكيم، سارع المشرع في التدخل بنص تشريعي صريح يحسم هذا الخلاف[2].

ثانياً- مرحلة خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم وفقاً للقانون رقم (9) لسنة 1997م المعدل للقانون السابق.

بالفعل تدخل المشرع بموجب القانون المذكور أعلاه والصادر بتاريخ 13/مايو/1997م ليضع حداً للخلاف الدائر حول مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ويؤكد على جواز اللجوء إلى التحكيم في كل المنازعات الإدارية العقدية وذلك من خلال إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994م[3] جاء نصها كالتالي: (وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك).

---

(1) حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص72.

(2) العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص140.

(3) يوسف، علي علي أمين، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص93.

يستفاد من هذا النص أن المشرع قد حسم الجدل حول اللجوء إل التحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية وقيدها بشرط الموافقة المسبقة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، على الاتفاق بشأن التحكيم كما أكد على عدم التفويض في اختصاصات الوزير بالموافقة على اتفاق التحكيم.

ومع وجود هذا النص ووضوحه ذهب البعض إلى القول بأن هذا التعديل قد يفتح الباب أمام إمكانية الطعن عليه بعدم الدستورية كونه مخالف لنص المادة (172) من الدستور التي تنص على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية) والتي من بينها طبعاً المنازعات الإدارية العقدية. ورد على ذلك الرأي بأن المقصود باستقلال المجلس هو اتجاه غيره من الهيئات القضائية، أما التحكيم فهو أسلوب لتسوية المنازعات يقوم على إرادة الطرفين ولا يمكن أن نتصور فرضه على الإدارة جبراً، وإنما يتم بمحض إرادتها[1].

وأياً كان الجدل فقد تأكد اتجاه المشرع المصري إلى جواز اللجوء إلى اتفاق التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وذلك في القانون رقم 89 لسنة 1998م بشأن المناقصات والمزايدات والذي ألغى القانون رقم 9 لسنة 1983م فقد نص هذا القانون على (أنه يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد) وبهذا النص أضاف المشرع شرطاً

---

(1) المادة (1) من قانون التحكيم من المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994م، أشار إليه: ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص210 وما بعدها.

آخر لتضمين العقد الإداري شرط التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وهو ضرورة استمرار طرفي العقد في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية[1].

يستفاد مما تقدم أن المشرع المصري قد أقر مبدأ إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وقيده بشروط تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، وأن لا يجوز التفويض في اختصاص الوزير لاعتبارات خاصة بطبيعة مهام الوزير وطبيعة هذا النوع من العقود الإدارية بالإضافة إلى القيد الذي فرضه مؤخراً ضمن القانون رقم (89) لسنة 1998م بشأن المناقصات والمزايدات، بضرورة الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية للطرفين .

المطلب الثاني

موقف التشريعات الليبية والأردنية من إمكانية اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

من المبادئ العامة المتفق عليها في التحكيم هو حرية أطراف النزاع في أية علاقة قانونية في الاتفاق على تعيين هيئة التحكيم لفض النزاع القائم أو المحتمل وقوعه عند تنفيذ بنود العقد.

فإذا كان الأمر كذلك فإن السؤال الذي يطرح في هذا المقام: ما موقف التشريعات الليبية والأردنية من جواز اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية؟

للإجابة على ذلك سنتطرق إلى بيان موقف المشرع الليبي في فرع أول بعدها نتعرف على موقف المشرع الأردني في فرع ثاني.

---

(1) المادة (24) من القانون رقم (89) 1998م بشأن المناقصات والمزايدات، أشار إليه: يوسف، وائل عز الدين، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص35.

الفرع الأول

موقف المشرع الليبي من إمكانية اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

ليبيا كغيرها من الدول تعتبر القضاء هو الأصل في الفصل في المنازعات والجرائم ولكنها في نفس الوقت تعترف بوسائل فض المنازعات الأخرى بدورها، غير أن هذا التوافق يقف عند هذا الحد[1].

كون فكرة العقود الإدارية في القانون الليبي لم تكن على وتيرة واحدة بل مرت بعدة متغيرات تشريعية[2] مما أثقل كاهل التحكيم بعكس موقف التشريعات المقارنة وللتوضيح أكثر حيال موقف المشرع الليبي من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات الإدارية العقدية قسمنا هذا الفرع إلى فقرتين، وذلك على النحو التالي:

---

(1) عبودة، الكوني، (2012م). بحث بعنوان (بعض التحديات التي تواجه التحكيم في ليبيا)، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 19، ديسمبر 2012م، ص53.

(2) تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك مشروع قانون التحكيم الليبي مازال تحت الدراسة وإن ظهرت الصيغة الأولى له كما أشرنا في السابق عند تعريف التحكيم.

أولاً- موقف القانون الليبي من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

لقد نصت العديد من القوانين الليبية على التحكيم.[1] إلا أننا نقتصر هنا على القوانين التي نظمت التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية كونها ذات العلاقة بموضوع الدراسة وطبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، ليس هناك ما يمنع أطراف العقد الإداري من إدراج شرط التحكيم ضمن بقية شروط العقد، مثله في ذلك مثل أي عقد آخر في مجال القانون

(1) وقد تباينت هذه القوانين تجاه جواز التحكيم ورفضه وتشكل مجموع القوانين الليبية التي تطرقت إلى التحكيم بشكل عام وفي بعض المجالات على وجه الخصوص في الآتي:

يتناول المشرع الليبي القواعد العامة للتحكيم انطلاقاً من القانون سنة 1953م بشأن المرافعات المدنية والتجارية في المواد (من 739 إلى 777). ثم قانون البترول عام 1955م الذي جعل التحكيم هو الطريق الوحيد للفصل في منازعات البترول، وذلك وفقاً للمادة (1/20) منه. وفي سنة 1970م تم حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود العامة وفقاً للمادة (7) من القانون رقم (76) لسنة1970م. ثم جاء القانون رقم (1) لسنة 1971م أجاز التحكيم بموجب قرار مسبق من مجلس الوزراء ليقوم فيما بعد المشرع بإلغائه بموجب القانون رقم (149) لسنة 1972م، واستمر في سياسة التحفظ حتى حددت لائحة العقود الإدارية عام 1980م، وأقرت بموجب المادة (99) منها قبول التحكيم استثناءاً ثم توالت اللوائح المنظمة للعقود الإدارية منها اللائحة الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) رقم (813) لسنة 1993م التي أقرت التحكيم لكفالة المساواة بين الأطراف المتعاقدة، ثم بعد ذلك صدر القانون رقم (3) لسنة 2007م الذي أجاز التحكيم في المنازعات التي تتعلق بالشركات المتعاقدة مع الدولة، بعد ذلك صدر القانون رقم (9) لسنة 2010م بشأن تشجيع الاستثمار الذي أقر مبدأ التحكيم في المنازعات الاستثمار التي يكون المستثمر فيها أجنبي أما تلك التي يكون فيها المستثمر وطنياً فإنه يخضع لاختصاص القضاء الليبي ولا محل فيها للاتفاق على التحكيم، ثم صدر القانون رقم (4) لسنة 2010م بشأن إنشاء منطقة تنمية وتطوير زوارة- رأس اجدير، وبموجب المادة الأولى منه أجاز للمنطقة الحرة تأسيس مركز تحكيم ووضع الضوابط التي تنظمه.

ثم بعد ذلك صدر القانون رقم (4) لسنة 2010م بشأن إلغاء القانون رقم (74) لسنة 1975م، بشأن التوفيق والتحكيم وبموجبه جعل مهمة التوفيق والتحكيم من اختصاص المحكمة الجزائية ولم يصرح بعرض النزاع على لجان التحكيم كما نص القانون رقم (1975/74م) السابق. كما صدر القانون رقم (3) لسنة 2006م بشأن شركات القطاع العام ونص في مادته السادسة بجواز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تقع بين الشركات الخاصة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو الأفراد، وقد ألغى هذا القانون بموجب القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، نشر بمدونة التشريعات الليبية العدد العاشر، لسنة 2010م (المادة 1358) فقرة 20.

الخاص[1]، وبالإضافة لما سبق فإن قانون المرافعات هو يعدد الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم لم تتطرق للعقود الإدارية من خلال هذا النص وبناءاً على ذلك جرى العمل في ليبيا أن يشترط المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات عند حدوثها طبقاً لقواعد خاصة يتم الاتفاق عليها أو لدى أحد هيئات التحكيم[2].

وبصدور القانون رقم (76) لسنة 1970م[3] بشان المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة العامة، تغير موقف المشرع الليبي ولم تستمر على نفس النهج السابق كما في ظل قانون المرافعات المدنية حيث يعد صدور الأخير منع اللجوء إلى التحكيم بخصوص العقود الإدارية صراحة وذلك كما جاء في نص المادة الأولى منه قولها (يقع باطلاً كل شرط في العقود التي تبرمها الوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات العامة يتضمن فض المنازعات الناشئة عن العقد بطريق التحكيم أو باختصاص جهة قضائية أخرى غير القضاء الليبي).

وهناك من ذهب في تفسيره إلى هذا النص بأن الحظر الوارد به يقتصر على التحكيم الدولي ذي الطابع الدولي أي العقود الدولية، أما العقود المحلية أو الوطنية فلا يمتد إليها الحظر، تعليل ذلك، بأن العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها في تلك الفترة هي عقود دولية وليست عقود محلية[4].

---

(1) عمر، مفتاح علي الشيباني (2006)، مبدأ اللجوء للتحكيم في الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، (رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، ص115.

(2) المادة (740) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، أشار إليه: المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص117.

(3) منشور بالجريدة الرسمية، السنة (8)، العدد (46) سنة 1970/8/6م، ص18.

(4) الأحدب، عبد الحميد، التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص701.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التحليل ليس له أساس في حقيقة الأمر، لأن النص جاء بشكل عام وهذا التأويل الذي أبداه أصحاب الرأي السابق يحد من عمومية نص هذا القانون وبذلك يخالف القاعدة الأصولية التي تقضي بأن العام يؤخذ على عمومه ما لم يخصص، ومن ثم فإن الحظر الذي جاء به النص السابق يشمل جميع العقود الإدارية الوطنية والدولية، وبموجبه تقرر بطلان التحكيم[1].

ونظراً لكون هذا التشريع لا يخدم مصالح الشركات الأجنبية فقد عزفت هذه الشركات عن تنفيذ العقود الليبية، مما ترتب عليه تعطيل مشروعات التنمية وبناء عليه وتحت ضغط الواقع ومقتضيات التنمية اخطر المشرع التخفيف من حدة هذا الحظر أو المنع المطلق من خلال إدخال تعديل على النص القانوني المشار إليه سلفاً، بمقتضى القانون رقم (1) لسنة 1971م[2]، والذي نص بمادته الأولى:

(ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناءً على اعتبارات الضرورة التي يقدمها الوزير المختص، الموافقة على الإعفاء من هذا القيد بالنسبة لبعض الجهات أو العقود). وبموجب هذا التعديل أجاز المشرع التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية تلبية لمقتضيات الضرورة التي قد تستوجبها عقود بعض الجهات الإدارية العامة، متى كانت هناك مصلحة عامة تستدعي ذلك.

واستمر الأمر كما هو عليه إلى أن قرر المشرع في عام 1972م، العدول نهائياً عن فكرة منع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والعودة إلى إباحة التحكيم طبقاً للقواعد

---

(1) عوض، إبراهيم عبد الكريم عطية، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا، مرجع سابق، ص200 وما بعدها.

(2) صدر بتاريخ 4 يناير 1971م، ونشر بالجريدة الرسمية العدد السابع، لسنة 1971م، موسوعة التشريعات الليبية لعام 1971م، المجلد الثالث، ص1.

العامة في القانون، وذلك بإلغاء القانون السابق بموجب القانون رقم (149) لسنة 1972م[1] حيث نص في مادته الأولى على أنه (يلغى القانون رقم (76) لسنة 1970م بشأن المنازعة في عقود الإدارة العامة المعدل بموجب القانون رقم (1) لسنة 1971م).

وبذلك يكون المشرع الليبي قد أسدل الستار عن فكرة عدم اللجوء على التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية نهائياً.

ثانياً- موقف القرارات واللوائح من التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

من المعروف أن القرارات واللوائح هي من اختصاص السلطة التنفيذية في الدولة باعتبارها تأتي شارحة ومنظمة ومفسرة للقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

ولذلك فإن الجهات الإدارية عند إبرامها للعقود الإدارية لابد أن تتقيد بأحكام القرارات واللوائح التي تنظم العقود الإدارية لهذا سوف نعرض بعض القرارات واللوائح ذات العلاقة بموضوع البحث وهو التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وكيف نظمتها تلك القرارات واللوائح وذلك على النحو التالي:

1- قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً (مجلس الوزراء) في شأن ضبط التعاقد مع الشركات الأجنبية الصادر بتاريخ 1977/11/30م[2]. ونصت المادة الخامسة من هذا القرار على أنه (يجب الحد من الالتجاء إلى التحكيم إلا بالقدر الضروري، وعند النص على شرط التحكيم يجب أن تحدد إجراءاته وقواعد اختيار المحكمين بما يكفل للجانب الليبي فرصة

---

(1) صدر بتاريخ 15-10-1972م، ونشر بالجريدة الرسمية، العدد (55) لسنة 1972م، موسوعة التشريعات الليبية لعام 1972م، المجلد الرابع، ص44. راجع أيضاً عبودة الكوني، بعض التحديات التي تواجه التحكيم في ليبيا، مرجع سابق، ص54.

(2) منشور بالجريدة الرسمية، السنة 16، العدد 2 سنة 1977م، ص65.

متكافئة في اختيارهم وحصر المنازعات التي يلجأ فيها إلى التحكيم مع حظر الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد). وبهذا القرار أخذت السلطة التنفيذية في ليبيا بسياسة التطبيق من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ما ألزمت الجهات التي يحق لها التعاقد بأنه لا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا في أضيق نطاق[1]. وقد استمر العمل بهذا القرار إلى أن تم إلغاؤه سنة 1980م بموجب اللائحة الخاصة بالعقود الإدارية.

2- صدور اللائحة الخاصة بالعقود الإدارية بتاريخ 1980/5/6م حيث تعد هذه اللائحة هي الأولى للعقود الإدارية في ليبيا وقد تضمنت تنظيماً شاملاً للقواعد والمبادئ التي تحكم العقود الإدارية [2] أما فيما يتعلق بتسوية المنازعات المتعلقة بهذه العقود فقد نصت المادة (99) من هذه اللائحة على أن (القضاء الليبي هو المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية، إلا أنه يمكن الالتجاء إلى التحكيم عند الضرورة لتسوية منازعات العقود التي تبرم مع الشركة والمؤسسات الأجنبية) [3] يستفاد من نص هذه المادة أنها جاءت لتؤكد ما ذكرنا سابقاً بأن الأصل من حسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ينعقد الاختصاص فيها للقضاء الإداري الليبي واستثناءً من ذلك يمكن اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الإدارية العقدية إذا كانت هناك ضرورة من هذا اللجوء وكان العقد المبرم مع شركة أو مؤسسة أجنبية، ومن وجهة نظر الباحث أن نص المادة (99) لم يأت بجديد فالمشرع الليبي قد أكد على ذلك في القوانين السابقة على صدور الأصل وعلى استبعاد إذا كان الطرف الثاني المتعاقد مع الجهات العامة في ليبيا من حاملي الجنسية الليبية فإنه

---

(1) عوض، إبراهيم عبد الكريم عطية، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا، مرجع سابق، ص203.

(2) المادة رقم (83) من لائحة العقود الإدارية رقم (2007/563)

(3) المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص124.

سيخضع للقضاء الإداري الليبي في حسم المنازعات المترتبة على العقد المبرم مع الدولة الليبية وأن الاستثناء جاء فقط للشركات والمؤسسات الأجنبية. كما لم يحدد الجهة التي تقدر حالة الضرورة حتى يتم اللجوء إلى التحكيم وتمنح الموافقة عليه، لعل هذه العيوب ما دفعت السلطة التنفيذية في ليبيا والمتمثلة آنذاك في اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) أن تصدر القرار رقم (702) لسنة 1986م بشأن تعديل المادة (99) من هذه اللائحة[1].

3- قرار اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) رقم (702) لسنة 1986م بشأن تعديل لائحة العقود الإدارية الصادرة بتاريخ 6-5-1980م. وبموجب هذا القرار تم تعديل نص المادة (99) من لائحة العقود الإدارية السالفة الذكر، وذلك كما يلي (يختص القضاء الإداري الليبي بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية ويقع باطلاً كل شرط في العقد يتضمن فض المنازعات الناشئة عن العقد بطريقة التحكيم أو باختصاص جهة قضائية غير القضاء الليبي ويجوز بقرار مكتوب من اللجنة الشعبية العامة الاستثناء من حكم الفقرة السابقة وفي هذه الحالة يجب أن يكون القرار ملحقاً من ملاحق العقد ويشار إلى رقمه وتاريخ كتابته في العقد ويقع باطلاً ما يخالف ذلك) يفهم من هذا النص أن المشرع إلى جانب إقراره المبدأ العام وهو اختصاص القضاء الليبي بكافة المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية إلا أنه أورد استثناء عليه وهو جواز اللجوء إلى التحكيم بقرار من اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) يصدر هذا القرار في شكل مكتوب يكون ملحقاً للعقد ويجب الإشارة فيه إلى رقمه وتاريخ كتابته في العقد وفي حالة عدم توفر ذلك رتب بطلاناً

---

(1) التركي، يونس علي سالم، (2014). دور التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار الاجنبي في ظل التشريع الليبي والمصري، (رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة القاهرة، مصر، للعام الدراسي (2014م)، ص85 وما بعدها.

جزئياً عليه وقد يكون الغرض من هذا التشدد من جانب المشرع هو محاولة عدم الاعتداء على سيادة الدولة القضائية[1]. فضلاً عن ذلك فإن هذا النص قد ساوى بين العقود المبرمة بين أشخاص وطنية وتلك التي تبرم مع شركات أو منشآت أجنبية، وذلك عكس ما جاء في نص المادة (99) التي حصرت اللجوء إلى التحكيم في حالة ما يكون الطرف الآخر أجنبي فقط.

4- صدور اللائحة الخاصة بالعقود الإدارية سنة 1993م لقد جاء في مضمون المادة الثانية من هذه اللائحة على أنه (تلغى لائحة العقود الإدارية الصادرة سنة 1980م ولائحة استخدام المكاتب الاستشارية الصادرة سنة 1971م المشار إليهما والقرارات المعدلة أو المكملة لكل منهما، كما يلغى كل نص آخر يخالف اللائحة المرفقة[2]، في حين جاءت المادة (104) من هذه اللائحة والتي كانت تحت عنوان اختصاص القضاءالإداري الليبي لتؤكد على الاختصاص الأصيل للقضاء الإداري الليبي بنظر المنازعات الإدارية العقدية وأجازت استثناءً في حالة الضرورة عند التعاقد مع الأجنبي وبموافقة اللجنة الشعبية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكن بمشاركة تحكيم خاصة وأن يكون المحكمون ثلاثةً وقد استمر هذا النص حتى في لوائح العقود الإدارية التي تلت هذه اللائحة ومن ذلك اللائحة رقم (8) لسنة 2004م المادة (91) منها والمادة (88) من لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب

---

(1) عوض، إبراهيم عبد الكريم عطية، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا، مرجع سابق، ص208.

(2) صدرت هذه اللائحة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) رقم (813) لسنة 1993م المنشور بالجريدة الرسمية العدد(3)، السنة 32، سنة 1994م، ص61.

القرار الصادر عن اللجنة الشعبية العامة رقم (32) لسنة 2005م[1] وظل كذلك الحال إلى أن صدرت لائحة العقود الإدارية لسنة 2007م.

5- صدور لائحة العقود الإدارية لسنة 2007م. تعتبر هذه اللائحة هي الأخيرة حتى الآن والمختصة بالعقود الإدارية حيث تضمنت كافة العقود الإدارية من تعريف للعقود الإدارية وحددت العقود الإدارية التي تخضع للتحكيم متى توفرت فيها الشروط الاستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص[2].

