مدي تأثر التحكيم في العقود الإدارية
بمبدأ سيادة الدولة
بالتطبيق على النظام السعودي

دكتور/ علي إبراهيم إبراهيم شعبان
أستاذ القانون العام المساعد بكليات بريدة الأهلية
بالمملكة العربية السعودية

Abstract

Arbitration in administrative disputes has become a requirement of development, especially in countries where the national capital is unable to obtain its needs and is making its way to growth, which is a necessary requirement for foreign companies, because of its simplicity of procedures and speed, All this is necessary in the field of International Trade.

In view of the importance of arbitration, the searcher find that the legislator in many countries may enter and authorize arbitration in disputes of administrative contracts of an international character and that within the scope and scope of the text without expanding the application either through interpretation or measurement, it is an exception that can not be measured as well as restricting the need to obtain The permission to resort to arbitration shall be issued by a higher administrative body than the body within the framework of the arbitration which may be by the Council of Ministers or by the competent minister as we have seen in Egypt.

The arbitration in administrative contracts presents a problem especially for the systems that follow the administrative justice system. At first, it refused to arbitrate the disputes of administrative contracts on the grounds that it related to the principle of the sovereignty of the state. And the arbitration advantages and advantages of other legal systems, as well as the advantages and disadvantages of arbitration, its legal status, its impact on the principle of the sovereignty of the State, as well as the criterion of acquisition of the administrative contract of its international character, as well as the conditions of prior approval On the arbitration clause, and the criteria for the gauge by the State of its sovereignty over its territory.

ملخص

التحكيم في المنازعات أصبح مطلبا من متطلبات التنمية، خاصة في الدول التي يعجز فيها رأس المال الوطني عن تلبية حاجاتها وهي تشق طريقها نحو النمو، حيث يعد مطلبا ضروريا للشركات الاجنبية لما يتسم به من بساطة إجراءاته ومن سرعة، وكل هذا يعد امرا ضروريا في مجال التجارة الدولية.

ونظرا لأهمية التحكيم نجد أن المشرع في العديد من الدول قد تدخل واجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وان يكون ذلك في حدود النص ونطاقه دون توسع في التطبيق سواء عن طريق التفسير أو القياس، فهو استثناء لا يجوز القياس عليه فضلا عن تقييده بضرورة الحصول على اذن باللجوء إلى التحكيم يصدر من جهة ادارية أعلى من الجهة الداخلة في أطار التحكيم والتي قد تكون من قبل مجلس الوزراء أو من قبل الوزير المختص كما رأينا في مصر.

والتحكيم في العقود الإدارية يطرح إشكالا خاصة بالنسبة للأنظمة التي تنهج نظام القضاء الإداري، حيث ظلت في بداية الأمر ترفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية بدعوى تعلقها بمبدأ سيادة الدولة، بل تمنعها فقها وقضاء وتشريعا؛ لذلك تناول الباحث موضوع التحكيم في العقود الإدارية ومدى تأثره بمبدأ سيادة الدولة، وتناولت فيه ماهية التحكيم في العقود الإدارية، ومبررات التحكيم وتميزه عن النظم القانونية الأخرى ، وكذلك مزايا التحكيم وعيوبه، والطبيعة القانونية له، وتأثره بمبدأ سيادة الدولة ؛ حيث معيار اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية ، وكذلك شروط الموافقة المسبقة على شرط التحكيم، ومعايير استخدام الدولة لسيادتها على أراضيها.

المقدمة:

في الآونة الأخيرة انتشرت ظاهرة التحكيم خاصة في العقود المدنية والتجارية باعتبارها إحدى الوسائل البديلة لحل المنازعات التي تحظى باهتمام متزايد على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، لما توفره هذه الوسائل من مرونة وسرعة في البت وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد حلول لمنازعتهم، هذا فضلا عن قلة كلفتها.

ويعد التحكيم والوساطة أحد أشهر هذه الوسائل، وقد عرف التحكيم كمؤسسة اختيارية لحل المنازعات منذ عهود قديمة إذ كان معتمدا في مجتمعات مصر القديمة وبابل وأشور وعند اليونانيين والفينيقيين، أما العرب فقد اهتموا بالتحكيم في وقت مبكر مع ظهور مبادئ الحضارة العربية في شبه الجزيرة وكذا الإسلام أقر شرعية التحكيم لحل المنازعات.

ويطلق على التحكيم تسميات فرعية حسب طبيعة المنازعة التي يراد فضها عن طريقه، فاذا كانت المادة تجارية سمي التحكيم تجاريا واذا كانت مدنية سمي التحكيم مدنيا، أما إذا كانت المادة إدارية سمي التحكيم إداريا.

غير أن التحكيم في المواد الإدارية هو الذي يطرح إشكالا خاصة بالنسبة للأنظمة التي تنهج نظام القضاء الإداري، حيث ظلت في بداية الأمر ترفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية بدعوى تعلقها بمبدأ سيادة الدولة، بل تمنعها فقها وقضاء وتشريعا.

لذلك سوف اتناول البحث في موضوع التحكيم العقود الإدارية ومدى تأثره بمبدأ سيادة الدولة.

