الفصل الثالث

الأثار المترتبة على اتفاق التحكيم

المقدمة

لقد تكلّمت الباحثة عن مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الفصل السّابق، وبينت موقف التشريعات الوطنية المصرية والليبية والأردنية والإمارتية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية. وفي هذا الفصل سوف تبين الباحثه الأثار المترتبة على اتفاق التحكيم.

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل القانونية التي تتم بواسطتها الحسم أو الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني شخصين أو طرفين أو أكثر إمّا بواسطة شخص أو أكثر من الغير يستمدون قوتهم وسلطتهم من اتفاق أطراف النزاع. وكما أصبح التحكيم يمثل وسيلة بالغة الأهمية لتسوية المنازعات خصوصًا في مجال العقود الإدارية.[٧٨]

ومن المعلوم أنّ للتحكيم أيًا كان نوعه وصورته مميزات وآثار جوهرية ، منها آثار ايجابية وأخرى سلبية تمس سيادة الدولة، والأثر السلبي لاتفاق التحكيم وهو منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم، وهذا المبدأ كرسته الاتفاقيات والمعاهدات الوطنية أو الدولية المتعلقة والمتصلة

[٧٨]. الطماوي، سليمان. ١٩٩١. الأسس العامة للعقود الإدارية. القاهر، مصر: دار النهضة العربية. ص٢٨٣.

بالتحكيم وكذلك التشريع الوطني.[٧٩]

وأمّا الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم هو التزام أطرافه في الالتجاء إليه بعرض النزاع القائم أو المحتمل وقوعه على القضاء أو على محكمين بعد الاتفاق على ذلك وتحديد إجراءات التحكيم ومن ثم يقوم المحكم سلطة الحسم والفصل فيه أو أن يحدد المحكم نفسه إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق للأطراف عن ذلك.[٨٠]

بناءً على ذلك سوف نتناول في هذا الفصل الأثار المترتبة على اتفاق التحكيم: وذلك في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: تناول أثر التحكيم على الطبيعة القانونية للعقد، والمبحث الثاني: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية، المبحث الثالث: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري في الدولة. وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: أثر التحكيم على الطبيعة القانونية للعقد

تناول هذا المبحث موضوع أثر التحكيم على الطبيعة القانونية للعقد وذلك في مطلبين، تناول المطلب الأول أثر التحكيم على خصائص العقد الإداري، والمطلب الثاني: أثر التحكيم على منازعات العقود الإدارية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: أثر التحكيم على خصائص العقد الإداري

وعرف محمد الصغير العقد الإداري بأنّه "العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد

---

[٧٩]. الطماوي، سليمان. مرجع سابق، ص٢٨٥.

[٨٠]. الطماوي، سليمان. مرجع سابق. ص٢٨٥.

تسيير مرفق عام وفقًا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص".[٨١]

كما عرفه الطماوي بأنّه"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 شروطًا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام".[٨٢]

بناءً على التعريفان السابقان يفهم بأنّ العقد الإداري هو عقد لكي ينعقد صحيحًا ويكون نافذاً، وبالتالي لا بد أن تتوفر به أو فيه جملة من الضوابط والأركان الخاصة، كما يجب أن يتضمن جميع أركان وشروط العقد العامة المتمثلة في الرضا الكامل أو التام والمحل والسبب.

كما يفهم من هذا التعريفان السابقان بأنّ هذا العقد يعني العقد الإداري من أهم الطرق أو الوسائل التي تعتمد عليها الإدارة لضمان سير المرفق العام، ويلعب دورا بالغ الأهمية لصالح المجتمع يعنى العام، لأنّه يستهدف تحقيق مصالح العام دائمًا لاتحقيق مصالح الخاصة، لأنّ الدولة تكون طرفًا فيه أو أحد أطرافه يعني العقد، وعليه فإنّه لا تتعاقد باسم الأشخاص أو الأفراد وإنّما تتعاقد باسم الدولة أو الجماعة وتسعى لتحقيق مصالح الجميع أو العامة.

ومن ثم كان لزامًا على العقود الإدارية وما يترتب عليها من نزاعات أن تخضع حين تنفيذها، إلى نظام قانون خاص، يضمن لها طبيعتها الخاصة ويحفظها ويضمن كذلك من خلاله حقوق

---

[٨١]. بعلي، محمد الصغير. ٢٠٠٦. العقود الإدارية. القاهرة–مصر: دار النهضة العربية. ص١٠.

[٨٢]. الطماوي، سليمان. ١٩٩١. الأسس العامة للعقود الإدارية. القاهر، مصر: دار النهضة العربية. ص٣٠٦.

المتعاقدين والتزاماتهما ويبين مميزاتها وخصائصها التي تعتمد عليها، وهذا يتطلبه القانون، والمنطق خاصة إذا تطرقنا النظر إلى القوة الهائلة الكبيرة والسلطات الواسعة التي تمتلكها الإدارة وتتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها والتي لا توجد في القانون الخاص ولا مثيل لها فيه.[٨٣]

كما أنّ العقد الإداري يخضع للقضاء الحاسم أو الفاصل في المادة الإدارية ويجري أو يطبق عليه ضوابط القانون الإداري وأحكامه.[٨٤]

إنّ العقد الإداري يمثل نمطًا وأسلوبًا فريداً لممارسة الإدارة لأعمالها ونشاطها يتكل على التصرف الرضائي أو القانوني أو الاتفاق الودّي بين الإدارة والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، وذلك بغرض النهوض أو القيام بنشاطاتها خدمة للمنفعة المجتمع وتحقيق مصلحة العامة.[٨٥]

لقد تزايدت أهمية العقود الإدارية في ظل التقدم والتطور الاقتصادية المعاصرة أو الحديثة، كما تزايدت كأعمدة أساسية ووسيلة ملائمة لتحقيق في ظل الوطن أو الدولة نحو اقتصاد السوق، وكذلك اعتمادا عليها كوسيلة لتطبق وتنفيذ مشروعات بنيتها التحتة وسد حاجات المرافق العامة فيها بانتظام واطراد الأشباع الحاجات العامة أو الجماعية للأفراد، حيث أنّها ترتكز عملية إبرامها من طرق أشخاص القانون العام على أركان وضوابط لا تجد لها مثيلاً في غيرها من العقود المعاملات بين الأفراد.

وكذلك تتجلى مرراتها في أهمية هذه العقود يعني العقود الإدارية في تحقيق المصلحة الجميع أو

---

٨٣. الطماوي، سليمان. مرجع سابق. ص٣٦٥.

٨٤. بعلي، محمد الصغير. مرجع سابق. ص١٥.

٨٥. بعلي، محمد الصغير، مرجع سابق. ص٥٦.

العام، والتلبية بالاحتياجات المرافق العام والوفاء باحتياجات الجماعية عن سبيل الاتفاق الودّي والرضى بينها وبين الأشخاص المعنوية أو الأفراد.

كما تزايدت أهميتها حين تدخل الحكومة أو الدولة في كثير من المجالات التي كانت محدوداً وحكراً على النشاط الفردي، وإبرام الدولة العقود إدارية ذات طابع دولي.

وكذلك الجدير بالذكر هنا بأنّ أفضل الظواهر القانونية الحديثة أو المعاصرة ظاهرة الانفتاح على التحكيم واتساع جوانبه وآفاقه، باتساع وتنوع النشاط المالي والاقتصادي وبعبارة أخرى باتساع المعاملات المالية والاقتصادية وكذلك التجارية بين الدول من جهة وبين الدول والمؤسسات والشركات من جهة أخرى، كون معظم مشاريع التجاري أو مشاريع الاستثمار الوطنية العظمى يعدّ فيها العنصر الأجنبي ضروريًا،

ومن ثم فقد سعت مختلف النظم القانونية إلى قبول نظام التحكيم وإقراره أو تقريره في مجال المنازعات الإدارية العقدية التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفًا فيها.

كما أنّه من المعلوم أنّ نظام التحكيم يعمل على فض المنازعات أو النزاعات وحلها، كما يمنح للمتعاقد ثقة متزايد لدى إقدامه على إبرام عقد ضمن هذه العقود، وأمّا اللجوء إلى نظام التحكيم في العقود القانون الخاص لا يثير الكثير من الخلاف الواسع أو الجدل الدائرة والمشاكل القانونية إلاّ أنّ الأمر يختلف تمامًا بالنسبة لعقود القانون العام، حيث تتميز العقود الإدارية بطابع فريد وخاص بها، والذي يميزها عن العقود الأخرى، وبعهد للقضاء الحاسم في المادة الإدارية بنظر المنازعات التي تثور بشأنها وتخضع بصفة أولية وأساسية لضوابط القانون الإداري وشروطه.

وعليه فإنّ من شأن إجازة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية أن يؤثر بالسلب مميزاتها وخصائصها الذاتية وكذلك مركز الإدارة فيها.

ومع العلم بأنّ نظام التحكيم من أهم الوسيلة لحل المنازعات الإدارية العقدية بين اطراف الخصومة خاصة في مجال التعاملات المالية والتجارية، كما أنّ هذا النظام يعتمد على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية سواء في تعيين أو اختيار الهيئة التي تقوم به أو القانون الازم والواجب التطبيق على المنازعات أو النزاع.

الفرع الأول: المنازعات في العقود الادارية

(قضية متنازع فيها – المنازعة على سداد أتعاب المحكمين ومصاريف التحكيم)[٨٦]

الخصومة والمنازعة بين الاطراف – رفض أحد الخصوم سداد حصته من أتعاب المحكمين – رفض أحد الخصوم تسديد بقية الأتعاب بعد تهده بذلك.