أما فيما يتعلق بتنظيم التحكيم في هذه اللائحة فقد جاء في المادة (83) تحت عنوان اختصاص القضاء الليبي بالنظر في منازعات العقد من خلال:

أ. أن يراعي النص في العقود الإدارية –بصفة أساسية–على اختصاص القضاء الليبي بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود.

ب. أنه يجوز إذا اقتضت الضرورة – في حالات التعاقد مع جهات غير وطنية وبموافقة اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) – أن ينص في العقد على الالتجاء للتحكيم بمشارطة تحكيم خاصة، ويجب في هذه الحالات أن تحدد مشارطة التحكيم أوجه النزاع التي يلجأ فيها إلى التحكيم وإجراءاته وقواعد اختيار المحكمين بما يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في

---

(1) عمر، مفتاح علي الشيباني، مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص118.

(2) صدرت بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) رقم (563) لسنة 2007م وعرفت المادة (3) منها العقود الإدارية بأنها(كل عقد تبرمه جهة من الجهات الإدارية العامة بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية او الميزانية والإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطويره أو في تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد، متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف تحقيق المصلحة العامة) مشار إليها في عوض، إبراهيم عبد الكريم عطية، التحكيم في ليبيا، مرجع سابق، ص209، المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص124.

اختيارهم وتحديد مدى ما للمحكمين من سلطة واختصاص والجوانب الأخرى المتطلبة لهذا الغرض، ويراعى في كل ذلك عدم الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد)[1].

يستفاد من هذا النص بأنه إلى جانب تأكيده على الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الإدارية العقدية للقضاء الليبي وأن اللجوء إلى غيره يعتبر استثناء، إلا أنه قيده بالعديد من الشروط تتمثل في:

1. أن تتوافر حالة الضرورة التي تقتضي اللجوء إلى التحكيم.
2. أن يصدر قرار بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم من قبل اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) كونه الجهة المختصة بذلك وبمتابعة تنفيذه.
3. أن يكون العقد القابل للتحكيم مبرم مع جهة غير وطنية، مما يفهم منه عدم اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية التي تحدث بين الإدارة المتعاقدة وأحد الأشخاص الوطنية سواء كانت طبيعية أو اعتبارية لأن الاختصاص بمثل هكذا نزاعات من اختصاص القضاء الليبي.
4. أن يتم الاتفاق باللجوء إلى التحكيم بمشارطة تحكيم خاصة، حتى يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في اختيار المحكمين.
5. يحظر الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد.

خلاصة ما تقدم ذكره حول موقف المشرع الليبي من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يلاحظ أن التحكيم في العقود الإدارية في القانون الليبي استمد أساسه

---

(1) أشار إليه: المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص125. عوض، إبراهيم عبد الكريم عطية، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا، مرجع سابق، ص210.

من المبادئ العامة للتحكيم التي أقرها قانون المرافعات المدنية الليبي وفي لوائح العقود الإدارية، لا سيما لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م التي أقرت اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية كاستثناء عن الأصل العام وبذلك يكون المشرع الليبي قد حذا بموقف المشرع الفرنسي في هذا الشأن. وإن كان قد قيده بشروط.

ويؤخذ على المشرع الليبي في هذا الخصوص أنه لم يدخل المنازعات الإدارية العقدية الداخلية ضمن الاتفاق على التحكيم بل خول القضاء الإداري الليبي بالنظر فيها، كما أن الركون في تحديد موقف المشرع من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، إلى لائحة تصدر عن السلطة التنفيذية مسلك مستهجن كونه لم تنتهجه التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني

موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

كون الأردن سابقاً كان جزء من الدولة العثمانية بوصفه جزء من بلاد الشام فقد طبق عليه قواعد مجلة الأحكام العدلية الصادرة في نهاية القرن الثامن عشر في عام 1876ميلادية[1] حيث نظمت مسألة التحكيم في المواد (1841-1851) من الباب الرابع من الكتاب السادس عشر وهو كتاب القضاء والمحاكمة.

وبعد سقوط الدولة العثمانية خضعت الأردن إلى الانتداب البريطاني الذي تولى تنظيم التشريع في المنطقة (أمارة شرق الأردن) حيث طبق عليها في مجال التحكيم قوانين التحكيم

---

(1) لقد صدرت هذه المجلة عن الدولة العثمانية خلال فترة تدوين القوانين حيث شكلت لجنة في عام 1869م برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية حيث أنجزت عملها المقرر عام 1876م. أشار إليه المواجده، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص144.

الفلسطينية ومنها قانون التحكيم رقم (9) لسنة 1926م وكذلك قانون التحكيم رقم (14) لسنة 1928م وقانون التحكيم رقم (29) لسنة 1934م وقانون التحكيم رقم (63) لسنة 1946م وقد تضمنت تلك القوانين نصاً مشابهاً وهو نص المادة (19) منها جاء فيه (يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة فلسطين أحد الفريقين ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة) يفهم من هذا النص أنه أجاز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في عقودها التي تبرمها مع شخص خاص أجنبي في حالة نشوب نزاع[1].

وقد شهد الأردن بعد استقلاله حركة تقنين للقوانين واسعة النطاق عالج من خلالها مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وذلك من خلال التأكيد على المبدأ التقليدي في التشريعات المقارنة وهو جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام طرفاً فيها[2].

---

(1) أشار إليه: المواجده، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص145، مقابلة، مازن فايز محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص61.

(2) حتاملة، سليم سلامة، (2011). بحث منشور بعنوان(الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، دراسة في القانون الأردني)، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص122.

ويعد الأردن من أوائل الدول العربية التي أفردت تشريعاً خاصاً للتحكيم مستقلاً عن بقية القوانين الأخرى[1] حيث صدر أول قانون للتحكيم سنة1953م[2] تم صدور القانون رقم (31) لسنة 2001م[3]، الذي ألغى القانون السابق. ولإلقاء الضوء على موقف هذه القوانين حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية رأينا تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين وعلى النحو التالي:

أولاً- موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في ظل قانون التحكيم الملغي رقم (18) لسنة 1953م.

لقد نصت المادة(2) من هذا القانون (اتفاق التحكيم) بأنه (الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكور في الاتفاق أم لم يكن).

يفهم من نص هذه المادة، بأن المشرع الأردني أكد على الطبيعة العقدية للتحكيم كون مصدره اتفاق الأطراف وبما أنه كذلك فهذا يعني إمكانية إبرامه بين أطراف سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية وبقطع النظر عن موضوع النزاع مدنياً كان أو إدارياً. وعلى الرغم من تبني المشرع الأردني وفقاً لهذه المادة تعريف اتفاق التحكيم، إلا أنه يؤخذ عليه بأنه لم يحدد طبقاً لهذا

---

(1) من خصائص قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953م، أنه لم يشير إلى الفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء ولابد من هذه التفرقة إعمالاً للمبادئ العامة في القانون، خاصة وأن المحكم في التحكيم بالصلح لا يطبق الإجراءات والقواعد القانونية بل يطبق مبادئ العدالة والإنصاف، أوجد قانون التحكيم الأردني (المحكم الفصل) الذي ينفرد بحسم النزاع دون طرفي النزاع هذا بخلاف قوانين بعض الدول كما رأينا تشترط هيئة ثلاثية من المحكمين، ولم يتعرض إلى طبيعة الدفع بالاعتداء بالتحكيم، كما نص على صدور التحكيم بالإجماع ما لم يتفق على خلاف ذلك، للتوضيح أكثر راجع، الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص58.

(2) نشر القانون رقم (18) لسنة 1953م في الجريدة الرسمية بتاريخ 1953/1/17م، العدد (1131)، ص482.

(3) المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2001/7/16م، العدد (4496)، ص2821.

القانون الحالات التي تخضع لقانون التحكيم، طبقاً للأسلوب الحصري أو المبدأ العام[1]. وذلك خلافاً لما جاء به المشرع الليبي، حيث حدد الحالات التي يجوز فيها التحكيم[2]. مما دفع البعض من الفقه الأردني إلى القول بأنه لا يوجد ما يمنع من لجوء الإدارة إلى اتفاق على مبدأ التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشب بسبب العقود الإدارية آخذين بذلك القاعدة الأصولية التي تقضي بأن (العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص) ولا اجتهاد في مورد النص للقول بجواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية كون نص المادة الثانية من هذا القانون جاء عامّا في تحديد نطاق تطبيقه[3] وتأكيداً لما تقدم، وبالرجوع لنص المادة (20) من قانون التحكيم الأردني نجد أن المشرع اعتبر هذه المادة قيداً، وذلك عندما تكون الحكومة طرفاً في التحكيم حيث جاء في نص المادة بأنه (يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية أحد الفريقين..) مما يعني معه أن المشرع لم يستثن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من الخضوع للتحكيم[4]، فعندما تلجأ الحكومة إلى إقامة علاقة عقدية لضمان تسيير أعمالها فإنها حتماً ستنتهج وسيلة من وسائل

---

(1) حتاملة، سليم سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، دراسة في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والسياسة، مرجع سابق، ص124، والأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص65.

(2) المادة (740) من قانون المرافعات الليبي، حددت الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم والمتمثلة في الأمور المتعلقة بالنظام العام وكذلك المنازعات التي تحدث بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وكذلك المنازعات المتعلقة بالجنسية وبالأحوال الشخصية الخاصة بالتفريق البدني، في حين يجوز أن يكون موضوع التحكيم في المنازعات المتعلقة بتقدير النفقة الواجبة في النظام العائلي، أو في منازعات تحديد مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية، كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف ولا يجوز في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

(3) حتاملة، سليم سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، دراسة في القانون الأردني، مرجع سابق، ص24.

(4) أشار إليه: العبادي، محمد وليد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص363.

القانون العام والمتمثلة في العقود الإدارية التي تحقق لها ميزات لوصفها صاحبة السلطة والإدارة، ولو أراد المشرع إخراج طائفة العقود الإدارية من أحكام هذا القانون لنص على ذلك صراحة باستثناء هذه العقود من أحكام قانون التحكيم، كما أنه من خلال الاطلاع على بعض التشريعات الأردنية ذات العلاقة بهذه الدراسة لم نجد نصاً يقيِّد الحكومة بالالتزام بالالتجاء دائماً إلى القضاء النظامي للدولة لحل خلافاتها مع الغير مما يدل بان المشرع لم يمنع إخضاع المنازعات الإدارية العقدية للتحكيم[1].

بل أكد المشرع على إعطاء الحق للحكومة باللجوء إلى وسائل أخرى غير القضاء لحل الخلافات، وهذا ما أوردته المادة (9) من قانون دعاوى الحكومة وذلك بأن أعطت الحق لوزير المالية في أحوال خاصة عندما يقتنع بأن خيار اللجوء إلى القضاء قد يكون في غير صالح الحكومة وذلك بناء على توجيه لجنة خاصة منصوص عليها في القانون باللجوء إلى حل الخلاف عن غير طريق التقاضي ومن النص السابق نستدل بأن المشرع الأردني قد أخذ بعين الاعتبار الظروف الواقعية للمنازعات التي تكون الجهات الإدارية العامة في الدولة طرفاً فيها وخولها الحق في سلوك الطريق الذي يحقق المصلحة العامة حتى لو كان ذلك خارج إطار القضاء الرسمي في الدولة[2].

وقد أكد ذلك جانب من الفقه الأردني بأن هذه المادة قد أجاز المشرع بها الأجهزة الإدارية الرسمية العامة ولأشخاص القانون العام في الدولة باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تبرمها مع الأفراد والجهات الأخرى أياً كان موضوعها، وذلك عندما لم يحّرم صراحة مثل هذا

(1) مقابلة، مازن فايز محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص63.

(2) أشار إليه: حتاملة، سليم سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص125، العبادي، محمد وليد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص364.

اللجوء في قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953م مما فهم معه بأن هذه الإجازة الآذنة هي إجازة ضمنية مشروعة[1].

وأمام عدم وجود نص صريح ضمن هذا القانون يجيز أو يمنع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية أو اعتراض من قبل الجهات التشريعية أو التنفيذية أو القضائية الأردنية، يغل يد المؤسسات والهيئات العامة والأجهزة الإدارية الحكومية من اللجوء إلى اتفاق التحكيم في المنازعات المترتبة عن العقود التي تبرمها مع الجهات الأخرى، مما دفعها إلى تضمين العقود الإدارية التي تقوم بإبرامها مع الأفراد أو الدول الأخرى، نصاً يخول الأطراف المتعاقدة باللجوء إلى اتفاق التحكيم في المنازعات التي قد تنشأ بينهما قبل اللجوء إلى القضاء الرسمي في الدولة[2].

وبناءاً على ما تقدم يمكن القول بأن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية من قبل الجهات الإدارية العامة في الدولة الأردنية في كل العقود التي تقوم بإبرامها مع الأشخاص والجهات الأخرى وفي ظل عدم وجود نص صريح يسمح بذلك في قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953م، بات أمراً واقعياً لا يقبل الجدل أمام صمت المشرع عن ذلك.

---

(1) أشار إليه: عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، مرجع سابق، ص67، حتاملة، سليم سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص125.

(2) عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص67، 68، البطوش، عبد الله محمد سلامة (2014)، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية (رسالة دكتوراه غير منشورة) جامعة العلوم الإسلامية، عمان، ص83 وما بعدها، بن زيد، عبد العزيز محمد علي، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص73.

ثانياً- موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في ظل قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001م.

بوجود نص المادة (3) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001م الذي جاء فيه (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية) يكون المشرع الأردني قد أدرك حقيقة وأهمية التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية بل وحسم الجدل الفقهي والقضائي الذي يدور حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وذلك بأن أجاز صراحة وفقاً لهذه المادة للجهات الإدارية الرسمية العامة ولأشخاص القانون العام في الدولة اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقودها أياً كانت طبيعة هذه العقود أو موضوعها[1].

وفي نفس الوقت أجاز التحكيم في العقود الإدارية بموجب نص المادة (17/ب) من قانون استقلال القضاء الأردني وكذلك بموجب نص المادة (33) من قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم (16) لسنة 1995م[2].

---

(1) عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، نفس الصفحة.

(2) أشار إليه: البطوش، عبد الله محمد سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص83.

المبحث الثاني

موقف الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم

في المنازعات الإدارية العقدية

تمهيد:

رغم كون التحكيم بات نظاماً قانونياً بديلاً للقضاء العادي، يهدف إلى تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف المتنازعة في العلاقات القانونية المدنية والتجارية، وابرمت من أجله المعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية، إلا أنه في مجال العقود الإدارية، وفي ظل غياب نص تشريعي منظم له في حسم المنازعات المترتبة عنها وتباين المواقف الفقهية والقضائية حول إمكانية اللجوء إليه في المنازعات الإدارية العقدية، يطرح التساؤل التالي:هل يمكن أن يطبق التحكيم كنظام قانوني بديل لحسم المنازعات الإدارية العقدية؟ وإن أمكن ذلك، هل يطبق كما هو في منازعات العقود المدنية؟ أو يجب أن يكون وفقاً لشروط وضوابط معينة في حالة اللجوء إليه؟

وللإجابة على ذلك، يجب التطرق إلى موقف الفقه والقضاء حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والذي انقسم بدوره بين مؤيد ومعارض له مع الإشارة إلى بعض القضايا التحكيمية في هذا المجال، وبناءاً على ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الاول: الاتجاه الفقهي القضائي المعارض للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

المطلب الثاني: الاتجاه الفقهي القضائي المؤيد للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

المطلب الأول

الاتجاه الفقهي القضائي المعارض للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

سنبحث في هذا المطلب المواقف والتوجهات الفقهية والقضائية التي تعارض بشدة إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة واستثنائية عن الأصل العام في تسوية المنازعات الإدارية العقدية[1]، مع بيان أهم الحجج والأسانيد التي استندوا عليها في إثبات عدم صلاحية هذا النوع من المنازعات لأن تكون محلاً للتحكيم الإداري وبناءاً على ذلك قُسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف الفقه.

الفرع الثاني: موقف القضاء.

الفرع الأول

موقف الفقه المعارض لفكرة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وأسانيده

يتجه أغلب الفقه الفرنسي إلى أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم إلا إذا أجاز المشرع ذلك بنص تشريعي صريح في حل المنازعات التي تحدث عند تنفيذ العقود الإدارية[2].

أما موقف الفقه المصري فإنه يكاد يكون مماثلاً لما هو عليه الحال في فرنسا من عدم جواز اللجوء للتحكيم للجهات الإدارية بشأن منازعات العقود الإدارية إلا إذا رخص الشرع ذلك[3].

---

(1) عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص50.

(2) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، مرجع سابق، ص130.

(3) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص140.

أما موقف الفقه الليبي، فقد ذهب جانب من الفقه على رفض فكرة التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ويؤكد على أن اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف الواردة في القانون رقم (1971/88م) بشأن القضاء الإداري، اختصاص مانع وحصري في مجال منازعات عقود الأشغال العامة وعقود الالتزام والتوريد كعقود إدارية، ولم يسمح لأطراف العقد الاتفاق على عرض نزاعهم الناشئ عن هذه العقود على أية جهة أخرى دون دوائر القضاء الإداري[1].

أما الفقه الأردني فقد كان موقفه مغايراً تماماً لما صار عليه الفقه في كلٍ من فرنسا ومصر وليبيا، فقد أدرك أهمية التحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية بدليل أنه لم يحدث في إطار الممارسة العملية المتكررة في اللجوء للتحكيم الإداري من قبل الجهات الإدارية العامة في الأردن، أَن ثارت أية مشكلة أو ظهر أي اعتراض من أية سلطة أو جهة تشريعية أو تنفيذية أو قضائية أردنية، مما يدل على الإجازة للجهات الإدارية العامة ولأشخاص القانون العام في الدولة اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقودها الإدارية أياً كانت طبيعة هذه العقود أو موضوعها وقد تجسد ذلك صراحة في القانون رقم (1953/18م) المعدل بالقانون رقم (31) 2001 بشأن التحكيم[2].كما أن قانون القضاء الإداري الاردني رقم (27) لسنة 2014م لم ينص على اختصاص القضاء الاداري الاردني بمنازعات العقود الادارية مما يعني بأن هذا النوع من المنازعات من اختصاص القضاء العادي الاردني.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من آراء فقهية معارضة للتحكيم فإننا سنبين الحجج والأسانيد التي قدمها الفقه لتبرير موقفه من ذلك وهي:

---

(1) عمر، مفتاح علي الشيباني، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص114.

(2) أشار إليه: عبد الهادي، جميل بشار، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص68، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص126.

الحجه الاولى: إن اللجوء إلى التحكيم يتوقف على إرادة المشرع وإرادة الأطراف المتعاقدة معاً.

أي أن التحكيم الاختياري يقوم في واقع الأمر على ركنين أساسيين لابد من اجتماعهما معاً، حتى نستطيع القول بمشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، وهما، إرادة الخصوم وإرادة المشرع المتمثلة بإقرار إرادة الخصوم، السبب أن الأصل هو الحل عن طريق القضاء والاستثناء اللجوء إلى التحكيم، ولا يكون ذلك إلاّ بالنص عليه كاستثناء؟؟ بحيث إذا تخلف إحدهما أصبح الاتفاق على التحكيم غير مشروع، أي يجب النص صراحة على جواز التحكيم حتى يمكن القول بمشروعية اللجوء إليه[1].

الحجة الثانية– إن التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يشكل مخالفة للدستور وفكرة النظام العام.

ذهب أنصار الرأي الرافض للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية إلى القول بأن الدستور حدد الجهات المختصة في الدولة بشكل مستقل للفصل في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية وحدد القانون اختصاصاتها وبالتالي فإن اللجوء إلى التحكيم لحسم مثل هذه المنازعات يشكل خرقاً للدستور[2].

غير أن هذا الرأي انتقد وإن كان الدستور نص على ولاية عامة للمحاكم بنظر المنازعة الإدارية إلا أن ذلك لا يعني حرمان المشرع من إسناد الاختصاص بالفصل في بعض المنازعات

---

(1) يستند أنصار هذا الراي في ذلك إلى المبدأ القانوني الذي أقرته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري المنعقد في 7 يناير 1970م والذي ينص (على ان إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم صراحة). مشار إليه: البطوش، عبد الله محمد سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، مرجع سابق، (105)، وعكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص138.

