الفصل الثاني

مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

المقدمة

إنّ موضوع إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية من الموضوعات المستجدة والمستحدثة التي بدأت التشريعات في بعض الدول تتفطن لذلك وتتنبه لها، إلى جانب فقه القانون الإداري، بالإضافة إلى أنّ الأصل في منازعات العقود الإدارية وغير العقدية أنّها تنتسب للقضاء التام الكامل وتنتمي إليه، حيث أنّه من الطبيعي أنّ تنفيذ كل عقد من العقود قد يخرج أو ينتج عنه خلاف وجدال ونزاع بين طرفي العقد وبالتالي فإنّه يحق لكلا الطرفين ويجوز لهما اللجوء إلى القضاء الرسمي لتسوية النزاع الناشئ منه يعني العقد، بيدا أنّ المتعاقدين قد يتفقان على فض النزاع عبر التحكيم، ومن ثم دخل التحكيم في المنازعات الجديدة ضمن اختصاص القانون العام، وتحديدا في مجال العقد الإداري.[٤]

وإذا تطرقنا النظر إلى النظم القانونية المتنوعة سيتضح لنا أنها تختلف من وطن إلى وطن أو من بلد إلى بلد، فمنها من ذهبت إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، ومنها من يرى عدم الجواز.[٥] ولتوضيح ذلك قسم الباحث هذا الفصل إلى مبحثين:

سوف يتناول المبحث الأول: موقف التشريع من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود

---

[٤]. عبد الهادي، بشار جميل. ٢٠٠٥. التحكيم في منازعات العقود الإدارية. عمان، الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ص٧٣.

[٥]. عبد الهادي، بشار جميل. مرجع سابق. ص٧٥.

الإدارية، والمبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المبحث الأول: موقف التشريع من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يحتوي هذا المبحث على مطلبين، المطلب الأول يتضمّن موقف التشريعات الوطنية المصرية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، والمطلب الثّاني موقف التشريعات الليبية والأردنية والإماراتي من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية المصرية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

تناول هذا المطلب موقف التشريعات الوطنية المصرية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وبالتالي فإنّنا سوف نبين موقف التشريعات الوطنية المصرية من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في هذا المطلب.

وذهب أنصار هذا الرأي وأصحاب هذا الاتجاه إلى أنّ التشريعات الوطنية قد مالت إلى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية في كلّ من الجزائر ومصر. ففي مصرى تطور التشريع من السكوت أو الصمت المطلق غير المقيد إلى إجازة الكاملة والسماح التامة باللجوء إلى التحكيم. بينما التشريع المصري ذهب عكس ذلك، حيث تطور من المنع الكامل والحظر المطلق إلى المنع النسبي أو الحظر النسبي يعني أنّ القاعدة عندهم في ذلك هي أنّ الأصل عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية الدولية إلاّ إذا وجد نص واضح صريح يدل على جواز ذلك، ولتوضيح ذلك قسمت الباحثه هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو التالي؟

الفرع الأول: موقف التشريع المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

على الرغم من اهتمام المشرع المصري بالتحكيم منذ زمن بعيد، وكذلك اهتمام الفقه والقضاء بالعقود الإدارية، إلا ان المشرع المصري لم يربط بين الاثنين إلا مؤخراً، حيث إنه تبنى ولزمن طويل موقفاً عدائياً اتجاه اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية، وبالتالي ووفقاً لما ذكرناه سابقاً نرى أنه لم يلجأ إلى التحكيم في المنازعات الإدارية نسبة لعدم وجود نص صريح يحيل المنازعات الإدارية إلى التحكيم كما معمول به في المنازعات المدنية والتجارية.

ولكن هذا لم يستمر طويلاً حيث رضخ المشرع المصري في نهاية المطاف الى الضغوطات التي طالبته بالخروج عن هذا المبدأ وأدخل التحكيم في المنازعات الإدارية كإستثناء من الأصل، وبناء عليه أصدر المشرع المصري عدد من التشريعات التي أجازت لأشخاص القانون العام اللجوء الى التحكيم في المنازعات الإدارية، ومن ذلك الاتي:

أولاً: نظم المشرع المصري التحكيم ضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية وذلك بالقانون الصادر عام ١٨٨٣ حيث احتوى على بعض النصوص التي أهتمت بالتحكيم الإختياري، ولكن حتى ذلك الوقت لم تكن العقود الإدارية أو الدولة تلجأ للتحكيم في المنازعات الإدارية وذلك لغياب نص صريح يحيل النزاع للتحكيم. وعندما اصدر المشرع قانون المرافعات الجديد عام ١٩٤٩ انتقل تنظيم التحكيم فيه، ثم بعد ذلك عمد المشرع المصري في مجموعة ١٩٦٨ الى وضع قيود على التحكيم فتضمنت المجموعة تنظيماً وصفه فقهاء القانون بانه "متواضعاً" وذلك في المواد من ٥٠١ الى ٥١٣ وقد هدف المشرع المصري من ذلك الى الحد في التنظيم القضائي من إرادة المتنازعين.

ثانياً: عندما صدر قانون الدولة الفرنسي رقم ١٧-٤-١٩٦٠م الذي أجاز للدولة والمحافظات اللجوء

الى التحكيم في المنازعات الإدارية خصوصاً في عقود الاشغال العامة والتوريد، ولكن اشترط المشرع الفرنسي اللجوء الى التحكيم بعد وقوع النزاع وهو ما يعني إجازة مباشرة لمشارطة التحكيم، وهو ما أخذ به القضاء المصري الذي ادرج ايضاً التحكيم في عقود الاشغال العامة والتوريد بشرط ان يكون التحكيم مدرجاً في العقد وان يكون التحكيم بعد نشوء النزاع"[٦].

ثالثاً: ومن ثم أصدرن مصر قانونا جديدا مستقلا للتحكيم في المواد المدنية والتجارية مستمدا من هذا القانون النموذجي هو القانون رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤م، ويعتبر قانون التحكيم جزءا لا يتجزأ من قانون المرافعات، ولو صدر في تشريع مستقل، ذلك أنه قانون ينظم نوعا من القضاء هو قضاء التحكيم، ولا زالت كثير من القوانين الحديثة الهامة تنظم التحكيم كجزء من تقنين المرافعات، ومنها: القانون الفرنسي (المواد ١٤٤٢ وما بعدها من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة سنه ١٩٨١). وهو القانون الذي اعتبر ذات منفعة وطنية ومصلحة قومية بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات وحسمها التي تثور بينهما.[٧]

ومن خلال ما سبق بيانه نرى ان استخدام التحكيم في العقود الإدارية تحكمه شروط وهي كالتالي:

أ) **أولها:** أن لا يكون العقد مبرماً مع شركة محلية بمعنى أن يكون العقد مع شركة أجنبية ويكون العقد عقداً دولياً.

ب) **ثانيها:** أن يكون العقد بخصوص مشرع ذي نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم.

---

[٦]. القصبي، عصام الدين. ١٩٩٣. خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار. القاهرة: دار النهضة العربي، ص١٠١. والعصار، يسري محمد. ٢٠١٠. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية. القاهرة: دار النهضة العربية. ص٨٢. حماد، أشرف محمد خليل. ٢٠١٠. التحكيم في منازعات الإدارية وآثاره القانونية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص٦٨. ساري، جرجوي شفيق. ٢٠٠٥. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. مصر: دار النهضة العربية.

[٧]. والي، فتحي. ٢٠٠٩. قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصر: منشأة المعارف، ص٥٧.

ج) **ثالثها:** ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم ويكون ذلك في كل حالة على حدة.[٨]

وكذلك يتضح لنا مما تقدم سالفا أنّ الرأي السائد والاتجاه الغالب في الدول الأجنبية هو السماح بتطبيق نظام التحكيم سواء كان الأخذ بهذا النظام أي نظام التحكيم بصورة شرط أم مشارطة.

الفرع الثاني: موقف التشريع المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إذا نظرنا إلى قانون التحكيم المصري الجديد قانون رقم ٢٧-الذي صدر في سنة ١٨-٤-١٩٩٤م في شأن التحكيم المواد المدنية والتجارية، والذي بسببه حدث جدل كبير وخلاف فقهي عميق واسع النطاق في تأويل نص المادة الأولى وتفسيره من هذا القانون، يعني المادة التي نصت على أنّه (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 الخاص أيًّا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي تدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون)[٩]

ولكن تأويل الفقهاء والقضاة وتفسيرهم لهذا النص على حسب فهمهم، هو الذي جلب أو سبب الجدل والخلاف حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث يرى الاتجاه الأول بأنّ هذا النص دليل واضح وصريح على عدم مشروعية االلجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية،

---

٨. حماد، أشرف محمد خليل. ٢٠١٠. التحكيم في منازعات الإدارية وآثاره القانونية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص١٩٤.

٩. ينظر المادة الأولى من الباب الأول (أحكام عامة) قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري- ٢٧-لسنة ١٩٩٤م – الصادر بتاريخ ١٨-٤-١٩٩٤م. ص٧٧.

بينما يرى الاتجاه الآخر بأن هذا النص دليل صريح على إمكانية التحكيم وجوازه في منازعات العقود الإدارية[١٠]، واستند أنصار كل هذين الاتجاهين في ذلك إلى الحجج:

لقد ذهب أصحاب الرأي الأول إلى أنّ نص هذه المادة لا يجيز صراحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، إنّما تنص فقط على سريان أحكام القانون على التحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو الخاص بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع الذي قد سلف الاتفاق عليه.