الادعاء على هيئة التحكيم لعدم تسليم خكم التحكيم بسبب عدم تسديد أتعاب التحكيم – دراسة قضية تحكيمية وحكم محكيمي صادر بدولة الامارات العربية المتحدة- نظرة على قانون التحكيم الاماراتي الجديد (رقم ٦ لعام ٢٠١٨).

طبيعة النزاع الحاصل بين الخصوم.

خلاصة النزاع أن أحد المستثمرين الاجانب اشترى شقة سكنية من شركة تطوير عقاري مقرها امارة عجمان بدولة الامارات العربية المتحدة، ونص عقد شراء الوحدة السكنية على

[٨٦] قضية تحكيم المنازعات – دولة الامارات، الطعن ١٨ لسنة ٢٠١٩ طعن تجاري. تاريخ ٢١-٠٤-٢٠١٩.

مواصفات الوحدة السكنية ومساحتها ، بالاضافة الى شروط سداد ثمن الوحدة وموعد تسليم الوحدة، كما نص الاتفاق على الاجراءات الواجب اتخاذها لضمان نقل ملكية العقار وتسجيله حسب الوانين المرعية بالدولة.

تاريخ توقيع العقد هو ٢٠٠٨، وموعد تسليم اللوحدة السكنية منتصف عام ٢٠١٠ على أن تكون جاهزة للسكن وبشرط تسديد المبالغ المالية المتفق عليها بحسب شروط العقد...الخ، وبعد موافقة القاضي اودعت هيئة التحكيم المذكرة الجواية لدى المحكمة وطالبة بحجز القضية للحكم.

واستندت هيئة التحكيم على ماجاء بنص المادة رقم (٤٧) من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٨م. بشأن التحكيم في دولة الامارات العربية المتحدة، والقاضي منطوقها في البند الاول من المادة المشار اليها (مع عدم الاخلال بحق المحكمين في الرجوع على الاطراف بأتعابهم ومصاريفهم يجوز لهيئة التحكيم رفض تسليم حكم التحكيم النهائي للاطراف في حال عدم تسديد كامل مصاريف التحكيم). وعليه فان هيئة التحكيم قد انتهت باجماع جميع اعضائها الى رفع الامر الى عدالة المخكمة.

وحيث أن توقيع وكيل المحتكم وممثله القانوني على وثيقة التحكيم المتضمنه مجمل أتعاب التحكيم، وتعهده الخطي بسداد الجزء الثاني من أتعاب الهيئة قبل صدور الحكم هو اقرا صريح منه بوجود باقي أتعاب الهيئة في ذمته، وهو الامر الذي تؤكده وتصر عليه الهيئة التحكيم.

بناءً عليه فإنّ حرية الاختيار يجعل الأطراف يطمئن ويشعر بالأمن والاستقرار القانون، خاصة أنّ نظام التحكيم يفك أسرهم ويحررهم من الشكليات الواسع والجدل الدائرة ومن الاختلاف في الآراء، والمبادئ أو القواعد التي تتنوع من وطن إلى آخر وتختلف من حكومة إلى أخرى.

الفرع الثاني: نظام التحكيم في المنازعات الإدارية

وهناك جانب من الفقه يرى أنّ اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية (نظام التحكيم) ذات الطابع الدولي يؤدي إلى آثار ونتائج سلبية على نظرية العقود الإدارية وخصوصيتها، كما يؤدي نتائج وآثار خطرة تتعارض مع ما استقرت عليه قواعد العقود الإدارية ومبادئها المبنية على أسس وقواعد مقتضيات ومتطلبات المرفق العام، ومتطلبات تيسيره بانتظام واستمرار، حيث أنّ التحكيم يعتمد على مبدأ المساواة المطلقة بين أطراف النزاع، وعدم تمييز أحد الطرفين على لآخر ولو كان أحدهما الدولة نفسها أو إحدى سلطاتها، حيث أنّ الدولة تساوي غيرها أمام المحكم ولو كانوا أفراداً عاديين فهي تتساوى معهم، فليست لها أية ميزة أو امتيازات بل لها ما لغيرها أمام القضاء أو المحكم، ورأى اصحاب هذا الاتجاه بأنّ هذا لا يتناسب مع طبيعة القانونية للعقود الإدارية ولا يتفق معها، كما لا يتفق مع الأعمدة التي تقوم عليها نظرية هذا العقد.[٨٧]

واذ نوضح هنا المقصود بالأثر الايجابي: ومضمون الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم يقتضي بيان المقصود به وحق الأطراف في الالتجاء أو البد في إجراءات التحكيم في حالة نشوب نزاع يتعلق بالعلاقة محل اتفاق التحكيم، وحقهم في الاستمرار في التحكيم وصدور حكم فيه، وأن هذا الأثر لا يسلب الطرف الآخر الحق في الالتجاء للقضاء، وأثر انتهاء العقد المتضمن شرط التحكيم على انتهاء الشرط أو الاتفاق، وبحث سلطة هيئة التحكيم في الفصل في اختصاصها، وسلطة هيئة التحكيم في الفصل في وجود اتفاق التحكيم وصحته، وسلطتها في بحث وجود العقد وصحته.[٨٨]

---

[٨٧]. ساري، جورجي شفيق. ٢٠٠٥. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. مرجع سابق.ص١٥٩.

[٨٨]. عبد التواب، أحمد ابراهيم. ٢٠١٣م. الأثر الايجابي والسلبي لاتفاق التحيكم دراسة في ضو الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨-بتاريخ١٣-يناير وقانون الإجراءات المدنية الاماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية. ص١١٢.

وأما الأثر السلبي: عبر جمهور الفقه عن أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في التزام أطرافه بالامتناع عن الالتجاء للقضاء، وعبر البعض الآخر بأنه يترتب على اتفاق التحكيم إقصاء النزاع عن القضاء وجعله من اختصاص التحكيم، وبتعبير ثالث أنه يترتب على اتفاق التحكيم أثراً سلبياً يتمثل في سلب ولاية القضاء بتظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم، ففي الواقع أن اتفاق التحكيم لايسلب القضاء ولاية نظر النزاع ولا يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم وحدها بنظر النزاع وعدم اختصاص القضاء بنظره، إذ يتعين التمييز بين التزام الخصوم بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه قضاء الدولة، وما يترتب عليه سلبيا من نشأة حق الخصم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم في حالة نخالفة الطرف الآخر لاتفاق التحكيم، والتزام المحكمة في هذه الحالة بالحكم بعدم الاختصاص او القبول لوجود اتفاق التحكيم.[٨٩]

وكما يرى هذا الجانب من الفقه بأنّ نظام التحكيم قد أخذ قوة الإدارة العامة وسلب منها مظهراً من مظاهر قوتها وسلطتها وسيادتها في العقود الإدارية مما رمى الإدارة ونزلها إلى مرتبة الأفراد العاديين.

وكذلك يرى أنّ نظام التحكيم أو اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية قد لا يتناسب ولا يتلائم مع نظريات القانون الإداري، ولا ينسجم معها. وزعموا بأنّ هذا النظام قد يسلب من القضاء الوطني اختصاص النظر في المنازعات الإدارية العقدية مما يقربه من ميادين عقود القانون الخاص.[٩٠]

---

[٨٩]. عبد التواب، أحمد إبراهيم. نفسه المرجع السابق. ص١١٥.

[٩٠]. جبايلي، صبرينة. ٢٠١٧. أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري. أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوره في العلوم. جامعة العربي بن مهيدي. كلية الحقوق والعلوم السياسية– قسم الحقوق. ص٧٣.

بينما ذهب الاتجاه الآخر من الفقه إلى أنّ نظام التحكيم أو اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يؤدّي إلى أية نتائج خطيرة ولا آثار سلبية على نظرية العقود الإدارية في جميع جوانبها. واحتج في ذلك بأنّ الطبيعة الذاتية والرضائية لانعقاد العقود بين الإدارة وبين المتعاقد معها، حيث أنّه لا يجوز أن يكون في هذا التعاقد جبر للمتعاقد على قبول هذا التعاقد، لكن يتم ذلك بمحض إرادته، مع جميع الصلاحيات القانونية وبكامل أهليتها يعني أهلية القانونية لأداء التصرف القانونية التي تخوله للتعاقد وعلى معرفة تامة بما يحتويه العقد من الضوابط والشروط، وبما فيه اتفاق على نظام التحكيم.[٩١]

بالإضافة إلى أنّ معظم المشرع الوطني أجازوا اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية صراحة، وعليه فإنّه يقع على عاتق المشرع في تلك الدول مسؤولية القيام بنظرية العقود الإدارية وابعادها، وهو الشيء الوحيد الذي يدل على أنّ اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية لا يرتب آثار سلبية على النظرية العقد الإداري ولا يعدمهاكما يزعم الآخرون.[٩٢]

ويفهم ما سبق بأنّ أصحاب الرأي الأول ترى الباحثة أن الذين يرون بوجود النتائج الخطيرة الآثار السلبية للإتفاق على التحكيم، الذي يمكن في منع أطراف العقد الإداري من إمكانية اللجوء إلى القضاء العادي، لأنّ قبول التحكيم والإتفاق عليه يعني تنازل الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، ويقابل ذلك أيضا من الناحية غير السلبية يعني الناحية الإيجابية، حيث أن هيئة التحكيم التي يتم اختيارها والاتفاق عليهاستكون مسؤولة بأعطاء كلمة الأخيرة لفض النزاع وبعبارة أخرى سيكون لهذه الهيئة القول الفصل في الخصومة لحل المنازعات الإدارية العقدية، وذلك حين

٩٠. جبايلي، صبرينة. المرجع السابق. ص٧٥.

٩١. جبايلي، صبرينة. المرجع السابق. ص٧٨.