(2) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2006م). التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص75.

الإدارية والتي منها منازعات العقود الإدارية إلى جهات أخرى وذلك على سبيل الاستثناء كالهيئات الخاصة بالتحكيم[1].

أما فيما يتعلق بتعارض التحكيم مع فكرة النظام العام يرى أنصار هذه الفكرة أن التحكيم في تلك المنازعات إخلال بها ويشكل تحايلاً على القانون[2]، لأن القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي من النظام العام ومن ثم لا يجوز للإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها على مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلاً[3].

الحجة الثالثة– إن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يعد خروجاً على المبادئ الأساسية في التفويض.

ومضمون هذه الحجة أن التحكيم في هذه الحالة يعد خروجاً بل يشكل مخالفة لمبدأ أساسي في التفويض وهو مبدأ (لا تفويض في التفويض) [4]، فإذا كان المشرع فوض السلطات القضائية للفصل في مثل هذه المنازعات فلا يجوز أن يفوض غيرها في ذلك.

الحجة الرابعة– إن القضاء النظامي في الدولة يقدم ضمانات للخصوم لا يقدمها التحكيم الذي يتم من قبل شخص أو أشخاص عاديين.

إلا أن هذه الحجة تم تفنيدها كونها بعيدة عن الواقع. فما شهده نظام التحكيم من تطور جعله يقدم الضمانات القانونية لطرفي النزاع فهو إلى جانب حسمه للنزاع يتبع المبادئ القانونية لسير الدعوى ويكفل للطرفين حق تقديم الدفوع والرد على ما يقدمه الطرف الآخر، كما أن القرار الصادر

---

(1) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، 76.

(2) البطوش، عبد الله محمد سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص109.

(3) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص76.

(4) بن زيد، عبد العزيز محمد علي، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص50.

من المحكمين يمكن أن يكون محلاً لرقابة لاحقة بمناسبة طعن الإلغاء في حالة مخالفته للنظام العام[1].

بالإضافة إلى كون العدالة التحكيمية باتت اليوم شريكاً لا يمكن إنكارهُ فهي تهدف إلى نفس الغاية التي تسعى إليها عدالة الدولة رغم تنوع واختلاف الطرق والوسائل التي يستخدمها كل منهما[2].

الحجة الخامسة– إن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات في الدولة.

تفسير ذلك، أن التحكيم لا يعدو أن يكون قضاءً خاصاً له طبيعته التي تجعل منه محققاً للأهداف التي يسعى إليها القضاء الخاص، فكيف تقبل الإدارة بوجود محكمين في منازعات عقودها الإدارية، وهي غير مسموح لها أن تقبل بنظر قضاياها الإدارية أمام القضاء المدني[3]، إلا أن هذه الحجة قد انتقدت في اعتبار التحكيم قضاء خاصاً لا سيما بعد أن تطرقنا إلى موقف الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم حيث لم يتم الاتفاق بين الفقه على إضفاء الصبغة القضائية للتحكيم فمنهم من قال بأنه ذات طبيعة تعاقدية لأنه يقوم على توافق الإرادة بين الاطراف المتعاقدة والآخر قال بأنه ذات طبيعة قضائية لأنه يهدف إلى تحقيق العدالة في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه ذات طبيعة مختلطة بجميع صفات التعاقدية يهدف إلى تحقيق المساواة والعدالة، بينما اتفق غالبية الفقهاء على حقيقة أن اللجوء إليه وسيلة بديلة ومختلفة تماماً عن القضاء كون

---

(1) بن زايد، عبد العزيز محمد علي، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص51.

(2) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز الجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص166.

(3) عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص51.

القائمين على تنفيذه أشخاص ليس من رجال السلطة القضائية. ومن جهة نظر الباحث بأن التحكيم وسيلة بديله وأستثنائية عن الاصل العام في تسوية المنازعات الإدارية العقدية لهذا فانه لا يشترط فيه بأن يكون المحكم من رجال السلطة القضائية.

الفرع الثاني

موقف القضاء المعارض للجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

يعتبر القضاء الفرنسي رائد الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية[1] حيث تشدد كثيراً في تفسيره لقانون 17 إبريل سنة 1960م الخاص بالترخيص للدولة والمحافظات، تصفية المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد بطريقة التحكيم إذا انصب النزاع على تحديد قيمة مبلغ مالي واجب الأداء والمعدل بموجب القانون الصادر سنة 1960م بإضافة الهيئات العامة، حيث امتنع القضاء من إضافة الهيئات العامة إلى الدولة والمحافظات الذين يحق لهم اللجوء إلى التحكيم، وكذلك عدم إدراج أي عقود إدارية أخرى للدولة أو المحافظات ضمن أحكام القانون المشار إليه[2] فقط العقود المذكورة على سبيل الحصر.

ومن المبادئ القانونية التي قررها قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال عدم جواز التحكيم إلا بنص تشريعي، ما جاء في حكمه بأن إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويعد هذا البطلان من النظام العام فيجوز لأي من أطراف الدعوى التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما أن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[3].

---

(1) حماد، أشرف محمد خليل. التحكيم في المنازعات الإدارية وآثارها القانونية، مرجع سابق، ص41.

(2) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، مرجع سابق، ص131.

(3) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص132.

أما موقف القضاء المصري تجاه عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية يمكن أن نستدل عليه من حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بجلسة 20 يناير 1991م، الذي أكدت فيه رفضها شرط التحكيم وعدم جوازه في ظل وجود نص المادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972م حيث أرست مبدأ قانوني نص على أن (شرط التحكيم في منازعات العقد الإداري لا يقوى على سلب مجلس الدولة اختصاصه بنظر تلك المنازعات التي حددها قانون مجلس الدولة ويتعين الالتفات عنه) [1].

ولم يكن موقف المحكمة الإدارية العليا المصرية مخالفاً لسابقتها في عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في هذا السياق حيث جاء حكمها الصادر بجلسة 20 فبراير 1990م بإقرار ذات المبدأ القانوني واشترط عند تفسير شرط التحكيم في عقد الالتزام أن لا يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن، كونه وحده يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وفقاً للقانون[2].

وفيما يتعلق بموقف القضاء الإداري الليبي من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فقد جاء به قضاء المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) في الطعن الإداري رقم (30/64ق) بقوله (لما كان الطاعنون من اشخاص القانون العام، وكان نشاطهم يشمل كافة أنحاء الدولة ولا يقتصر على جهة أو مكان معين دون غيره، كما هو الحال بالنسبة لأشخاص الإدارة المحلية، ومن ثم فإن دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف أينما وجدت تكون مختصة

---

(1) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص144.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في جلسة 1990/2/20م، الطعن رقم (3049) لسنة 32 ق مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد1، 1995م، ص1143، أشار إليه عكاشة، حمدي ياسين، مرجع سابق، ص146، وحماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص44 وما بعدها.

بنظر المنازعات التي تتولى الفصل فيها بالنسبة لأشخاص القانون العام..)[1]، ويفسر البعض هذا الحكم على أنه جاء ليؤكد على الموقف الرافض للقضاء الليبي من فكرة اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية بدليل تمسك المشرع بالاختصاص المانع والحصري لمحكمة الاستئناف وفقاً للقانون رقم (1971/88م) [2].

أما موقف القضاء الأردني قد جاء منذ الوهلة الأولى مخالفاً لما نصت عليه أحكام القضاء الفرنسي والمصري والليبي من عدم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

فهو لم يرد الدعاوى التي قدمت إليه، وكان نزاعها يدور حول لجوء الإدارة إلى التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وبهذا يكون القضاء الأردني قد حسم الخلاف الذي يدور عند البعض حول مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية[3].

وسنوضح ذلك بشكل أكثر في الفرع التالي.

---

(1) الحكم منشور في مجلة المحكمة العليا الليبية، العدد 3، 4، السنة 25، سنة 1989م، ص9، مشار إليه: عمر مفتاح علي الشيباني، مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص20.

(2) الحراري، محمد عبد الله، (د.ت) الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)، (د.ط)، طرابلس، ليبيا، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ص125.

(3) راجع في ذلك، عبد الهادين بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص67 وما بعدها، العبادي، محمد وليد، (2007). أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية (بحث منشور في مجلة دراسات وعلوم الشريعة والقانون). المجلد 34، العدد الثاني، ص358، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص128.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد للجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

خلافاً لما جاء في الاتجاه السابق، فقد أيد جانب كبير من الفقه والقضاء فكرة اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات الإدارية العقدية وكان لهذا الاتجاه صداه في الأوساط القضائية والنظم القانونية عند العديد من الدول[1].

وفيما يلي نعرض موقف الفقه الفرنسي والمصري والليبي والأردني المؤيد للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في فرع أول، ثم نتعرف على موقف القضاء في فرع ثاني.

الفرع الأول

موقف الفقه المؤيد للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

على الرغم من أن المبدأ السائد عند الفقه الفرنسي السالف بيانه هو حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم لحسم المنازعات الإدارية، والذي يجد سنده في نصوص قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني الفرنسي والمبادئ العامة للقانون.

إلا أنه في الآونة الأخيرة، خاصة بعد الأزمة الاقتصادية التي مرت بها البلاد في أعقاب الحرب العالمية الثانية، أدت إلى نزول الدولة لميدان التجارة واصطدامها بالأهمية العملية للتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية الدولية والداخلية، ترتب عليه تبني جانب كبير من الفقه الفرنسي

---

(1) حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص54.

تجاهه أقل تزمتاً مما كان عليه في السابق حول جواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية[1]، ولم يقتصر الأمر عند التأييد فقط بل قدموا الحجج والأسانيد التي تؤيد موقفهم كما سنبين فيما بعد.

ويتجه جانب من الفقه المصري إلى تأييد لجوء الإدارة إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وسلامة شرط أو مشارطة التحكيم فيها بل ذهب المؤيدون إلى تفسيرات تؤيد حجتهم بأن المشرع بإغفاله النص الصريح على هذه المسألة لم يحجر على جهة الإدارة من سلوك سبيل التحكيم لحل ما ينشأ من منازعات حول العقد الإداري ولكونه لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[2].

أما موقف الفقه الليبي فقد تباينت آراؤه ما بين اتجاه يرى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية مع إيراد بعض التحفظات على هذا المبدأ تتمثل في منع للتحكيم بواسطة محكم فرد، أي لابد أن يكون التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ثلاثياً، (هيئة ثلاثية) بحيث يكون لكل طرفاً محكماً عنه، أو بحيث يتفق المحكمان على تعيين رئيس الهيئة أو تختص بها الجهة التي حددها العقد للإشراف على إجراءات التحكيم كغرفة التجارة الدولية مثلاً[3].

واتجاه آخر يبيح التحكيم الدولي في المنازعات الإدارية العقدية ويمنع التحكيم الوطني في حين ذهب اتجاه آخر إلى التأكيد على حتمية التحكيم في العقود الإدارية، شريطة تحديد العمليات التي يجوز الالتجاء لحلها بواسطة التحكيم، وذلك بأن تكون ذات مصلحة وطنية مهمة واشتراط

---

(1) أشار إليه:عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، مرجع سابق، ص174. خليل، نجلاء حسين سيد أحمد، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص113، مقابلة، مازن فايز محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص44.

(2) حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص56. مقابلة، مازن فايز محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص51.

(3) عمر، مفتاح علي الشيباني، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص112.

موافقة الوزير المختص وأن يخضع العقد لرقابة الجهة التنفيذية العليا قبل إبرام اتفاق التحكيم مع الطرف الأجنبي، ووفقاً للمجرى العادي لسير الأعمال الإدارية[1].

أما الفقه الأردني فقد أجاز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية مبرراً ذلك بأن المشرع الأردني أعطى الإذن للأجهزة الإدارية الرسمية في الدولة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود التي يبرمها مع الأفراد والجهات الأخرى أياً كانت طبيعتها أو موضوعها، وذلك عندما لم يحرم صراحة مثل هذا اللجوء من قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953م والمعدل بموجب القانون رقم (31) لسنة 2001م مما يفهم معه بأن هذه الإجازة الإذن هي إجازة ضمنت مشروعيته[2].

وفيما يلي نعرض لأهم الأسانيد والحجج التي طرحها الفقه للتأكيد على جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وسلامة شرط التحكيم فيها أو مشارطة التحكيم.

الحجة الاولى- التحكيم جائز وفقاً للقانون في المنازعات الإدارية العقدية.

فالمنازعات المترتبة على تنفيذ بنود العقد الإداري وإن كانت ذات طابع خاص إلا أنه مثلها مثل غيرها من المنازعات التي أجازتها القوانين[3]، والتي منها القانون الفرنسي الذي جاء استجابة للنداءات المتكررة من الفقهاء والقضاء والصادر بموجب المرسوم رقم (48)لسنة 2011م والذي نظم

---

(1) بن خيال، فتح الله عوض، (2002). التحكيم في عقود الدولة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص46، عمر، مفتاح علي الشيباني، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص113.

(2) عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص67، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (4) العدد (2) جمادى الأول، 1433هـ/نيسان 2012م.

(3) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص178.

التحكيم –سواء الداخلي أو الخارجي– تنظيماً ينسجم مع التطورات الراهنة[1] وكذلك قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (1994/27م) والمعدل بالقانون رقم (9) 1997م، حيث أجاز التحكيم بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية مدنية أو إدارية داخلياً أو دولياً[2].

وطبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، ليس هناك ما يمنع أطراف العقد الإداري من إدراج شرط التحكيم ضمن بقية شروط العقد مثله في ذلك مثل أي عقد آخر في مجال القانون الخاص[3] كما أكدت المحكمة العليا الليبية على هذا المبدأ حينما قالت في حكمها الصادر بجلسة 1970/4/5م (إن القانون الليبي خال من أي نص مانع يحول دون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية) [4]، ولم يكن التحكيم أقل حظّاً مما سبق في ظل القانون الأردني للتحكيم رقم (31) لسنة 2001م والذي جاء ليعطي للتحكيم غطاءً قانونياً عصرياً يشار إليه بالبنان[5].

---

(1) منصور، حسام أحمد هلال، خليل، حسين إبراهيم، عماد، هبة الله، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق، ص2.

(2) المادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994م، المعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997م.

(3) عمر، مفتاح علي الشيباني، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص115.

(4) راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري، رقم (17/1ق) جلسة 1970/4/5م منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد (4) السنة السادسة، ص19.

(5) القطاونة، مصعب، شرح نصوص قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، مرجع سابق، ص12.

الحجة الثانية- الاختصاص الأصل للقضاء بنظر منازعات العقود الإدارية لا يستبعد إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

تبرير ذلك بأنه لا يوجد تعارض ما بين التحكيم والاختصاص الأصل للقضاء، فهيئة التحكيم تلتزم باحترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها الدعاوى أمام القضاء ولا يجوز لها مخالفة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وفي حالة خروجها على هذه الضوابط يجوز للطرف المتضرر الطعن في حكم التحكيم بالبطلان[1].

الحجة الثالثة- الاتفاقيات الدولية كجزء من النظام القانوني للدول تجيز للدولة وأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقدية.

ذهب الفقه إلى القول بأن انضمام الدولة إلى العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك لعام 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي يتناول كافة مراحل التحكيم، وغير ذلك من الاتفاقيات الأخرى التي يصدر بها تشريع يقرها فتصبح في قوة القوانين السارية والواجبة النفاذ، كل الوقائع تؤكد جواز التجاء الإدارة في منازعات العقود الإدارية إلى التحكيم شرطاً أو مشارطة، وسواء كان التحكيم محلياً أو دولياً[2].

---

(1) حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص54.

(2) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص179.

الفرع الثاني

موقف القضاء المؤيد للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

اولاً- موقف القضاء الفرنسي

لقد استقر القضاء الفرنسي على أن القيود التي ترد في القوانين وتحظر دخول اشخاص القانون العام في التحكيم، هي فقط في المعاملات الداخلية ولكنها لا تمنع هؤلاء الأشخاص من أن تكون طرفاً في اتفاق تحكيم دولي ولقد تأكد ذلك بالمبدأ الذي أقره قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بجلسة 14- ابريل-1964م. والذي قرر ما يلي (يجوز التحكيم في مجال المعاملات الدولية، دون الوقوف أمام مسألة الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم)[1] وكذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بجلسة 22-نوفمبر-2005م والذي جاء فيه (بخلاف الحالات التي يحظر فيها القانون التحكيم بشأنها، فإن للأطراف الحق بإرادتهم أن يمنحوا للمحكم السلطة القضائية)[2].

ثانياً- موقف القضاء المصري

كما ذهب القضاء المصري إلى إجازة اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الإدارية العقدية في ظل القانون رقم (27) لسنة 1994م والمعدل بموجب القانون رقم (9) لسنة 1997م وقد تأكد ذلك بحكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى المقامة من وزير الأشغال بصفته ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوروبية، حيث جاء في حكمها (رفض طلب المدعي ببطلان حكم

---

(1) محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية، جلسة (1964/4/14م) أشار إليه: عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص174.

(2) محكمة النقض الفرنسية، جلسة22، نوفمبر، 2005م، مشار إليه: منصور، حسام أحمد هلال وآخرون، قانون التحكيم الفرنسي، ص11.

هيئة التحكيم في الدعوى لعدم اختصاص تلك الهيئة بنظرها لتعلقها بعقد إداري، وهو عقد أشغال عامة، والذي ينعقد الاختصاص بنظر منازعاته لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره)[1].

كما أجازت المحكمة الإدارية العليا المصرية الاتفاق على تسوية منازعات العقود الإدارية تحكيماً وفق أحكام قانون التحكيم رقم (1994/27م) حين انتهت في هذا الشأن إلى أنه (... إنما المحتكم باتفاقه على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظرة... الخ) [2].

ثالثاً – موقف القضاء الليبي

كما أجاز القضاء الإداري الليبي التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك تلبية لمقتضيات الضرورة التي قد تستوجبها عقود بعض الجهات الإدارية العامة، متى تطلبت المصلحة العامة ذلك وهذا ما قررته المحكمة العليا الليبية في العديد من القضايا المعروضة عليها وتحديداً في حكمها الصادر في جلسة 1970/4/5م والذي جاء فيه (طالبت الشركة الإيطالية (نوفوكسترو) من المحكمة تعيين محكم تنفيذاً للاتفاق الوارد في العقد الأصلي، وذلك نتيجة لتعرض هذا العقد للفسخ من قبل وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي باعتبار هذه الوزارة هي الطرف الثاني في العقد، وقد أخلت بالتزاماتها التعاقدية، إلا أن إدارة القضايا دفعت بأن الفسخ قد لحق اتفاق التحكيم الوارد بالعقد الأصلي، ولكن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع ورفضته)[3]، كما أكدت المحكمة العليا الليبية على مبدأ التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في حكمها الصادر بجلسة 1971/5/2م بقولها:

---

(1) محكمة القضاء الإداري المصرية، قضية رقم (4188) لسنة 48ق، جلسة 1996/1/18م. أشار إليه: خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص94.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم (886) لسنة 30ق، جلسة 1993/1/18م، المشار إليه: خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص111.

(3) مجلة المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم(17/1ق) جلسة 1970/4/5م سنة6، العدد 4-يوليو، 1970م، ص22.

اشتراط الطرفان في العقد الإداري إحالة كل نزاع ينشأ حول تفسير العقد أو تنفيذه إلى محكم لا يغير من اختصاص المحكمة العليا (دائرة القضاء الإداري) في نظر دعوى الخبرة التمهيدية لأن الاختصاص في العقود الإدارية ينعقد أصلاً لهذه المحكمة[1].

ويستفاد من ذلك أن القضاء الإداري الليبي حدد موقفه بجواز التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في الأحكام سالفة الذكر. بل يعد من المناصرين لهذا المبدأ، وهذا ما قررته المحكمة العليا أيضاً في حكمها بجلسة 1970/4/5م المشار إليه سلفاً في قولها (إن القانون الليبي خال من أي نص مانع يحول دون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية).