بينما زعم أنصار الاتجاه الثاني بأن نص هذا القانون دلّ على جواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث استندوا في ذلك على القاعدة الأصولية المعروفة عند الأصوليين والتي تقول بأن العام يظل على إطلاقه مالم يخصص وأنّه لا اجتهاد يقبل مع وضوح النص، ومن ثم يرى هؤلاء بأنّ نص المادة الأولى من هذا القانون يعني قانون التحكيم المصري الجديد عام يدخل فيه إمكانية التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.[١١]

لكن المشرع المصري بذل قصارى جهده في هذا الشأن لأجل حسم الجدل والخلاف حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، والذي ظل قائماً بعد صدور القانون رقم ٢٧-لسنة ١٩٩٤م. وسارعت الحكومة المصرية أو سارع المشرع المصري في التدخل في هذا الشأن بتقديم نص أو مشروع قانون صريح وواضح بتعديل المادة الأولى من هذا القانون (٢٧-

[١٠]. حماد، أشرف محمد خليل. ٢٠١٠. التحكيم في منازعات الإدارية وآثاره القانونية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.ص١٩٥.

[١١]. حماد، أشرف محمد خليل. ٢٠١٠. التحكيم في منازعات الإدارية وآثاره القانونية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص٦١.

١٩٩٤م) كي تشمل بإطارها أو نطاقها التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، ولكي تحسم الجدل والخلاف الواقع بين الفقه والقضاء.[١٢]

بناءً على ذلك فإنّ المشرع المصري تدخل في هذا الأمر ليضع حداً للخلاف الواسع والجدل الدائر بين الفقه والقضاء حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك بموجب القانون رقم ٩-١٩٩٦م وهو المعدل للقانون رقم ٢٧-١٩٩٤م حيث أضاف هذا القانون (قانون رقم ٩-١٩٩٦) فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم المصري الجديد والذي هو قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية (قانون رقم ٢٧-١٩٩٤).

وأمّا الفقرة الثانية للمادة الأولى من هذا القانون التي اضافها المشرع المصري نصها كالآتي (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).

ويتجلى لنا من النص السابق بأنّ المشرع المصري حسم الجدل والخلاف حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية وذلك بعد موافقة الصادرة من الوزير المختص أو نائبه الذي يقوم مقامه ويتولى اختصاصه.

لكن للأسف مع وجود هذا النص الصريح بشأن التحكيم في العقود الإدارية، يرى البعض من الفقهاء والقضاة بأنّ مشروع القانون التي قدمها المشرع المصري لأجل تعديل المادة الأولى من القانون رقم ٢٧-١٩٩٤م قد يفتح الباب أمام إمكانية الرفض والتعارض أو الطعن عليه بحجة عدم الدستورية،

[١٢]. يوسف، علي أمين. ٢٠١٣. التحكيم في العقود الإدارية. رسالة دكتوره غير منشورة. جامعة الإسكندرية، ص٢٨٣.

حيث خالف نص المادة ١٧٢ من الدستور التي تنص على أنّ (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية) والتي منها أو من بينها منازعات العقود الإدارية.[١٣]

لكن تأكد اتجاه المشرع المصري بعد كل هذا الخلاف الدائرة والجدل الواسع إلى جواز اللجوء إلى التحكيم واتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك في القانون رقم ٨٩-١٩٩٨م والذي نص على أنّه (يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسوية عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع الالتزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد)[١٤]

وكذلك لو تطرقنا النظر إلى النص السابق سيتضح لنا بأنّ المشرع المصري قد أقرّ فكرة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولكن بعد الحصول على الموافقة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، وأيضًا يستفاد من هذا النص بعدم جواز التفويض في اختصاص الوزير لاعتبارات خاصة بطبيعة وظائف الوزير وهذا النوع من العقد الإداري أو العقود الإدارية.

المطلب الثاني: موقف التشريعات الأردنية والليبية والإماراتي من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

نظرا لعناية القانون بالحقوق الخاصة والعامة واهتمامه بصيانتهما وعنايته للدولة حفظًا على أمنها واستقرارها اجتماعية واقتصادية وسياسية، اعتمد على وضع المبادئ الشاملة والأسس العامة المتفق عليها في شأن التحكيم، وهي حرية أطراف النزاع في أية علاقة قانونية في الاتفاق على اختيار

---

١٣. المادة الأولى من قانون التحكيم من المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧-١٩٩٤م-

١٤. ينظر المادة-٢٤- من القانون رقم ٨٩-١٩٩٨م-بشأن المناقصات والمزايدات. وكذلك أشار إليه وائل عز الدين.ص٣٥.

الهيئة التحكيمية وضمانات تشكيليها لحل النزاعات القائمة وحسمها بين أفراد المجتمع والمحتمل وقوعها عند تنفيذ بنود العقد.

لأنّ تحقيق الأمن القانوني يتجلى بالنسبة لأطراف النزاع أو للمحتكمين في صلاحية أو حرية اختيار هيئة التحكيم، وضمانات تشكيلها. بناءً على ذلك يسعى هذا المطلب لإجابة عن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، وهو ما موقف المشرع الأردني والليبي والإماراتي من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وبالتالي فإنّ الباحث يسعى لإجابة هذا السؤال، وذلك بتسليط الضوء على موقف التشريعات الوطنية من هذه الدول حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية؛ ولبيان ذلك قسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف المشرع الليبي و الأردني من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

أولاً: موقف المشرع الليبي من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

لا تختلف ليبيا عن غير من الدول الأخرى من الاعتماد على القضاء لحسم النزاعات بين الناس في العقود إدارية كانت أم غير إدارية، بالإضافة إلى عترافها بوسائل أخرى في فض المنازعات الأخرى.[١٥]

ولقد تباينت القوانين الليبية حول فكرة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، واختلفت هذه القوانين تجاه هذا الأمر، منها ما نصت على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ومنها ما نصت على غير ذلك.[١٦]

---

[١٥]. الكوني، عبودة. ٢٠١٢. بعض التحديات التي توجه التحكيم في ليبيا. منشور في مجلة التحكيم العربي. العدد ١٢,١٩-٢٠١٢م. ص٥٣.

هناك مجموعة القوانين الليبية التي تتطرقت إلى موضوع التحكيم بشكل عام وفي بعض المجالات على وجه الخصوص، لكن الباحث سيلقي الضوء فقط على أهم أو بعض القوانين ذات الصلة والعلاقة بموضوع بحثه، وهي القوانين التي نظمت التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وفقا للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبية.[١٧]

وإذا نظرنا إلى هذا القانون (قانون المرافعات المدنية والتجارية) من المواد ٧٣٩-٧٧٧ سنة ١٩٥٣م، وكذلك قانون البترول الليبي سنة ١٩٥٥م الذي يرى بأنّ اللجوء إلى التحكيم هو الطريق الأمثل والسبيل الوحيد للفصل في المنازعات البترولية، وذلك طبقا للمادة ١/٢٠ منه.

وكذلك تم حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية العامة، وذلك بموجب أو فقا للمادة-٦-من القانون رقم ٧٦ - لعام ١٩٧٠م، وهذا القانون صدر بشأن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية العامة، فإنّ المشرع الليبي لم يثبت على موقفه الأول كما أنّه لم تستمر على نفس النهج الذي كان عليه كما في ظل قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، حيث يعتبر صدور الأخير حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية صراحة، كما نصت على ذلك المادة الأولى (١) التي جاءت فيها (يقع باطلاً كل شرط في العقود التي تبرمها الوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات الهامة يحتوي أو يتضمن حسم المنازعات الناشئة عن العقد بطريق التحكيم أو باختصاص جهة قضائية أخرى غير القضاء الليبي)[١٨]

---

[١٦]. الشيباني، عمر مفتاح علي. ٢٠٠٦. مبدأ اللجوء للتحكيم في الخصومة الإدارية وأثره على نظرة العقد الإداري. رسالة ماجستير منشورة: جامعة القاهرة. ص١١٥.

[١٧]. الشيباني، عمر مفتاح علي. ٢٠٠٦. مرجع السابق. ص١١٧.

[١٨]. منشور بالجريد الرسمية. السنة الثامنة، العدد-٤٦-سنة-٦-٨-١٩٧٠م. ص١٨.

إلاّ أنّ الفقهاء والقضاة اختلفوا في تفسير معنى الحظر الوارد في هذا النص، هناك من يرى من الفقهاء بأنّ الحظر الوارد فيه لا يعم جميع التحكيم في العقود الإدارية بل يخص فقط التحكيم في العقود الدولية دون المحلية، واستدلوا على ذلك بقولهم أنّ العقود التي تكون الدولة أحد أطرافيها أو طرفًا فيها في ذلك الوقت أو الزمن فهي عقود غير محلية إنّما هي دولية.[١٩]

بينما يرى الاتجاه الآخر بأنّ الحظر الوارد في هذا النص عام، لأن الصيغة جاءت بشكل عام يشمل جميع العقود الإدارية دولية كانت أم وطنية، وبموجبه بطلان التحكيم.[٢٠]

ورّد أصحاب الرأي الثاني على أنصار الرأي الأول بأنّ تفسيرهم أو تأويلهم لنص هذه المادة مقصور ليس صحيح وليس له أصل في حقيقة الأمر لإنكارهم على عمومية نص القانون السابق، وبالتالي فإنهم خالفوا القاعدة الأصولية المتفق عليها والتي تقول بأنّ العام يظل على إطلاقه مالم يخصص، وكذلك لا اجتهاد مقبول مع وجود النص الصريح.[٢١]

وإلى جانب ذلك صدر القانون رقم –١–لسنة ١٩٧١م والذي أجاز اللجوء إلى التحكيم لكن بموجب موافقة أو قرار مسبق من مجلس الوزراء لينهض او ليقوم فيما بعد المشرع الليبي بإلغائه بموجب قانون رقم ١٤٩–لعام ١٩٧٢. والتي جاءت في مادتها 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) وكان ذلك حين يرى تبين للمشرع الليبي بأنّ التشريع السابق بشأن التحكيم في

---

[١٩]. الأحدب، عبد الحميد. د.ت. التحكيم في البلاد العربية. موسوعة التحكيم الدولي. الجزء الثاني. مصر: دار المعارف. ص٧٠١.