وقد أعددت خطة لبحث هذا الموضوع على النحو التالي:

خطة البحث

المقدمة

المبحث الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية

المطلب الأول: تعريف التحكيم في العقود الإدارية

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

المبحث الثاني: مبررات التحكيم وتميزه عن غيره من النظم القانونية

المطلب الأول: مزايا التحكيم وعيوبه

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن غيره من النظم القانونية

المبحث الثالث: التحكيم وتأثره بمبدأ سيادة الدولة

المطلب الأول: معيار اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية

المطلب الثاني: الموافقة المسبقة على شرط التحكيم

المطلب الثالث: استخدام الدولة لسيادتها على اراضيها

الخاتمة:

قائمة المراجع

المبحث الأول

ماهية التحكيم في العقود الإدارية

سوف نبين في هذا المبحث: تعريف التحكيم وبيان مدى مشروعيته في العقود الإدارية. على النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف التحكيم في العقود الإدارية

بداية وقبل الخوض في الحديث عن التحكيم في العقود الإدارية أود أن أتحدث عن التحكيم بصفة عامة لأضع إطارا لموضوع التحكيم ثم نخوض في تفاصيله ونتدرج إلى موضوع التحكيم في العقود الإدارية

لفظ التحكيم في اللغة: هو مصدر للفعل حكم بتشديد الكاف مع الفتح وهو بمعنى التفويض في الحكم [1] ويقال حكمت فلانا في مالي تحكيما، أي فوضت إليه الحكم فيه. استحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه [2].

وفي الاصطلاح الشرعي فقد عرف التحكيم بأنه تولية الخصمين حكما يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصا للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون

(١)- انظر: القاموس المحيط، ج٤، ص٩٨. وانظر ايضا، محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار

(٢)- انظر: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار بيروت للطبع والنشر، ١٩٥٦، ص١٤٢.

للمحكم ولاية القضاء بينهما [١] أو اتفاق الخصوم على تولي رجل أو أكثر اصلا في أن يفصل فيما تنازعا بحكم الشرع دون القاضي المولى [٢]. وقد ورد ذكر التحكيم في كتاب الله تعالى بقوله: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما" [٣] وقوله: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" [٤] و" يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله" [٥].

ولم يخرج فقهاء القانون الوضعي أيضًا عما انتهى إليه فقهاء الشرع الإسلامي من تعريف التحكيم ، حيث تم تعريفه ، بأنه اتفاق ما بين فريقين أو اكثر على تسوية منازعاتهم بالإحالة إلى التحكيم [٦] أو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية ، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل ، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين – ويتولى الأطراف تحديد الاشخاص المحكمين أو على الاقل ، يضمنون اتفاقهم على

٣-انظر: محمد ابن عرنوس، تاريخ القضاء في الاسلام، ط١، المطبعة المصرية الأهلية، ص١٧٥.

(٢)- انظر: د. محمد مدكور سلام، القضاء في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص١٣١.

(٣) - سورة النساء الأية ٦٥.

(٤) - سورة النساء الأية ٣٥.

(٥) - سورة ص الأية ٢٦.

(٦) -انظر ، حمزة احمد حداد ، التوجهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي ، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم المدني والتجاري في اطار القانون الوضعي والشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية للفترة من ٢٦-٢٧ كانون الأول ٢٠٠١ ، مجلة المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة ،ص٢.

التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين ، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

وفي تعريف آخر يعرف بأنه نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعينة على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي. كما عرّفه المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة ١٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه: " اتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية بعض أو كل المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية.

وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهم أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة، مجردا من التحايل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية" [(١)].

فيما عرّفه المشرع المغربي من خلال الفصل ٣٠٦ ضمن الباب الثامن من القسم الخامس المعنون بالتحكيم والوساطة الاتفاقية من قانون المسطرة المدنية بأنه: " حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على

(١) – انظر الفتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١، جلسة ١٧، ٥/ ١٩٨٩، ص١٣٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في اربعين عاما، من اول اكتوبر سنة ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥ ، ص١٤٣ .

اتفاق تحكيم"، أما اتفاق أو شرط التحكيم فعرفه بكونه: " التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية"، وأضاف في الفقرة الموالية من نفس الفصل أن اتفاق التحكيم "يكتسي شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم". في حين منح تعريفا لعقد التحكيم من خلال الفقرة الأولى من الفصل ٣١٤ من ق.م.م بأنه: " الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية".[١]

تعريف التحكيم في النظام السعودي:

لم يُعَرِّفَ النظام السعودي التحكيم كما ورد في بعض القوانين المعاصرة، وإنما عَرَّفَ اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة الأولى من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ في ١٤٠٣/٧/١٢هـ والمنشور في جريدة أم القرى في العدد ٢٩٦٩في ١٤٠٣/٨/٢٢هـ على أنه: ‘‘يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين".

والظاهر أن النظام السعودي لم يُعَرَّفَ التحكيم، لأنه أخذ بالرأي القائل إن وضع التعاريف من مهمة الشُرَّاح وليس النظام، والسبب كما جاء في تنقيح القانون المدني المصري "حتى يتجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ‘‘؛ أو لأنها مسألة علمية مكانها الفقه القانوني الذي يتولى تأصيل عمل المنظم

(١) – محمد محجوبي "دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ٨٦، ماي–يونيو ٢٠٠٩، ص: ١٥.

وصياغة النظريات الفقهية، كما أن التعريفات مهما بذل في صياغتها من دقة وعناية لا تستعصي من النقد. (١).

تعريف التحكيم في المنازعات الإدارية:

النصوص القانونية لم تتعرض لتعريف محدد للتحكيم في المنازعات الإدارية.

فالقانون المصري مثلا لم يورد أي تعريف للتحكيم في المنازعات الإدارية كما فعل في التحكيم التجاري والتحكيم الدولي في المادة ١و٢من الباب الأول من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

وكذلك القانون الفرنسي فإنه لم يضع تعريفًا للتحكيم في المنازعات الإدارية كما فعل في التحكيم الدولي في المادة ١٤٩٢من الباب الخامس من قانون المرافعات المدنية الصادر بالمرسوم رقم ٨١-٥٠٠ في ١٩٨١م.