رابعاً- موقف القضاء الاردني

أما موقف القضاء الأردني فقد جاءت أحكامه في مجال نظر منازعات العقود الإدارية منسجمة مع أحكام التشريع الخاص الذي ينظم قواعد التحكيم سواء القانون رقم (18) لسنة 1953م أو القانون الحالي رقم (31) لسنة 2001م. وتؤكد ترسيخ مبدأ مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية وللتدليل أكثر نورد بعض الأحكام القضائية التي تعطي للإدارة الحق في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية منها قرار التمييز المتعلق بالنزاع الناشئ بين دائرة الجمارك وهي صاحبة العلاقة أنه يستفاد من أحكام المادة (78/ب) من قانون الجمارك التي تنص على أنه (إذا ما تم وقوع خلاف بين الدائرة وأصحاب العلاقة حول مواصفات البضاعة أو منشئها يحال

---

(1) مجلة المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم (18/11ق) جلسة 1971/5/2م، السنة الثامنة، العدد الأول، ص19، مشار إليه: عمر مفتاح الشيباني، مبدأ التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص117، المحيشي، عثمان سعيد، التحكيم في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص119.

الأمر إلى المدير، فإذا لم يقبل صاحب العلاقة بالقرار الصادر فله الحق في اللجوء إلى التحكيم)[1].

يفهم من ذلك أن اللجوء إلى التحكيم هو أمر جوازي لصاحب العلاقة ولا مجال لاعتباره مقصراً إذا لم يسلكه.

وكذلك قرارها (محكمة التمييز الأردنية) الصادر بمناسبة إبرام اتفاقية تحكيم مبرمة بين وزارة التربية والتعليم وشركة (أنشور انترناشيونال) في 2001/11/25م في إطار عقد لتطوير أجهزة الكترونية للوزارة من قبل الشركة حيث اختلف الطرفان حول شروط تنفيذ العقد وقررا حل هذا الخلاف باللجوء إلى التحكيم، كما هو منصوص عليه في العقد، وبعد أن تمت إجراءات التحكيم، طعنت الوزارة بقرار التحكيم أمام محكمة الاستئناف، وقضت المحكمة برد الطعن[2] شكلاً.

يفهم من ذلك أن وزارة التربية كسلطة عامة قد عزمت أمرها بالموافقة على التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الدائرة بينها وبين الشركة المتعاقد معها، مما يدل على جواز خضوع المنازعات الإدارية العقدية للتحكيم.

وفي ضوء ما تقدم ذكره من آراء فقهية وقضائية حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وبيان حجج وأسانيد كل اتجاه (معارض ومؤيد) يستفاد بأن انعدام الأساس التشريعي لإجازة التحكيم الإداري في مجال المنازعات الإدارية العقدية بشكل صريح ومستقل كان السبب الرئيسي أمام وجود هذا الاختلاف الفقهي والقضائي في شأن إجازة أو حظر

---

(1) قرار تمييز حقوق رقم (98/1597) مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد7. 8. السنة 1999م، ص2268. المشار إليه: المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص128.

(2) العبادي، محمد وليد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص366.

اللجوء للتحكيم مما جعل البعض حظر مشروعيته على الجهات الإدارية في حين آخر أجازه ضمن شروط والبعض الآخر أجازه في مجال العقود الدولية فقط وهناك كم أجازه بصورة مطلقة كما في الأردن.

الفصل الرابع

الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم

تمهيد

قد يكون من الصعب بمكان في مجال العلوم الانسانية عموماً وفي مجال أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، خصوصاً، أن نحدد على وجه القطع واليقين النتيجة التي ينتهي إليها أثر التحكيم في هذا المجال إلا أننا نعتقد بأن اعتبارات التغير والتطور للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية سوف تتضح بشكل يختلف عما كان عليه في السابق فالتحكيم أيا كانت صورته (شرط أو مشارطة) يرتبُ آثاراً جوهرية ذات أهمية أحدهما آثار سلبية، تمس سيادة الدولة[1] وتتمثل في امتناع الاطراف المتعاقدة عن عرض نزاعهم على القضاء الوطني للدولة ومنع هذا القضاء من الفصل فيه. [2]

والاخر أثر إيجابي يتمثل في التزام الاطراف المتعاقدة بعرض النزاع القائم أو المحتمل حدوثه على محكمين بعد الاتفاق على ذلك وتحديد إجراءات التحكيم ومن ثم يتولى المحكم سلطة

---

(1) تثبت السيادة للدولة عندما تتوافر مقوماتها وهي الشعب، والاقليم، وهيئة منظمة حاكمة تمارس سلطاتها بإرادتها الحرة وتبسط نفوذها على كامل التراب الوطني ولها سلطة اصدار القوانين واللوائح والقدرة على تنفيذها في مختلف مضارب الحياة اليومية لشعبها وتتولى تسيير المرافق العامة للدولة دون تدخل خارجي في شؤونها الداخلية، والسيادة نوعين سيادة مطلقة تتمتع فيها الدولة بحرية في ممارسة سلطاتها ولا تحد منها أية حدود ولا تتقيد بأي التزام قانوني إلا ما تم بإرادتها الحرة، وسيادة مقيدة تتقيد فيها الدولة بقواعد قانونية يفرضها القانون العام الدولي والداخلي عليها، للتوضيح راجع، العطية، عصام، (2010م). والقانون الدولي العام، (ط. 3). بغداد، العراق: المكتبة القانونية، ص390 وما بعدها، اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص125.

(2) ابو زيد، سراج حسين (2004م)، التحكيم في عقود البترول، (د.ط). مصر: دار النهضة العربية، ص359.

الفصل فيه أو أن يحدد المحكم نفسه إجراءات التحكيم إذا تعذر وجود اتفاق للأطراف عن ذلك[1]. وفي كلتا الحالتين يساهم التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية بتطوير مستقبل القانون الإداري للدولة وأيا كان أثر التحكيم (سلبي أو إيجابي) فإنه من الأمور الجوهرية التي يجب الإشارة إليها في هذا الصدد، بأن الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع (المحكمة). لا تملك الحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها إذا تم إحالة النزاع إليها من قبل أحد أطراف العقد محل النزاع والمتضمن شرط أو اتفاق التحكيم، بل يجب ان يدفع بهذا الاتفاق من قبل أحد الخصوم أمامها، وذلك لعدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام[2].

وعلى هدْي ما تقدم تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث خصص الأول: لأثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على الطبيعة القانونية للعقد والثاني: لدراسة أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على سيادة الدولة في حين خص الثالث: بأثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القضاء الإداري للدولة وذلك على النحو التالي:

---

(1) المومني، أحمد صعيد، (د. ت) التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، الجزء الأول، (د. ط). عمان، الأردن: مطبعة التوفيق، ص172، الحداد، حفيظة السيد، (د. ت). الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، (د. ط). الاسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي، ص115.

(2) القليوبي، سميحة (2012م). الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم (27) لسنة 1994م. (د. ط). القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، ص70، حداد، حمزة، (2012م). بحث بعنوان (الدور الفعال للقضاء الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي). منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد، (19) – ديسمبر 2012م، ص43.

المبحث الأول

أثر التحكيم على الطبيعة القانونية للعقد

تمهيد:

عرف الفقه العقد الإداري بأنه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك ان يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام) [1].

يفهم من ذلك بأن العقد الإداري أحد الوسائل التي تستخدمها الإدارة لضمان سير المرفق العام لهذا يجب ان لا ينظر إليه باعتباره مصدراً لالتزامات تعاقدية فحسب، بل يتعين ان يوضع في الاعتبار بأنه يؤدي دوراً هاماً للصالح العام، كون الدولة أحد أطرافه وأنها لا تتعاقد كسائر الأفراد لأنها لا تستهدف تحقيق مصالح خاصة أو ذاتية كمصالح الافراد، بل تتعاقد باسم الجماعة ولصالح المستفيدين من المرافق العامة بقصد تحقيق الصالح العام.

ومن هنا يجب ان تخضع هذه العقود وما يترتب عليها من منازعات أثناء تنفيذها، إلى نظام قانوني خاص، يحفظ لها طبيعتها الخاصة ويكفل من خلاله حقوق والتزامات المتعاقدين ويبرز خصائصها التي تقوم عليها وهذا ما يتطلبه القانون، والمنطق، خاصة إذا ما نظرنا إلى السلطات الواسعة والخطيرة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها والتي لا نظير لها في القانون الخاص[2].

---

(1) الطماوي، سلميان محمد، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص47.

(2) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص354.

فكان اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة وأستثنائية عن الاصل العام لتسوية ما يترتب على هذه العقود من منازعات أمر مستحسن عند الاطراف المتعاقدة خاصة، لما يتمع به التحكيم من مزايا في هذا المجال، إلا أن لنظام التحكيم في هذه العقود آثار يمكن تحديدها في المطلبين:

المطلب الاول: اثر التحكيم على خصائص العقد الإداري

المطلب الثاني: أثر التحكيم على المنازعة الإدارية العقدية

المطلب الأول

أثر التحكيم على خصائص العقد الإداري

الجدير بالذكر في هذا المقام أن للإدارة صيغتين للتعاقد إحداهما تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد العاديين، بحيث تظهر في العقد كشخص قانوني عادي وليس باعتبارها سلطة عامة، أي أنها تماثل في ذلك ما يُبْرمه الأفراد من عقود خاصة تكون خاضعة لذات النظام القانوني، أي تحت مظلة القانون الخاص او المدني وهي عقود مدنية رغم وجود الإدارة طرفا فيها[1].

إلا انه يحكمها مبدأ المساواة والعقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم فإن اللجؤ إلى التحكيم بشأن ما يترتب عليها من نزاعات لا يثير أي إشكال في ذلك.

وهناك صنف آخر من العقود يغاير سابقه بحكم انفراده بخصائص معينة، سواء من حيث النشأة أو التنفيذ أو الآثار المترتبة عنه، أي أنه خاضع لنظام قانوني معين مختلف تماما عن الأول ويطلق عليها العقود الإدارية التي تتمتع الإدارة فيها بامتيازات وسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها، حيث لا مجال لإعمال مبدأ المساواة بين طرفي العقد الإداري بالقدر المعمول به في العقود

(1) عمرة، مفتاح علي الشباني، مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص7.

المدنية، وهذا الوضع المتميز يرجع لما يحتويه العقد الإداري من شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية. وهي شروط تبرز مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري فالراجح فقهاً وقضاء أن العقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الالزام كما في العقود المدنية فيحق للإدارة تعديله أو انهائه إذا اقتضى الصالح العام ذلك لأن الانهاء الانفرادي لهذه العقود من جانب الإدارة يعتبر من الخصائص التي تتميز بها العقود الادارية عن غيرها من العقود[1] ولها الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل بالالتزامات التعاقدية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك[2].

وبناءا على ما تقدم ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يرتب آثاراً سلبية على نظرية العقود الإدارية وخصوصيتها لا سيما إذا كان القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الاطراف او المحكم لا يعرف التمايز بينهما وبين العقود المدنية[3].

في حين ذهب آخرون إلى القول بأن التحكيم يُرتب آثاراً تتعارض بشدة مع الأسس التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري وذلك لأن التحكيم يقوم على أساس المساواة المطلقة بين أطراف النزاع وعدم تمييز احدهما على الآخر ولو كان الطرف الاخر الدولة ذاتها أو إحدى سلطاتها، فهي امام المحكم تتساوى مع الاخرين ولو كان من بينهم فرد عادي، فليس لها أمام هيئة التحكيم أي

---

(1) انظر، عياد، احمد عثمان، (1973)، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، (د. ط) دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص192 و ص253.

(2) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2008)، الأسس العامة في العقود الإدارية، (ط. أولى) المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص253.

(3) حماد، أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص320.

وضع متميز أو أية امتيازات السلطة العامة وهذا لا يتفق مع طبيعة القانونية للعقد الإداري ولا مع الأسس التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري[1].

بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن من أهم الآثار المترتبة على اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية انه يأخذ المحكم دائما بعين الاعتبار مبدأ المساواة بين الاطراف وان العقد شريعة المتعاقدين وهذا يؤدي بالنهاية إلى هدم القواعد الأصولية المستقرة والمتعارف عليها في العقد الإداري وتمييزه المنفرد في القانون العام بالإضافة إلى عدم قدرة المحكم في تحقيق التوازن المالي للعقد[2].

في حين يرى جانب آخر من الفقه ان اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية لا يُرتب أي آثار سلبية على نظرية العقد الإداري. ويستدلوا في ذلك بالطبيعة الرضائية لانعقاد العقد بين الإدارة العامة والمتعاقد معها، فمثلاً هذا التعاقد يتم بمحض إرادة المتعاقد وبكامل الأهلية القانونية التي تخوله للتعاقد وعلى علم تام بمضمون العقد بما فيه اتفاق التحكيم ومع ذلك يبدئ موافقته عليه، يضاف إلى ذلك ان المشرع في غالبية الدول أجاز صراحة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وهو المسؤول عن نظرية العقد الإداري وابعادها، الأمر الذي يدل على ان التحكيم في هذا النوع من العقود لا يرتب آثاراً سلبية على تلك النظرية ولا يعدمها كما يدعي البعض[3]. وامام هذا الجدل الفقهي حول أثر التحكيم على خصائص العقد الإداري فإنه يجب علينا عرض هذه الخصائص الذاتية للعقود الإدارية بشكل موجز – لا يسعنا المقام التطرق إليها بالتفصيل– حتى لا نخرج عن النطاق المحدد لدراسة هذا الموضوع، حيث تظهر أهمية البحث

---

(1) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، مرجع سابق، ص123.

(2) البطوش، عبدالله محمد سلامة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص159.

(3) عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص54.

حول هذه الخصائص فيما تتمتع به الإدارة كطرف في العقد الإداري بسلطات وامتيازات لا مقابل لها في القانون الخاص، ويمكن إرجاع مناط هذه السلطات إلى مقتضيات سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام[1] في حين نجد أن أبرز امتيازات الادارة تتجسد في سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته، وسلطتها في تعديل العقد والمتمثلة في تعديل التزامات المتعاقد معها نقصا أو زيادة، وسلطتها في التنفيذ المباشر وإقتضاء حقوقها من العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته، وسلطتها في إنهاء العقد ولو دون خطأ من جانب المتعاقد مع التزام الإدارة في نفس الوقت التزام تعاقدي يمثل حقوقاً للمتعاقد الاخر حيث تلتزم الإدارة ابتداء باحترام شروط التعاقد، فعليها أداء الثمن المتفق عليه وتقديم الدفعة المقدمة المنصوص عليها وتسليم الموقع خال من العوائق وتسهيل ومعاونة المتعاقد في الحصول على اذن لمزاولة عمله، والتزامها المشترك مع المتعاقد بتنفيذ العقد، وفقا لمبدأ حسن النية في التعامل، والتزامها بإعادة التوازن المالي للعقد سواء عند تعديلها للعقد أو عند تحقيق أي شرط من نظريات فعل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة[2].

ومن خلال هذا العرض للخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتي ينظر إليها على أنها تمثل امتيازات وسلطات تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، إلا أنها في الواقع تبين لنا مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية التي تمكن الإدارة من تحقيق هدفها من التعاقد وهو النفع العام، الذي يتعارض مع الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة هدفه، فإن نية الطرفين في العقد تختلف فالإدارة تستهدف المصلحة العامة مع عدم التضحية بالحقوق المالية للمتعاقد، والآخير هدفة

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص371.

(2) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، مرجع سابق، ص203.

المنفعة الخاصة، و مهمة المحكم في العقد الإداري لا تكون صعبة فهناك معطيات أساسية يسعى المحكم في عمله على تحقيقها وهي إقامة العدل والمساواة بين الطرفين، واحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد، وهذه المعطيات هي غاية التحكيم بصورة عامة مما يعني إمكانية تطبيقها في مجال التحكيم في العقود الإدارية فتحقق الغاية التي يسعى إليها كل طرف وهي المساواة بين الطرفين في العقد الإداري. كالتحكيم في نزاع خاص بعقد إداري موضوعه استخدام الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري بلا خطأ من جانب المتعاقد، هنا يمكن للمحكم ان يستخدم سلطات القاضي الإداري فيسلم للإدارة بحقها في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، مع تقرير التعويض المناسب للمتعاقد عما لحقه من ضرر، وفي هذه الحالة تتحقق لكل طرف في العقد الهدف الذي يسعى إليه[1]. كما رأينا فإن الخصائص الذاتية للعقد الإداري يقابلها ضمانات للمتعاقد في مواجهة الإدارة، مما يعني عدم تأثير التحكيم الإداري على خصائص العقد الاداري.

المطلب الثاني

أثر التحكيم على المنازعة الإدارية العقدية

ان مسألة البحث حول أثر التحكيم على إجراءات المنازعة الإدارية العقدية ليست مسألة نظرية بحتة، بل تعتبر ذات أهمية حيوية من نواح عدة.

فمن ناحية يعتبر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ذات أثر إيجابي للأطراف المتعاقدة عموما وللطرف الاجنبي على وجه الخصوص، فمن خلال إدراج اتفاق التحكيم ضمن بنود العقد يستطيع الأخير، بالاتفاق مع نظيره، أن يحدد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والذي بموجبه يتعرف الاطراف المتعاقدة على القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل ذات

(1) حماد، اشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص341 وما بعدها.

الطبيعة الإجرائية التي تثور أثناء الخصومة التحكيمية مثل تبادل المذكرات، والمواعيد، وسماع الشهود وطرق الطعن في حكم التحكيم والاعتراف به وتنفيذه وتسبيب الاحكام وغيرها من الإجراءات التي تساعد وتسهل في حسم النزاع[1].

ومن ناحية ثانية لا يقتصر أثر التحكيم في المنازعة الإدارية العقدية على منح الحرية للأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فحسب، بل يمتد ليشمل المحكم ايضا، حيث يتمتع هو الاخر في ظل وجود نظام التحكيم بحرية أكبر من تلك الممنوحة للقاضي الوطني، فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة في المنازعة الإدارية العقدية، فالمحكم له الحرية في اختيار القانون الذي يراه أصلح من وجهة نظره لتطبيقه على الخصومة المعروضة عليه حالة لم يتفق الأطراف على ذلك او لم يحدده القانون، بعكس الحال إذا ما رفعت الدعوى امام القضاء الوطني فالقاضي هنا مقيد بتطبيق قانون دولته الذي أشارت إليه قواعد الاسناد الواردة في القانون الدولي الخاص للدولة التابع لها. [2]

وتتضح تلك الميزة في حالة لجوء الدولة والمتعاقد معها إلى الاتفاق على التحكيم مع منح المحكم سلطة اختيار القانون الملائم لحكم النزاع أو العدول عن ذلك القانون ويطبق قواعد العدالة والإنصاف وبما يعطي للمحكم قدراً اكبر من المرونة في اختيار النصوص الملائمة لحسم النزاع، وهذه الميزة لا تتوافر للقاضي الوطني الملزم دائما بتطبيق القواعد الإجرائية الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في قانون المرافعات الوطني فلا يحق له العدول عنه بأي شكل من الأشكال او

---

(1) أبو زيد، سراج حسين. التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص455.

(2) الحواري، أسامة أحمد (2009م). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، (ط. اولى). الاصدار الثاني، دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع، عمان، ص123.

التغاضي عن إجراء من الإجراءات المتطلبة لنظر الدعوى حتى ولو كان الهدف من ذلك التيسير على طرفي الدعوى[1].

أما في ظل نظام التحكيم، فالمحكم وكذلك طرفي النزاع المتعلق بالعقد الإداري اعطت الحرية الكاملة في اختيار إجراءات التحكيم بعيدا عن الإجراءات المعقدة المنصوص عليها في القوانين الوضعية مما يوفر على الاطراف المتعاقدة الكثير من الوقت والجهد وبالإطلاع على نصوص العديد من القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم[2] يمكن القول من حيث المبدأ أن معظمها قد أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القواعد الاجرائية الواجبة الإتباع أمام المحكمين كما انها منحت في المقام الثاني للمحكمين انفسهم سلطة تقديرية واسعة في تحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود قواعد إجرائية مختارة من قبل الأطراف[3].

1- القانون الفرنسي.

ويأتي في مقدمة هذه القوانين القانون الفرنسي حيث أجاز للأطراف عند الاتفاق على التحكيم ان ينظموا الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم مباشرة أو بالاستناد إلى لائحة التحكيم، كما يجوز لهم إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون آخر يرونه اكثر ملاءمة لحسم النزاع وفي حالة

---

(1) الرفاعي، اشرف عبد العليم (2003م). القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، (ط. أولى) دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص5 وايضا ص15 و 30.