تصدر حكم واجب النفاذ. ومن ثم زعم هذا الاتجاه بأنّ كلا الأثرين يحتويان على أخذ اختصاص القضاء الرسمي وسلبها دون أية حجة أو سند قانوني صريح وصحيح.[٩٣]

كما يفهم ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه بأنّ نظام التحكيم أو اللجوء إلى التحكيم ينطوي على احتمالية تطبيق قوانين أجنبية، ويروا بأنّ تماثل الدولة أمام المحكم أو قضاء خاص وفق قوانين أجنبية يعد سلبًا لاختصاص الدولة وانتهاكًا لسيادتها، وهذا مالا يقبل به الدولة وسيادتها الخضوع إليه. ومن ثم ذهبوا إلى عدم جوازه في علاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها لأنّها سلطة عامة ولا يجوز الحكم عليها عن طريق القضاء الخاص بها.[٩٤]

كما يفهم أيضًا ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني بأنّ نظام التحكيم أو اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، لا يترك أي أثر سلبي كما لاينافي مع أي مصدر رسمي وغيره من مصادر التشريع أو المبدأ العامة والقواعد الأصولية المتفق عليها.[٩٥]

وبالتالي يرى هذا الاتجاه من الفقه بأنّ ما ذهب إليه الاتجاه الأول من الفقه، وما استدلوا بها من الحجج لا تعدّ مبررًا كافيًا لمنع نظام التحكيم بزعمهم أنه يرتب آثار سلبية.

المطلب الثاني: أثر التحكيم على منازعات العقود الإدارية

يطرح التحكيم في العقود الإدارية إشكالاً خاصة بالنسبة للأنظمة التي تعتمد عليها نظام

---

[٩٣]. النجيفي، مصطفى سالم. ٢٠١١. العقود الإدارية والتحكيم. ط١. الشارقة: الافاق المشرقة ناشرون. الامارات العربية المتحدة. ص٤٢٢.

[٩٤]. البطوش، عبدالله محمد سلامة. ٢٠١٤. التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية. رسالة دكتوراه. جامعة العلوم الإسلامية. عمان – الأردن. ص٨٤-٩٠.

[٩٥]. عبد الهادي، بشار. مرجع سابق. ص٦٠.

القضاء الإداري أو نظام التحكيم، حيث ظلت تمنع أو تحظر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في بداية الأمر بدعوى تعلقها بمبدأ سيادة الدولة.لذلك يسعى الباحث لإلقاء الضوء إلى مدى تأثير التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية في هذا المطلب.

ومن المعلوم أنّ مسالة البحث حول هذا الموضوع لم يكن مسألة نظرية بحتة، بل تعد مسألة ذات فائدة وأهمية حيوية من جوانب متعددة ومتنوعة.

فمن جهة يعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات نتائج فعالة وآثار إيجابية مميزة للأطراف المتعاقدة على وجه العموم وللطرف الأجنبي على وجه الخصوص، حيث يستطيع هذا الأخير بالاتفاق مع نظيره اثناء اتفاق التحكيم ضمن بنود العقد بأنّ يعين أو يحدد القانون الازم التطبيق على إجراءات التحكيم، والذي بمقتضاه وموجبه يتبين للأطراف المتعاقد القواعد القانونية اللازمة لحل القضايات ذات الطبيعة الإجرائية التي تثور وقت أو أثناء الخصومة التحكيمية، مثل المواعيد وتبادل المذاكرات وسماع الشهود وغيرها من الإجراءات التي تساهم وتسهل في فض النزاع.[٩٦]

كما أنّ أثر التحكيم يمتد ليعم المحكم، حيث لا يقتصر في منازعات العقود الإدارية على إعطاء الصلاحية والحرية للأطراف المتعاقدة في تحديد أو إختيار القانون الازم والواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فقط. كما أنّ المحكم يتمتع في كنف وجود هذا النظام يعني نظام التحكيم بصلاحية أكبر وحرية أعظم من التي تمنح للقاضي الوطني في مجال الإجراءات المتبعة في منازعات العقود الإدارية، لأنه قد تم منح المحكم الحرية التامة في اختيار القانون الذي يراه أفضل وأصلح

[٩٦]. سراج حسن، أبو زيد. التحكيم في عقود البترول. ص٤٥٥.

لتنفيذه على النزاع المعروض وبعبارة أخرى على الخصومة المعروضة عليه، حيث لم يتفق الأطراف على ذلك.

وكذلك لم يعينه القانون ولم يحدده أيضًا، وذلك بخلاف الحال إذا ما رفعت الشكوى أمام المحكم أو القضاء الوطني، حيث يكون القاضي مقيد بتطبيق قانون وطني المشار إليه في قواعد الاسناد الموجودة في القانون الدولي الخاص للدولة التابع لها والتي تكون تحت سلطتها.[٩٧]

وتتجلى تلك الميزة والرفعة عند رجوع الدولة والمتعاقد معها إلى الاتفاق على التحكيم مع إعطاء المحكم صلاحية اختيار القانون المناسب (سلطة قانونية ملائمة) لحسم المنازعات الإدارية العقدية او تطبيق مبدأ المساوات وقواعد العدالة، وبما يمنح للمحكم حجماً واسعا وقدراً أعظم من الرشاقة والسلاسة في تعيين النصوص المناسبة واختيارها لحل النزاعات الإدارية.

إلاّ أنّ هذه الخاصية أو الميزة الفريدة لا تتوفر للقاضي الوطني الملزم بتطبق القواعد الإجرائية الشكلية وكذلك الموضوعية الواردة في نصوص قانون المرافعات الوطني من أنّه لا يجوز له العدول عنه بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال، كما لا يحق له الترك أي إجراء من الإجراءات الملزمة لنظر النزاعات أو الدعوى حتى وإن كان العرض من ذلك التسهيل على طرفي هذه الدعوى.

وكذلك لو تطرقنا النظر إلى حال المحكم في ظل نظام التحكيم وكذا طرفي النزاع المتعلق بالعقد الإداري لتبين لنا بأنّه منحت الحرية الكاملة والصلاحية التامة في اختيار إجراءات التحكيم بعيداً عن غيرها من الإجراءات المعتمدة المنصوص عليها في القوانين الوضعية ممّا يوفر لهم يعني الأطراف

[٩٧]. الحواري، أسامة أحمد. ٢٠٠٩. القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. عمان: دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع. ص١٢٣.

المتعاقدة الزمن أو الوقت والجهد على الإطلاع على مجموعة من النصوص القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم.

ومن ثمّ يجوز لنا القول بأنّه من القواعد والمبدأ بأنّ غالبيتها أو معظمها قد أمسك بمبدأ سلطان الإرادة في تعيين القواعد الإجرائية الازمة التطبيق والواجب الإتباع أمام المحكمين وكذلك منحتهم أي المحكمين قوة وسلطة تقديرية كبيرة في اختيار هذه القواعد وتحديدها في حالة عدم وجود قواعد إجرائية مختارة من قبل الأطراف.[٩٨]

الفرع الأول: القانون المصري

وأمّا قانون التحكيم المصري فقد أشار في المواد المدنية والتجارية رقم-٢٧-١٩٩٤م- والمعدل بموجب القانون رقم-٩-١٩٩٧م- في نص المادة الرابعة (٤) على أنّ ((ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفًا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن ذلك)). وأمّا بالنسبة قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري لم يلمح أو لم يشير إلى ماهية التحكيم ولكنه ذهب إلى جواز اللجوء للتحكيم لحل منازعات العقود الإدارية المتعلقة بأحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري.[٩٩]

كما أنّ المشرع المصري أقرّ وجوبية تطبيق هذا التحكيم (التحكيم المصري) على إجراءات التحكيم وبغض الطرف عن إرادة الخصوم فليس لهم الصلاحية ولا الحرية أو الحق في اختيار القانون

---

[٩٨]. أبو زيد، سراج حسن. التحكيم في عقود البترول. مرجع سابق.ص٥٠٩.

[٩٩]. خاطر، محمود ربيع. ٢٠١٨. قانون الاثبات والتحكيم معلقاً عليه بأحدث أحكام محمكة النقض. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. ص١٢٥.

الازم التطبيق على تلك الاجراءات، حيث أنّه جاء في نص قانون التحكيم تحت المادة رقم –٢٥– ممّا يناقض لما سبق ذكره، حيث منحت هذه المادة الحرية الكاملة والصلاحية التامة في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءاته ومن هنا يفهم حظر أو منع تطبيق القانون المصري على إجراءات التحكيم.

بينما ذهب الاتجاه من الفقه بعدم وجود أي تعارض بين هذا وذاك وأول ذلك بأنّ المشرع المصري في نص المادة الأولى يريد القواعد الاجراءات المتعلقة بالنظام العام والتي فرضت سريان القانون المصري عليها كمبدأ العدالة والمساوات بين الأطراف، وكذلك مبدأ حق الدفاع.[١٠٠]

الفرع الثاني: القانون الأردني

فأمّا المشرع الأردني فقد ذهب إلى ترسيخ مبدأ حرية الأطراف في تعيين وتحديد الاجراءات التي تبعها هيئة التحكيم على النظام التحكيمي، يعني أنّه أجاز للأطراف عند الاتفاق على تحديد الاجراءات التي تبعها هذه الهيئة، حيث نص قانون التحكيم الأردني تحت المادة رقم –٢٤–أ–على أنّه ((لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في اخضاع هذه الاجراءات للقواعد المتبعة في أية مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها))، لكن يجوز لهيئة التحكيم أن تعين أو تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة لفض النزاع.[١٠١]

وتتجلى في نص المادة–٢٤–أ– من قانون التحكيم الأردني بأنّ المشرع الأردني أخضع إجراءات التحكيم للمبادئ المجتمع عليه والقواعد المتفق عليها من قبل الأطراف، كما تعترف لهم

---

[١٠٠]. مهدي مني. ١٩٩٧م. قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية. مصر.ص٨١. والمواد–١ و ٢٥.