أما على مستوى الفقه فقد عرفه الفقه القانوني الفرنسي بأنه:

نظام استثنائي للتقاضي بموجبه يجوز للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية وطنية أو اجنبية من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي تحل بطريق التحكيم بناء علي نص قانوني يجيز ذلك، وخروجا من مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون الأخرى في اللجوء للتحكيم. (٢)

(١) – انظر: خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن الخضير – التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة مع دراسة تطبيقية للنظام السعودي. ص٩٠

(٢) – راجع: أيمن الزيني: التحكيم في العقود الإدارية منشور على الشبكة الدولية للمعلومات الانترنت على الرابط التالي: https://www.academia.edu/

أما الفقه المصري فقد عَرَّفَ التحكيم في المنازعات الإدارية بأنه: وسيلة قانونية تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وبمقتضاها يُستغنى بها عن القضاء الإداري لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلة الناشئة عن علاقات ذات طابع إداري عقدية أو غير عقدية فيما بينها أو بين إحداها أو أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، سواء كان اللجوء اختياريًّا.[1]

استنادا على ذلك فما مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية؟ وما هي الإشكاليات التي تحول دون التوسع في التحكيم في مجال العقود الإدارية؟ وإلى أي حد تم تفعيل العلاقة بين القاضي الإداري والتحكيم؟

هذا ما سنوضحه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

مشروعية التحكيم في العقود الإدارية

لم يكن من المتصوّر أيام وضع القوانين وسنّها في بداية القرن التاسع عشر مع هيمنة الدولة على السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية الوطنية، أن تدخل الدولة والهيئات العامة التابعة لها في تحكيم بينها وبين غيرها من أشخاص القانون الخاص، التابعين لها أو لغيرها من الدول. فالدولة وهيئاتها توجد في مركز السيادة، وأشخاص القانون الخاص توجد في مركز الخضوع. ودخول الدولة في التحكيم معناه تخلي الدولة عن مركزها السيادي والوقوف أمام المحكم على قدم المساواة مع غيرها من الأشخاص [2].

(١) – المرجع السابق

(٢) الاتجاهات الموسّعة لمجال التحكيم والمضيقة له، على مستوى الدول المختلفة. سامية راشد. التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم. منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، بند ٢٠٥، ص ٢٩٣ وما بعدها.

ومع تطور تدخل الدولة المباشر في الحياة الاقتصادية، ودخولها طرفاً في عمليات التبادل الدولي بصفة خاصة، بدأ الفقه يدرك خطورة التمسك بفكرة السيادة في مجال لا يخضع لسلطان الدولة –لوجود طرف أجنبي فيه – ويُراد له في الوقت ذاته النمو والازدهار.

ويثور التساؤل: كيف يكون الالتجاء إلى التحكيم وهو نوع من القضاء، مخالفاً لمبدأ سيادة الدولة، في الوقت الذي صار فيه امتثال الدولة والأشخاص العموميين للقضاء، الإداري منه، والعادي كل في حدود اختصاصه أمراً مسلماً؟

إن كل ما يتطلّبه مبدأ سيادة الدولة هو إخراج المسائل الحسّاسة التي تطلق فيها سلطة الدولة في التقدير، عن سلطة القضاء والتحكيم على حدّ سواء. كما أنه لوحظ أن مبدأ تحريم الاتفاق على التحكيم بين الدولة وأشخاص القانون العام وبين أشخاص القانون الخاص، استنادا إلى فكرة سيادة الدولة، يقوم على خلفية تتصادم مع خضوع الدولة لمبدأ الشرعية ذاته، بما يعنيه من خضوع الدولة للقانون خضوعاً يتطلّب بالضرورة إخضاع أعمالها لرقابة القضاء ومسؤوليتها عن هذه الأعمال. ومن هذا المنطلق اتجه الفقه الفرنسي في تحديده للقابلية للتحكيم في المنازعات إلى التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية. وإن اختلف بعد ذلك على تحديد معيار التفرقة بين هذين النوعين من المنازعات.

وإزاء الموقف المتحرّر للقضاء العادي الفرنسي تجاه التحكيم في العلاقات الدولية التي تكون الدولة وأشخاص القانون العام طرفاً فيه، ظلّ القضاء الإداري ملتزماً بتحريم الاتفاق على التحكيم بين الدولة والأشخاص العموميين، وبين أشخاص القانون الخاص، في المنازعات التي يطالها اختصاصه، وخاصة تلك المتعلّقة بالعقود الإدارية ما لم يكن هناك نصّ قانوني خاص يبيح لها التحكيم.

وأساس هذا المبدأ هو الرغبة في عدم تمكين أشخاص القانون العام من الإفلات من ولاية القضاء الإداري الذي أنشئ خصيصاً لها وهذا الأمر لا يتعلّق بمبدأ دستوري وإنما بمبدأ قانوني يجوز الخروج عليه من المشرّع بتشريع خاص.

وقد توصّل القضاء الفرنسي إلى مبدأ آخر إضافة لهذا المبدأ وهو تحريم شرط التحكيم في العقود التي يختصّ بنظرها القضاء الإداري حتى بين شخصين من أشخاص القانون الخاص كعقود الأشغال العامة.