(2) منها القانون المرافعات العراقي رقم (83 لسنة 1969م المادة (265) منه، والمادة (522) من القانون السوري رقم (1953/84م بشأن أصول المحاكمات السوري، باب التحكيم، والمادة (458) من قانون الجزائري الجديد للتحكيم.

(3) أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص509.

السكوت عن تحديد هذه الإجراءات يحق للمحكم ان ينظمها وبالقدر الذي يحتاجه سواء مباشرة او بالاستناد إلى قانون معين أو إلى لائحة تحكيم[1].

يفهم من ذلك ان المشرع الفرنسي قد أخذ في المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة في تنظيم إجراءات التحكيم، وأخذ في المقام الثاني بمبدأ حرية المحكمين في تنظيم هذه الإجراءات وذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص.

2- القانون المصري.

أما موقف المشرع المصري جاء متبايناً ففي المادة (1) من قانون التحكيم رقم (1994/27م) والمعدل بموجب القانون رقم (9) لسنة 1997م. اقر وجوبية تطبيق قانون التحكيم المصري على إجراءات التحكيم وبصرف النظر عن إرادة الخصوم فليس لهم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على تلك الإجراءات وفي نص المادة (25) من نفس القانون جاء بحكم مناقض لما سبق فقد اعطت هذه الأخيرة الحق لأطراف التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءاته مما يعني معه إمكانية استبعاد تطبيق القانون المصري على إجراءات التحكيم[2].

ويرى جانب من الفقه بأنه لا يوجد تعارض وفُسِّر ذلك بأن المشرع في نص المادة (1) قصد القواعد الاجرائية المتعلقة بالنظام العام والتي فرضت سريان القانون المصري عليها كمبدأ المساواة بين الاطراف ومبدأ حق الدفاع وهذا متفق عليهما في معظم التشريعات [3].

---

(1) منصور، حسام احمد هلال، خليل، حسين ابراهيم، عماد هبة الله، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق، ص23، المادة (1464) من القانون الفرنسي.

(2) مهدي منى، قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص81، والمواد (1 و 25) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بموجب القانون رقم (9) سنة 1997م.

(3) الشامسي، عبدالله حمد عمران (2007م). التحكيم في المنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، (رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة القاهرة، ص120.

3- القانون الليبي.

أما موقف المشرع الليبي فقد اكد على السلطة التقديرية للخصوم ان يُضمنِّوا عقد التحكيم أو أي مشارطة أخرى للتحكيم وقبل ان يبتدئ المحكمون في نظر النزاع قواعد معينة وإجراءات يسير عليها المحكمون، وفي حالة تعذر ذلك أجاز للمحكمين أن يضعوا القواعد التي يرْونها ملائمة وصالحة لحسم النزاع، أما إذا لم يتمكن الخصوم من تحديد القواعد والإجراءات التي يجب اتباعها لحسم الخلاف وكذلك المحكمون ففي هذه الحالة يجب مراعاة الأصول المتبعة امام المحاكم الليبية[1].

4- موقف القانون الأردني.

وفي نفس السياق أخذ المشرع الأردني حيث أجاز لطرفي التحكيم الاتفاق على تحديد الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بل اعطاهم الحق في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أية مؤسسة أو مركز تحكيم بالمملكة أو خارجها وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإنه يمكن لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها ملائمة لحسم النزاع والاقرب إلى ذلك على ان تراعي أحكام القانون الأردني في ذلك[2].

وقد اعرب جانب من الفقه تخوفه من هذه الحرية المعطاة للأطراف والمحكمين في تنظيم إجراءات التحكيم من كونها قد تؤدي إلى حلول متناقضة تضاعف من حالات انعدام الامان القانوني في العلاقات الدولية بدلا من التقليل منها، في حين يرى البعض الآخر أن هذا التخوف لا مبرر له وأن الحرية المعطاة للأطراف والمحكمين في تحديد إجراءات التحكيم لا يجب الحكم عليها

---

(1) أبو الوفا، أحمد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص138، (المادة 754) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

(2) القطاونة، مصعب، شرح نصوص قانون التحكيم، مرجع سابق، ص116، نص (المادة 24) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م.

إلا مع الاخذ في الاعتبار القيود التي تفرضها الانظمة القانونية التي يطعن فيها ضد حكم التحكيم بالبطلان وتلك التي يطلب فيها الاعتراف بالحكم وتنفيذه[1].

يستفاد مما تقدم بأن اثر التحكيم في إجراءات المنازعة الإدارية العقدية يتجسد في إخراج إجراءات المنازعة من الإطار القانوني الذي حدد لها بموجب القوانين المنظمة لسير إجراءات الدعوى امام المحاكم الوطنية، وإدخالها ضمن قانون الإرادة الذي تم اختياره من قبل الاطراف المتعاقدة أو هيئة التحكيم، وذلك استثناء عن الاصل العام، ولا يحد من هذا الاستثناء وهذه الحرية الممنوحة للأطراف المتنازعة هيئة التحكيم إلا احترام مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة وعدم مخالفة النظام العام للدولة في هذا الخصوص.وهذا ما أكدت عليه نص المادة (1464) من القانون الفرنسي، والمواد(1– 25) من قانون التحكيم المصري رقم(9)لسنة 1997م.والمادة (754) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، والمادة (24) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001م.

المبحث الثاني

أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية

تمهيد:

يعد امتناع السلطات القضائية للدولة عن نظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم من أهم الآثار القانونية السلبية المترتبة على التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية غير أن هذا الاثر ليس مطلقاً، بل هناك حالات – كما سنشاهد – عديدة قد تتدخل فيها المحاكم الوطنية سواء في تشكل محكمة التحكيم أو في الإجراءات التحفظية الوقتية أو في البحث عن الأدلة. [2]

---

(1) ابو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص513.

(2) القليوبي، سميحة، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم (1994/27م)، مرجع سابق، ص69.

وفي صدد الحديث عن الآثار المترتبة على التحكيم في هذا الموضوع يثور التساؤل حول مدى تعارض اتفاق التحكيم مع ما تتمتع به الدولة من حصانة قضائية وتنفيذية؟

للإجابة على ذلك سنتطرق إلى بيان أثر التحكيم على حصانة الدولة القضائية في مطلب أول، ثم أثره على حصانة الدولة التنفيذية في مطلب ثان وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على حصانة الدولة القضائية

من المبادئ الأساسية المستقر عليها في القانون الدولي العام، أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الاجنبية، ويقوم هذا المبدأ على أساس فكرة السيادة للدولة المستمدة وجودها من مبدأ استقلال الدول والمساواة فيما بينها أمام القانون والاحترام المتبادل للسيادة[1].

والقول بخضوع الدولة لقضاة دولة أخرى، ينطوي على نوع من الانصياع والجبر وهذا يتنافى مع مبدأ سيادة الدولة واستقلالها ناهيك عن سلبه لاختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهراً من مظاهر تلك السيادة[2].

ويعد مبدأ سيادة الدولة واستقلالها من أسس التنظيم الدولي ومن مقتضياته أن الخواص (أشخاص القانون الخاص) عند التعاقد مع الدولة أو أحد الاشخاص الاعتبارية التابعة لها فإنهم يخضعون لقانونها الوطني وذلك تأكيدا لمبدأ السيادة الوطنية[3].

---

(1) يوسف، وائل عز الدين، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص98.

(2) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص71.

(3) القصبي، عصام الدين، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص77.

وعلى أثر ذلك فإن مفاد مبدأ الحصانة القضائية للدولة أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها لغير قضاة هذه الدولة وهو ما يعني عدم اختصاص أي قضاء دولة أجنبية بنظرها سواء كان قضاء رسميا أو تحكيمياً[1] حيث كان الاتجاه السائد عند غالبية الدول هو عدم خضوع الدولة لمحاكم دولة أخرى في كافة المنازعات التي تكون طرفا فيها ومن بين هذه الدول، الدولة الليبية حيث أخذ المشرع الليبي بالحصانة القضائية المطلقة مطلع عام 1970م خاصة عند صدور القانون رقم (76) لسنة 1970م عندما أعتبر اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء الاجنبي في شأن تسوية المنازعات المترتبة عن العقود العامة يتعارض مع سيادة الدولة[2]. مما دفع بالحكومة آنذاك بالتمسك بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم.

غير أن مبدأ الحصانة القضائية المطلقة للدولة بدأ يتقلص نتيجة لاتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تجارية مع الافراد وحتى يضمن هذا الاخير حقوقه كمستثمر مع الدولة عمل على إدراج التحكيم في كل تعاقداته معها ودون اعتراض منها وبذلك أخذت الكثير من الدول التخلي تدريجيا عن مبدأ الحصانة القضائية المطلقة للدولة. ففي الأردن مثلا أخذ المشرع الأردني بالحصانة القضائية للدولة والهيئات التابعة لها بموجب المادة (11) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م وكرس العرف الدولي الذي يعترف بالحصانة القضائية للدولة المقنن بموجب اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية بانضمامه إليها من 1961/4/18م وقد أخذ بالحصانة القضائية المقيدة عندما استثنئ الاعمال التجارية من هذه الحصانة[3].

---

(1) يوسف، وائل عز الدين، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص99.

(2) عبودة، الكوني، (2012م). بحث بعنوان (بعض التحديات التي تواجه التحكيم في ليبيا) منشور في مجلة التحكيم العربي، ع (19) 2012/12.

(3) أشار إليه: المصري، محمد وليد (2011). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاصة، (ط.2) دار الثقافة للنشر، عمان، ص327 وما بعدها.

وكذلك الحال في فرنسا حيث أخذ القضاء الفرنسي بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة[1] كما أخذ المشرع المصري ايضا بنفس المبدأ الذي اخذ به المشرع الفرنسي عندما صدرت محكمة النقض المصرية حكمها الصادر في 29 أبريل عام 1986م والذي أكدت فيه المحكمة (إن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما ينبني عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، إلا أنه لما كانت الحصانة القضائية غير مطلقة وإنما تقتصر على الاعمال التي تباشرها الدولة الاجنبية بما لها من سيادة فلا يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما تنحسر عنه هذه الحصانة) [2].

ونظراً لكون التحكيم ذات طابع خاص ويشكل ضمانة أساسية للمستثمر الاجنبي عملت الدول على إدراجه ضمن بنود العقد بإرادتها الحرة وذلك من باب التشجيع على الاستثمار لديها، غير انه في بعض المعاملات بعد قبولها للتحكيم وعند البدء بإجراءاته في حاله نشوب نزاع مع المتعاقد حول بنود العقد تلجأ للدفع بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم أو المحاكم الاجنبية المنظور أمامها النزاع[3].

وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول مدى أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على الحصانة القضائية للدولة في حالة تمسكها بها؟

---

(1) بدأ التمييز بين اعمال الدولة التي تقوم بها بصفتها السيادية في معرض ممارستها لوظائفها العامة حيث تتمتع الدولة بشأنها بحصانة قضائية مطلقة وبين الاعمال التي تقوم بها كأي فرد عادي في ميدان القانون الخاصة حيث لا يعترف لها بأي حصانة قضائية، وعلى هذا الاساس استبعدت محكمة النقض الفرنسية عام 1928م والحصانة القضائية للبعثة السوفيتية في فرنسا لقيامها بأعمال تجارية بحثه. أشار إليه المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص329 وما بعدها.

(2) أشار إليه: ابراهيم، احمد ابراهيم، (1996م). القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للتحكيم، (د. ط). دار النهضة العربية، ص83.

(3) يوسف، علي علي أمين، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص259.

وللإجابة على هذا التساؤل يجب علينا أن نتعرض لأثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة في حالة تمسكها بها امام هيئة التحكيم أولا ثم بعد ذلك نتطرق لأثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة أمام المحاكم الاجنبية ثانيا، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة عند التمسك بها امام هيئة التحكيم

أساس التحكيم ارادة الاطراف فهي التي تضفي عليه الطابع التعاقدي والذي يمثل حجر الزاوية لنظام التحكيم بالكامل[1]، ومن هنا يثور التساؤل حول الاثر المترتب للتحكيم في حالة ان تدفع الدولة بحصانتها القضائية امام هيئة التحكيم، بعد ان اتخذت التحكيم سبيلا لتسوية منازعاتها مع الطرف المتعاقد معها حيث لا يثور هذا الدفع من جانبها عند إبرام اتفاق التحكيم. وهل اعتبار قبولها للتحكيم تنازلا منها عن هذه الحصانة؟

فقد تتمسك الدولة – كما في الحالة الليبية – للتخلص من اتفاق التحكيم في مواجهة إجراءات التحكيم، بالاستناد إلى المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام بخصوص تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء دولة أخرى بناءاً على فكرة السيادة ومبدأ استقلال بين الدول.

لقد انقسم الفقه حول إمكانية تحقيق الاثر المترتب على تمسك الدولة بحصانتها القضائية امام هيئات التحكيم حيث يذهب جانب من الفقه إلى القول بضرورة النظر إلى النظام القضائي للدولة نفسها فإذا كانت تفرق بين القضاء المدني والقضاء الإداري، وتحصر مثول الدولة أمام

---

(1) شرف الدين احمد (2014م). التحكيم في منازعات عقود الامتياز النفطي، (د. ط) (د. دار نشر) مصر، ص41، و يوسف، وائل عز الدين، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص96.

القضاء الإداري وحده فإن حصانة الدولة تطرح جانبا في هذه الحالة ولا يجوز لها التمسك بها اذا لجأت إلى التحكيم لتسوية منازعاتها الإدارية مع المتعاقد معها في هذا الخصوص أما إذا كان النظام القضائي للدولة لا يفرق بين القضاء المدني والإداري ففي هذه الحالة يجوز لها التمسك بها عند مثولها امام القضاء المدني ولا تعتبر متنازلة عن حصانتها إذا لجأت إلى التحكيم لتسوية منازعاتها المدنية[1]. ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه كما يحق للدولة التمسك بحصانتها في مواجهة القضاء الاجنبي يحق لها ايضا التمسك بها امام هيئة التحكيم، لأن قضاء التحكيم بمثابة منظمة اجنبية فهو يتم خارج اقليمها ويعمل على تطبيق قوانين غير قوانينها ناهيك عن أن المحكمين أنفسهم أشخاص اجنبية لا يحملون جنسيتها[2].

بينما ذهب رأي آخر من الفقه إلى القول، بإمكانية تنازل الدولة عن حصانتها القضائية في مجال التحكيم، طالما ارتضت الدولة قبول شرط التحكيم في العقد الذي سبق وأن ابرمته مع الاشخاص الخاصة الاجنبية بإرادتها الحرة، فإنها تعد متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية، ولكن هذا التنازل ليس مطلقا وإنما هو تنازل عن حصانتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الاتفاق على التحكيم بشأنه وهذا التنازل يكون بموجب اتفاقية دولية سبق التوقيع عليها من قبل الدولة المتعاقدة وهذه الاتفاقية ما هي إلا تعبيرا على السيادة التي تتضرع بها الدولة للتنصل من اتفاق التحكيم[3] وذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن فكرة الحصانة القضائية ذاتها لا محل للتمسك بها في هذا الاطار، لانعدام التوافق بين فكرة التحكيم، وفكرة الحصانة القضائية، وذلك لاختلاف الاساسي

---

(1) الاحدب، عبد المجيدن (د. ت) موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الجزء الثاني، (د. ط). دار المعارف، مصر، ص56. ابو الوفا، احمد، التحكيم الاختياري الاجباري، مرجع سابق، ص91.

(2) شتا، احمد محمد عبد البديع، (2005م). شرح قانون التحكيم، (ط3). دار النهضة العربية، مصر، ص108.

(3) أشار إليه عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص151، ابراهيم أحمد إبراهيم، الدولي الخاص، المرجع السابق، ص121.

الذي تستند إليه الحصانة القضائية وطبيعة نظام التحكيم ذاته، فالحصانة القضائية تقوم على اساس مبدأ الاستقلال والمساواة بين الدول والاحترام المتبادل للسيادة ولها محل لاعمال ذلك امام هيئة التحكيم، لأنه قضاء خاص ناهيك عن ان المحكم ليس ممثلا لدولة معينة أو موظف من موظفي الدولة ولا يستمد سلطته من قضاء الدولة، بل يستمدها من اتفاق الطرفين لأن الاتفاق هو الاساس الذي يقوم عليه التحكيم، والحصانة القضائية لا تتمتع بها الدولة إلا في مواجهة دولة أخرى[1] وقد استقر الفقه على التمييز بين نوعين من تصرفات الدولة حيث اعتبر التصرفات والاعمال التي تجريها باعتبارها سلطة عامة (شخص من أشخاص القانون العام كالانشطة العامة التي تهدف إلى إدارة المرافق العامة من قبل الاعمال السيادية والتي تستطيع ان تتمسك بحصانتها القضائية عند ممارستها لها. في حين لا تستطيع التمسك بها عند مشاركتها في الانشطة التجارية التي تمارسها بوصفها شخص عادي غير سيادي وهذا ما يُسمى بالسيادة المطلقة والسيادة النسبية[2].

(1) أبو زيد، سراج، حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص427.

(2) اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص204.

ومن اهم القضايا التي عرضت في هذا الصدد قضية الاهرام المصرية [1]، عندما لم تستجب هيئة التحكيم لدفوع الحكومة المصرية ومن اهمها الدفع بالحصانة القضائية، وصدر الحكم بإدانة الحكومة المصرية سنة 1984م.

وكذلك الامر في الحكم الصادر في قضية شركة (ليامكو) ضد الحكومة الليبية بتاريخ 1977/4/12[2]. عندما رفضت السلطات الليبية إجراءات التحكيم معتبرة أنها تتعارض مع سيادة الدولة الليبية وتمسكت بحصانتها القضائية في المثول أمام هيئة التحكيم إلا ان المحكمة رفضت دفع السلطات الليبية بخصوص تمسكها بالحصانة القضائية وأكد على ان الدولة يمكنها ان تتنازل عن بعض حقوقها السيادية وتوقع على اتفاق التحكيم وتلتزم به وذلك تماشيا مع العرف الدولي الذي يقضي بمنع الدولة التنصل من قبول عملية التحكيم التمسك بحصانتها طالما قبلت

---

(1) تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام اتفاق مبدئي بين الهيئة المصرية للسياحة والفنادق ووزير السياحة المصري وشركة جنوب الباسفيك، بخصوص إقامة مشروع سياحي مشترك، ولم يتضمن الاتفاق أي شرط بخصوص التحكيم سنة 1974م، ثم ابرم اتفاقا آخر بين الهيئة المذكورة والشركة في نفس السنة واشار للاتفاقية السابقة وبعض القوانين المصرية المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، (القانون رقم 1، 2 لسنة 1973، والقانون رقم 43، لسنة 1974م) وبموجب هذا الاتفاق انشئت شركة مساهمة بين الطرفين سميت (الشركة المصرية للتنمية والسياحة) لإنشاء المشروع السياحي لمنطقة هضبة الاهرام وتضمين العقد المذكور نصا يجعل الاختصاص بالفصل في أية منازعة ناشئة عنه من اختصاص محاكم التحكيم التي يتم تشكيلها في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس ويرمز لها بـ (122) ونتيجة للمعارضة التي ابداها المشرع، وعلى اثر ذلك قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها عليه سنة 1978م وعندها لجأت الشركة المتعاقد معها (شركة جنوب الباسفيك) إلى البدء في إجراءات التحكيم ضد الدولة المصرية والشركة المصرية العامة للسياحة، للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بها من جراء فسخ العقد أمام غرفة التجارة الدولية بباريس ولم تشارك الحكومة المصرية في تعيين محكمها لاعتراضها على ذلك كونها لم تكن طرفا في العقد وانها دولة ذات سيادة وتتمتع بالحصانة القضائية، أشار إليه: القصبي، عصام الدين، خصومة التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص107 وما بعدها.

(2) أشار إليه – أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص430، الرفاعي، أشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مرجع سابق، ص28.