[٢٠]. عوض، إبارهيم عبد الكريم.٢٠١٣. التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا. رسالة دكتورة غير منشورة. مصر: جامعة عين شمس. ص٢٠٠.

[٢١]. عوض، إبراهيم عبد الكريم. التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا.مرجع سابق.ص٢٠٠.

المنازعات العقود الإدارية في القانون رقم-٧٦-لسنة ١٩٧٠م، لم يقدم أية خدمة للمؤسسات والشركات الأجنبية ولم يخدم مصالحها عن تنفيذ العقود الإدارية، والذي سبب في تعطيل كثير من مشروعات التنمية في المجتمع الليبي، ومن ثمّ أسرع المشرع الليبي إلى البحث لحلول ملائمة لهذه القضية أو المشكلة.[٢٢]

وبالتالي فإنّ المشرع الليبي عالج من حدّة الحظر المطلق الذي جاء في النص السابق من خلال مشروع قانوني الذي قدمه لأجل تعديل هذا القانون المشار إليه مسبقًا. وبموجب هذا التعديل ذهب المشرع الليبي إلى جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية استجابة لمتطلبات الضرورة ومقتضياتها.

ثم بقي الأمر على هذه الحالة إلى أن أصدر المشرع الليبي قراراً حازماً عن العدول عن فكرة منع اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى جواز ذلك وفقًا للمبادئ العامة في القانون، وكذلك تم هذا الأمر بإلغاء القانون رقم ٧٦ المشار إليه سابقًا بموجب القانون رقم ١٤٩-لعام ١٩٧٢م حيث جاءت في مادتها الأولى (١) بأنّه (يلغى القانون رقم ٧٦-لعام ١٩٧١م بشأن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية العامة المعدل بموجب القانون رقم ١-لعام ١٩٧١م.[٢٣]

ومن خلال ماسبق ذكره يمكننا القول بأنّ التشريع الليبي قد أجاز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وأعرض عن فكرة عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم نهائيًا.

---

[٢٢]. صدر بتاريخ ١٥-١٠-١٩٧٢م. الجريدة الرسمية، العدد-٥٥- لسنة ١٩٧٢م. موسوعة التشريعات الليبية لسنة ١٩٧٢م. المجلد-٤- ص٤٤.

[٢٣]. صدر بتاريخ ١٥-١٠-١٩٧٢م. الجريدة الرسمية، العدد- ٥٥- لسنة ١٩٧٢م. موسوعة التشريعات الليبية لسنة ١٩٧٢م. المجلد-٤- ص٤٤. أشار إليه الكوني، عبودة. ٢٠١٢. بعض التحديات التي توجه التحكيم في ليبيا.منشور في مجلة التحكيم العربي.العدد ١٩,١٢-٢٠١٢م. ص٥٣.

وكذلك يجدر بنا أن نتطرق أو نلقي الضوء على موقف بعض القرارات واللوائح من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، لأنّها تعني القرارات واللوائح من مهام السلطة التنفيذية واختصاصها كونها مبينة ومفسرة لجميع القوانين الصادر عن السلطة التشريعية.

وكذلك يلزم على الجهات الإدارية تقييد العقود الإدارية عند إبرامها بأحكام القرارات واللوائح التي تقدر العقود الإدارية وتنظمها، بناءً على ذلك سوف نلقي الضوء على بعض هذه القرارت واللوائح التي لها العلاقة المباشرة بموضع التحكيم في العقود الإدارية، وفيما يلي بعض تلك القرارات واللوائح:

قرار اللجنة الشعبية العامة في شأن ضبط التعاقد مع المؤسسات والشركات الأجنبية الصادر-٣٠-١١-١٩٧٧م والتي جاءت في مادتها الخامسة (٥) بأنّه (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 متكافئة في اختيارهم وحصر المنازعات التي تلجأ فيها إلى التحكيم مع حظر الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد.[٢٤]

فإنّ السلطلة التنفيذية في ليبيا أخذت بشأن هذه القرار سياسة التطبيق من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والذي ألزمت جميع الجهات والشركات والمؤسسات التي يحق لها التعاقد بأنّه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلاّ في نطاق ضئيل ضيق.[٢٥]

ولقد استمر الأمر على ذلك الحال والعمل بهذا القرار إلى سنة ١٩٨٠م حيث تم إلغاؤه بموجب

---

[٢٤]. منشور بالجريدة الرسمية، السنة ١٦-العدد ٢-سنة ١٩٧٧م. ص٦٥.

[٢٥]. عوض، إبراهيم عبد الكريم. التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا.مرجع سابق. ص٢٠٣.

اللائحة الخاصة بالعقود الإدارية، وذلك بتاريخ-٦-٥-١٩٨٠م وهي التي تعتبر اللائحة الأولى الصادرة في شأن العقود الإدارية في ليبيا، حيث تحتوي تقييمًاجيداً وتنظيمًا كاملاً شاملاً للضوابط والشروط التي تحكط العقود الإدارية.[٢٦]

ثم جاءت المادة-٩٩- من اللائحة الخاصة بالعقود الإدارية التي نصت على أنّ (القضاء الليبي هو المختص بالفصل في المنازعات الإدارية العقدية، إلاّ أنّه يمكن الالتجاء إلى التحكيم عند الضرورة لتسوية المنازعات الإدارية العقدية التي تبرم مع الشركات والمؤسسات الأجنبية).[٢٧]

إذا نظرنا إلى نص هذه المادة ونمعن فيه النظر ربما تبين لنا أنّها جاءت فقط لتؤكد بما سلف ذكره في القانون المشار إليه مسبقًا من أنّ الأصل من فض النزاعات في منازعات العقود الإدارية ينعقد الاختصاص فيها للقضاء الإداري الليبي وما خرج من ذلك أو استثنى منه يجوز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية إذا دعت الحاجة الماسة إلى ذلك أو إلى ضرورة ذلك وتبرم العقد مع مؤسسة أو شركة أجنبية

نظراً لما سبق يتضح للباحث بأنّ نص المادة-٩٩-ذكر أو كرر الأشياء التي ذكرها المشرع الليبي ونص عليها في القوانين السابق، وبالتالي يرى الباحث بأنّ هذه المادة لم تأتي بشئ جديد، إنّما جاءت لتؤكد فقط على ما نصت عليه القوانين السابقة التي قالت: إنّ الأصل من فض المنازعات الإدارية العقدية تنعقد الاختصاص فيها للقضاء الإداري الليبي. كما يتضح لنا أيضًا من هذا النص بأنّه لم يعين

---

[٢٦]. المادة رقم-٨٣- من لائحة العقود الإدارية رقم-٥٦٣-٢٠٠٧.

[٢٧]. المحيشي، عثمان سعيد. ٢٠١٣. التحكيم في العقود الأشغال العامة. أطروحة دكتوره غير منشورة. ليبيا: جامعة بنغازي. ص١٢٤.

الجهة التي تفسر حالة الضرورة وتقدرها، كي يتم اللجوء إلى التحكيم وتؤتي الموافقة عليه، وذلك دليل على قصور هذا النص ونقصه.

بناءً على ذلك يرى الباحث بأنّ عدم تحديد أو تعيين الجهة التي تقدر حالة الحاجة والضرورة حتى يمكن اللجوء إلى التحكيم وتمنح الموافقة عليه قد يكون من الدوافع التي دفعت مجلس الوزراء أن تصدر القرار رقم ٧٠٢-لعام ١٩٨٦م بشأن تعديل المادة-٩٩- من للائحة العقود الإدارية الصادرة بتاريخ -٦-٥-١٩٨٠م وكأنّ هذا القرار قدّم مشروع قانوني لتعديل نص المادة-٩٩- والذي جاء فيه (القرار) ((يختص القضاء الإداري الليبي بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية ويقع باطلاً كل شرط في العقد يتضمن حسم المنازعان 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 ملحقًا من ملاحق العقد ويشار إلى رقمه وتاريخ كتابته في العقد وإذا خالف ذلك يقع باطلاً)).[٢٨]

وإلى جانب ذلك نصت المادة-٢-من اللائحة الخاصة بالعقود الإدارية في سنة ١٩٩٣م على أنّه (تلغى لائحة العقود الإدارية سنة ١٩٨٠م ولائحة استخدام المكاتب الاستشارية الصادرة ١٩٧١م اللتان سبق ذكرهما والقرار المكمل لكل واحد منهما، كما يلغي كل نص يخالف اللائحة المرافقة.[٢٩]

ثم بعد ذلك صدرت بموجب قرار مجلس الوزراء (قرار اللجنة الشعبية العامة) رقم -٥٦٣-لسنة ٢٠٠٧م وفسرت المادة الثالثة من هذا القرار معنى العقود افدارية بأنّه ((كل عقد تبرمه جهة من

[٢٨]. عوض، إبارهيم عبد الكريم. ٢٠١٣. التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ليبيا. مرجع سابق. ص٢٠٨.

[٢٩]. صدرت هذه القرار بموجب اللجنة الشعبية العامة رقم-٨١٣-لسنة ١٩٩٣. العدد- ٣- السنة ٣٢، سنة ١٩ - المنشورة بالجريد بالرسمية ٩٤م. ص٦١.

الجهات الإدارية العامة بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية والإشراف على تنفيذه او 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))[٣٠]

وتعد هذه اللائحة من اللائحة الأخيرة إلى الآن التي تخص بالعقود الإدارية، وحيث تحتوي جميع العقد الإداري، وكذلك بينت ماهية العقود الإدارية، وعرّف نوعها التي تقبل التحكيم وتخضع له إلا إذا توفرت فيها الضوابط والشرورط الاستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

يفهم من خلال هذه الفقرة بأنّ المشرع الليبي أجاز فكرة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، كما يفهم من خلال عرض بعض القوانين واللوائح بأنّ إلى التحكيم في العقود الإدارية في القانون الليبي استمد أركانه وقوائمه من القاعدة العامة والمبادئ الشاملة للتحكيم التي أقرها قانون المرافعات المدنية الليبية وفي لوائح الإدارية.