وقد اختلفت معظم التشريعات في مسالة إقرار أحقية أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية، لدرجة شكل فيها هذا الموضوع بالذات مادة دسمة لدى فقهاء القانون في ظل الاختلاف الواقع على مستوى التأطير القانوني للتحكيم في العقود الإدارية بالنسبة لبعض التشريعات و التي تأرجحت مواقفها بخصوص هذه النقطة بالذات بين الجواز المطلق مع بعض القيود والمنع النسبي لإمكانية لجوء أشخاص القانون العام إلى آلية التحكيم لفض المنازعات التي يمكن أن تثور بخصوص العقود الإدارية التي يكونون أطرافا فيها ويأتي هذا التباين في المواقف نتيجة لمجموعة من الاعتبارات القانونية والاقتصادية، التي ساهمت في خلق في هذا التباين على مستوى الأنظمة القانونية لمختلف التشريعات ومن ضمنها المغرب بخصوص مسالة الأخذ بمبدأ منع أو جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

واختلفت التشريعات العربية تجاه جواز التحكيم بين الدولة والأشخاص العموميين وبين أشخاص القانون الخاص لا سيما في العلاقات الدولية فنصّ قانون المملكة العربية السعودية في المرسوم الملكي رقم ٤٦ في المادة ٣ منه الصادر بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ، "على أنه لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفضّ منازعاتها مع الآخرين إلا بعد

موافقة رئيس مجلس الوزراء وهذا المنع يشمل التحكيم في العلاقات الداخلية والخارجية على حدّ سواء.

أما في مصر فلم يتضمن القانون المدني أو قانون المرافعات نصاً يمنع التجاء الدولة أو الأشخاص العامة للتحكيم. وقد اتجه الرأي الراجح في الفقه المصري إلى أن شرط التحكيم في عقود البترول التي تبرمها الحكومة أو المؤسسة العامة للبترول ليس فيه مساس بسيادة الدولة. واتجه الخلاف الفقهي إلى أن ينحصر حول ما إذا كان يجوز اشتراط إتمام التحكيم في الخارج.

وقد عرض أمر جواز التحكيم في العقود الإدارية على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فأفتت بجوازه بتاريخ ١٩٨٩/٦/٢٨ و١٩٩٣/٣/١٠ لكن المحكمة الإدارية العليا قضت بعدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية استنادا إلى نص المادة ١٧٢ من دستور١٩٧١م التي تجعل من مجلس الدولة الجهة القضائية المختصة بالمنازعات الإدارية وإلى نص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة التي تقضي باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيره بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وفي مرحلة الانفتاح الاقتصادي في السبعينات أباح القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٤ بنظام استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرّة المعدّل بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٧ التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون ولو كانت الدولة أو أي جهاز من أجهزتها الإدارية طرفاً فيها.

وقد جاء قانون التحكيم التجاري الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بالتوجّه المبكر نحو تحرير القابلية للتحكيم من آثار فكرة سيادة الدولة فنصّ في المادة الأولى منه على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون

الخاص أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لنظام هذا القانون". وأمام عمومية النصّ وعدم صراحته حصل خلاف في الفقه على جواز التحكيم في العقود الإدارية وكان الأفضل حسم هذا الخالف بنصّ صريح وعلى أي حال فقد رأى المشرّع أن يحسم هذا الخلاف فأصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية مضيفاً فقرة ثانية إلى المادة الأولى منه تقضي بأنه: "بالنسبة إلى المنازعات الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختصّ أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

وربط جواز التحكيم في المنازعات الإدارية بموافقة الوزير المختصّ ينصرف إلى التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على حدّ سواء ذلك أن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وضع تنظيماً موحداً للتحكيم بكافة صوره دون تمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

القابلية للتحكيم والمعيار الواجب اعتماده:

على رغم الصعوبة في التعرّف على كل من القواعد الآمرة من ناحية والنظام العام من ناحية أخرى، فقد اتجهت التشريعات في العديد من الدول إلى النص على عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز التصرّف فيه. وقد سلك المشرّع الفرنسي هذا المسلك فنصّ في المادة ٢٠٥٩ من القانون المدني المعدّلة بالقانون رقم ٦٢٦ في ١٩٧٢/٦/٥ على أنه "يجوز للأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرّف فيها"

ثم أضاف بالمادة ٢٠٦٠ النصّ على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلّقة بالنظام العام"[١].

أما المشرّع المصري فنصّ في المادة ١١ من قانون التحكيم التجاري الجديد على أنه "لا يجوز التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرّف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" محيلاً بذلك إلى نص المادة ٥٥١ من القانون المدني التي تحرم الصلح في المسائل المتعلّقة بالنظام العام. وقد سلكت التشريعات العربية الأخرى المنهج الذي سلكه المشرّع المصري[٢].

في المحصلة القابلية للتحكيم هو وجود نزاع على حق مالي أو التزام مما يجوز لصاحبه التصرّف فيه فالعلاقات المدنية غير المالية مستبعدة صراحة من مجال القابلية للتحكيم وهكذا يتضح أن مناط القابلية للتحكيم هو المنازعات على الحقوق الاقتصادية أو المالية بصرف النظر عما إذا كانت في عداد ما تضفي عليه أحكام القانون التجاري الصفة التجارية أو إذا كانت داخلة في عداد ما تضفي عليه أحكام القانون الإدارية الصفة الإدارية.

لكن الحق المالي قد يتفرّع عن علاقة قانونية غير مالية مما لا يخضع للتحكيم. ونصادف هذا الواقع في التعويض عن الأفعال الضّارة التي تشكّل جريمة يعاقب عليها القانون. وفي هذه الحالة يتعيّن التمييز بين المسؤولية الجنائية عن الفعل المجرم وبين المسؤولية

(١) – دراسة انتقادية لموقف المشروع الفرنسي. باتريس لوفل، القابلية للتحكيم. مجلة التحكيم، ١٩٩٢، ص ٢١٤ وما بعدها.