به[1] وفي حكم آخر صدر في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم (K/8035). سنة 1995م، بشأن النزاع المتعلق باتفاقية وقف النفاذ المبرمة بين المؤسسة الوطنية الليبية للنفط وشركة (جريس بتروليوم ليبيا أنك الامريكية). حيث اكد الحكم على ان الدفع بالحصانة القضائية للدولة لا يتفق مع نظام التحكيم الذي يقوم أساسا على تسوية النزاع بشكل رضائي من خلال اتفاق مُسبق بين الاطراف بالخضوع إليه، ومن ثم فإن قبول الدولة لهذا الاتفاق، مع أحد أطراف القانون الخاص بشكل رضائي من خلال اتفاق مُسبق بين الاطراف بالخضوع إليه، ومن ثم فإن قبول الدولة لهذا الاتفاق، مع أحد أطراف القانون الخاصة بشكل في ذاته تنازلا عن حصانتها[2].

---

(1) ابو رقية، أحمد عمر، (1991م) التأمينات النفطية الليبية، المجلد الأول، الاحكام، وثائق الادارة العامة للشؤون القانونية بالمؤسسة الوطنية للنفط، (د. ط) طرابلس ليبيا: (د. ن). ص292.

(2) وتخلص وقائع هذه القضية بأنه بتاريخ 1955/12/12م بدأ عقود الامتياز رقم (16، 17، 20) الممنوحة لهذه الشركة (الامريكية). ولمدة (50) سنة أي حتى سنة 2005م وهي عقود مبرمة في الاصل مع شركة (لياموكو) المذكورة اعلاه والتي كانت محلا للتأميم، وبتاريخ 1956/5/11م حصلت شركة (جريس بتروليوم ليبيا انك) الامريكية مع شركة (دبليو أر) على ملكية حصة 49% من العقود المذكورة وتنازلت الشركتان المذكورتان على نص هذه الحصة إلى شركة (إسوسرت) بتاريخ 1960/1/2م تمهيدا لنظام المشاركة في عقود الامتياز الذي طبقته المؤسسة الوطنية الليبية للنفط على هذه العقود بموجب عقد مشاركة أبرم بتاريخ 1973/9/27م إلا انه في عام 1973م قامت الحكومة الليبية بإصدار القانون رقم (66) سنة 1973م.

واعلنت بمقتضاه تأميم بعض الشركات المتمتعة بعقود امتياز نفطي في ليبيا وكان من بين هذه الشركات الشركتين السالفتي الذكر، حيث اممت الحكومة الليبية كل اموالهما واصولهما، وفي 2-9-1973م، بلغت الشركتان الحكومة الليبية بعزمهما اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع بينهما وذلك عملا بنص المادة (1/20) من قانون البترول الليبي لسنة 1959م وقد امتنعت الحكومة الليبية عن تعين محكما لها ورفضت عرض النزاع على التحكيم بحجة السيادة والحصانة القضائية للدولة الليبية، أشار إليه ابو زقية، احمد عمر، التأميمات النفطية الليبية، مرجع سابق، ص292، وما بعدها، أعبوده، الكوني، (2006م) بحث بعنوان (اتفاق التحكيم في العلاقات النفطية) قدم إلى دورة التحكيم التي نظمتها اكاديمية الدراسات العليا طرابلس ليبيا، ص9.

الحداد، حفظية السيد، (2001م). الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، (د. ط). الاسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية، ص53 وما بعدها .

أما في الأردن فإنه لم يثبت ابدا بأن ردة الدعاوي التي قدمت إلى القضاء الأردني وكان نزاعها يدور حول التحكيم[1] أو ان تمسكت الحكومة الأردنية بالحصانة القضائية في مواجهة إجراءات التحكيم أمام هيئات التحكيم ولعل ذلك يرجع إلى موقف المشرع الأردني في تعامله مع مثل هذا النوع من القضايا والذي اكدت عليه مضمون المادة (9) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001م والذي جاء فيها بأنه يجوز الاتفاق على التحكيم للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه واستعمالها واستغلالها وبالرجوع إلى المادتين (50، 51) من القانون المدني الأردني نجد أن المادة (50) منحت الدولة والبلديات الشخصية الحكمية ثم جاءت المادة (51) ونظمت الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها الاشخاص الحكمية، ووفقا لهذه النصوص للدولة أن تخاصم وتحاكم بل لها الحق ان تكون طرفا في اتفاق التحكيم مع التقيد به[2] يفهم من ذلك انه متى كانت الدولة الأردنية طرفا في التحكيم لا يجوز لها التمسك بالحصانة القضائية حالة بدء اجراءات التحكيم امام هيئة التحكيم بل يجب عليها التقيد به.

وعلى هدى ذلك نخلص مما تقدم بأنه إذا قامت الدولة بإبرام اتفاق التحكيم في حالة تعاقدها مع أشخاص القانون الخاص وبإرادتها الحرة فإنها لا تُعد متنازلة عن حصانتها القضائية، ولا يجوز لها التمسك بها والاحتجاج بها أمام هيئات التحكيم لأن مثولها أمام هيئة التحكيم هو تنفيذ لالتزامها التعاقدي مع الغير والتزاما بمبدأ حسن النية في التعامل، ناهيك على أن هيئة التحكيم لا تعد جهة قضائية تابعة لأية دولة وأن المحكمين ليسوا من رجال السلطة العامة لدولة أجنبية حتى تتمسك الدولة أمامهم بالحصانة القضائية.

---

(1) حتاملة، سليم سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، دراسة في القانون الإداري، مرجع سابق، ص128.

(2) العبادي، محمد وليد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص366.

الفرع الثاني

أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة حالة التمسك بها أمام المحاكم القضائية الأجنبية

قد يبدو غريبا عند البعض القول بتمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية ونحن بصدد الحديث عن التحكيم وفي الحقيقة ليس هناك شيء يستحق الاستغراب طالما أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، لا يعني بالضرورة خروج المنازعة بكل جوانبها من اختصاص القضاء لأن المحاكم قد تدخل بين الفينة والأخرى أما عند تشكيل هيئة التحكيم أو اثناء السير في إجراءات التحكيم، وذلك من أجل إقامة الأدلة او لاتخاذ بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية، كما أنها قد تتدخل بعد صدور حكم التحكيم، بمناسبة الدعوى التي يرفعها أحد الطرفين، لبطلان حكم التحكيم أو لتنفيذه. [1]

فإذا عرضت المنازعة التي اتفق بصددها على اللجوء إلى التحكيم أمام القضاء الوطني، فهل يعني التحكيم (شرطا أو مشارطة). تنازل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام هذا القضاء الخاضع لسيادة دولة أجنبية؟

ففي هذا الشأن لا بد ان نفرق بين فرضيتين: الأولى؛ هو أن تكون الدولة نفسها قد لجأت لقضاء الدولة الاجنبية وبإرادتها الحرة رغم وجود شرط التحكيم فهذه الحالة لا تبدي أية صعوبة لأن الدولة تكون قد تنازلت عن تمسكها بحصانتها، أما الفرض الثاني: يتجسد عندما يقوم الطرف الاخر المتعاقد مع الدولة باللجوء إلى القضاء بالرغم من وجود اتفاق التحكيم في العقد[2] وهنا يكون

---

(1) ابو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص431.

(2) يوسف، علي علي امين، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص262.

التساؤل عن مدى اعتبار اتفاق التحكيم الذي ابرمته الدولة المتعاقدة تنازلا منها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الأجنبي؟

لقد تباينت الآراء الفقهية حيال هذه المسألة فمنهم من ذهب إلى القول بأنه اذا عبرت الدولة عن قبولها اللجوء إلى التحكيم صراحة وذلك بتضمين العقد شرط التحكيم كتابة بإخضاع أية منازعة نشأت أو يمكن ان تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم ففي هذه الحالة لا يمكن للدولة أن تتمسك بالحصانة القضائية أمام القضاء الاجنبي وهذا يعد تنازلا عنها[1].

ويرى جانب آخر من الفقه بأن غياب هذا التنازل الصريح للدولة عن حصانتها القضائية لا يحول دون اعتبار مجرد الاتفاق على حل المنازعات بطريقة التحكيم من جانبها يعد تنازلا ضمنيا عن هذه الحصانة[2].

ويرى آخرون أنه ليس من مقاضاة الدولة أمام محاكمها أو محاكم دولة أجنبية أو الاتفاق على التحكيم داخل اراضيها أو خارجها أية ماسة بسيادتها وحصانتها القضائية طالما الأمر يتصل بما تباشره من عقود واتفاقيات ذات صبغة تجارية أو مالية بل أن الدولة عندما وافقت على اتفاق التحكيم فهي تعلم أو المفروض أن تعلم بجواز تدخل القضاء الأجنبي إما أثناء مرحلة إجراءات التحكيم أو عند صدور حكم التحكيم فمجرد اتفاق الدولة على التحكيم يعد بمثابة تنازلا عن حصانتها القضائية فلا يجوز لها التمسك بهذه الحصانة في كل حالة يتدخل فيها القضاء الأجنبي

---

(1) يوسف، وائل عز الدين، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص151.

(2) القصبي، عصام الدين، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص151.

لتيسير مهمة التحكيم وإلا لن تكون هناك فائدة من اتفاق التحكيم المبرم بين الدولة والطرف الاجنبي[1].

في حين ذهب فريق آخر إلى القول بأن رضا الدولة على ادراج شرط التحكيم ضمن بنود العقد لا يفيد بأن هذه الدولة قد تنازلت ضمنيا عن التمسك بحصانتها أمام القضاء الوطني، وذلك على اعتبار ان تتمتع الدولة بالحصانة القضائية هو المبدأ وأن التنازل عن هذه الحصانة هو الاستثناء وحتى يكون لهذا الاستثناء أثر يجب ان يكون مؤكدا وواضحا بدون غموض أو لبس، ولا يمكن القول بأن لجوء الدولة لاتفاق التحكيم يستخلص منه إرادة الدولة الضمنية في التنازل عن حصانتها القضائية امام القضاء الوطني لأن الشيء الوحيد المؤكد بالنسبة لاتفاق التحكيم هو أن الدولة قد قيلت بموجب هذا الاتفاق حسم المنازعات المترتبة عن العقد المبرم بينها وبين الطرف الاخر بواسطة محكم، والأثر الذي يترتب على هذا الاتفاق هو استبعاد اختصاص المحاكم القضائية من النظر في النزاع[2].

ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه بأن قبول الدولة أو احد أجهزتها اللجوء إلى التحكيم يعد بمثابة تنازل منها عن التمسك بالحصانة القضائية أمام القضاء الاجنبي في حال طرح النزاع المتفق بشأنه اللجوء إلى التحكيم أمام القضاء الأجنبي وذلك كون الدولة أو احد أجهزتها يفترض أن تكون على علم مسبقٍ عند موافقتها اللجوء إلى التحكيم بأن التشريعات الوطنية للدول تفسح المجال للقضاء الوطني للتدخل في بعض الاحيان سواء عند تشكيل محكمة التحكيم أو في

---

(1) ابو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص96، التركي، يونس علي سالم، دور التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار الاجنبي في ظل التشريع الليبي والمصري، مرجع سابق، ص93.

(2) ابو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص435.

حالـة صـدور الأوامـر الخاصـة بتنفيـذ الاحكـام التحكيميـة والقبض... الـخ[1]، ناهيـك عـن الطبيعـة الدولية لقواعد التحكيم والتي بدورها تجيز هذا التدخل للقضاء الوطني ومن هذا المنطلق نستطيع القول بأن الدولة عندما تلجأ إلى اتفاق التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المترتبة على التزاماتها التعاقدية فهي بذلك تتنازل عن التمسك بالحصانة القضائية أمام القضاء الاجنبي أو هيئة التحكيم.

المطلب الثاني

أثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة

قد يكون من نافلة القول التذكير بأن القانون الذي يقيد الدولة لا بد وأن يكون صادرا عن ارادتها طالما أنه نتاج لسيادتها[2] فدخول الدولة أو احد مؤسساتها العامة في التعاقد مع اشخاص القانون الخاص وقبولها التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي حدثت أو يحتمل حدوثها يترتب عليه أثار هامة تتمثل في استبعاد السيادة المطلقة للدولة وحلول نظرية السيادة المقيد محلها وذلك كقاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي المطبقة في علاقة الدولة بالاختصاص القضائي لدولة أخرى وفي خضوع الدولة للمحاكم الاجنبية في الدعاوي ذات العلاقة بموضوع التعاقد الذي مارسته الدولة أو أحد مؤسساتها مع أحد اشخاص القانون الخاص[3].

---

(1) أبو زيد، سراج حسين، اتفاق التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص442.

(2) أحد الأسس العامة التي تقوم عليها المدرسة الوضعية الواقعية في السيادة، الدول التي نادى بها الفقيه (دي مارتنر) في نظرية بودان لسيادة الدول، أشار إليه، اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص164.

(3) اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص177.

وفي إطار الحصانة التنفيذية التي تتمتع بها الدولة والتي نجد أساسها في سيادة الدولة على إقليمها فهي تعني عدم اتخاذ إجراءات تنفيذية ضد الدولة الممتنعة عن التنفيذ[1].

فالحصانة التنفيذية لا تعتبر أثرا ولا نتيجة للحصانة القضائية على الرغم من الصلة الوثيقة بينها فالتنازل لدولة عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم او المحاكم الاجنبية عند مباشرة إجراءات الدعوى التحكيمية لا يعتبر تنازلا عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ[2].

فقد ترى الدولة ان الحد من سلطة الحكم التحكيمي يمثل حماية لكيانها ووجودها المؤسسي فتسعى للتخلص منه والتمسك بالحصانة التنفيذية أو أحكام القانون الوطني الذي أبرم التحكيم أثناء سريانه والذي لا يعترف طبقا لأحكامه بالحكم التحكيمي وفي كثير من الاحيان تقوم الدولة التي تتبعها الجهة المتعاقدة مع المستثمر الاجنبي بفسح العقد أو تأميمه أو سحب الترخيص الخاص بعقد الاستثمار بحجة الحصانة التنفيذية للدولة وتنفيذ الحكم التحكيمي[3].

لا سيما الدول التي أخذت بمبدأ السيادة المطلقة للدولة في الوهلة الأولى حيث ظلت الحصانة التنفيذية التي تتمتع بها هذه الدولة مطلقة في مواجهة إجراءات تنفيذ الاحكام الاجنبية لحقبة من الزمن ولعل مبررها في ذلك هو حجم الاضرار المترتبة على الدولة اذا جرى التنفيذ الجبري للحكم الصادر ضدها من محاكم اجنبية والذي كان ينظر إليه في بادئ الامر بأنه يشكل مساساً بسيادتها واستقلالها[4].

---

(1) التركي، يونس علي سالم، دور التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار الاجنبي في ظل التشريع الليبي والمصري، مرجع سابق، ص93.

(2) ابو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص444.

(3) يوسف، علي علي أمين، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص267.

(4) ابو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص445.

إلا أنه وفي الآونة الاخيرة ونتيجة للانتقادات التي تعرضت لها فكرة الحصانة التنفيذية المطلقة للدولة كونها تجعل الاحكام الاجنبية عديمة القيمة لمجرد صدورها من دولة أجنبية وهذا يتنافى مع مبدأ تحقيق العدالة الذي يشكل مرتكزا أساسياً للأنظمة القانونية للدول ويتعارض مع مبدأ حسن النية في التعامل[1]. مما دفع بالعديد من الدول إلى التخفيف من حدة هذه الفكرة (السيادة المطلقة) وعملت على سن القوانين التي تقيد من الحصانة التنفيذية للدولة بعد ان كانت لفترة من الزمن تأخذ بالحصانة المطلقة[2].

فقد أخذ المشرع الليبي بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيدة خلافا لما كان عليه في ظل القانون رقم (76) لسنة 1970م عندما اعتبر اللجوء إلى القضاء الاجنبي لتسوية المنازعات المترتبة عن العقود العامة يتعارض مع سيادة الدولة الليبية[3].

---

(1) يوسف، علي علي أمين، التحكيم في العقد الإدارية، مرجع سابق، ص271.

(2) اتجهت امريكا إلى تقنين هذه الحصانة من خلال إصدار قانون الحصانة الدول الاجنبية لعام 1976م والمعدل بموجب القانون الصادر في 1989/11/9م وقد حظر هذا القانون اتخاذ أية إجراءات تحفظية ضد الدولة أو اجهزتها ما لم يوجد تنازل صريح منها بذلك وأجاز التنفيذ على أموال الدولة او مؤسساتها إذا كانت هذه الأموال مخصصة للنشاط التجاري الذي قامت عليه المطالبة القضائية، واتجهت بريطانيا نفس الاتجاه بإصدار قانون الحصانة سنة 1978م واستراليا في سنة 1985م، راجع، ابو زيد سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص446 وما بعدها.

(3) فقد أصدر القانون رقم (4) لسنة (2003م) والذي أجاز بموجبه للمواطنين الليبيين مقاضاة الدولة الاجنبية أمام المحاكم الليبية عن اعمالها غير المشروعة إذا كانت قوانين تلك الدول تجيز مقاضاة الدولة الليبية من حيث المطالبة بالتعويضات عن الاضرار التي تلحق بهم، ويمكن اعتبار هذا القانون بأنه قد صدر في إطار مبدأ المعاملة بالمثل للدول التي تجيز قوانينها لمواطنيها حق مقاضاة الدولة الليبية. الجريدة الرسمية الليبية، العدد 2، السنة الثالثة، ص92.

كما أخذ المشرع الأردني بالحصانة التنفيذية المقيدة عندما كرس ما جاء في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية بانضمامه إليها[1]. حيث استثنى الاعمال التجارية ذات الصلة الوثيقة بالأموال المراد التنفيذ عليها والتي تُعد محل المطالبة القضائية.

وكذلك موقف المشرع الفرنسي، حيث اكدت محكمة الاستئناف بباريس على الاخذ بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيدة في حكمها الصادر في 21/أبريل 1982م حيث جاء في مضمونه بأن الحصانة التنفيذية ليست مطلقة وأنه يمكن استبعادها على سبيل الاستثناء عندما يكون المحال المحجوز عليه مخصصا من قبل الدولة ذاتها أو بواسطة هيئة أنشأتها الدولة لهذا الغرض[2].

ولم يكن موقف المشرع المصري مخالفا لما سبق حيث أكدت محكمة النقض المصرية على الاخذ بمبدأ السيادة المقيدة للدولة في حكمها الصادر في 29/ ابريل 1986م حيث جاء في مضمونه بأن الأصل هو تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية... إلا أنه يستثنى منها الاعمال المدنية والتجارية[3] مما يستخلص منه الاخذ بمبدأ السيادة المقيدة للدولة.

وهكذا أصبح الاتجاه السائد لدى غالبية الدول هو الاخذ بمبدأ الحصانة المقيدة للدولة والاستعاضة عن الحصانة المطلقة إلا فيما يتعلق بالمسائل الخاضعة لأحكام القانون العام التي

---

(1) إن انضمام الأردن إلى اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية وكذلك العديد من الاتفاقيات الدولية والتي منها اتفاقية التحكيم التجاري الدولي (يونسترال) يعبر عن توافق الآراء بشأن حصانة الدول وتعاملها مع اتفاق التحكيم في المعاملات التجارية والمنازعات المرتبطة به، فانضمامها لهذه الاتفاقيات يجوز قوة القانون الساري بالأردن والواجب النفاذ وهو الأمر الذي يؤكد لنا أخذ المشرع الأردني بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيدة في هذا المجال.

(2) الاحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص60.

(3) ابو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص424-446.

تتعلق بالمصالح العليا للدولة وتمس سيادتها. وذلك لما تتضمنها فكرة الحصانة المطلقة من تعقيدات لا تتماشى مع المعاملات التجارية التي تشارك فيها الدولة[1].

يفهم مما تقدم بأنه يمكن استبعاد هذه الحصانة على سبيل الاستثناء وذلك عندما يكون المال المعني بالتنفيذ عليه مخصصا من قبل الدولة أو احد أجهزتها العامة لتنفيذ الانشطة التجارية والتي تكون محلا للمطالبة القضائية إلا انه قد تتمسك الدولة في بعض الحالات بالحصانة التنفيذية في مواجهة إجراءات التنفيذ لحكم التحكيم وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى إمكانية تمسك الدولة بحصانتها التنفيذية في مواجهة إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي، وهل أن مجرد موافقة الدولة على إدراج التحكيم يعتبر تنازلا عن حصانتها وفي هذه الحالة يتعين عليها تنفيذه دون ان يكون لها الحق في التمسك بحصانتها، أم أنه يشترط أن تتنازل الدولة عن حصانتها صراحة حتى يتم تنفيذ حكم التحكيم؟

يذهب جانب من الفقه، إلى أن الدولة التي تقبل باتفاق التحكيم كوسيلة لتسوية الخلافات المترتبة على تنفيذ العقد يجب عليها ان تقبل ايضاً بالآثار المترتبة على تنفيذ حكم التحكيم، لأن وجود الاتفاق يعتبر في حد ذاته تنازلا منها عن حصانتها ضد التنفيذ وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتماشيا مع مبدأ حسن النية في التعامل وتحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم في احداث آثاره القانونية المرجوة منه[2].