[١٠١]. القطاونة، مصعب. ٢٠١٢. شرح نصوص قانون التحكيم–رقم–٣١–٢٠٠١–ص١١٦–المادة–٢٤–من قانون التحكيم الأردني،رقم–٣١–لسنه٢٠٠١. عمان:شبكة قانونالأردن. ص٦٧.

بالصلاحية والحرية التامة في تحديد القواعد الاجرائية التي جاء بها هذا القانون لترتيب وتنظيم اجراءات التحكيم، وكذلك أجاز للأطراف أن يصيغوا في اتفاق التحكيم بأنفسهم، القواعد الاجرائية الازم الاتباع أمام المحكمين، كما أجاز لهم تطبيق قانون وطني معين إذا اتفقوا على ذلك أو تسري الاجراءات وفقا للضوابط النافذة لدى شركة أو مؤسسة أو مركز تحكيم في الدولة أو خارجها.[١٠٢]

وترى الباحثه بأنّ المشرع الأردني قد أخذ في هذا المقام قانون التحكيم النموذجي الذي أصدره لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية.

المبحث الثاني: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية

نتج عن اتفاق التحكيم أثران هامان، حيث يتمثل الأول في الأثر الايجابي، بينما يتمثل الثاني في الأثر السلبي، فأمّا الأثر الايجابي هو المتمثل في اعطاء المحكمين ومنحهما الصلاحية والاختصاص بالحسم أو الفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم وبعبارة أخرى هو الأثر الذي يتمثل في التزام الأطراف بعرض المنازعات التي تنشأ بينهم على التحكيم.

بينما الأثر السلبي يتمثل في سلب اختصاص المحاكم القضائية من نظر النزاع أو المنازعات موضوع اتفاق التحكيم، وبعبارة أخرى فهو الذي يتمثل في امتناع الأطراف عن عرض المنازعات على القضاء الوطني.[١٠٣]

بناءً على ذلك فإنّ لاتفاق التحكيم أثر واضحا وجليًا على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية،

---

١٠٢. القطاونة، مصعب. ٢٠١٢. شرح نصوص قانون التحكيم-رقم-٣١-٢٠٠١-ص١١٦-المادة-٢٤-من قانون التحكيم الأردني،رقم-٣١-لسنه٢٠٠١. عمان:شبكة قانونالأردن. ص٦٨.

١٠٣. يوسف حنان وآخرون. ٢٠١٨. التحكيم في منازعات عقود النفط بأنظمة دول المغرب العربي مقارنة بأنظمة دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية. جامعة الحسن الأول سطان. ص٩٦.

ومن ثم فإنّ التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما مدى أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية؟

وعليه فإنّ الباحثة سوف توضح مدى أثر التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية في هذا المبحث، ومن ثم قسم المبحث على مطلبين، المطلب الأول: أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على حصانة الدولة القضائية، المطلب الثاني: أثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على حصانة الدولة القضائية

يعتبر الدفع بالحصانة القضائية من القواعد الثابتة والمبادئ المستقرة في القانون الدولي، حيث يعد مبدأ العدالة والمساواة القانونية بين أعضاء الجماعة الدولية، ومن ثم فإنّ قيام إحدى الدول أو أحد أِشخاصها التابعين لها بمقاضات الوطن الآخر أو الدول الأخرى أمام محاكمها الوطنية أو أمام لجان أو هيئات التحكيم، إنّ ذلك كان يعتبر إجحافًا بمبدأ المساواة وإخلالاً لها بين الدول[١٠٤]. وقسم الباحثة هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة عند التمسك بها امام هيئة التحكيم

وبالنسبة للحصانة الدولة القضائية يرى اتجاه من الفقه بأنّ إبرام الدولة لاتفاق التحكيم يتضمن الموافقة على كافة الآثار القانونية التي تترتب على الاتفاق يعني اتفاق التحكيم ولوكان في ذلك مساس القضائية، كما ينطوي ذلك أيضا على تنازل ضمني عن هذه الحصانة أي الحصانة

[١٠٤]. يوسف حنان وآخرون. مرجع سابق، ص١٠١.

القضائية بالنسبة للمنازعات موضوع أو محل التحكيم.[١٠٥]

ومن ثم يأت التساؤل حول مدى جدوى التمسك من جانب الدولة بالحصانة القضائية أمام لجان التحكيم أو هيئات التحكيم مع أنّها قد ارتضت في اتفاق التحكيم مبدأ حسم أو فصل النزاع الناشئ أو الذي يمكن أن ينشأ بينها يعني الدولة وبين إحدى أشخاص القانون الخاص عبر التحكيم، وكذلك ما مدى الثر المترتب للتحكيم في حالة أن تدفع الدولة بسيادتها وحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم وذلك بعد أن رأت بأنّ التحكيم هو السبيل الأمثل لحل المنازعات بينها وبين غيرها أي الطرف المتعاقد معها، وبالتالي هل تعتبر الدولة متنازلة عن حصانتها القضائية إذا وافقت شرط التحكيم وقبلتها.

فقد تباينت آراء الفقهاء حول مدى إمكانية تحقيق الأثر المترتب على التزام الدولة وتمسكها بسيادتها وحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم على النحو التالي:

فقد ذهب اتجاه من الفقه إلى أنّ الدولة تعتبر متنازلة عن حصانتها القضائية إذا وافقت أو قبلت شرط التحكيم، وعليه فإنّه لا يجوز للدولة التي تتفق في البداية على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدولة وبين غيرها(المستثمرين الأجانب) أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، وذلك في حالة تفريق بين القضاء الإداري وبين القضاء المدني.[١٠٦]

بينما يرى هذا الاتجاه جواز تمسك الدولة بحصانتها القضائية عند مثولها أمام التحكيم أو

---

[١٠٥]. فتحي والي. ٢٠١٤. التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علمًا وعملاً. الاسكندرية:منشأة المعارف. ص٢٠٧.

[١٠٦]. والي، فتحي. مرجع سابق. ص٢١٠.

أمام القضاء المدني لكن في حالة عدم تفريق القضاء المدني والقضاء الإداري، وبالتالي فإنّه تعتبر الدولة في هذه الحالة متنازلة عن حصانتها حين لجوئها للتحكيم لحل المنازعات المدنية أو لتسوية منازعتها المدنية يعني الدولة.[١٠٧]

ويفهم أيضا ممّا سبق ذكره بأنّ اتفاق التحكيم هو حكم أو قضاء خاص لا ينتسب إلى سلطة أي وطن، ومن ثم فإنّ الباحثة ترى بأنّ اتفاق التحكيم لا يمثل أي اعتداء ولا عدوان على سيادة الدولة الطرف في النزاع، حيث أنّ الدولة تدخل فيها أي في تلك العلاقة القانونية طوعية وبإرادتها المطلقة، وبموجب قانون يسمح لها بذلك، حيث أنّه لا يكن إجبار الدولة ولا إرغامها على اللجوء للتحكيم أو المثول أمام هيئات التحكيم.[١٠٨]

بينما ذهب اتجاه الثاني من الفقه بأنّه يجوز للدولة التمسك بحصانتها أمام هيئة التحكيم، كما جاز لها التمسك بها أمام القضاء الأجنبي أو في مواجهة القضاء الأجنبي. وهنا رأي آخر من الفقه يرى إمكانية تنازل الدولة عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم أو في مجال التحكيم.زعم هؤلاء بأنّ إبرام الدولة لاتفاق التحكيم بحتوي أو بتضمن الموافقة والقبول وكذلك الرضا على كل الآثار القانونية التي تترتب على هذا الاتفاق ولو كان في ذلك سلب أو مساس بحصانتها القضائية، كما يتضمن وينطوي هذا الاتفاق على تنازل ضمني عن حصانتها القضائية، إلا أنّ هذا التنازل ليس على إطلاقه، بل هو تنازل عن حصانتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الاتفاق على التحكيم بشأنه.[١٠٩]

إنّ تمسك الدولة بحصانتها القضائية من أجل عرقلة العملية القضائية أو التحكيمية، وربما من

---

[١٠٧]. والي، فنحي. مرجع سابق. ص٢١٢.

[١٠٨]. عبد البديع، أحمد محمد. ٢٠٠٥. شرح قانون التحكيم. مصر: دار النهضة العربية. ص١٠٨.

[١٠٩]. القصبي، عصام الدين. خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار. مرجع سابق. ص١٥١.

أجل التخلص من اتفاقها على التسليم والخضوع للتحكيم الذي وافقته طوعية وقبلته أيضا بإرادتها وصراحة في اتفاق التحكيم، فإنّه يستند ظهره من مبادئ القانون الدولي العام ويستمد أساسه منه، ذلك أنّه يعني هذا الأخير في هذه الحالة والكيفية يرسل بضلاله ويلقيه على حسن سير العملية التحكيمية.[١١٠]

وهناك عدة قضايا في هذا الصدد كما في النقات الآتية:

١- قضية الاهرام المصرية

هي القضية التي تتلخص وقائعها في إبرام اتفاق مبدئي بين اللجنة أو الهيئة المصرية للسياحة والفنادق ووزير السياحة المصري وشركة جنوب الباسفيك بإقامة مشروع سياحي مشترك، ولم يحتوي الاتفاق أي ضابط أو شرط بخصوص التحكيم عام ١٩٧٤م وبعد ذلك أبرم اتفاق آخر غير الأول، وذلك أيضا كان بين الهيئة المصرية للسياحة وشركة جنوب الباسفيك، في نفس العام وأشار للاتفاق السالفة ومجموعة القوانين المصرية التي تتعلق بالنشاط الاقتصادي ((القانون رقم-١-٢-لعام١٩٧٣م، وكذلك القانون رقم ٤٣ لعام ١٩٧٤م، وبالتالي فإنّ موجب هذا الاتفاق انشئت شركة مساهمة بين الطرفين التي سميت ((الشركة المصرية للتنمية والسياحة)) لتشكيل المشروع السياحي وإنشائها لمنطقة هضبة الاهرام وتكفيل العقد المذكو نصا يجعل الاختصاص بالحسم والحل في أي نزاع ناشئ عنه من اختصاص محاكم التحكيم التي يتم إنشائها وتأسيسها في إطار غرفة التجارة الدولية بفرنسا (باريس) ويرمز لها ب-١٢٢- ونتيجة للمقاومة والمعارضة التي أظهرها المشرع وأبداها، حيث قامت الحكومة المصرية على اثر ذلك بسحب موافقتها عليه عام١٩٧٨م وفي ذلك

[١١٠]. القصبي، عصام الدين. مرجع سابق. ص١٥١.