(٢) – المادة ٢ من النظام السعودي، والمادة ٢/١٧٢ من قانون المرافعات المدنية الكويتية، والمادة ٤/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

المدنية عنه. فالأولى تظلّ حكراً على القضاء والثانية يجوز فيها التحكيم وفي هذا المقام يتعيّن على المحكم الالتزام بالقواعد المتعلّقة بوقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية.

ونصادف هذا الوضع ثانياً في التعويض عن أعمال الإدارة ومن المسلم به أن هذا التعويض يخضع للتحكيم حتى وإن كان مترتباً على عملٍ لا يجوز التحكيم فيه، كقرار إداري غير مشروع.

ويدق الأمر في حالة قيام الدولة وهي طرف في عقد من عقود الاستثمار بنزع ملكية المشروع الاستثماري محل العقد للصالح العام يثور التساؤل في هذه الحالة أياً كان الرأي في شرعية الإجراءات التي اتخذتها الدولة فالأمر يتعلّق بمسؤولية تعاقدية للدولة يكفي لقيامها الإخلال بالالتزامات التي يلقيها العقد على عاتق أحد الطرفين ومن هذا المنطلق تذهب غالبية الفقه إلى أن التعويض عن هذا الإخلال يكون قابلاً للتحكيم.

ويمكن مصادفة هذا الواقع من ناحية ثالثة في العلاقات المالية الناشئة عن الأحوال الشخصية التي كما نعلم لا تخضع للتحكيم كما هو الحال في طلب التعويض الناشئ عن فسخ الخطبة باعتباره نزاعاً مالياً صرفاً. كما هو الحال في الميراث فيجب التمييز بين ما يدخل في فكرة الميراث وشروطه وموانعه وأنصبة الورثة وبين ما لا يدخل فيها كحصر أموال التركة وتسديد ديونها وقسمتها فالأولى تدخل في مفهوم الأحوال الشخصية التي لا يجوز التحكيم فيها والثانية تدخل في مجال التحكيم لغلبة الطابع المالي أو الاقتصادي عليها [1].

– حكم التحكيم في العقود الإدارية في ضوء احكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية:

(١) – انظر: المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية ورقة عمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية حول التحكيم في العقود الإدارية.

على الرغم من انتشار العقود الإدارية الدولية على نطاق واسع في الأيام الأخيرة بسبب العولمة وانتشار الشراكات بين القطاعين العام والخاص التي تشمل ظروفا غير متعارضة غير مألوفة في القانون الخاص .وتبرم هذه العقود أو الاتفاقات بين مختلف الحكومات والأشخاص أو الأشخاص الأجانب، وقد لوحظ أيضا أنه كلما كان هناك نزاع في محكمة التحكيم فإن ذلك يشيع نوعا من الجدل، ويحدث هذا على الرغم من أن العقد محل النزاع هو عقد إداري دولي .

لذا تنشأ مشاكل مع قانون التحكيم السعودي ساك لأنه في معظم الحالات، يتم إعطاء الشريعة أهمية في حالة نشوء أي نزاعات بين ساك والشريعة .وعلاوة على ذلك، بموجب القانون السعودي، في عقود التحكيم الإداري مع المنظمات الحكومية، هناك شرط موافقة من الملك أو موافقة مجلس الوزراء .

على الرغم من أن نية حكومة المملكة العربية السعودية كانت لإصلاح قانون التحكيم والسماح لمزيد من الحرية للأطراف المتعاقدة لاختيار مقعد وقانون التحكيم، ولكن في حالة العقود الإدارية، لا يزال للحكومة اليد العليا(١).

لم ينظر ديوان المظالم بخصوص التحكيم إلا قضية واحدة هي القضية رقم ٢٣٥/ق/٢/١٤١٦ هـ المامة من شركة أوجيم بي في الهولندية ضد جامعة الملك عبد العزيز وكانت الجامعة والشركة لجأتا للتحكيم بصورة اتفاقية واكدا على نهائية قرارها لالتزام به وأصدرت الهيئة التحكيمية قرارها المتضمن الاتي:

(١) Ceil, Chenoy, Arbitration in Administrative Contracts and Saudi Government April ٢١, ٢٠١٥. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=٢٥٩٧١٣٩ or http://dx.doi.org/١٠.٢١٣٩/ssrn.٢٥٩٧١٣٩

أولا: أن تدفع جامعة الملك عبد العزيز لشركة اوجيم مبلغ هو ٧٧٩٥٦٦٧٧ ريالا.

ثانيا: إلزام الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية المقدمة من شركة أوجيم وقيمتها ٢٢٠٣١٥٥٣ ريالا.

ثالثا: أن تقدم الجامعة إلى وزارة المالية طلبا لإعفاء المدعية من غرامات التأخير.

قامت الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية ودفعت للشركة الهولندية مبلغا وقدره ٦٤٩٩٣٧٧٢٦ ريالاً وامتنعت عن دفع بقية المبالغ الملزمة من قبل هيئة التحكيم الوارد في البند أولا من قرارها.

تقدمت شركة اوجيم بي في الهولندية إلي ديوان المظالم بدعوي طلبت فيها إصدار حكمه بإلزام جامعة الملك عبد العزيز بتنفيذ قرار هيئة التحكيم وإلزامها بدفع مبلغ ١٢٨٠١٨٩٥٠ ريالا الفرق بين المبالغ المستحقة لها حسب قرار هيئة التحكيم والمبالغ التي دفعتها الجامعة لها استنادا إلى أن قرارات لجنة التحكيم قضائية واجبة النفاذ.