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى ان حصانة التنفيذ حصانة مطلقة أي ان الدولة تستطيع الدفع بها بغض النظر عن طبيعة العقد أي حتى ولو كان العقد ذات طبيعة تجارية وأن

---

(1) اسماعيل، رقية رياض، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، مرجع سابق، ص196.

(2) يوسف، علي علي أمين، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص265.

إدراج الدولة لشرط التحكيم لا يفيد تنازلا عن حصانتها أمام المحكمة وتستطيع التمسك بها ضد إجراءات التنفيذ[1]، إلا ان هذا الرأي يؤخذ عليه انه لا يتماشى مع المتغيرات الدولية للحصانة التنفيذية للدولة وتلك التي تسود التجارة الدولية حيث أهمل التوجه السائد عند الدول في الفترة الاخيرة من الحد من مبدأ الحصانة المطلقة للدولة لما له من مثالب على نظام التحكيم بصورة عامة. ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن اتفاق الدولة أو احد اجهزتها على اللجوء إلى التحكيم لا يعد في حد ذاته تنازلاً منها عن التمسك بحصانتها التنفيذية بل يجب ان يتضمن نصا صريحا يجيز للقاضي أن يأمر باتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية أو نص يتعهد الاطراف بمقتضاه بتنفيذ حكم التحكيم والالتزام بكافة الاثار القانونية المترتبة عليه فإذا تضمن العقد نصا كهذا فإنه يعد تنازلا ضمنيا من الدولة عن التمسك بحصانتها التنفيذية[2] لأن اتفاق التحكيم يهدف إلى اسناد مهمة تسوية النزاع إلى هيئة التحكيم واستبعاد القضاء عن حسم النزاع ويعبر عن رغبة أطرافه في الخضوع لهيئة التحكيم بخصوص موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم والقول بغير ذلك يتعارض مع استقلال فكرة الحصانة التنفيذية عن الحصانة القضائية فقبول اتفاق التحكيم لا يعني قبولها الخضوع للقضاء وتنفيذ حكم التحكيم ولا يمكن استخلاص قبولها تنفيذ حكم التحكيم إلا من خلال نص صريح يُعبر عن إرادة مؤكدة[3].

ومما سبق نستخلص أن الأثر المترتب عند إبرام الدولة لاتفاق التحكيم أثناء التعاقد مع أشخاص القانون الخاص لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود التجارية التي أبرمتها معهم وهو ما

---

(1) التركي، يونس علي سالم، دور التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار الاجنبي في ظل التشريع الليبي والمصري، مرجع سابق، ص94.

(2) أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص451.

(3) يوسف، علي علي امين، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص466.

يفيد ضمنا بعدم جواز تمسكها بالحصانة القضائية أو الحصانة ضد إجراءات التنفيذ للتهرب من هذا الاتفاق وذلك ليس أمام هيئة التحكيم فقط، بل ايضا أمام قضاء الدولة الأجنبية حال تدخله وذلك لكون نظام التحكيم أصبح القضاء شبه الطبيعي لفض منازعات عقود التجارة في حين يجوز للدولة التمسك بالحصانتين القضائية والتنفيذية في الدعاوى التحكيمية الخاصة بالمنازعات الإدارية العقدية لأن الدولة في هذه الطائفة من العقود تتمتع بامتيازات السلطة العامة إلى جانب كونها تشكل مظهر من مظاهر السيادة فيها.

المبحث الثالث

أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القضاء الإداري في الدولة

التحكيم هو اتفاق بين الأطراف على طرح النزاع على شخص أو اكثر معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[1] إلا أن هذا الاتفاق لا يعني النزول عن حق الالتجاء إلى القضاء فهذا الحق مقدس يتعلق بالنظام العام، أن اتفاق التحكيم لا يخرج في معناه عن أن ارادة المحتكم تقتصر على أحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، فإذا لم يتم تنفيذ هذا الاتفاق لأي سبب من قبل الاطراف عادت سلطة المحكم إلى المحكمة باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر النزاع[2].

يفهم من ذلك بأن التحكيم ليس دائما له أثر سلبي كما نص المعارضون له، فهو لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها مؤقتا من نظر الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائما وهنا

---

(1) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص23.

(2) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الادارية، في التطبيق العملي، مرجع سابق، ص180.

يكون التساؤل عن أثر التحكيم الذي يرتبط بإرادة الاطراف على مستقبل القانون الإداري للدولة والذي تتعلق قواعده بالنظام العام وبالامتيازات الممنوحة للهيئات الإدارية في مواجهة الافراد والتي لا مثيل لها في القانون الخاص به.

للإجابة على ذلك يجب أن نتطرق أولا: إلى العوامل التي تحد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري وثانيا: دراسة العوامل التي تزيد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

العوامل التي تحد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القضاء الإداري

التحكيم عبارة عن اجراء يتفق بمقتضاه الاطراف في نزاع معين على اخضاع خلافاتهم لمحكَّم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزما[1] إذاً اتفاق التحكيم بهذا المفهوم هو عقد وليد إرادة حرة للخصوم وبما انه كذلك فهو إذا ككل العقود بحاجة إلى ايجاب وقبول وحتى يُحدثَ هذا العقد او الاتفاق اثره القانوني لا بد من توافق الارادتين القبول والايجاب بما يدل على قصد الطرفين تسوية النزاع عن طريق التحكيم[2]، وبالرجوع لمفهوم التحكيم حسب هذا التعريف نجده يحتوي على مجموعة من العوامل التي يمكن ان تحد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري والتي تشكل في مجملها عوامل ثبات واستقرار لهذا القانون ان صح القول.

---

(1) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص19.

(2) حداد، حمزة أحمد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص46 وما بعدها، الطماوي، سليمان، الاسس العامة للعقود، مرجع سابق، ص342.

ورجع البعض هذه العوامل إلى الطبيعة القانونية للتحكيم باعتبار ان التحكيم ذات طبيعة رضائية اتفاقية[1]. مما يفهم معها بأن الدولة أو احد الجهات الادارية التابعة لها غير مضطرة إلى اختيار أسلوب التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات إلا في الحدود التي تريدها والتي تتماشى مع مصالحها العامة ودون تثريب عليها في ذلك.

وبناءً على ما ذكر يمكن اجمال العوامل التي تلعب دوراً هاماً في الحد من أثر التحكيم على مستقبل القانون الإداري في مجموعة من الشروط والضوابط التي تملك الدولة أو الجهات الإدارية التابعة لها أن تفرضها على الطرف الاخر في علاقاتها التعاقدية بما يحقق لها مصالحها ومن بين هذه الشروط يحق للدولة أن تختار عند ابرام التعاقد مع الغير القواعد القانونية التي تسري على عملية التحكيم والتي في الغالب تكون ضمن القواعد القانونية لقانونها الإداري[2].

كما يحق للدولة أن تشترط تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[3].

بالإضافة إلى ذلك فإن الدور الرقابي للقضاء الرسمي للدولة على إجراءات التحكيم يشكل عامل ثبات واستقرار للمبادئ القانونية التي حددها المشرع وذلك من خلال رقابة مدى التزام العملية التحكيمية بهذه المبادئ القانونية[4] ولم يكن دور المحكمة مقتصرا على الرقابة فقط رغم أنها صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم بل تتولى المحكمة في حالة اتفاق الاطراف على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المترتبة عن العملية التعاقدية ولم يتم تحديد

---

(1) العصار، يسري محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص234.

(2) المادة (24) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) 2001م، والمادة (754) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

(3) المادة (36) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (7/769) قانون المرافعات الليبي.

(4) العصار، يسري محمد التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، وغير العقدية، مرجع سابق، ص235.

المحكمين ففي هذه الحالة تتدخل المحكمة وتحدد المحكمين[1] وتقوم باتخاذ كافة الاجراءات والتدابير المؤقتة والتحفظية بما يكفل إتمام العملية التحكيمية وضمان حقوق الاطراف وبحسب طبيعة النزاع وذلك بناء على طلب من أحد طرفي التحكيم وقد يتم اتخاذ مثل هذه الاجراءات قبل البدء في إجراءات التحكيم أو اثناء السير فيها[2].

كما يجوز للمحكمة إنهاء مهمة المحكم بناء على طلب احد أطراف النزاع حيث قد يرى طرفا التحكيم ان المحكم لا يصلح لنظر النزاع سواء لقلة خبرته أو لأي سبب يمكن ان يؤخر إجراءات التحكيم ففي هذه الحالة يجوز لهما الاتفاق على عزل المحكم وفي حالة لم يتفقوا على عزله ولم يتنح من تلقاء نفسه، هنا يحق لأحد طرفي التحكيم التقدم بطلب لعزل هذا المحكم مشفوعاً بأسباب العزل، وللمحكمة في هذه الحالة صلاحية البت في هذا السبب كمبررٍ لعزل المحكَّم[3]. وفي حالة تخلف الشهود عن الحضور او الامتناع على الاجابة يرجع المحكمون إلى رئيس المحكمة لفرض الجزاءات المنصوص عليها في قانون دولته على الممتنعين او المتخلفين عن الحضور وهنا المشرع الأردني ترك مسألة سماع شهادة الشهود وما يترتب عليها من تحديد صيغتها وأدائها إلى هيئة التحكيم التي تتولى ذلك[4].

ولم يوضح الاجراء الذي يجب اتباعه في حالة تخلف الشهود عن الحضور وامتناعهم عن الشهادة كما فعل المشرع الليبي[5].

---

(1) المادة (16) تحكيم اردني والمادة (746) مرافعات ليبي.

(2) المادة (13) تحكيم اردني والمادة (758) مرافعات ليبي.

(3) المادة (18، 19) تحكيم اردني، والمادة (749) مرافعات ليبي.

(4) المادة (27) تحكيم اردني.

(5) المادة (32) تحكيم اردني (759) مرافعات ليبي.

وفـي حالـة صـدور حكـم التحكـيم فإنـه لا يكـون واجـب النفـاذ إلا بـأمر يصـدره قاضـي المحكمة التي أودع أصل الحكم عند قلم كتابها وبناء على طلب أحد الخصوم وذلك بعد التأكد من خلو الحكم من أي مانع يحول دون تنفيذه وفي حالة أصدرت المحكمة امراً بالتنفيذ فإنه يوقَّع أمر التنفيذ بذيل أصل الحكم ويخبر الخصوم بتصديق المحكمة وفي حالة تقديم تظلم من أحد الخصوم عند رفض المحكمة التصديق على الحكم التحكيمي يُرْفع التظُّلم إلى محكمة أعلى درجة للبت في طلب التظلم[1].

بالإضافة لما تقدم فإن الاتفاق على حل المنازعات الإدارية العقدية بطريق التحكيم لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد تطبيق أجراءات المنازعة الإدارية على هذه المنازعات لأنها من القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها لهذا يجب على هيئة التحكيم أخذها في الاعتبار عند النظر في النزاع المعروض عليها وإلا فإن حكمها يعتبر باطلاً[2]، ولكي تتمكن الدولة او الجهات الإدارية التابعة لها الحد من اثر التحكيم في هذا المجال على مستقبل قانونها الإداري يجب عليها في حالة اللجوء إلى تسوية المنازعات تحكيميا ان تتمسك أثناء ادراج شرط التحكيم ضمن بنود العقد ان يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي هو قانونها الإداري وان تحرص على تضمين العقد الذي ابرمته مع أشخاص القانون الخاص شروطاً استثنائية بوصفها سلطة عامة تسعى بالتعاقد لتحقيق مصلحة عامة. [3]

---

(1) المادة (53، 54) تحكيم اردني، والمادة (763) مرافعات ليبي.

(2) العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص236 وما بعدها، كذلك المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (769) من قانون المرافعات الليبي.

(3) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص275.

بناءً على ما تقدم فإن كل هذه العوامل من شأنها ان تحد من تأثير اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري.

المطلب الثاني

العوامل التي تزيد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القضاء الإداري

إلى جانب العوامل التي تم ذكرها سلفا والتي من شأنها ان تحد من تأثير اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هناك عوامل أخرى يمكن ان تزيد من أثر التحكيم في هذا المجال على مستقبل القانون الإداري والتي من بينها اتساع مجال اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية فعرض النزاع على التحكيم قد يعرضه لتطبيق القانون الإداري بمعرفة محكمون يجهلون طبيعة نظريات القانون الإداري مما يرتب عليه إصدار قرارات تحكيمية على خلاف ما جرى به القضاء الإداري الوطني[1] في حين يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى القول بأن الدول التي بحاجة إلى التنمية والتي تعتمد على السوق العالمي بشكل أساسي، لهذا قد تجد الدولة نفسها مضطرةً من الناحية الواقعية على إدراج شرط التحكيم في تعاقدتها التي تبرمها مع الشركات الكبرى متعددة الجنسيات والتي تملك امكانيات مالية كبيرة تجعلها في مركز اقتصادي افضل من الدولة المتعاقدة معها مما يخولها ان تفرض شروطا بما يحقق مصالحها الخاصة دون ان تعير اهتماماً لقانون الدولة ومن بين هذه الشروط اللجوء إلى التحكيم لدى الهيئات الدولية[2].

---

(1) يوسف، وائل عز الدين، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص115.

(2) العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص242.

ما يرتب عليه اخراج المنازعات الناشئة او التي يحتمل حدوثها عن العقد المبرم بين تلك الشركات الكبرى والدولة من نطاق القضاء الإداري للدولة، بل ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هذا الاستبعاد للقضاء الإداري للدولة يشكل اعتداء على ولاية القضاء الإداري المختص أصلا بنظر هذه المنازعات ويعد خروجا وبشكل مخالف لمبدأ أساسي ومعروف في القانون الإداري للدولة وهو مبدأ لا تفويض في التفويض ومضمون هذا المبدأ ان اللجوء إلى التحكيم يعني تفويض سلطات القضاء للمحكمين وهم لا يملكون ذلك ولا يستطيعون تعديل أو تفسير نظام الجهات القضائية[1] بمعنى آخر ان الادارة مخولة بالتعاقد ولكنها غير مخولة بتفويض غير القضاء للفصل في المنازعات المترتبة على التعاقد الذي ابرمته بل يجب ان يكون هناك نص تشريعي صريح يخولها بذلك[2]، إلا أنه كما أشرنا سابقا بأن الدولة قد تجد نفسها مضطرة لقبول شرط اللجوء إلى التحكيم الذي تفرضه الاطراف المتعاقدة معها وتقبل به الدولة لدواعي المصلحة العامة.

كما يمكن للشركات المشار إليها ان تفرض على الدولة أو أحد الهيئات العامة التابعة للدولة المتعاقدة معها شرطا يتضمن تطبيق قانون آخر غير القانون الإداري للدولة[3] المتعاقدة معها على موضوع النزاع وقد أجاز المشرع الليبي والأردني ذلك صراحة[4] وقد يكون القانون الواجب التطبيق الذي اختارته الشركة المتعاقدة مع الدولة لا يعرف التمايز بين العقود الإدارية والتي تكون الإدارة العامة فيها طرفا والتي تتمتع فيها بامتيازات استثنائية غير موجودة في عقود

---

(1) عكاشة، حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص160 وما بعدها.

(2) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص108 وما بعدها.

(3) العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص242.

(4) المواد (4، 5، 24) تحكيم اردني، المواد (754، 755) مرافعات ليبي.

القانون الخاص مما يفقد نظرية العقود الإدارية خصوصيتها وهي نظرية قضائية من نشأة القضاء الإداري[1].

ومن العوامل الأخرى التي تساهم في زيادة أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية ما ذهب إليه جانب من الفقه إلى القول بأن هناك اتجاه لدى شركات متعددة الجنسيات والتي تمسك بزمام أمور التجارة العالمية تسعى ومن خلال هيئات ومراكز التحكيم والتي هي من صنع الدول المتقدمة إلى تكريس اعراف وعادات التجارة الدولية ضمن فقه التحكيم وقضائه من أجل منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر المنازعات المترتبة على عقود التنمية الاقتصادية لهذه الدول ولاستبعاد تطبيق قوانينها الوطنية الاقرب صلة بالنزاع[2] وذلك لغرض ضمان سيطرة المفاهيم الغريبة خدمة لمصالح الشركات الكبرى[3] وتحصين ضد تشدد القوانين الوطنية في الدول النامية لأن التحكيم يرتكز على مبدأ سلطان الإرادة والمحكم ليس ملزماً بتطبيق قانون معين مما يجعل الطرف الضعيف أي الدولة المضطرة لقبول التحكيم من أجل التنمية الاقتصادية تحت رحمة المحكم الذي يطبق عادة القواعد والأسس العامة للعقود الخاصة والتي اهمها المساواة بين المتعاقدين وأن العقد شريعة المتعاقدين وهي أسس تتعارض مع الأسس التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري المعروفة والثابتة في القانون الإداري[4].

---

(1) حماد، اشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص320.

(2) بريري، محمود مختار (1999م)، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، ص12.

(3) العصار، يسري محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص243.

(4) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في حالة العقود الادارية، مرجع سابق، 123.

ومن أمثلة القضايا التحكيمية التي يشير إليها للتدليل على توافر هذا الاتجاه لدى هيئات التحكيم الدولية قضية هضبة الاهرام. شركة (جنوب الباسيفيك) لاستثمار منطقة الاهرامات بالجيزة وكذلك قضية (ليامكو) بين السلطات الليبية وشركة (جرين بتروليوم ليبيا انك) الامريكية على خلفية ما قامت به الحكومة الليبية من اصدار القانون رقم (66) سنة 1973م بشأن تأميم الشركة المذكورة.

وعلى الرغم من تمسك الحكومة المصرية بأنها لم تكن طرفاً في العقد محل النزاع وبأن هذا النزاع قد سبق الفصل فيه بحكم نهائي صادر عن القضاء الفرنسي ومع ذلك اتجهت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية نهجا مغايرا عندما توسعت في تفسير شرط التحكيم واعتبرت اعتماد وزير السياحة المصرية للعقد المتضمن شرط التحكيم من شأنه اعتبار الحكومة المصرية طرفا في العقد والاحتجاج بهذا الشرط في مواجهتها[1].

ولم تكتف المحكمة بتطبيق القانون المصري وحده الذي هو القانون الأكثر اتصالا بالعقد موضوع النزاع، وإنما طبقت كذلك مبادئ القانون الدولي فيما لم يرد بشأنه اتفاق بين طرفي النزاع[2]. وكذلك الحال في قضية (ليامكو) مع الحكومة الليبية على الرغم من ان القانون الليبي هو الواجب التطبيق بناء على ما نص عليه قانون البترول الليبي رقم (25) لسنة 1955م الخاص بالامتيازات النفطية[3].

---

(1) القصبي، عصام الدين، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص159.

(2) العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص244.

(3) عمر، مفتاح علي الشيباني، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص17.

إلا ان المحكم استبعد تطبيق هذا القانون بذريعة أن العقد غير مرتبط به وان العقد يدخل ضمن إطار القانون الدولي[1]. فهذه القضايا تعد تجسيدا حيا لهذا النموذج من التحكيم الصادر من هيئات التحكيم الدولية والذي يوضح توجهات هذه الهيئات والشركات نحو الدول النامية ورغم ذلك ما زال يتكرر هذا الأمر في قضايا تحكيمية ما لم تواكب هذه الدول التطور الدؤوب لنظام التحكيم من خلال اصدارات التشريعات التي تنظم التحكيم.