ثانياً: موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ليتسنى لنا معرفة موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، يتعين علينا إلقاء الضوء على موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في ظل قانون رقم-١٨- لسنة١٩٥٣م، وكذلك قانون رقم-٣١-لسنة ٢٠٠١م. وذلك في النقاط التالية:

---

٣٠. الشيباني، عمر مفتاح علي. ٢٠٠٦. مبدأ اللجوء إلى التحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري. ص١١٨.

١- موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم القديم رقم-١٨-لسنة ١٩٥٣م. لأنّ المادة الثانية(٢) من هذا القانون نصت على اتفاق التحكيم بأنّه(الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكور في الاتفاق أم لم يكن).[٣١]

إذا نمعن النظر في هذا القانون فسيتضح لنا بأنّه لم تنص على أي نص قانوني يحظر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية أو يجيره، بمعنى أنّ نص هذا القانون لم يدل على مشروعية التحكيم في العقود الإدارية، وكذلك لم يدل على عدم جواز ذلك.

وكذلك يستفاد من نص هذه المادة بأنّ المشرع الأردني أكد على الطبيعة العقدية للتحكيم لأنّ مصدره ومنبعه اتفاق الأطراف، وإنّ كان الأمر كذلك فإنّه يجوز إبرامه بين أطراف أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية، وبغض النظر عن موضوع النزاع أيًا كانت مدنية أم إدارية.

وبالتالي، بناءً على هذا القانون فإن الجهات الإدارية كانت تبرم العقود تتضمن أو تحتوي شرط اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الإدارية العقدية، ولحسم المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام هذه العقود، وتحتوي بعضها نصا لا يحظر الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع، وعدم وجود النص الذي يدل على المنع والحظر دليل على جوزاه ومشروعيته ضمنيا.[٣٢]

---

[٣١]. عبد الهادي، بشار جميل. ٢٠٠٥ . التحكيم في منازعات العقود الإدارية. عمان، الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع.ص٦٧.

[٣٢]. عبد الهادي، بشار جميل. مرجع سابق. ص٦٧.

٢- موقف المشرع الأردني من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م.

إذا نظرنا إلى قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م، فسنجد أنّه قد عالج قضية إمكانية اللجوء إلى التحكيم من خلال مادته الثالثة (٣) التي ثبتت على أنّها (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاق يجري في المملكة يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية)[٣٣].

ويستفاد من هذا النص أنّ المشرع الأردني أدرك حقيقة التحكيم وعلم أهميته في حسم المنازعات الإدارية العقدية، ومن ثم بذل المشرع الأردني جهدا كبيرا لحل الجدل الدائرة والخلاف الفقهي والقضائي الواسع الذي يدور حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

كما حدد نطاق سريان هذا القانون (قانون التحكيم الأردني) بشكل عام ليتضمن كل تحكيم يكون أحد طرفيه شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص، سواء تعلق بنزاع مدني أو تجاري وفق الغرض الذي ترغبه الإدارة في العقد وتسعى لتحقيقه. وبالتالي فإنّ العقود الإدارية تندرج تحت أحكام هذه المادة بناء على أهميتها أو مفهومها كعقود إدارية، ومن ثم لا يجوز إخراجها. ولأنّ التحكيم يتعلق بنزاع مدني أو تجاري ويجري في إطارهما بغض النظر عن ذات العقد وماهيته ومصدر العلاقة الناشئة عنه[٣٤].

وكذلك إذا نظرنا إلى أهمية التحكيم بالنسبة للأردن نجد أن الحكومة الأردنية أو المشرع الأردني

---

[٣٣]. عبد الهادي، بشار جميل. ٢٠٠٥. التحكيم في منازعات العقود الإدارية. مرجع سابق، ص٧٢.

[٣٤]. العبادي، محمد وليد. ٢٠٠٧. أهمية التحكيم وجواز اللجوء اليه في منازعات العقود الإدارية: دراسة مقارنة- مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون- المجلد ٣٤- العدد ٢- الجامعة الأردنية – الأردن. ص٣٦٢.

قد تنبه لذلك، خاصة حين نمعن النظر في قانون استقلال والقضاء الأردني رقم ٢٩-لسنة ٢٠١٤م حيث نجد أنّ المشرع قد ذهب إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، وذلك بموجب المادة (١٧) التي نص على أنّه (يجوز للقاضي أن يعين محكمًا بموافقة مجلس الوزراء بناءً على تنسيب المجلس إذا كانت الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة طرفًا في النزاع المراد فصله بطريق التحكيم أو كان النزاع ذا صفة دولية ويعود للمجلس الحق بتقدير بدل أتعاب القاضي المحكم[٣٥]

كما أجاز التحكيم بموجب نص المادة-٣٣- من قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم -١٦- لسنة ١٩٩٥م الذي جاء فيه (تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية وديًا بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسوية النزاع من خلال ذلك خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر فلأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء أو إحالة النزاع إلى المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار وتسويتها[1] لتسوية النزاع بالتوفيق أو بالتحكيم وفق اتفاق تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى الموقعة مع المملكة).[٣٦]

لكن نجد بأنّ المادة التاسعة من هذا القانون (٩) نصت على أنّه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلاّ للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولايجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[٣٧].

يتضح فيما سبق جهود المشرع الأردني المبذولة نحو إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية لحسم الجدل الدائر والخلاف حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات

---

[٣٥]. العبادي، محمد وليد، مرجع سابق، ص٣٦٤.

[٣٦]. البطوش، عبد الله محمد سلام. التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية. ص٨٢.

[٣٧]. العبادي، محمد وليد. مرجع سابق. ص٣٦٤.

العقود الإدارية.كما أنّه أجاز التحكيم في العقود عندما يكون شخصًا من أشخاص القانون العام احد اطراف النزاع.

ويستفاد ايضًا مما سلف ذكره بأنّ المشرع الأردني أجاز التحكيم مطلقًا الذي يشمل كافة العلاقات التي يكون الدول طرفًا فيها، ويتم الاتفاق على حل نزاعها وحسمها عن طريق التحكيم أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية أم غير عقدية.

الفرع الثاني: موقف المشرع الإماراتي من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

اكدت دولة الامارات العربية المتحدة على استخدام التحكيم في عقود الإدارة وذلك من خلال التشريعات والاحكام القضائية حيث نرى ذلك في قرار مجلس الوزراء الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٩ بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية وذلك في المادة رقم (٤٥) والتي عنوانها أحكام عامة للعقد والتي جاء فيها "في الأحوال التي يكون من الجائز الاتفاق فيها على التحكيم، فإنه لا يجوز الاتفاق على إجرائه خارج الدولة، كما لا يجوز أن يخضع أي تنازع بشأن العقد أو الإجراءات المتعلقة به لأي تشريعات غير معمول بها في الدولة، ويعتبر أي نص مخالف لذلك باطلاً، وكأن لم يكن".

ومن خلال النص السابق في قرار مجلس الوزراء لسنة ٢٠١٩ ونفس النص ورد في القرار السابق الملغي لسنة ٢٠١٤ في المادة (٣٨) وترى الباحثة ان المشرع الاماراتي وافق على استخدام التحكيم في العقود الإدارية وفقاً لشروط وضوابط معينة أوردها المشرع في النص السابق وهي كالاتي:

١. ان يتفق الأطراف على التحكيم فقط في الحالات التي يجوز فيها ذلك "وهذا يعني أن هنالك بعض الحالات لا يجوز فيها اتفاق الأطراف على التحكيم".

٢. عند الاتفاق على التحكيم يجب على الأطراف الالتزام بإجراء التحكيم في الدولة ووفقاً لإجراءات التحكيم المعمول بها فيها.

٣. كما منع المشرع الاماراتي ان يخضع أي تنازع بشأن العقد أو الإجراءات المتعلقة به لاي تشريعات غير معمول بها بالدولة.

وذهب المشرع أبعد من ذلك حيث أكد أن أي اتفاق على التحكيم يخالف الشروط الواردة في نص المادة (٤٥/ز) يعتبر "باطلاً، وكأن لم كن"، وهذا ما أكدته محكمة تمييز دبي في حكمها الذي جاء فيه "وأن النص في المادة الاولى من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٨ بشأن التحكيم على تعريف التحكيم بأنه وسيلة ينظمها القانون يتم من خلالها الفصل بحكم ملزم في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة هيئة التحكيم بناء على اتفاق الاطراف ، والنص في المادة الثانية على أن تسري أحكامه على كل تحكيم يجرى في الدولة ما لم يتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام قانون تحكيم آخر شريطة عدم تعارضه مع النظام العام والآداب ، وعلى كل تحكيم ناشئ عن نزاع بشأن علاقة قانونية عقديه كانت أو غير عقديه تنظمها القوانين النافذة في الدولة الا ما استثنى منها بنص خاص ، والنص في المادة الرابعة على الا ينعقد الاتفاق على التحكيم الا من الشخص الطبيعي الذي يتمتع بأهليه التصرف في الحقوق أو من ممثل الشخص الاعتباري المفوض في ابرام الاتفاق على التحكيم والا كان الاتفاق باطلاً"[٣٨].

وبصدور قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ أصبح هناك تنظيم للعملية التحكيمية، في المواد (٢١٨ – ٢٠٣) وذلك في الباب الثالث من ذات القانون، وقد ظلت هذه المواد

[٣٨] محكمة التمييز دبي، الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٠١٩ طعن تجاري، الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٢٦م.