قيدت اللائحة التي تقدمت بها الشركة الهولندية قضية بالرقم المشار إليه.

وقد صدر فيها الحكم بإلزام جامعة الملك عبد العزيز بأن تدفع للشركة الهولندية مبلغ ١٢٨٠١٨٩٥٠ ريالا.

تم الاعتراض على الحكم سالف الذكر فرفعت أوراق القضية إلي هيئة تدقيق القضايا التي لم توافق فيما انتهت إليه من جواز اللجوء إلي التحكيم في العقد الإداري تأسيسا علي أن التحكيم ممنوع في فض المنازعات التي تنشب بين الجهات الحكومية وبين أي فرد أو شركة أو هيئة. [1]

(١) – انظر : خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن الخضير – التحكيم في العقود الإدارية – المرجع السابق صـ ٣٠٣ : ٣٠٦

المبحث الثاني

مبررات التحكيم وتميزه عن غيره من النظم القانونية

من المتفق عليه فقها وقضاء أن التحكيم يعتبر أحد الوسائل البديلة لفض المنازعات وذلك بقرار ملزم لأطراف النزاع، فالتحكيم يتفق مع القضاء في تحقيق نفس الهدف، وهو انهاء النزاع بحكم أو بقرار ملزم للطرفين، إلا ان التحكيم يمتاز بالعديد من المزايا التي تفضله عن اللجوء إلى القضاء ، ويعاب عليه ببعض العيوب وإن كانت أقل مما يوجه للقضاء من انتقادات.(١)

كما يتميز التحكيم عن غيره من النظم البديلة الأخرى كالصلح والتوفيق والخبرة والوكالة بالعديد من المزايا التي تساعد على الالتجاء غليه وتفصيله عن غيره من وسائل فض المنازعات.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

مزايا التحكيم وعيوبه

أولا: السرعة في فض النزاع حيثُ يكون للوقت أثر مهم على الحق المتنازع عليه بين الأطراف وخاصة" في القضايا التجارية ويكون عامل الوقت هام جدا" فيها، فيملك المحكمون صلاحية تحديد المدة التي يرونها لازمة لإنهاء النزاع وفق ما ورد في القانون وعلى

(١) – محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – منشورات الجبلي الحقوقية بدون سنة نشر ص ٣٦٦.

المحكم أن يلتزم بذلك، حيثُ أنّ البطء في اتخاذ القرار في مثل هذه الدعاوي يجعل الأضرار تتفاقم ويُضاعف حجم المشكلة.(١)

ثانيا: تلافي نشوب الأحقاد والعداوات بين الأطراف المتنازعة قدر المستطاع فالتحكيم غالبا" ما يُحقق العدل بدون نشوب أحقاد بين الأطراف المتنازعة على عكس القضاء الذي يُحقق العدل لكنه غالبا" ما يُخلف الحقد والكراهية بين الأطراف المتنازعة وهذا مرده إلى أن التحكيم يُبنى على الاتفاق والتراضي وتستمد هيئة التحكيم سُلطتها في حل النزاع من اتفاق الطرفين على تخويل الهيئة هذه السُلطة لأنّ التحكيم قضاء لكنه قضاء خاص يُخول هيئة التحكيم سُلطة فض النزاع بين الأطراف المتنازعة وعليه فإن المحكم يقوم بعمل القاضي إلا أنه ليس له صفة القاضي ولكنّ الأحكام الصادرة عن المحكمين مُلزمة من حيثُ التنفيذ ما لم تكن باطلة أو يشوبها عيب يستوجب بطلانها حيثُ أنّ الأطراف وافقوا على القوة التنفيذية للحكم الصادر عن المحكمين قبل صدوره، لذلك يمتاز التحكيم بأنه يحافظ على المودة والعلاقات الطيبة بين أطراف النزاع ، ومن هنا استمد أهميته الكبيرة ومكانته البارزة في حل النزاعات التجارية ، حيثُ أنه يُصلح ذات البين بين الأطراف المتنازعة .

ثالثا: تخفيف العبء المالي والإداري على المحاكم، فنشر سياسة اعتماد التحكيم وإعماله في حل النزاعات يُقلل من عدد القضاة المراد تعينهم.

رابعا": الاعتدال في الحكم، يتصف القضاء بالهيبة والوقار، ويغلب على الوساطة الشفاعة، ليأتي التحكيم حلا" وسطا" بين الإثنين، لذلك تتصف أحكام التحكيم بالاعتدال.

خامسا": إنّ اعتماد أسلوب التحكيم يفتح باب الاستثمارات مما ينهض بالاقتصاد عامة"، حيثُ يُتيح التحكيم للشركات المتعددة الجنسية والتي لا ترغب في الخضوع إلى قوانين

(١) – راجع : شريف يوسف خاطر – المرجع السابق ص٩٣ – ١٠٩

أجنبية عند وقوع النزاع اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع مما يُشعرها بالطمأنينة على مصالحها وبالتالي يكون التحكيم مخرجا" لمسألة تنازع القوانين.

سادسا": يتصف التحكيم بالسرية، فالأصل في إجراءات التحكيم وجلساته السرية حيثُ يفتح التحكيم مجالا" واسعا" للعمل على حل النزاع الناشئ بين الأطراف بسرية كاملة سواء من حيثُ الحق المتنازع عليه أو الدفوع المتبادلة بين الأطراف المتنازعة لتصل إلى حد السرية بشخصي النزاع ومكانتهم

عيوب التحكيم:

١- التكلفة المالية العالية وخاصة" في الأمور التجارية".