الوقت لجأت وبعبارة أخرى وعندها لجأت شركة جنوب الباسفيك لأنّ الشركة المتعاقد معها.

وبالتالي لجأت هذه الشركة إلى البدأ في إجراءات التحكيم ضد الحكومة المصرية وكذلك ضد الشركة المصرية العام للسياحة، للمطالة بالتعويض عمّا لحقت بها من الضرر من جراء إبطال العقد وفسخه أمام غرفة التجارة الدولية بفرنسا (باريس)، ولم تشارك الدولة المصرية يعني حكومة المصرية في اختيار وتعيين محكمها لاعتراضها وعدم قبولها على ذلك، حيث أنّها لم تكن طرفا في العقد لكنها دولة ذات سيادة وتتمتع بالحصانة القضائية.[١١١]

٢- قضية شركة ليامكو الأمريمية ضد الدولة الليبية

إنّ موضوع الخلاف أو النزاع في هذه القضية كان موجوداً وقائماً بين الحكومة الليبية وبين شركة ليامكو الأمريكية، وذلك في تاريخ ١٢-٤-١٩٧٧م بعد تأميمها، وتتطرق في حكمه لمسألة حق الدولة في التأميم، وعدّوه حق مشروع للدولة ومتصل بمبدأ السيادة على الثروات الطبيعية، وبالتالي فإنّ السلطات الليبية رفضت إجراءات التحكيم، قائلاً أنّ ذلك تتعارض مع سيادة الدولة ومن ثم تمسكت الدولة الليبية بحصانتها القضائية في المثول أمام هيئة التحكيم، ولكن يداخله مع الحقوق التعاقدية يؤدي إلى التزام بالتعويض، وأيضًا رفضت المحكمة دفع السلطات الليبية بخصوص تمسكها بالحصانة القضائية، وجزم على أنّ الحكومة الليبية عليها أن تتنازل عن بعض حقوقها السيادية وتوقع على اتفاق التحكيم وتلتزم به.[١١٢]

ويفهم ماسبق بأنّ ابرمة الدولة لاتفاق التحكيم يتضمن الموافقة على كافة الآثار القانونية التي

---

[١١١]. القصبي، عصام الدين. خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار. مرجع سابق. ص١٥٧.

[١١٢]. سراج حسين، أبو زيد. التحكيم في عقود البترول. مرجع سابق. ص٤٣٠. الرفاعي، أشرف عبد العليم. القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم. مرجع سابق. ص٢٨.

تترتب على هذا الاتفاق، وبالتالي فإذا أبرم الدولة أو قامت بإبرام أي اتفاق، فإنها في هذه الحالة تكون بذلك قد تنازلت عن حصانتها القضائية في مجال الموضوع الذي نصب عليه اتفاق التحكيم، بل يمكن القول بأنّ هذا لا تعتبر تنازلاً من الدولة عن حصانتهاالقضائية، لأنّها أبرمت هذا الاتفاق مع الطرف الآخر يعني مع أشخاص القانون الخاص بموافقتها التامة وبإرادتها الكاملة، وبالتالي لا تعد متنازلة عن حصانتها القضائية، كما يجوز لها التمسك بها والاحتجاج بها أيضًا أمام هيئة التحكيم لأنّ وقوفها أو مثولها أمام هذه الهئية حينئذ يكون تنفيذا لالتزامها التعاقدي مع هؤلاء، وكذلك يكون تنفيذا لالتزامها بمبدأ حسن النية في التعامل.

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

ومن المعروف أنّ الحصانة القضائية تسعى إلى الحيلولة وتهدف إليها أي الحيلولة دون مثولها أمام هيئة التحكيم أو أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، لما في ذلك سلبًا لسيادة الدولة واتهاكًا لاستقلالها، بينما تهدف الحصانة التنفيذية إلى الحيلولة دون اتخاذ أية إجراءات التنفيذية الجبري ضد الدولة لما يتضمن ذلك، وينطوي عليه من تهديد أمن الحياة الدولية واستقرارها.[١١٣]

فإنّ الدولة الطرف في عقد الاستثمار أو في عقود الاستثمار في هدفها للتخلص من موافقتها وقبولها عملية التحكيم بكل جوانبها في المستثمر الأجنبي، قد تدفع بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سلطة وسيادة من الاستسلام والخصوع لحكم دولة أجنبية وقضائها للقول بعدم مشروعية خضوعها للتحكيم. وكذلك من المبادئ الثابتة والقواعد للازمة في القانون الدولي العام، أنّه سأسيسًا

[١١٣]. الحداد، حفيظة السيد. ٢٠٠٣. الموجز في القانون القضائي الخاص الدولي. الإسكندية: دار الفكر الجامعي. ص١٧٤-١٧٥.

على فكرة السيادة والعدالة أو المساواة بين الأوطان، إنّ كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، وبالتالي فإنّه لا يجوز اخضاع النزاعات التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفًا فيها لغير قضاء هذه الدولة، فإنّ عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك النزاعات، سواء كان ذلك في القضاء رسميا في دولة أجنبية أم كان قضاء تحكيميا بنظر تلك المنازعات.[١١٤]

ومن ينظر جليًا مدى خطورة الحصانة القضائية في عقد الاستثمار الأجنبي أو في عقود الاستثمارات الأجنبية، حيث يعتبر اتفاق التحكيم أحد الكفالات والضمانات لجأ عليها المستثمر الأجنبي في تعاقده مع الحكومة المضيفة (الدولة) أو من يمثلها في الزمن الذي يمكن فيه الأخيرة وتستطيع التمسك بحصانتها القضائية، وعليه يعتبر ذلك إخلالاً بالشروط الجوهرية التي قامت العلاقة التعاقدية عليها ممّا يستوجب معه مساءلة الدولة.[١١٥] وأمّا فيما يتعلق بموضوع اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة المتعاقدة، هل تعتبر ذلك تنازلاً منها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الأجنبي.

وفي هذا الصدد اختلفت اتجاهات الفقهاء وآرائهم حيال هذه القضية، يتجه بعض الفقه للقول بأنّه إذا قبلت الدولة واتفقت وأيضا عبرت عن موافقتها باللجوء للتحكيم صراحة، وذلك بتكفيل العقد وتضمينه شروط التحكيم كتابة بإخضاع جميع المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم، لايمكن للدولة في هذه الحالة أن تتمسك بالحصانة

[١١٤]. الأسعد، بشار محمد. ٢٠٠٦. عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص٣٨٥.

[١١٥]. صفوت، أحمد عبد العظيم. ٢٠٠٥. دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص. الإسكندرية الجامعية. ص٢٠.

القضائية أمام القضاء الأجنبي ومن هنا يعتبر تنازلاً عنها.[١١٦]

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن غياب التنازل الشفهية الصريح الواضح للدولة عن حصانتها القضائية لايحول دون اعتبار مجرد الاتفاق على حل النزاعات بطريقة التحكيم من جانبها، يعتبر الدولة حينئذ متنازلة ضمنيًا عن حصانتها القضائية.[١١٧]

وكذلك ذهب اتجاه آخر إلى أنّه ليس من مقاضاة الدولة أمام محاكمها أو غيرها من محاكم دولة أجنبية أو الاتفاق على التحكيم داخل تلك الدولة أو خارجها أية ماسة بسيادتها وحصانتها القضائية طالما الأمر يتصل بما تباشره من عقود واتفاقيات ذات صبغة تجارية أو مالية، كما أنّ الدولة عندما قبلت على اتفاق التحكيم ووافقت عليه، فهي تعلم بمشروعية تدخل القضاء الأجنبي، وذلك إمّا أن يكون خلال مرحلة إجراءات التحكيم أو أثناء صدور حكم التحكيم، فإنّ الدولة تكون متنازلة عن حصانتها القضائية بمجرد اتفاقها على التحكيم، ومن ثم فلا يسمح لها التمسك بحصانتها ولايجوز لها ذلك في جميع الحالات التي تتدخل فيها القضاء الأجنبي لتسهيل وظيفة التحكيم ومهمته، وإلاّ لن تتحقق العرض ولن تكون هناك فائدة يذكر من اتفاق التحكيم الذي أبرمته أو تبرمه الدولة مع الطرف الأجنبي.[١١٨]

كما يرى البعض بأنّ الدولة حين اتفقت على التحكيم وقدمت لقبول اتفاق التحكيم ورضيت شرط التحكيم ضمن بنود العقد، وزعم هؤلاء بأن الدولة لا تكون قدتنازلت ضمنيًا عن حصانتها القضائية بذلك أمام القضاء الوطني، ويرو بأنّ لجوء الدولة لاتفاق التحكيم لا يستخلص

[١١٦]. عز الدين، يوسف وائل. التحكيم في العقد الإداري ذات الطابع الدولي.مرجع سابق.ص١٥١.