قرابة خمسة وعشرين عاماً تحكم العملية التحكيمية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

ومن أبرز ما تضمنه هذا القانون تمييزه بين نوعين من التحكيم، وطريقة إيداع حكم التحكيم في كلا منهما حيث تنص المادة (٢١٣) الملغاة من قانون الإجراءات الاتحادي على أنه:

١- "في التحكيم الذي يتم عن طريق المحكمة يجب على المحكمين إيداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال الخمسة عشر يوماً الآتية لصدور الحكم كما يجب عليهم إيداع صورة من الحكم قلم كتاب المحكمة لتسليمها إلي كل طرف وذلك خلال خمسة أيام من كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع يعرضه على القاضي أو رئيس الدائرة حسب الأحوال لتحديد جلسة خلال خمسة عشر يوماً للتصديق على الحكم ويعلن الطرفان بها.

٢- وإذا كان التحكيم وارداً على قضية استئناف كان الإيداع في قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الاستئناف.

٣- أما في التحكيم الذي يتم بين الخصوم خارج المحكمة فيجب على المحكمين أن يسلموا صورة من الحكم إلي كل طرف خلال خمسة أيام من صدور قرار التحكيم وتنظر المحكمة في تصديق، أو إبطال القرار بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى"[٣٩].

ونظراً للتطور الاقتصادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وازدهار حركة التجارة العلاقات الدولية التجارية، وما يستجد منها، من أجل ذلك صدر القانون رقم (٦) الدولية، أصبح من الأهمية بمكان، وجود قانون ينظم العملية التحكيمية، ومواكبة لسنة ٢٠١٨م، والذي استمد قواعده من القانون النموذجي (الأونسيترال) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥، وقد نظم

[٣٩] تم إلغاء المواد من (٢٠٣) إلي (٢١٨) من القانون الاتحادي بشأن الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ والمتعلقة بالتحكيم، بموجب المادة (٦٠) من قانون التحكيم الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨م.

التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة من خلال (٦٠) مادة، غطت كافة جوانب العملية التحكيمية ومراحلها.

ومن أهم ما يميز قانون التحكيم الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨، ما يلي:

١- يتيح القانون إمكانية عقد الجلسات عن طريق الانترنت، وبالتالي لا يتطلب حضور الأطراف، أو المحكمين، وما يترتب على ذلك من توفير في تكاليف العملية التحكيمية. وتأكيداً لذلك نصت المادة (٢٨/ب) من ذات القانون على أن لهيئة التحكيم ما لم تفق الأطراف على غير ذلك "عقد جلسات التحكيم مع الأطراف او المداولة عن طريق وسائل الاتصال والتقنيات الإلكترونية الحديثة، وتقوم هيئة التحكيم بتسليم أو إرسال محضر الجلسة الى الأطراف". وكذلك المادة (٣/٣٣) من قانون التحكيم الجديد والتي تنص على جواز عقد الجلسات من خلال وسائل الاتصال، الحديثة التي لا تتطلب حضور الأطراف بشكل شخصي للجلسات وجاء فيها "يجوز عقد الجلسات من خلال وسائل الاتصال الحديثة التي لا تتطلب حضور الأطراف بشكل شخصي للجلسات".

٢- يزود قانون التحكيم هيئة التحكيم إمكانية إصدار أحكاماً وقتية، أو في جزءا من الطلبات، قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة، وقابلية هذه الأحكام الوقتية للتنفيذ أمام المحاكم بموجب نظام الأوامر على عرائض الصادرة من المحكمة المختصة

٣- أصبح لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الأطراف أن تطلب المساعدة من المحكمة للحصول على أية أدلة للإثبات، وللمحكمة في حدود سلطتها أن تأمر بتنفيذ الطلب، وبحضور الشهود أمام هيئة التحكيم.

٤- لهيئة التحكيم الاستماع للشهود بمن فيهم شهود الخبرة، من خلال وسائل الاتصال الحديثة.

٥- ينعقد الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون، إلى المحكمة المختصة، أصلاً بنظر النزاع، سواء كانت تابعة للقضاء الاتحادي أو المحلي، أما اذا كان التحكيم تجارياً دولياً فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف الاتحادية في أبوظبي.

٦- معاملة أطراف العملية التحكيمية على قدم المساواة، وتهيأ لكل منهم فرصة متكافئة لعرض طلباته ودفاعه.

٧- منح القانون هيئة التحكيم سلطة البت في أي دفع يتعلق بعدم اختصاصها.

٨- العمل على إصدار ميثاق عمل للمحكمين بالتنسيق مع المؤسسات التحكيمية في الدولة، بالإضافة إلي اعداد قوائم بأسماء المحكمين الذين يجري الاختيار من بينهم"[٤٠].

وجا في القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٧ بشأن النظام المالي لحكومة أبو ظبي في المادة (٥٢) الخاصة بإلغاء القوانين انه "يُلغى القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠٠٦ بإصدار النظام المالي لحكومة إمارة أبو ظبي، والقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن عقود واتفاقيات الإنشاء في مجال المقاولات المدنية والقانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨ في شأن المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات لإمارة أبو ظبي على أن يستمر العمل بالأنظمة واللوائح والقرارات المنفذة والمكملة لها فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون لحين إصدار اللوائح والقرارات المنفذة لأحكام هذا القانون". ووفقاً لهذا النص فان دليل المشتريات والمناقصات والمزايدات صادر بموجب احكام القانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ في شأن المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات لإمارة ابوظبي ما زال سارياً وهو ما اعطى المتنازعين اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية حيث نصت المادة (٤٧) الادعاءات والمنازعات على:

[٤٠] مخلوف، أحمد. والقهالي، فؤاد. (٢٠١٩). الوجيز في شرح قانون التحكيم الاتحادي رقم ٦ لسنة ٢٠١٨، الامارات: الافاق المشرقة ناشرون.

١. إن الادعاء هو طلب مكتوب أو مطالبة من قبل أحد الأطراف المتعاقدة بغية نيل حق في مبلغ معين أو تعديل أو تفسير لشروط العقد أو إعفاء من التزام ذو صلة بالعقد.

٢. يجب على الدائرة المعنية حل المشاكل التعاقدية بالتراضي قدر الإمكان وبذل الجهد لتقريب وجهات النظر لفض المنازعات والخلافات لتفادي تقديم ادعاءات. وإذا لم يتم التوصل إلى اتفاق مع المقاول يتم حل النزاع وفقاً لشروط العقد فإذا تعذر الاتفاق وديا على حل النزاع فإن للطرفان حق اللجوء إلى القضاء، ويجوز لطرفي العقد اللجوء إلى التحكيم سواء في بنود العقد الأصلي أو باتفاق مستقل.

٣. يجب أن يحرر امر تعديل لكل ادعاء يتم تسويته ويتفق عليه ويعتمد امر التعديل طبقا للصلاحية المحددة في نظام تفويض الصلاحيات"[٤١].

ومن خلال هذا النص يمكننا القول "ان المشرع المحلي في إمارة أبو ظبي أجاز اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات التعاقدية في العقود التي تبرمها الدوائر والجهات الحكومية في حكومة أبو ظبي إلا أن النص السابق لم يحدد أهلية من يملك حق إدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي أو باتفاق مستقل وظاهر النص وواقع الحال يقول بان من يملك ذلك هو من يملك صلاحية التوقيع على العقد طبقا للصلاحية المحددة في نظام تفويض الصلاحيات، وهو أمر محل نظر في رأينا ذلك أن من يملك حق الاتفاق علي التحكيم هو من يملك أهلية التصرف في الحق محل النزاع"[٤٢]. وسندنا في ذلك الحكم الصريح الوارد في المادة (٤) من قانون التحكيم رقم ٦ لسنة ٢٠١٨ المشار إليه، والتي جاء فيها

[٤١] دليل المشتريات والمناقصات والمزايدات صادر بموجب احكام القانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ في شأن المشتريات والمناقصات والمزايدات والمستودعات لإمارة ابوظبي، المادة (٤٧).

[٤٢] إبراهيم، خالد حسن أحمد. ٢٠١٨. التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات، العدد ٤، الامارات، ص٢٤٨.

"لا ينعقد الاتفاق على التحكيم إلا من الشخص الطبيعي الذي يتمتع بأهلية التصرف في الحقوق أو من ممثل الشخص الاعتباري المفوض في إبرام الاتفاق على التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً. لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. في الأحوال التي يجيز فيها هذا القانون للأطراف الاتفاق على الإجراء الواجب اتباعه للبت في مسألة معينة، فيجوز لكل منهم تفويض الغير لاختيار هذا الإجراء أو البت فيه، ويعتبر من الغير في هذا الشأن: كل شخص طبيعي أو مؤسسة تحكيم داخل الدولة أو خارجها. لا ينتهي اتفاق التحكيم بوفاة أحد الأطراف، أو انقضاؤه ويمكن تنفيذه بواسطة الخلف القانوني لذلك الطرف أو في مواجهته ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

أما بالنسبة لإمارة دبي فقد جاء في القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٢٠ بشأن العقود وإدارة المخازن في حكومة دبي، في المادة (١٢٠) فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات نصت على:

أ. يجب أن يتضمن العقد تحديد القانون الواجب التطبيق، وآلية التسوية الودية للمنازعات التي يمكن أن تنشأ بين أطرافه.

ب. في حال عدم التوصل إلى التسوية الودية للمنازعات الناشئة بين أطراف العقد، تختص محاكم الإمارة، بما في ذلك محاكم مركز دبي المالي العالمي، بنظر المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد، به ويتحدد اختصاص هذه المحاكم وفقاً للتشريعات السارية في الإمارة.

ج. يجوز لأطراف العقد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، وفي هذه الحالة يحظر إيراد أي نص في العقد على إجراء التحكيم خارج الإمارة، أو إخضاع أي خلاف بشأنه لأي قواعد أو إجراءات متعلقة لأي

تشريعات أو قواعد خلاف التشريعات والقواعد السارية في الإمارة، ويعتبر كل شرط يخالف أحكام هذه الفقرة قابلا للإبطال وغير ملزم، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك.