٢- عند عدم استجابة أحد الطرفين لتنفيذ حكم المحكمين يتم اللجوء للقضاء لتنفيذ الحكم.

٣- طرق الطعن بأحكام المحكمين مُحددة وأقل من طرق الطعن التي تخضع لها الأحكام الصادرة عن المحاكم. (١)

(١) – هشام خالد – جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي : مزاياه – أمراضه – منشأة المعارف – الإسكندرية – ٢٠٠٦ ص١٨

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

ثار جدل بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتحكيم، لما تشكله هذه الطبيعة من أهمية خاصة في معرفة جوهر التحكيم، وبيان ماهيته، وتحديد الاسباب التي دعت الافراد إلى اللجوء للتحكيم كطريق خاص بعيدا عن قضاء الدولة، وما هو مصدر تلك القوة الإلزامية التي يتمتع بها حكم التحكيم .... الخ، فتعددت مذاهبهم واتجاهاتهم بهذا الصدد وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الطبيعة التعاقدية للتحكيم

ذهب جانب من الفقه إلى أن الاصل في التحكيم هو الاتفاق القائم بين الأطراف على إحالة النزاع إلى جهة ثالثة للفصل فيه، ويترتب على ذلك بان التحكيم يعد ذا طبيعة تعاقدية تشكل الإرادة فيه الأساس للعملية التحكيمية.

فهو يقوم على الإرادة الحرة للأطراف من خلال الاتفاق المبرم بينهما في العقد أو من خلال اتفاق لاحق بينهما. لذلك فإن مبدا سلطان الإرادة يعد اللاعب الاساسي المحدد والمؤسس للعملية التحكيمية من حيث اخراج النزاع من سلطة القضاء وتحديد الجهة المختصة التي سوف تتولى الفصل في النزاع والمسائل الثانوية الأخرى الحاكمة لهم وبشكل خاص القانون واجب التطبيق.

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية للتحكيم

ذهب البعض من الفقه إلى اعتبار التحكيم ذو طبيعة قضائية تخرجه من الطبيعة العقدية التي استند اليها الرأي الأول. فاذا كان التحكيم يبدا بعقد فهو ينتهي بحكم ، وهذا الحكم يعتبر عملا من اعمال القضاء ، والمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها ، بل ان فكرة المنازعة وكيفية حلها وإجراءات العدالة التي تحيط إجراءاتها هي التي تؤصل الطبيعة القضائية في العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الخصوم ليقول كلمة الحق أو حكم القانون بينهم ، وإن كان الخصوم قد ابتدأوا التحكيم بعمل إرادي وهو الاتفاق الذي وقع فيما بينهم ، فهذا الاتفاق لا يستطيع بذاته أن يتحرك إلا من خلال عمل ذا طبيعة قضائية ، مثله مثل العمل الإرادي الذي يقوم به الافراد عند اللجوء إلى قضاء الدول

الفرع الثالث

الطبيعة المختلطة للتحكيم

امام الخلاف الواقع بين كل من النظريتين السابقتين برز اتجاه آخر من الفقه والذي يرى انه لا يمكن اسباغ الطبيعة التعاقدية البحتة للتحكيم ولا الطبيعة القضائية البحتة، بل لا بد من ايجاد نوع من التوازن بين النظريتين مؤداها أن التحكيم يعد ذا طبيعة مزدوجة لأنه لا يحمل بين طياته مواصفات كل من النظرية العقدية والقضائية في نفس الوقت.

فعلى الرغم من أن أساس التحكيم ينشأ بإرادة الأطراف اعمالا لمبدأ سلطان الإرادة إلا أن هذه الإرادة تختفي عند البدء في الإجراءات وعرض النزاع امام هيئة التحكيم فوظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها، فضلا عن كون القرار الذي يصدره المحكم يعطي قوة إلزامية تختلف عن القوة الإلزامية للعقد.

الفرع الرابع

الطبيعة المستقلة للتحكيم

ذهب جانب من الفقه إلى القول إلى أن التحكيم بشكل عام لا يمكن اعتباره عقدا على إطلاقه ولا قضاء على إطلاقه، بل ولا يمكن اسقاط وصف الازدواجية عليه ولكن التحكيم في نهاية المطاف هو نظاما قانونيا مستقلا أي ذو طبيعة خاصة وذاتية مستقلة إذ يجب أن ينظر إليه دون ربطه بفكرة العقد أو بالحكم القضائي وإنما ينظر إلى الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من لجوئهم إلى التحكيم إلا وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن التي يقوم عليها الحكم القضائي؛ فالتحكيم قضاء خاص.

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأخير في اعتبار التحكيم قضاء خاص فهو قضاء لأن المحكم يهدف من عمله عند مباشرة الخصومة التحكيمية تحقيق العدالة، وهو يتبع في ذلك الأسلوب الذي يراه ملائما في ذلك، وهو ايضا خاص لأنه يعطي للأفراد حرية اختياره لحل المنازعات بالطرق الودية بعيدا عن مرفق القضاء العادي.

المطلب الثالث

تمييز التحكيم عن غيره من النظم القانونية

يتميز التحكيم عن بعض النظم القانونية الأخرى التي قد تختلط بها، ويترتب على التمييز بين التحكيم وغيره من النظم القانونية الأخرى عدة نتائج هامة؛ إذ يخضع كل نظام لقواعد قانونية مختلفة.