[١١٧]. القصبي، عصام الدين. خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار. مرجع سابق. ص١٥١.

[١١٨]. عز الدين، يوسف وائل. التحكيم في العقد الإداري ذات الطابع الدولي.مرجع سابق. ص١٥٣.

من إرادتها الضمنية وموافقتها في التنازل عن حصانتها أمام القضاء الوطني لأنّ الأمر الوحيد المثبت والمؤكد بالنسبة لاتفاقالتحكيم وهو أنّ الدولة قد قيلت وبينت ايضاً بموجب هذا الاتفاق فصل المنازعات المترتبة عن العقد المبرم بينها وبين غيرها يعني الطرف الآخر بواسطة محكم، وبالتالي فإنّ الأثر الذي يترتب على ذلك هو استبعاد اختصاص المحاكم القضائية من النظر في النزاع أو المنازعات.[١١٩]

بناءً على ما سبق فإنّ الباحثة يرى بأنّ الدولة عند اقدامها لموافقت أو قبول اتفاق التحكيم تكون بذلك متنازلة عن حصانتها القضائية أمام القضاء الأجنبي، لأنّها يعني الدولة كانت على علم بين عند قبولها الاتفاق وموافقتها باللجوء إلى التحكيم بأنّ التشريعات الوطنية للدولة تسمح للقضاء الوطني للتدخل أحيانًا عند تاسيس او تشكيل محكمة التحكيم وأيضًا في حالة صدور الأوامر الخاصة بتنفيذ الحكام التحكيمية والقبض وغير ذلك.[١٢٠]

المطلب الثاني: أثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة

وأمّا بالنسبة للحصانة التنفيذية فهي قضية غير سهلا، بل معقدة، كون الأمور فيها تجري بأن يحصل شخص على حكم تحكيم ضد الحكومة (الدولة) ثم يلجأ الشركات ذات الدولة للمطالبة بتطبيق الحكم وتنفيذه ضد الدولة أو يلجأ إلى هيئات دولة أخرى أو مؤسساتها للمطالبة بتنفيذ الحكم ضدها.

---

[١١٩]. سراج حسين، أبو زيد. التحكيم في عقود البترول. مرجع سابق. ص٤٣٤.

[١٢٠]. سراج حسين، أبو زيد. المرجع السابق. ص٤٣٥.

الفرع الأول: الحصانة التنفيذية ضد الدولة

لأنّ دخول الدولة أو أحد أشخاصها ومؤسساتها العامة في اتفاق التحكيم أو في التعاقد مع أشخاص القانون الخاص وموافقتها أو قبولها التحكيم كحل أمثل لحسم المنازعات الناشئة أو التي يحتمل حدوثها يترتب عليه نتائج وآثار التي تتمثل في سلب السيادة المطلقة للدولة واستبعادها منها وحلول نظرية السيادة المقيد مكانها وذا كمبدأ جديد وقاعدة حديثة من قواعد القانون الدولي المطبقة في علاقة الدولة بالاختصاص القضائي لدولة أخرى وفي خضوع الدولة للمحاكم الأجنبية في الدعاوى ذات العلاقة بموضوع التعاقد الذي مارسته الدولة مع غيره من أشخاص القانون الخاص.[١٢١]

ومن المعلومة أنّ الدولة إذا لم تعرقل العملية التحكيمية قبل صدور الحكم التحكيمي، ولم تتمسك بسيادتها وحصانتها أثناء نظر النزاع، فإنّ ذلك قد يحدث في مرحلة من مراحل تنفيذ الحكم التحكيمي، وبالتالي فإنّ التساؤل أو السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل يمكن قبول الدولة أو موافقتها باللجوء إلى التحكيم تنازلاً ضمنيًا عن حصانتها ضد التنفيذ الحكم التحكيمي؟

الفرع الثاني: وجهات نظر الفقهاء في الحصانة التنفيذية

فقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء وتباينت بشأنها، فمنهم من يرى بأنّ اتفاق التحكيم بين الدولة وغيرها لا يمكن أن يمتد إلى إجراءات التنفيذ، إعتماداً على أنّ القبول بالتحكيم يعني تنازلاً فقط عن الحصانة القضائية بالنسبة للحسم في المنازعات بواسطة التحكيم والخضوع لسلطة القضاء المختار بالمساعدة والمساهمة والرقابة بالنسبة لهذا التحكيم، وبالتالي فإنّه لا تخضع الدولة الأجنبية ولا

[١٢١]. إسماعيل، رقية رياض.٢٠٠١. خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية.أطروحة دكتوراه غير منشوره.مصر:جامعة الأزهر.ص١٧٧.

الهيئة الدولية لاجراءات التنفيذ إلاّ إذا كانت قد وافقت وقبلت صراحة على تقديم الاختصاص ومنحه بتنفيذ حكم التحكيم لمحكمة أجنبية.[١٢٢]

بينما ذهب البعض إلى أنّ الدولة التي قبلت اتفاق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات أو الخصومات المترتبة على تنفيذ العقد، يلزم عليها أي الدولة قبول جميع الآثار المترتبة على تنفيذ حكم التحكيم، فوجود الاتفاق بينها وبين غيرها يعد تنازلاً منها عن حصانتها ضد التنفيذ وذلك تثبيتًا للرّابط الاستثمارية وتحقيقًا كذلك لاستقرار المعاملات وتماشيا مع مبدأ حسن النوايا في التعامل.[١٢٣]

وعليه فإنّ الباحثة مالت إلى الرأي الذي ذهب إلى أنّ اتفاق التحكيم تضمن التنازل عن الحصانة التنفيذية للدولة (الحصانة بالنسبة لاجراءات تنفيذ الحكم) تأسيسًا على أنّه لم يكن من الصواب ولا المقبولة من اللدولة بالتعاقد مع طرف آخر، والاتفاق على التحكيم وبعد ذلك تتحلل من ثمرات الاتفاق ونتائجها يعني تنفيذ الحكم الصادر في هذا التحكم.

كما يرى الباحثة أنّه إذا كان من حق الدولة الحماية والمحافظة على مصالحة انطلاقًا من اعتبارات السيادة فإنّه يلزم كفال وضمان حقوق الأفراد وحمايتها، وخاصة أنّ الدولة قد أجازت لنفسها وسمحت لها بمارسة العملية الاستثمارية والأنشطة التجارية، ومن ثم يتوجب عليها أن تقبل وترضى بالتزاماتها في اتفاق التحكيم يعني تنفيذ الحكم الوارد في هذا التحكيم ضدها.

حيث أنّ معظم الدول ومحاكمها أكدت واستقرت على أنّ رضى الدولة وموافقتها على إبرام

---

[١٢٢]. إسماعيل، رقية رياض.٢٠٠١. خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية. مرجع سابق. ص١٧٨.

[١٢٣]. يوسف، علي علي أمين. التحكيم في العقود الإدارية. ص٢٦٥.

اتفاق التحكيم مع الغير (مع أشخاص القانون الخاص) يعتبر تنازلاً منها يعني الدولة عن الدفع بالحصانة ضد التنفيذ.[١٢٤]

فقد جاء في قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي رقم ١٦ لعام ١٩٨٨م في المادة١٥ على (أنّ تنفيذ اتفاقات وأحكام التحكيم المشار إليها لا يجوز رفضه استناداً إلى مبدأ سيادة الدولة)، بينما أنّ محكمة النقض الفرنسية قد قضت بمثل ذلك في قضية (CREIGHTON) وحكم بالتعويض لصالح هذه الشركة ضد حكومة دولة قطر وعلى أموالها، وذلك في فرنسا اعتماداً على حصانة دولة قطر ضد التنفيذ، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الحكم وألغاه ثم قضت بأنّ التنازل عن الحصانة ضد التنفيذ يمكن أن يستشف من موافقة الدولة وقبولها تنفيذ حكم التحكيم وفقًا للمادة ٢٤- من مبادئ غرفة التجارة الدولية وقواعدها.[١٢٥]

ويفهم جليًا ممّا سبق أنّ معظم الدول وافقت على استبعاد التمسك بمبدأ السيادة وكذلك ما يترتب عليه من حصانة قضائية، كما يفهم أيضا بالنسبة لتنفيذ الأحكام، بأنّ معظم تلك الدول قبلت واستقرت على خضوع الدولة لتنفيذ الحكام الصادر ضدها.

إلاّ أنّ بعض الدول أخذ بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيد كالدولة الليبية التي أخذت غير الذي كان في ظل القانون رقم ٧٦ لعام ١٩٧٠ حيث يرى اللجوء إلى القضاء الأجنبي لفض النزاعات المترتبة عن العقود العامة يتعارض مع سيادة الدولة يعني الليبية.[١٢٦]

وكذلك الدولة الأردنية أخذت بالحصانة التنفيذية المقيد حينما كرس ماورد في اتفاقيات فينا

---

[١٢٤]. يوسف، علي علي أمين. التحكيم في العقود الإدارية.ص٢٦٦.

[١٢٥]. الجناين، عصام الدين. ٢٠١٣. تنفيذ أحكام التحكيم في القانون المصري والمقارن. د.ن. ص٥٤٢.

[١٢٦]. الجريدة الرسمية الليبية، العدد -٢-السنة-٣-ص٩٢.