د. يحظر إيراد أي نص في العقد على الالتزام بشروط العقد الدولي (فيدك) أو أي من هذه الشروط سواء بمجرد الإشارة إليها، أو إلحاقها بالعقد.

هـ. على الرغم مما ورد في الفقرات (ب) و(ج) و(د) من هذه المادة، وحيثما اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولأسباب استثنائية، يجوز بموافقة مسبقة من الحاكم أو من يفوضه إعفاء الجهة الحكومية من الاختصاص القضائي المشار إليه في الفقرة (ب) من هذه المادة، وأحكام الحظر المشار إليها في الفقرتين (ج) و(د) من هذه المادة"[٤٣].

وتلاحظ الباحثة ان حكومة دبي نصت في هذه المادة في الفقرة الأخيرة (هـ) على جواز اعفاء الجهة الحكومية من التحكيم المشار اليه في الفقرة (ج). وهو ما يناقض مبدأ المشروعية الذي يعتبر أحد أهم مبادئ القانون الإداري وتعتبر معاملة تفضيلية للجهة الحكومية

يعرف مبدأ المشروعية بأنه "خضوع الدولة كلياً، حكاماً ومحكومين لقواعد القانون القائم فيها، بحيث تتوافق التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة ومواطنيها مع قواعد قانونية موضوعة أو قائمة من قبل"[٤٤].

وعرف الفقيه هوريو مبدأ المشروعية بأنه "خضوع جميع المصادر القانونية لهذا المبدأ الذي يقوم على أساسه على فكرة سيادة القانون على كافة المصادر الأخرى، وخضوع الأف ا رد والهيئات

[٤٣] الجريدة الرسمية لحكومة دبي، القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٢٠ بشأن العقود وإدارة المخازن في حكومة دبي، السنة ٥٤، العدد ٤٩٣، ٨ ديسمبر ٢٠٢٠م.

[٤٤] بدران، محمد محمد. ١٩٨٥. رقابة القضاء على اعمال الإدارة. مصر: دار النهضة العربية. ص١١

الاجتماعية كافة لجميع القواعد القانونية في هذا الإطار الشرعي"[٤٥]. ويعتبر الدستور مصدراً هاماً للمشروعية بصفة عامة والمشروعية الادارية بصفة خاصة، اذ تلتزم به جميع الهيئات الموجودة في الدولة بما فيها السلطة التنفيذية، وأحكامه نافذة في مواجهة الجميع حكاما ومحكومين، وتحتل القواعد الدستورية قمة الهرم القانوني في الدولة، وبذلك تعد القواعد الدستورية المرجع الاول لمشروعية ودستورية اعمال الادارة، ومخالفتها يوصم هذه الاعمال بعدم المشروعية ويجعلها جديرة بالإلغاء، وتعرف القواعد الدستورية بأنها مجموعة من القواعد القانونية الرئيسية التي تحدد وضع الدولة، وتبين شكل الحكومة وتنظم السلطات الاساسية في الدولة وتحدد اختصاصات كل منها والعلاقة بينها، وتعين حقوق الافراد وواجباتهم. وقد جاءت المادة (١٠١) من الدستور الاماراتي على أن "أحكام المحكمة الاتحادية العليا نهائية، وملزمة للكافة. وإذا ما قررت المحكمة عند فصلها في دستورية القوانين والتشريعات واللوائح، أن تشريعاً اتحادياً ما جاء مخالفاً لدستور الاتحاد، أو أن التشريع أو اللائحة المحلية موضوع النظر يتضمنان مخالفة لدستور الاتحاد أو لقانون اتحادي، تعيّن على السلطة المعنية في الاتحاد أو في الإمارات بحسب الأحوال، المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لإزالة المخالفة الدستورية، أو لتصحيحها"[٤٦].

ولما كان مبدأ المشروعية يهدف أساساً إلى ضمان سلطة الدولة واستقرار أوضاعها الإدارية والحفاظ على انتظام أعمالها الإدارية ونشاطاتها المختلفة، لذلك فلا يجوز للقوانين ولا للتشريعات الأخرى بما في ذلك القرارات التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية أن تتعارض مع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية أو تخالفها. وإذا وجدت الإدارة نفسها مضطرة إلى مخالفة القانون فإن عليها، عند ذلك، أن تتوجه إلى السلطة التشريعية لتقنين ذلك، وإيجاد العذر المبرر للتصرف حيال الأمر الواقع، لا أن تتجاوز

[٤٥] علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة: دراسة مقارنة. مصر: بدون دار نشر. ص١٣

[٤٦] الدستور الدائم لدولة الامارات العربية المتحدة لعام ١٩٩٦م

حدود القانون، لأن القانون كما يقرره الفقه إنما شرع ليحكم الظروف العادية والظروف الاستثنائية على السواء، ولا سبيل لتبرير تصرفات الإدارة المشوبة بعيب مخالف للقانون، فالبحث عن مثل هذا التبرير من شأنه أن يؤدي إلى الفوضى أو إلى الاستبداد كما تقرره المقولة العظيمة "عندما ينتهي حكم القانون تبدأ الفوضى ويبدأ الطغيان".

هذا وان "مشروعية القرار الإداري أو عدم مشروعيته تتقرر من خلال القوانين النافذة وقت صدوره، وأما تصرف الإدارة تجاه حق مكتسب فلا يكون إلا بنص قانوني"[٤٧].

ومن خلال ما سبق بيانه ترى الباحثة ان المشرع الاماراتي سواء كان محلي أو اتحادي قد اكد على التحكيم كأحد الوسائل القضائية التي يلجأ اليها الأطراف المتنازعين في العقود الإدارية، الا انه في التشريعات المحلية أعطى الحاكم المحلي الحق في اعفاء الجهة الحكومية من الاختصاص القضائي أو التحكيم، وتعتبر الباحثة أن هذه مخالفة صريحة لمبدأ المشروعية الذي يعتبر أحد أهم أركان القانون الإداري.

المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

لقد اختلفت وجهات النظر وتباينت حول جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ونتج عن ذلك جدل واسع لكونه من الموضوعات الجديدة المستحدثة. ولو تطرقنا النظر إلى موقف الفقه والقضاء وآرائهما المتباينة المختلفة، نجد أنّ هناك اختلافاً وتبايناً في وجهات النظر، من بين مؤيد ومعارض فهناك من أجاز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وهناك من عارض[٤٨].

---

[٤٧] يس، عبدالرزاق حسين. ٢٠٠٨. المدخل لدراسة القانون: نظرية القانون: الجزء الأول. الامارات: أكاديمية شرطة دبي. ص٣٣٥-٣٣٦

[٤٨]. عبد الهادي، بشار. ٢٠٠٥. التحكيم في منازعات العقود الإدارية. عمان، الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ص٥٣.

بناءً على ذلك سوف يتناول هذا المبحث المواقف المتباينة حول موضوع موقف الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود إدارية، وذلك في مطلبين

المطلب الأول: الإتجاه الفقهي القضائي المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

لقد ثار اختلاف حول موضوع جواز وإمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فظهر في ذلك اتجاهان أحدهما أجاز التحكيم في العقود الإدارية، وأمّا الإتجاه الثاني إعترض على ذلك، وقد استند أنصار كل هذين الإتجاهين على جملة من الأسانيد[٤٩]

وبالتالي سيقوم الباحث في هذا المطلب بتبيان ودراسة الإتجاه المعارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية (موقف الفقه والقضاء المعارضان)، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: موقف الفقه المعارض لفكرة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى رفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية، واستند هذا الإتجاه إلى مجموعة من الأسانيد والدلائل. ونظراً من فكرة الثوابت الوطنية وانطلاقاً منها، حيث يرى أنّ تطبيق نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية يتعارض مع الثوابت الوطنية التي يقوم عليها القانون العام بصفة عامة، إلى جانب القوة الأخرى والدعائم التي يعتمد عليها القانون الإداري بصفة خاصة. كما يرجع عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم لهذا الإتجاه إلى أسباب أخرى التي تندرج جميعها تحت مظلة واحدة وهي المبادئ العامة للقانون.[٥٠]، وهذا ما سنبحثه ونبينه تباعاً من خلال ما يأتي:

١- أنّ نظام التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة

---

[٤٩]. عبد الهادي بشار. مرجع سابق، ص٦٧.

[٥٠]. عبد الهادي، بشار. مرجع سابق، ص٧٣.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ التحكيم في حقيقته يعتبر سلبًا وعدوانًا على الاختصاص الوطني الذي يعدّ ركنًا متينًا ومظهرا أساسيًا لسيادة الدولة، والدولة لا تقبل إلاّ لحكم القضاء الرسمي ولا تخضع إلاّ له، الذي يحكم بدوره من الدستور والقانون. [٥١]

كما يرى أنصار هذا الاتجاه بأنّ التحكيم يستبعد تطبيق نظام الدستور والقانون الوطني ويؤيد إلى تطبيق القانون الأجنبي. وسماحه للمحكم باستبعاد الدستور والقانون الوطني من التطبيق على النزاعات أو النزاع محل التحكيم لأنّه باتفاق الخصوم على التحكيم تتجه ميولهم وإرادتهم إلى سلب النزاع من قضاء الدولة.[٥٢]

نظراً لما سبق ذكره فإنّ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية يؤدّي إلى المساس بسيادة الدولة، لأنّه يسلب اختصاص القضاء الوطني، كما يسمح للمحكم بأنّ يستبعد تطبيق القانون الوطني لحل النزاع.

٢- اللجوء إلى التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الوطني

كما يرى أنصار هذا الاتجاه بأنّ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود إدارية اعتداء على اختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، وبالتالي فإنّ اللجوء إلى التحكيم يؤدّي إلى أخذ هذا المظهر من مظاهر السيادة وسلبه من الدولة. وأنّه عند اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية، فإنّه يتم نقض وخرق مبدء الفصل بين السلطات، حيث يلزم على جميع السلطات

---

[٥١]. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠٠٢. التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية: دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة. مصر: دار الفكر الجامعي. ص٣٣.