يضاف إلى العوامل السابقة التي تزيد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري فكرة النظام العام التي تعتبر أحد الدعائم الأساسية للنظام القانوني للدولة والتي يجب أن تكون محل اعتبار لدى هيئات التحكيم عند اصدارها للاحكام التحكيمية[2]. حيث يرى جانب من الفقه بأن وظيفة النظام العام الداخلي هي حماية المصالح العليا للمجتمع خلقية كانت او اجتماعية او اقتصادية أو سياسية والوقوف في وجه كل عمل او اتفاق يهدد هذه المصالح أما في العلاقات الخارجية فلا تقتصر وظيفة النظام العام على المصالح العليا للمجتمع فحسب، وإنما تدخل في الحساب ضرورة أخرى هي حماية التضامن الدولي الذي يتطلب من كل دولة ان تسهم في العمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين الشعوب لتتقارب وتتفاهم فيسود السلام بينهم[3]. ومن الواضح ان حماية المصلحة الأولى تتطلب من القاضي الوطني اقصاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى رأى أنه يخالف النظام العام الداخلي بينما حماية المصلحة الثانية وهي التضامن الدولي، تتطلب تطبيق القانون الاجنبي متى كانت قواعده القانونية تتفق مع مصلحة

---

(1) الرفاعي، اشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مرجع سابق، ص29.

(2) العصار، يسرى محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص247 وما بعدها.

(3) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق، ص277.

التجارة الدولية، وإذا كان النظام العام الداخلي نسبي يختلف من دولة إلى أخرى فإن النظام العام الدولي مشترك بين جميع الدول، والحكم التحكيمي الدولي يبطل اذا خالف النظام العام الدولي ولا يبطل إذا خالف النظام العام الداخلي في حين حكم التحكيم الداخلي يبطل اذا خالف النظام العام الداخلي فقط[1].

يتضح مما سبق بأن فكرة النظام العام ذات طابع جوهري في نطاق القانون الإداري لأنها تظفى على القواعد القانونية التي يتضمنها صفة القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام يرتب على مخالفتها بطلان الحكم التحكيمي الداخلي لهذا من شأن التوسع في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الإدارية العقدية ان تزيد من أثر التحكيم في هذا المجال على مستقبل القانون الإداري.

(1) الاحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، ص359 وما بعدها.

الفصل الخامس

الخاتمة

فقد توصلنا إلى خاتمة هذه الدراسة الموسومة ب (أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية– دراسة مقارنة بين القانون الليبي والأردني). والتي تطرقنا من خلالها إلى فكرة التحكيم في الحضارات الإنسانية، وهي دراسة تأصيليه لنظام التحكيم، وتطوره بدءاً من الحضارات القديمة عند الإغريق، مروراً بالعصور الوسطى ووصولاً للعصر الحديث، وما توصلت إليه النظم القانونية للدول في تعاملها مع القضايا التي تتضمن شرط أو مشارطة التحكيم، مع بيان الأحكام العامة للعقود الإدارية، كونها جزء لا يتجزأ من هذه الدراسة، ثم بعد ذلك بينت الدراسة مدى مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، عند الفقه والقضاء والتشريع، مع بيان أثر التحكيم في هذا المجال على الطبيعة الإدارية للعقد وعلى سيادة الدولة ومستقبل قانونها الإداري، وعقب ذلك توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج وعدة توصيات تتمثل في:

أولاً النتائج.

1. توصلت الدراسة في تحديد مفهوم التحكيم في مجال المنازعات الإدارية العقدية إلى أنه أتفاق مكتوب يكون أحد أطرافه الدولة أو من ينوب عنها بشأن الفصل في منازعة ناشئة أو يحتمل نشوبها عند تنفيذ بنود العقد بغير طرق القضاء.
2. توصلت الدراسة إلى أن المشرع الأردني أقر التحكيم في منازعات العقود عموماً دون التفرقة التي أحدثها المشرع الليبي بين العقود حيث حظر التحكيم في العقود الداخلية وأجازه في العقود الدولية وذلك وفقاً للمادة 83 من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة

2007م والمادة رقم (24) من القانون رقم 9 لسنة 2010م بشأن تشجيع الاستثمار والتي أكدت على اختصاص التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات والعقود التي تتضمن نصوصاً متعلقة بالتحكيم.

3. توصلت الدراسة، إنه إلى جانب الاختلاف الجوهري بين نظام القانوني للعقود المدنية والنظام القانوني للعقود الإدارية يتبعه اختلاف في نظام التحكيم الذي يتعين تحديد اختصاصه بحسب طبيعة كل نظام دون الخلط بينهما، فالتحكيم المدني يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ المساواة بين الأطراف في حين أن التحكيم الإداري تتمتع الإدارة فيه بامتيازات السلطة العامة، وتكون المراكز القانونية للمتعاقدين غير متكافئة، وهذا ما يجب الأخذ به في النظام القانوني للعقود الإدارية.
4. توصلت الدراسة إلى أنه يُجْمع التشريع الأردني والليبي والمقارن على أن صور الرقابة القضائية على سير التحكيم تتجلى في : ميعاد التحكيم، والإجراءات التحفظية التي يجب اتخاذها حالة تخلف الشهود عن الحضور، والتصديق على حكم التحكيم لتنفيذه .
5. توصلت الدراسة إلى أن من الآثار القانونية للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية هو إخراج المنازعة الإدارية العقدية محل أتفاق التحكيم عن الإطار القانوني المحدد لها بموجب القوانين المنظمة لسير إجراءات المنازعات الإدارية العقدية أمام المحكمة المختصة بذلك وإدخالها ضمن إطار قانون الإرادة للمتعاقدين.
6. توصلت الدراسة إلى أن الدولة التي تقبل بشرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المترتبة عن تعاقدها مع أشخاص القانون الخاص في المعاملات التجارية، لا يجوز لها فيما بعد التمسك بالحصانة القضائية أو التنفيذية أمام هيئات التحكيم أو القضاء الأجنبي، في حين

يجوز لها التمسك بذلك في المنازعات الإدارية العقدية لأن الدولة في هذه الطائفة من العقود تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تشكل مظهراً من مظاهر السيادة للدولة.

ثانياً: التوصيات.

1. توصي الدراسة المشرع الأردني والليبي لتلافي عيوب التحكيم في الخارج بإنشاء مركز للتحكيم الدولي بالداخل تتبعه مراكز تحكيم محلية مختصة بتسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية ويلحق به معهد يتولى أعداد وتأهيل الكوادر المتخصصة بهذا الشأن .
2. توصي الدراسة المشرع الأردني والليبي بإخضاع حكم التحكيم الصادر بالخارج لكافة الإجراءات القانونية اللازمة لوضعه موضع التنفيذ مع التأكد من عدم مخالفته للنظام العام للدولة .
3. توصي الدراسة المشرع الليبي بإجراء معالجة تشريعية للتحكيم في ليبيا بأن يصدر قانون خاص للتحكيم يتناول من خلاله التطورات التشريعية المعاصرة للتحكيم .
4. توصي الدراسة الدول بالحد من التمسك بالحصانة القضائية للدولة في مواجهة التحكيم حتى يحقق التحكيم الهدف الذي يسعى إليه على أكمل وجه .
5. توصي الدراسة المحكمين الذين تم أختيارهم من قبل الأطرف المتنازعة بأن يعالجوا موضوع النزاع بكل جوانبه القانونية والابتعاد عن إصدار الأحكام المبهمة التي تكون محلاً للتأويل مما تزيد من تعقيد المسألة لذا يجب أن يكون القرار التحكيمي مكتوباً وذات دلاله واضحة دون لبس أو غموض.

وما توفيقي إلا بالله

الباحث

قائمة المراجع

1. إبراهيم، احمد إبراهيم، (1996م). **القانون الدولي الخاص**، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للتحكيم، (د. ط). مصر: دار النهضة العربية.
2. ابن كثير، الحافظ إسماعيل بن عمر بن كثير،(2003). **تفسير القرآن الكريم**، الطبعة الأولى،عمان: دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن.
3. أبو الوفا، أحمد،(د.ت). **التحكيم في القوانين العربية**،(د.ط). الإسكندرية،مصر : منشأة المعارف.
4. أبو الوفاء، أحمد،(2007م). **التحكيم الاختياري**، (د.ط). والإجباري،الإسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية.
5. أبو رقية، أحمد عمر، (1991م) **التأمينات النفطية الليبية**، المجلد الأول، الأحكام، وثائق الإدارة العامة للشؤون القانونية بالمؤسسة الوطنية للنفط، (د. ط) طرابلس ليبيا: (د. ن).
6. أبوزيد، سراج حسين (2004م). **التحكيم في عقود البترول**، (د. ط).القاهرة : دار النهضة العربية.
7. الاحدب، عبد الحميد (د. ت) **موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي**، الجزء الثاني، (د. ط). مصر : دار المعارف.
8. الأحدب، عبد الحميد،(د.ت). **موسوعة التحكيم في البلاد العربية**، الجزء الأول، (د.ط), (د.ن), (د.ب).
9. اسماعيل، محمد عبد المجيد، (2003م) **عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها**،(د.ط), بيروت، لبنان :منشورات الحلبي الحقوقية.

10. بربري، محمود مختار أحمد، (1999م). **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية

11. التحيوي، محمد السيد عمر، (2002م). **التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح**، (د.ط)، مصر: منشأة المعارف

12. حداد ، حمزة أحمد، (2010م). **التحكيم في القوانين العربية** ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان : دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع.

13. الحداد، حفظية السيد، (2001م). **الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق**، (د. ط). الإسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية.

14. الحداد، حفيظة السيد, (د. ت). **الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم**، (د. ط). الاسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي.

15. الحراري، محمد عبد الله، (د.ت) **الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)**، (د.ط). طرابلس، ليبيا : منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية.

16. حسين، محمد أحمد شحاته، (2010) **التحكيم في الفقه والقانون**، (د.ط) المقارن، الإسكندرية ، مصر: المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.

17. الحلو، ماجد راغب، (2004) **العقود الإدارية والتحكيم**، (د.ط)، الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة.

18. حماد، أشرف محمد خليل (د.ت). **التحكيم في المنازعات الإدارية وآثارها القانونية**، (د.ط)، مصر: دار الفكر الجامعي.

19. حمادة، محمد أنور، (2006م). **المسؤولية الإدارية والقضاء الكامل**، (د.ط) الإسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي.

20. الحواري، أسامة أحمد،(2009م) **القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة**، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عمان: دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع.

21. خليفة ، عبدالعزيز عبدالعليم ، (2006م). **التحكيم في المنازعات الإدارية الداخلية والدولية**، الطبعة الأولى . مصر: منشأة المعارف .

22. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2008)، **الأسس العامة في العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، القاهرة : المركز القومي للإصدارات القانونية.

23. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم،(2011م) **التحكيم في المنازعات الإدارية والعقدية وغير العقدية**، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر : منشأة المعارف بالإسكندرية.

24. خليل ، نجلاء حسين السيد أحمد،(2004م). **التحكيم في المنازعات الإدارية**، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

25. الخلايلة، محمد علي، (2015م). **الوسيط في القانون الإداري**، الطبعة الاولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

26. الرفاعي، اشرف عبد العليم (2003م). **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم**، الطبعة الأولى، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي.

27. ساري، جورجي شفيق،(2005م) **التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية**، الطبعة الثانية،مصر : دار النهضة العربية.

28. سامي، فوزي محمد،(1997م). **التحكيم التجاري الدولي**، الجزء الخامس،(د.ط), عمان: دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع.

29. شتا، احمد محمد عبد البديع، (2005م). **شرح قانون التحكيم**، الطبعة الثالثة، مصر: دار النهضة العربية.

30. شرف الدين احمد (2014م). **التحكيم في منازعات عقود الامتياز النفطي**، (د. ط). مصر (د.ن) .

31. شفيق محسن،(1977). **التحكيم التجاري الدولي**،(د.ط), (د.ن), مصر: جامعة القاهرة

32. الشلماني، حمد محمد حمد، (2007). **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، (د.ط) الاسكندرية: درا المطبوعات الجامعية.

33. الشيخ، عصمت عبد الله،(2008م). **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**،(د.ط), القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

34. الطباخ، شريف،(2010م) **التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه**،(د.ط), المنصورة، مصر : دار الفكر والقانون.

35. الطماوي، سليمان محمد، (2012). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، ط6، مصر: دار الفكر العربي.

36. الطماوي، سليمان محمد، (2014م). **مبادئ القانون الإداري**، الكتاب الثالث، الطبعة مزيدة ومنقحة، سنة 2014م،مصر: دار الفكر العربي.

37. العصار، يسرى محمد،(2010م). **التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية**، (د.ط). القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

38. العطية، عصام، (2010م). **القانون الدولي العام**، الطبعة الثالثة، بغداد، العراق: المكتبة القانونية.

39. عكاشة، أحمد ياسين،(2010م) **موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة**، الجزء الثالث،(د.ط),مصر: دار الفجر للطباعة والتجليد.

40. عكاشة، حمدي ياسين، (1998م). **موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي**، (د.ط)،الإسكندرية : مطبعة سامي.

41. علام، محمد يوسف، (2012). **بحوث إدارية في القوانين العمانية**، الطبعة الأولى، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.

42. علي عثمان ياسين، (2015). **تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية**، (د.ط). بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

43. عياد، احمد عثمان، (1973)، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، (د. ط). القاهرة : دار النهضة العربية.

44. القبيلات، حمدي، (2010م). **القانون الإداري، الجزء الثاني**، الطبعة الأولى، عمان: دار وائل للنشر.

45. القصبي، عصام الدين، (1993م). **خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار**، (د.ط).القاهرة : دار النهضة العربية.

46. القليوبي، سميحة (2012م). **الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم (27) لسنة 1994م**. (د. ط). القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

47. المصري، زكريا، (2014م). **العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي**، الطبعة الأولى، مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع.

48. المصري، محمد وليد (2011). **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاصة**، الطبعة الثانية، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع.

49. مصعب، القطاونة،(2012م). **شرح نصوص قانون التحكيم الأردني رقم (31) 2001م**، الطبعة الأولى، شبكة قانوني الأردن، عمان، العبدلي.

50. المنجي، إبراهيم (2013). **المرافعات الإدارية**، (ط، مستحدثة)، القاهرة، مصر: دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر.

51. منصور، حسام أحمد هلال، وخليل، حسين إبراهيم، وعماد، هبة الله،(2015م). **قانون التحكيم الفرنسي**، (د.ط). القاهرة، مصر : دار النهضة العربية.

52. مهدي، منى،(1997م). **قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية آخر التعديلات حتى سنة 1997م(د.ن)**،(د.ط) مصر .

53. المواجدة، مراد محمود، (2015م). **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي**، الطبعة الثانية، عمان : دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع.

54. المومني، أحمد صعيد، (د. ت) **التحكيم في التشريع الأردني والمقارن**، الجزء الأول، (د. ط). عمان، الأردن: مطبعة التوفيق.

55. نصار، جابر جاد،(1997م) **التحكيم في العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

56. يوسف، وائل عز الدين، (2010م). **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**، (د.ط)، القاهرة : دار النهضة العربية.

ثانياً : الرسائل العلمية

1. إسماعيل، رقية رياض،(2001). **خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية**، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، مصر : جامعة القاهرة.

2. أغنية، جمال عمران،(2004). **تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية**، (رسالة ماجستير غير منشورة). عمان: الجامعة الأردنية.

3. البطوش، عبد الله محمد سلامة، (2014). **التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية**، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، عمان: جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

4. بن خيال، فتح الله عوض، (2002). **التحكيم في عقود الدولة**، (رسالة ماجستير غير منشورة). القاهرة : معهد البحوث والدراسات العربية.

5. بن زيد، عبد العزيز محمد،(2006م) **التحكيم في العقود الإدارية**، (رسالة ماجستير غير منشورة). عمان: الجامعة الأردنية.

6. التركي، يونس علي سالم، (2014). **دور التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل التشريع الليبي والمصري**، (رسالة ماجستير غير منشورة). مصر : جامعة القاهرة.

7. سناء، بولقواس،(2011م). **الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجاً**، (رسالة ماجستير غير منشورة). الجزائر: جامعة الحاج لخضر.

8. الشامسي، عبدالله حمد عمران، (2007م). **التحكيم في المنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة**، (رسالة ماجستير غير منشورة). مصر : جامعة القاهرة.

9. عوض، إبراهيم عبد الكريم عطية، (2013م) **التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا**، (أطروحة دكتوراه غير منشورة)،مصر : جامعة عين شمس.

10. مازن فايز محمد المقابلة، (2005م). **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**،(رسالة ماجستير غير منشورة). الأردن، جامعة آل البيت.

11. المحيشي، عثمان سعيد،(2013م). **التحكيم في عقود الأشغال العامة**، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، ليبيا : جامعة بنغازي.

12. يوسف، علي علي أمين، (2013). **التحكيم في العقود الإدارية**، (رسالة دكتوراه غير منشورة). مصر: جامعة الإسكندرية.

ثالثاً: البحوث :

1. أعبوده، الكوني، (2006م) بحث بعنوان (**اتفاق التحكيم في العلاقات النفطية**). طرابلس، ليبيا: قدم إلى دورة التحكيم التي نظمتها أكاديمية الدراسات العليا.

2. أعبودة، الكوني، (2012م). بحث بعنوان (**بعض التحديات التي تواجه التحكيم في ليبيا**)، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 19، ديسمبر 2012م.

3. حتاملة، سليم سلامة، (2011م). بحث بعنوان (**الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، دراسة في القانون الأردني**). عمان : منشور بالمجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية.

4. حداد، حمزة، (2012م). بحث بعنوان (**الدور الفعال للقضاء الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**). منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد، (19) – ديسمبر2012م، ص43. الطبعة الثانية، القاهرة :دار النهضة العربية

5. صالح، بدر حمادة صالح، بحث بعنوان (**التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**). العراق : جامعة تكريت، منشور بمجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد رقم (1) السنة (6)، العدد (20).

6. العبادي، محمد وليد، (2007). **أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية** (بحث منشور في مجلة دراسات وعلوم الشريعة والقانون).

7. عبد الهادي، بشار جميل،(2003–2004م). **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**، بحث قدم للجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، عمان: دار وائل للنشر.

8. موسى، منى عبد العالي، وكربل، رفاه كريم، (2009م). **التحكيم وأثره على العقد الإداري**، بحث غير منشور قدم لكلية القانون، العراق: جامعة بابل.

القوانين واللوائح والقرارات :

- قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953م.
- قانون التحكيم الأردني رقم(31) لسنة 2001م.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953م.

- قانون التحكيم الفرنسي رقم (48) الصادر في 2011/1/13م.
- قانون التحكيم المصري رقم (9) لسنة 1997م المعدل للقانون رقم (27) لسنة 1997م.
- قرار اللجنة الشعبية العامة (دولة ليبيا) سنة 1980م والصادر بتاريخ 1980/9/24م بشأن إصدار اللائحة العقود الإدارية، المادة (2) منها.
- قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (2007/563) (دولة ليبيا) الصادر بتاريخ 2007/10/26م، المادة (3).
- قرار اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء) رقم (563) لسنة 2007م.
- مجلة المحكمة العليا لسنة 6، العدد4، يوليو، 1970م.
- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد1.سنة 1995م.
- مجلة المحكمة العليا الليبية، العدد 3، 4، السنة 25، سنة 1989م.
- مجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (4) العدد (2) جمادى الأول، 1433هـ/نيسان 2012م.
- مجلة المحكمة العليا، العدد (4) السنة السادسة، ص19.
- مجلة المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم(17/1ق) جلسة 1970/4/5م سنة6، العدد 4- يوليو، 1970م
- مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد7. 8. السنة 1999م.
- مدونة التشريعات الليبية العدد العاشر، لسنة 2010م (المادة 1358).

- الجريدة الرسمية العدد السابع، لسنة 1971م، موسوعة التشريعات الليبية لعام 1971م، المجلد الثالث.
- الجريدة الرسمية، العدد (55) لسنة 1972م، موسوعة التشريعات الليبية لعام 1972م، المجلد الرابع.
- الجريدة الرسمية، السنة 16، العدد 2 سنة 1977م.
- الجريدة الرسمية العدد(3)، السنة 32، سنة 1994م.
- الجريدة الرسمية بتاريخ 1953/1/17م، العدد (1131).
- الجريدة الرسمية بتاريخ 2001/7/16م، العدد (4496)، ص2821