للعلاقات الدبلوماسية بانضمامه إليها، وكذلك مجموعة من الاتفاقيات الدولية والتي من ضمنها اتفاقة التحكيم التجاري الدولي والذي بين لنا تمسك المشرع الأردني بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيد. بينما يرى المشرع الفرنسي بأنّ الحصانة التنفيذية ليس مطلقة بل هي مقيدة، كما ورد ذلك في حكمها الصادر في-٢١-لسنة١٩٨٢م.[١٢٧]

بينما الدولة المصرية ذهبت إلى الأخذ بمبدأ السيادة المقيدة، وذلك حين صرح المشرع المصري ذلك وأكدته محكمة النقض المصري في حكمها الصادر في المادة رقم-٢٩-لسنة-١٩٨٦م حيث جاء في مضمون نص هذه المادة أنّ الأصل هو صلاحية الدولة الأجنبية وتمتعها بالحصانة القضائية إلاّ أنّه يستثنى منها الأنشطة المدنية والتجارية.[١٢٨]

المبحث الثالث: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري في الدولة

بلا ريب أن التحكيم يخفف الحمل والعبء عن القضاء، كما أنّه يتمتع بخاصية سرعة التسوية والحل في المنازعات المتفق عليها بين الطرفين، لأنّ التحكيم هو عملية فصل المنازعات المتفق عليها بينهما (الطرفين) حيث يتم عرض الخصوم أو النزاع على التحكيم واحد أو أكثر من إصدار حكم دون المحكمة المختصة.[١٢٩]

حيث أنّ هذا الاتفاق يعني اتفاق التحكيم لا يعني التنازل عن رفع المنازعات إلى القضاء، بل يجوز للطرفين أو لأحدهما الالتجاء إلى القضاء إذا لم يتم تنفيذ هذا الاتفاق من قبل الأطراف.[١٣٠]

---

[١٢٧]. الأحدب، عبد الحميد. موسوعة التحكيم-التحكيم التجاري.ص٦٠.

[١٢٨]. سراج حسين، أبو زيد. التحكيم في عقود البترول. مرجع سابق.ص٤٢٤-٤٤٦.

[١٢٩]. ساري، جورجي شقيق. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية.مرجع سابق.ص٢٣.

[١٣٠]. ساري، جورجي شقيق. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية.مرجع سابق. ث١٥٩.

بناءً عليه فإنّ السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإداري للدولة؟

وللإجابة على هذا السؤال قسم الباحثة هذا المبحث إلى مطلبين، حيث بتناول المطلب الأول العوامل التي تحد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري، والمطلب الثاني: العوامل التي تزيد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: العوامل التي تحد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري

فالتحكيم نوع من القضاء يخول هيئة التحكيم سلطة حسم وفض النزاع بين الأطراف المتنازعة، وهذه السلطة مستمدة من إرادة طرفي النزاع، وأصبح هذا التحكيم مظهراً من مظاهر هذا العصر لأهميته العظيمة ولفائدنه الكثيرة في فصل المنازعات، وبعبارة أخرى إنّ التحكيم عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في خصوم أو نزاع محدد ومعين على اخضاع خصوماتهم وخلافاتهم لمحكم يعينونه ويختارونه ثم يحددون صلاحيته وسلطاته للحسم والفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه واجبًا وملزمًا.[١٣١]

الفرع الأول: العوامل التي تحد التحكيم

نظرا لهذه التعريفات حول التحكيم نجد أنها تتضمن على عدد من العوامل التي يمكن أن تعيق

[١٣١]. ساري، جورجي شقيق. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية.مرجع سابق. ص١٦٠.

وتحد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القانون الإداري.[١٣٢]

بينما ربط الآخرون هذه العوامل ورجعوها إلى الطبيعة القانونية للتحكيم باعتباره عقداً رضائيًا اختياريًا ولا ينعقد إلاً بموافقة الأطراف وبرضاها.[١٣٣]

وعليه يفهم بأنّ الدولة أو أحد أشخاصها أو الجهات الإدارية التابعة للدولة غير مجبرة إلى تحديد واختيار أسلوب التحكيم كوسيلة لفصل النزاعات إلاّ في المجال التي يراها تتناسب مع منافعها وتتلائم مع مصالحها العامة ودون لوم على الدولة في ذلك.

ومن ثم يمكن اجمال العوامل التي تحد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القضاء الإداري في مجموعة من المواصفات والضواط والشروط التي تملك الحكومة (الدولة) أو الجهات الإدارية التابعة لها أن تلزمها وتفرضها على الغير (الطرف الآخر) في علاقاتها التعاقدية بما يحقق لها أهدافها المنشودة ومصالحها المرجوة، ومن ضمن هذه الضوابط تتجلى بأنّه يحق للدولة أن تحدد وتختار عند إبرام أي تعاقد مع الطرف الآخر الضوابط القانونية التي تسري على عملية هذا التحكيم والتي تكون غالبًا ضمن القواعد والضوابط القانونية لقانونها الإداري.[١٣٤]

وكذلك يجوز للطرفين في اتفاقهم تحديد القانون الواجب التطبيق، وبعبارة أخرى يجوز للدولة عند اتفاق التحكيم أن تشترط تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما بين ذلك قانون التحكيم الأردني تحت المادة رقم-٣٦-وكذلك قانون المرافعات الليبي المادة الرقم٧٦٩/٧.[١٣٥]

---

[١٣٢]. ساري، جورجي شقيق. مرجع سابق. ص١٦١.

[١٣٣]. ساري، جورجي شقيق. مرجع سابق. ص١٦٣.

[١٣٤]. المادة-٢٤-من قانون التحكيم الأردني رقم-٣١-لعام٢٠٠١، والمادة-٧٥٤-من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبية.

[١٣٥]. قانون التحكيم الأردني المادة رقم٣٦- وقانون المرافعات الليبي المادة ٧٦٩-٧.

كما هو معلوم بأنّ القضاء أيضا يأخذ دوراً أكثر اتساعًا في قوانين الحديثة، كما أنّ الدور الرقابي للقضاء الرسمي للدولة على اجراءات التحكيم يشكل ويمثل عامل ثبات واستقرار للقواعد القانونية التي عينها المشرع الوطني من خلال رقابة مدى التزام العملية التحكيمية بهذه المبادئ القانونية.[١٣٦]

الفرع الثاني: دور المحكمة الرقابي في التحكيم

ولم يكن مهام المحكمة ودورها محصورة في الرقابة في هذا الشأن ولكنه أصبح دوراً متداخلا مع مهام التحكيم بالإضافة على أنّ المحكمة مسؤولة بنظرالنزاع موضوع محل اتفاق التحكيم،بما أنّها تتولى في حالة اتفاق الأطراف على التحكيم كوسيلة فض النزاعات المترتبة عن العملية التعاقدية ولم يتم تعيين وتحديد المحكمين، ومن ثم تتدخل المحكمة في هذه الحالة وتحدد المحكمين[١٣٧]، وبالتالي تقوم المحكة باتخاذ جميع الأنشطة وكافة الاجراءات والعمليات المناسبة المحددة أو المؤقتة بما يضمن إكمال العملية التحكيمية وإتمامها، وبما يضمن حقوق الأطراف وذلك حسب طبيعة النزاع بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، وربما يتم اتخاذ الاجراءات من هذا النوع قبل الشرع في اجراءات التحكيم وربما أثناء السير فيها.[١٣٨]

وإذا لم تقم المحكم على أداء مسؤوليته أو تعذر عليه أداء مهمته ووظيفته أو نقطع عن أدائها بمايؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم وغيرها، وفي هذه الحالة جاز للمحكمة بناء على طلب أحد أطراف النزاع وبعد سماع دفاء وأقوال المحكم إنهاء مهمته، ولا يترتب على رفع دعوى بطلان

---

[١٣٦]. العصار، يسري محمد. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية.ص٢٣٥.

[١٣٧]. المادة رقم-١٦- تحكيم أردني والمادة-٧٤٦- مرافعات ليبي.

[١٣٨]. المادة رقم-١٣- تحكيم أردني والمادة-٧٥٨- مرافعات ليبي.

حكم التحكيم وقف تنفيذ الحكم ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم أن تصدر حكمًا بوقف التنفيذ بناء على رغبة أحد الأطراف وطلبه إذا كان الطلب موقوفًا على حجة صحيحة وعلى أسباب قوية وجدية.[١٣٩]

كما تلزم على المحكمة الحسم في طلب وقف التنفيذ خلال خمسة عشر يومّا بداية من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، كما جاز لها يعني المحكة أن تأمر طالب الوقف بتقديم ضمان مالي أو كفالة، ويجب عليها أيضا الحسم في دعوى الفساد والبطلان خلال ٦٠ يومًا من تاريخ صدور القرار، ويجوز لها هذا كل ما قلناه حينما تقرر وقف التنفيذ.وكذلك من صلاحيات المحكمة في الأمر تقديم أدلة الأثبات، الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور، أو يمتنع بغير أسباب أو مبرر قانوني عن التلبية بالجزاء ات المقررة في القوانين النافذة في الدولة، وهذا الطلب تقدم إلى رئيس المحكمة وهو الذي يقر هذا أو غيره.[١٤٠]

إلاّ أنّ المشرع الأردني [١٤١]لم يأخذ مسألة سماع شهادة الشهود وما يترتب عليها من تعيين أو تحديد صيغتها وأدائها إلى هيئة التحكيم التي تتولى ذلك، بينما المشرع الليبي لم يبين الاجراءات أو الاجراء الذي يجب أخذه واتباعه في حالة تخلف الشهود عن الحضور وامتناعهم عن الشهادة أمام المحكة.[١٤٢]

وعليه فإنّه يفهم ماسبق ذكره بإنّ جميع هذه العوامل من شأنها أن تعرف وتحد من تأثير اللجوء

---

[١٣٩]. الكفارنه، محمد عارف ارحيل. ٢٠١٩. النظام القانوني للتحكيم التجاري في ظل القانونين المصري والأردني. عمان: دار الكتاب الثقافي. ص٢٣٥.

[١٤٠]. الكفارنه، محمد عارف ارحيل. مرجع سابق. ص٢٣٧

[١٤١]. المادة-٢٧-تحكيم أردني.

[١٤٢]. المادة-٣٢-تحكيم أربي-٧٥٩- مرافعات ليبي.

إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المطلب الثاني: العوامل التي تزيد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري.

اختلفت آراء الفقهاء ووجهات نظرهم حول هذا الموضوع، حيث يرى البعض من الفقه بأنّ هناك عوامل عديدة التي يمكن أن تزيد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القانون الإدارية والتي من بينها اتساع موضوع اللجوء للتحكيم ومجاله في منازعات العقود الإدارية فيعرض الخلاف والخصوم على التحكيم قد يعرضه لتطبيق وتنفيذ القانون الإداري بعلم ومعرفة محكمون لا يعرفون طبيعة نظريات القضاء الإداري مما يرتب عليه إصدار أوامر وقرارات تحكيمية على غير ماجرى به القانون الإداري الوطني.[١٤٣]

الفرع الأول: أثر التحكيم في المنازعات الإدارية

بينما ذهب اتجاه من الفقه قائلاً بأنّ الوطن الذي بحاجة ماسة إلى التقدم والتطور أو التنمية والذي يعتمد على السوق العالمي بشكل كبير، والذي لا غناء له من هذا السوق. ولذا قد تجد الحكومة نفسها أحيانًا مجبرة ومضطرة على إدراج شرط التحكيم في اتفاقياتها مع الجهات الأخرى خاصة مع المؤسسات والشركات الكبرى متعددة الأطراف والجنسيات، شركات قوية مادية ومعنوية وإدارية والتي تملك صلاحيات وإمكانيات تجارية ومالية عظيمة والتي تنزلها في مرتب اقتصادي أحسن وأفضل مقارنة بغيرها من الدول المتعاقدة معها ممّا يسمح لها ويخولها افراض ضوابط

[١٤٣]. عز الدين، يوسف وائل. التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي. مرجع سابق.ص١١٥.

وشروط بما يحقق أهدافها المنشودة ومصالحها الخاصة بغض النظر عن قانون الدولة، ومن ضمن هذه الضوابط والشروط اللجوء للتحكيم لدى الهيئات الدولية.[١٤٤]

كما يرى البعض من الفقه بعدم استثناء أو عدم اخراج النزاعات الناشئة أو التي يحتمل وقوعها عن العقد العقد المبرم بين تلك المؤسسات أوالشركات الكبرى وبين الدولة من نطاق القضاء الإداري للدولة، حيث يرى هذا الاتجاه من الفقه بأنّ اخراج المنازعات الناشئة أو المحتمل حدوثها عن العقد المبرم بين الطرفين يعني (الدولة والشركات الكبرى) من نطاق القانون الإداري للدولة يعد ذلك عدوانًا واعتداءً على ولاية هذا القضاء أي القضاء الإداري المسؤولة بنظر المنازعاتالإدارية العقدية، وأيضًا يعتبر خروجًا وبشكل غير منتظم وكذلك مخالف لأعمدة أساسية ومبدأ أساسي ومعلوم في القانون الإداري للدولة، هذا المبدأ هو المبدأ المسمى مبدأ لاتفويض في التفويض، وماهيته أو مضمونه هو أنّ اللجوء للتحكيم معناه تفويض سلطات القضاء للمحكمين وهذا ليس من صلاحياتهم ولا يملك ذلك، كما أنّه لايستطيع أحد منهم تبديل أو تعديل أو تفسير نظام الجهات القضائية.[١٤٥]

كذلك يجوز لهذه الشركات المشار إليها مسبقًا أن تفرض على الدولة المتعاقدة معها شرطًا يحتوى تطبيق قانون آخر غير القانون الإداري للدولة المتعاقدة معها على موضوع النزاع، وعليه ذهب المشرع الليبي إلى إجازة ذلك صراحة،[١٤٦] حيث نصت على ذلك المواد ٧٥٤-٧٥٥ من قانون مرافعات الليبي.[١٤٧].

---

[١٤٤]. العصار، يسري محمد. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية. مرجع سابق. ص٢٤٢.

[١٤٥]. عكاشة، حمدي ياسين. موسوعة العقود الإدارية والدولية. مرجع سابق.ص١٦٠.

[١٤٦]. العصار، يسري محمد. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية. مرجع سابق. ٢٤٢.

[١٤٧]. المواد ٧٥٤-٧٥٥ قانون مرافعات الليبي.

بناءً عليه فإنّه يمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق الذي وافقت عليه الشركة المتعاقدة مع الدولة واختاره لا يعرف التمايز بين العقد الإداري والذي يكون الإدارة العامة فيه طرفًا والذي يتمتع فيه بامتيازات استثنائية غير مو جودة في عقد القانون الخاص ممّا يفقد ويعدم نظرية العقد الإداري صلاحيتها وخصوصيتها التي من ضمنها نظرية قضائية من نشاة القضاء الإداري.[١٤٨]

بينما يرى فريق آخر من الفقه بأنّ ثمت اتجاه لدى مؤسسات متنوعنة وشركات مختلفة ومتعددة الجنسيات والتي تسوق الأمور التجارية وتمسك بزمامها في مرحلة العالمية تسعى ومن خلال مؤسسات وهيئات ومراكز التحكيم والتي هي من فعل الدول المتطورة والمتقدمة إلى ترسيخ تقايد وعادات التجارية الدولية ضمن فقه التحكيم وقضائه كي تمنع القانون الوطني أو القضاء الوطني في البلدان الساعية إلى تحقيق تقدمها ووتطورها،

أو نموها الاقتصادي والاجتماعي من نظر النزاعات المترتبة على عقود التنمية الاقتصادية والاجتماعية لهذه البلدان ولاستبعاد أو ترك تطبيق قوانينها الوطنية الأقرب علاقة وصلة بالخلاف أو النزاء، كي يضمن سيطرة المفاهيم الغربية خدمة لمنافع الشركات الكبرى ومصالحها المرجوة التي تسعى لتحقيقها، وكذلك لقصد الحفاظ وتحصين ضد تعقيد القونين الوطنية وتشديدها في البلدان النامية.[١٤٩]

الفرع الثاني: التحكيم ومبدأ سلطات الإرادة

حيث أن التحكيم يعتمد على مبدأ سلطات الإرادة والمحكم ليس مجبرا ولا ملزما بأخذ قانون

---

[١٤٨]. حماد، أشرف محمد خليل. مرجع سابق. ص٣٢٠.

[١٤٩]. بريري، محمود مختار. ١٩٩٩م. التحكيم التجاري الدولي. مصر: دار النهضة العربية. ص١٢.

محدد ومعين لتطبيه ممّا يجبر أو يدفع أضعف الطرفين المتعاقدين يعني الدولة الضعيفة أو المضطرة لقبول التحكيم لأجل التنمية أو من أجل تحقيق نموها الاقتصادي والاجتماعي تحت لطف ورحمة وعطف المحكم الذي يطبق غالبا الضوابط والقواعد العامة لعقود الخاصة التي تسعى لتحقيق العدالة والمساواة بين الطرفين وأنّ العقد اتفاق المتعاقدين وشريعتهما، كما وهي قواعد تتعارض مع الضوابط والأسس التي تستند وتعتمد عليها نظرية العقد الإداري المعلومة والمنصوصة الثابتة في القانون الإداري.[١٥٠]

كما أ نّ هناك عوامل أخرى التي تزيد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري فكرة النظام التي تعد من الأعمدة الأساسية للنظام القانوني للدولة والتي يلزم أن تكون محل اعتبار لدى هيئات التحكيم عند اصدارها للأحكام التحكيمية.[١٥١]

وعليه يرى اتجاه آخر من الفقه بأنّ مهام النظام العام غير الخارجي (الداخلي) هي حماية وحفاظ على المنافع والمصالح العليا للمجتمع سلوكية كانت (القيم الأخلاقية) أو اقتصادية أو اجتماعية أو قومية أو سياسية ووضع السدود والحواجز أمام كل اجراء أو عمل أو اتفاق يهدد هذه المنافع والمصالح.[١٥٢]

كما هو معروف بأنّ العلاقات الخارجية فلا تقتصر مهام النظام العام على المنافع والمصالح العليا فقط للمجتمع، بل تتعدى هذه المصالح فيها إلى حفاظ التكافل الدولي وحمايتها والذي

---

[١٥٠]. العصار، يسري محمد. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية. مرجع سابق.ص٢٤٣. ساري، جورجي شفيق. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية.مرجع سابق.ص١٢٣.

[١٥١]. العصار، يسري محمد. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية. مرجع سابق.٢٤٧.

[١٥٢]. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠٠٦. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية.مصر: منشأة المعارف. ص٢٧٧.

يتطلب من جميع البلدان أن تساهم وتشارك في العمل على تنشيط الصلات والعلاقات بين أفراد المجتمع وأيضًا تقوية الروابط بين الشعوب كي يتجسد في داخلهم مفاهيم التكافل والحب والتسامح، وتبرز السلام الاجتماعي بينهم وأيضًا بين الدول.[١٥٣]

ونظراً لما سلف ذكره فإنّه تتجلى بأنّ فكرة النظام العام تتميز بمرونة، وهي فكرة قانونية ربما وسياسية ترتب نتائجها القانونية داخل المجتمع، كما يفهم بأنّ هذه الفكرة ذات طابع مميز وجوهري في مجال القانون الإداري ونطاقه، حيث تظفى على الضوابط القانونية وقواعد القضائية التي يحتويها نعت القواعد وصفتها الآمرة لترابطها وصلتها بهذا النظام يعني النظام العام، ويترتب على مخالفيها فساد الحكم التحكيمي الداخلي وبطلانه، وذلك من شأن توسيع إطار اللجوء أو نطاق االلجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية أن تزيد من أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية على مستقبل القضاء الإداري أو القانون الإداري.

[١٥٣]. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. المرجع السابق. ص٢٧٨.