[٥٢]. شعبان، علي إبراهيم إبراهيم. ٢٠١٧. مدى تأثر التحكيم في العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة بالتطبيق على النظام السعودي. مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية. المجلد ٣٣. العدد ٧. مصر. ص٣٤٢.

ان تنهض وتقوم بالمهمة الموكولة إليها، وإنّ مسؤولية النظر بالنزاعات موكولة إلى السلطة القضائية، وبالتالي فلايجوز للدولة أن تكون طرفاً في النزاعات الإدارية ولا تقوم أيضًا باللجوء إلى قضائها.[٥٣]

بناءً على ذلك فإنّه إذا تم السماح باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ستنتج من ذلك آثار سلبية على الدولة والقضاء كعدم اختصاص القضاء الإداري بنظر تلك المنازعات أو النزاعات الإدارية، والذي يعد مخالفة واضحة صريحة لمبدأ تفريغ الاختصاص وتوزيعها بين أصحابها الشرعيين (السلطات الإدارية والقضائية) والذي يسعى لمنع القضاء العادي من النظر في النزاعات الإدارية[٥٤].

٣- تباين فكرة التحكيم مع فكرة النظام العام والتعارض بينهما

اعتمد أصحاب هذا الرأي و الإتجاه على فكرة النظام العام كأعمدة أساسية لرفض مشروعية اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الإدارية، كونها تندرج تحت النظام العام وتتعلق به، وتسعى إلى تحقيق المصالح العامة، ومن ثم تتجلى عند أنصار هذا الرأي عدم جواز التحكيم، بالإضافة إلى أنّ القواعد الخاصة المتعلقة بالاختصاص النوعي التي هي من النظام العام. كما أنّ توزيع الاختصاص بين جهتين القضاء الإداري والعادي تتعلق بالنظام العام، ومن ضمنها القواعد المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية (منازعات العقود الإداري) بناءً على ذلك فإنّه لا يجوز للإدارة أن تتفق

---

٥٣. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠٠٢. التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية: دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة. مصر: دار الفكر الجامعي. ص٤٠.

٥٤. محي الدين، أبو مصطفي علاء. ٢٠١٢. التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم. مصر: دار الجامعة الجديدة. ص١٩٠.

مع المتعاقد معها على ما يعارض هذه الأسس والقواعد ويخالفها وإلاّ كان الاتفاق ملغى وباطل.[٥٥]

كما ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنّ المنفعة العامة مقدمة على المنفعة الخاصة والمصلحة العامة على الخاصة، وهذه فكرة النظام العام في القانون الإداري. كما يرى هؤلاء تغليب هذه الفكرة على العقود الإدارية، وبالتالي فإنّهم يرون عدم التحكيم بشأنها إلاّ بنص واضح صريح من المشرع.[٥٦]

نظرا للأدلة والحجج السابقة التي استند إليها الفقه المعارض للتحكيم لا تعتبر دليلاً صافيًا ولا تعدّ مبررا كافيا لمنع جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، إذ أنّه بدلا من حظر اللجوء إلى التحكيم لقطع نزاعات أو منازعات أشخاص القانون العام وحسمها، فمن الممكن تصحيح وتعديل قواعد وأسس الاختصاص المنظمة للولاية القضائية بالطعن في أحكام التحكيم ينعقد الاختصاص بنظرها للجهة المسؤولة أصلاً بنظر النزاعات أو النزاع.[٥٧]

الفرع الثاني: موقف القضاء المعارض للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

لقد اختلفت وجهات النظر وتباينت لدى القضاء حول مدى جواز ومشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقود الإدارية، ولا يزال جانب من القضاء يعارض ويرفض اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية. ولقد عبر احد العلماء عن ذلك في قوله "لايزال هناك فقه قديم لم يهجر إلى الآن، يحظر على الجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها".[٥٨]

---

[٥٥]. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠٠٨. التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية. مصر: المركز القومي للإصدار القانونية. ص٧٦.

[٥٦]. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. مرجع سابق. ص٧٩.

[٥٧]. خليل حماد، أشرف محمد. ٢٠١٠. التحكيم في منازعات الإدارية وآثاره القانونية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.ص.٣٤.

[٥٨]. عكاشة، حمدي ياسين. موسوعة العقود الإدارية والدولية– العقود الإدارية في التطبيق العملي.ص١٣١.

بناءً على ذلك سنقوم بتسليط الضوء على موقف القضاء المعارض للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مصر (عدم الاستقرار القضائي نحو التحكيم)

لقد ذهب جانب من القضاء المصري إلى عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، إذ أيّدت محكمة القضاء الإداري في مصر جواز التحكيم، وذلك قبل صدور قانون رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤م في حكمها الصادر في ١٨/٥/ ١٩٨٦م. ثم قضت المحكمة الإدارية العليا بعد ذلك في مصر بحكمها الصادرفي عام ١٩٩٠/٢/٢٠٠٣م بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في المنازعات الإدارية العقدية التي تبرمها تأسيساً على أنّ مجلس الدولة يتميز وحده ويختص ايضاً وحده دون سواه بالحسم والفصل في النزاع الناشئ عن النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية طبقاً ووفقاً للقانون.[٥٩]

وكذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه بأنّ التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية يعدّ اعتداء وعدواناً على اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاعات الإدارية، لأنّ التحكيم من شأنه تعارض ورفض القانون الوطني واستبعاده، وتطبيق قانون أجنبي بدلاًمنه.

كما أنّ مواقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة تباينت حول منع اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، في بداية الأمر أجازت التحكيم في العقود الإدارية،

[٥٩]. حكم المحكمة الإدارية العليا-جلسة-٢٠-٢-١٩٩٠م، لسنة ٣٢ق. مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لعام ٣٥ق، العدد الأول، ١٩٩٥م. ص١١٤٣. أشار إلى ذلك حماد، أشرف محمد. التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية. ص٤٤.

لكن بعد ذلك عدلت من ذلك بعد صدور قانون رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤م وأفتت بعدم صحة اللجوء إلى التحكيم أو عدم صحة شرط التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.[٦٠]

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنّ إجازة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية[٦١] تتطلب دليل واضح ونص صريح وعمل تشريعي يجيز ذلك بضوابط معلومة وقواعد محددة وأسس منتظمة.[٦٢]

نظراً لما سبق ذكره تتجلى لنا موقف القضاء في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، إذ ظهرت القليل من الحجج والأسانيد التي جعلت جانباً قليل من القضاء يسعى لرفض اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

المطلب الثاني: الإتجاه المؤيد للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

وهو النقيض من الإتجاه السابق ذكره في مطلب السالف، وذهب هذا الاتجاه إلى إجازة الاتفاق على التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية باعتبار أنّه ليس هناك ما يمنع إدخال هذا الشرط وإدراجه في العقود الإدارية. حيث برزت الكثير من الأدولة والأسانيد التي جعلت جانباً كبيراً من الفقه والقضاء يتجهان إلى تأييد وإجازة فكرة اللجوء إلى التحكيم في فض وحسم المنازعات الإدارية العقدية، وهذا ما سنتطرق عليه تباعًا على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

استند أصحاب هذا الاتجاه على الحجج والأسانيد والأسباب النظرية والحقائق الواقعية إلى جواز

---

[٦٠]. خليل حماد، أشرف محمد. ٢٠١٠. مرجع سابق. ص٤٧

[٦١]. جمعة، صفاء فتوح. ٢٠١٤. العقد الإداري الاكتروني، المنصورة: دار الفكر والقانون. ص٢١٤.

[٦٢]. خليل حماد، أشرف محمد. مرجع سابق. ص٥٦

اللجوء في التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ولذا سنعرض الحجج والأسانيد والأسباب التي استند عليها هذا الاتجاه لتبرير موقفه، وذلك فيما يلي:

أولاً: الأسباب النظرية والحقائق الواقعية التي تجيز اللجوء إلى التحكيم وتبرره

وتتجلى هذه الأسباب والحقائق في أنّ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يتعارض مع أي تأصيل تاريخي أو اجتماعي أو اقتصادي أو سياسي وغيره، وكذلك ليس فيه اي انتقاص من سيادة الدولة، ولا يتنافى مع أي مصدر من مصادر التشريعي الرسمي وغير الرسمي[٦٣] والقواعد الأصولية العامة. حيث أنّ المشرع الوطني هو الذي ينظم إجراءات التحكيم ويسمح به بمقتضى القوانين الداخلية، وحتى وإن لم يكن التحكيم إجباريا يعني وإن كان إختياريا، ويلزم من تدخل المشرع لإقرار اللجوء إلى التحكيم لأنّ إرادة الأطراف ليست كاملة وكافية.[٦٤]

وبالتالي فإنّ التحكيم في العقود الإدارية مشروع وجائز لعدم وجود أي دليل أو سند قانوني يمكن من خلاله منع التحكيم ورفضه، وعليه فإنّه لا يجوز لنا استخلاص أي نص قانوني جازماً وقاطعًا يمكن من خلاله رفض اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية[٦٥].

ثانيًا: إنّ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية يوفر المال والزمن والجهد في النزاعات التي يكون فيها الطرف الأجنبي، حيث يجد في الغالب اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية.[٦٦]

---

[٦٣]. عبد الهادي، بشار. ٢٠٠٥. مرجع سابق، ص٦٩.

[٦٤]. وليد، محمد عباس. ٢٠١٠. التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديد. ص١١٠.

[٦٥]. الشريف، عزيزة. ١٩٩٣. التحكيم الإداري في القانون المصري. القاهرة: دار النهضة العربية. ص١٠٩.

ثالثًا: اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية مشروع وجائز طبقًا ووفقًا للقانون.[٦٧]

فالنزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية والمترتبة على تطبيق وتنفيذ بنوده وإن كانت ذات طابق فريد ومرتبة خاصة، إلاّ أنّه لا فرق بينها وبين غيرها من المنازعات التي قبلتها القوانين وأجازتها، مثل القانون المصري الذي جاء ملبية للدعوات المتكررة واستجابة للنداء المستمرة من الفقهاء والقضاء والصادر بموجب القانون رقم (٤٨) لعام ٢٠١١م والذي ألّف التحكيم ونظّمه أي التحكيم الداخلي والخارجي ورتبه ترتيباً ملائمًا يتماشى مع التطورات الراهنة وينسجم معها في كلّ الحالات، وكذلك قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية والمصرية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م حيث أيّد التحكيم وأجازه بين أطراف القانون (قانون العام أو الخاص) بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية سواء كانت مدنية أو إدارية أو غيرهما"[٦٨].

وفقًا للأسس والقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية والقانون التجارية الليبي، لم يكن هناك ما يحظر ويرفض أطراف العقود الإدارية من إدخال شرط التحكيم وإدراجه تحت أو ضمن بقية ضوابط وشروط العقد مثله في أي عقد آخر في مجال القانون الخاص.[٦٩]

كما نفت المحكمة العليا الليبية بوجود نص في الدستور أو القانون يمنع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، قالتها المحكمة في حكمها الصادر بجلسته ٥/٤/١٩٧٠م[٧٠].

---

[٦٦]. وليد، محمد عباس. ٢٠١٠. التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية. مرجع سابق. ص١١٤.

[٦٧]. عكاشة، حمدي ياسين. ١٩٩٨. موسوعة الإدارية والدولية. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص١٤٣.

[٦٨]. عكاشة، حمدي ياسين. ١٩٩٨. موسوعة الإدارية والدولية. الإسكندرية: منشأة المعارف. المرجع السابق. ص١٤٣

[٦٩]. الشيباني، عمر مفتاح. ٢٠٠٦. مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري. رسالة ماجستير. جامعة القاهرة. مصر. ص١١٥.

رابعاً: عدم التعارض بين التحكيم والاختصاص الأصل للقضاء بنظر المنازعات الإدارية العقدية.

إنّ اختصاص الأصل للقضاء بنظر المنازعات الإدارية العقدية لا يمنع إمكانية اللجوء إلى التحكيم ولا يستبعد ذلك، لأنّ هيئة التحكيم تلتزم باحترام المبادئ الأساسية التي تستسلم لها الدعاوى وتخضع لها أمام القضاء ويحرم عليها مخالفة الشروط والضوابط الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وأما في حالة تعارضها ومخالفتها لهذه الضوابط والشروط يجوز للجهة أو الطرف المتضرر الطعن في حكم التحكيم بالفساد والبطلان، وذلك بسبب خروجها عن هذه القواعد والضوابط.[٧١]

الفرع الثاني: موقف القضاء المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

خلافًا لما ذهب إليه القضاء المعارض في التحكيم، فإنّه أيّد جانب كبير من القضاء فكرة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في فض المنازعات الإدارية العقدية وكان الأنصار هذا الاتجاه صداه في الأوساط القانونية والنظم القضائية عند العديد من الدول.

بناءً على ذلك فإنّ الباحث سيعرض موقف القضاء المؤيد من بعض تلك الدولة في هذا الفرع.

أولاً: موقف القضاء المصري

بيين القضاء المصري ميوله إلى جواز اللجوء للتحكيم لفض وحسم المنازعات الإدارية العقدية، وفي ظل قانون التحكيم المصري الجديد رقم ٢٧-لعام ١٩٩٤م والمعدل بموجب القانون رقم٩-١٩٩٧م حيث أنّ محكمة القضاء الإداري المصرية بينت ذلك وتأكدت ذلك أيضا بحكمها في الدعوى المقامة من وزير

---

٧٠. ينظر حكم المحكمة العليا الليبيةفي الطعن الإداري رقم ١٧/١ وجلسته ١٩٧٠/٤/٥م. منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد (٤) السنة السادسة. ص.١٩.

٧١. حماد، أشرف محمد. ٢٠١٠. التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.ص.٥٤.

الأشغال بصفته خصم الممثل القانوني لجملة الشركات أو مجموعة المؤسسات الأروربية وضده.[٧٢]

لقد ورد في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رفض دعوى المدعى وطلبه ببطلان حكم هيئة التحكيم في الدعوى لعدم اختصاص تلك الجهة أو الهيئة بنظرها لتعلقها بعقد إداري، وهو عقد أشغال عامة والذي ينعقد الاختصاص بنظر منازعاته لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون سواه.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى جواز الاتفاق على فض المنازعات الإدارية العقدية وتسويتها تحكيماً وفق وضوبط أحكام قانون التحكيم رقم ٢٧-١٩٩٤م، حيث أجاز هذا القانون التحكيم ومنح المحكم سلطة الحكم في النزاع الإداري.[٧٣]

ثالثًا: موقف القضاء المؤيد الليبي

فإنّ القضاء الإداري الليبي أجاز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، وذلك استجابة لمتطلبات الضرورة ومقتضياتها التي قد تستوجبها عقود بعض الهيئات أو الجهات الإدارية العامة، متى دعت المنفعة والمصلحة العامة ذلك، وهذا الذي جاء في حكم المحكمة العليا الليبية وقررته في كثير من المسائل والقضايا المعروضة عليها خاصة في حكمها الصادر في جلسة ٥-٤-١٩٧٠م.[٧٤]

كما أيدت المحكمة العليا الليبية مبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك في حكمها الصادر بجلسة ٢-٥-١٩٧١م والذي جاء فيه (إنّ اشتراط الطرفان في العقد الإداري في إحالة كل نزاع

---

[٧٢]. محكمة القضاء الإداري المصري، قانون رقم -١٤٨٨-لعام-١٨-١-١٩٩٦م. أشار إلى ذلك خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠٠٨. التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولي. مرجع سابق. ص٩٤.

[٧٣]. محكمة القضاء الإداري المصري، قانون رقم -١٤٨٨-لعام-١٨-١-١٩٩٦م. أشار إلى ذلك خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠٠٨. التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولي. مرجع سابق. ص٩٤.

[٧٤]. مجلة المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم-١-١٧ق- جلسة-٥-٤-١٩٧٠م السنة السادسة-العدد٤-يوليو،١٩٧٠م. ص٢٢.

ينشأ حول تطبيق العقد وتنفيذه إلى محكم لا يغير من اختصاص المحكمة العليا في نظر دعوى الخبرة التمهيدية لأنّ جميع الاختصاص في العقود الإدارية ينعقد أصلاً لمحكمة العليا.

ونظراً لما سلف ذكره من الأحكام حول موضوع التحكيم ظهر لنا بأنّ القضاء الإداري الليبي بين موقفه بمشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بل يعّد من أنصار هذا المبدأ والاتجاه، وهذا ما قررته المحكة ويتجلى في حكمها الصادر بجلسة ٥-٤-١٩٧٠م، الذي ورد فيه (أنّ القانون الليبي ليس فيه أي نص مانع يحظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية)[٧٥].

رابعًا: موقف القضاء الأردني

كما أجاز القضاء الإداري الأردني اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الإدارية العقدية، لقد ورد في أحكامه في مجال نظر المنازعات الإدارية العقدية متضمنة ومنسجمة مع ضوابط وأحكام التشريع الخاص الذي يرتب قواعد التحكيم وينظمها، إمّا القانون رقم ١٨-لعام ١٩٥٣م أو القانون رقم ٣١-لعام ٢٠٠١م.[٧٦]

كما تأكد القضاء الأردني بثبات وترسيخ مبدأ مشروعية أو جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ولقد ظهر ذلك في بعض الأحكام والمسائل القضائية التي تمنح للإدارة الصلاحية في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، ويظهر ذلك في قرار التمييز المتعلق بالنزاعات الناشئة بين دائرة الجمارك التي هي صاحبة العلاقة بالقضية، أنّه يستفاد من أحكام المادة-٧٨-ب- من قانون الجمارك التي جائت فيها أو الذي تنص على (أنّه إذا ما حصل وقوع خلاف بين

[٧٥]. مجلة المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم-١١-١٨ق- جلسة-٢-٥-١٩٧١م سنة٨-العدد١-ص١٩.

[٧٦]. قرار تمييز حقوق رقم-١٥٩٧-٩٨-مجلة نقابة المحامين الأردنية- العدد٧- السنة١٩٩٩م.ص٢٢٦٨.

دائرة الجمارك وأصحاب العلاقة حول مواصفات ومعايير البضاعة ومؤسسها أو منشئها يرد الأمر ويحال إلى المدير حين ذلك، لكن إذا رفض صاحب العلاقة بالقرار الصادر فله الحق والصلاحية في اللجوء إلى التحكيم).[٧٧]

ونظراً إلى ذلك فإنّه يجوز لصاحب العلاقة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، ولا مكان أو مجال لاعتباره مقصراً أو مفرّطًا إذا لم يسلكه، ومن ثمّ تتجلى خضوع المنازعات الإدارية العقدية.

وكذلك لو تطرقنا النظر إلى ماسبق وأمعنا النظر فيه من آراء فقهية وقضائية (آراء المعارضين والمؤيدين) حول مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإدارية العقدية، لتبين لنا بأنّ عدم وجود نص قانوني صريح وقاطع لإجازة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية كان هو السبب الأول والرئيسي لوجود التباين والتعارض والاختلاف بين هذه الآراء يعني الاختلاف الفقهي والقضائي في شأن مشروعية أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية.

[٧٧]. قرار تمييز حقوق رقم-١٥٩٧-٩٨-مجلة نقابة المحامين الأردنية- العدد٧- السنة١٩٩٩م.ص٢٢٦٨.