وأهم هذه الوسائل القانونية الأخرى لتسوية النزاعات بغير الطريق القضائي والتي تتشابه أو تختلف عن التحكيم هي الصلح والتوفيق والخبرة والوكالة والقضاء.[1]

أولا: الفرق بين التحكيم والخبرة:

الخبرة تحتاج إلى شخص له معرفة ودراية بموضوع معين يطلق عليه اسم خبير، ويقوم هذا الخبير بإبداء رأيه بعد دراسة كلف بها على ضوء ما استنتجه عن الموضوع حسب خبرته، ولا يتقيد بإجراءات ومواعيد معينة، إضافة إلى أن رأيه غير ملزم للخصوم والقاضي.

أما التحكيم، فالمحكم فيه يقوم بوظيفة القاضي ويحسم النزاع بين الخصوم، ويكون قراره ملزمًا للخصوم ،ويتقيد بالأصول والمهل والأوضاع المقررة في اتفاق التحكيم.

وقد يلتبس الأمر أحيانا في تحديد المقصود بالمهمة الملقاة على عاتق شخص فيما إذا كانت خبرة أو تحكيم، وللتغلب على هذه الصعوبة لابد من النظر إلى الألفاظ التي صيغ بها الاتفاق ،فاذا اتفق الأطراف على تكليف شخص بتقدير الأضرار، فهذا خبير ،ولو أن الخصوم قد وصفوه في اتفاقهم على انه محكم. ولو اتفق الأطراف على تكليف شخص لإبداء رأيه في نزاع قائم بينهم فهذا محكم ولو أن الأطراف وصفوه في اتفاقهم على انه خبير. إذ العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني.

ثانيا: الفرق بين التحكيم والتوفيق أو الوساطة

التوفيق أو الوساطة مؤداها أن يقوم فرد أو أكثر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف المتنازعة بالتوسط والتوفيق بينهم، وذلك بتقديم عرض أو اقتراح لتسوية ما بينهم من خلاف تاركين للأطراف حرية الأخذ به أو رفضه.

---

(١) – انظر مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال– التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – الجزء الأول ط ١– ١٩٩٨ –ص ٢٤ مشار إليه في : شريف يوسف خاطر المرجع السابق ص ١٠١

وبالتالي فإن الموفق أو الوسيط ليس من الضروري أن يكون تدخله بناء على اتفاق الأطراف، بل قد يكون تدخله من تلقاء نفسه، ودوره يقتصر على تقديم توصية للأطراف وهي غير ملزمة لهم، أما في التحكيم فإن المحكم يعين من قبل أطراف النزاع ويكون قراره ملزما لهم.

ثالثا: الفرق بين التحكيم والصلح:

الصلح معاهدة يتوصل بها إلى الاصلاح بين المختلفين، وعرفته مجلة الاحكام العدلية في المادة ١٥١٣ بأنه "عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول.

أي أن الأطراف في الصلح يتنازل كل منهم عن جزء من حقوقه في سبيل الوصول إلى حل النزاع القائم، أما التحكيم فإن الأطراف يفوضون أمرهم إلى طرف ثالث يتولى أمر حل الخلاف القائم لصالح أحد الطرفين بناء على ما يقدمه من أدلة وبينات.

لذا فإن التحكيم يختلف عن الصلح في أمور كثيرة تتمثل في:

لذا فإن التحكيم يختلف عن الصلح في أمور كثيرة تتمثل في:

رابعا: الفرق بين التحكيم والوكالة:

في كل من عقدي الوكالة والتحكيم يفوض الخصم شخصا آخر ليقوم مقامه في تصرف جائز قانونا ،غير أن التحكيم يختلف عن الوكالة ،فبينما القاعدة أن الوكيل في عقد الوكالة يستمد سلطانه من الموكل ويعمل لصالحه ومصلحته ، ويملك الموكل التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته .ولا يقوم الوكيل إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل كقاعدة عامة . في حين أن المحكم في التحكيم يكون مستقلا تمام الاستقلال عن الخصوم ،وتصبح له صفة القاضي ،ولا يملك الخصوم التدخل في عمله ،ويكون حكمه ملزما لهم.

خامساً: التحكيم والقضاء:

القضاء هو مؤسسة رسمية في الدولة ، أما التحكيم فهو جهة غير رسمية ، وقد تكون اجنبية على الدولة التي تنعقد فيها جلسات التحكيم وصدور قرار التحكيم ، وقد تكون وطنية أو اجنبية بينما القضاء يجب أن يتولاه أحد افراد البلد الذي يحمل جنسيته.

ماهي الصلات المشتركة بين القضاء والتحكيم؟

هنالك عدة آراء وهي:

الرأي الأول :أن التحكيم ينزع عن سيادة الدولة امتياز القضاء وفي هذا الاتجاه المعارض للتحكيم عبر الفقيه "فرناند Fernand "بأن: "القضاء الإداري يستطيع أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة، أفضل من المحكمين"، كما أعرب الفقيه " لافيرير Laferrière "في مجال إباحة التحكيم في العقود الإدارية وحظر البت فيها على القضاء العادي بالقول: "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق منحها للقضاة العاديين؟ (١).

الرأي الثاني: ان العلاقة بين التحكيم والقضاء علاقة عكسية فكلما شمخ القضاء خبا التحكيم، وكلما وهن القضاء ازدهر التحكيم.

هذين الاتجاهين يتضمن كل منهما مبالغة لا يمكن اعتمادها فمن الخطأ القول إن التحكيم ينزع عن سيادة الدولة امتياز القضاء كما انه قول غير دقيق إذا قلنا بأن التحكيم والقضاء يرتبطان بعلاقة عكسية لان التحكيم لا يمنع القضاء من ممارسة السلطة القضائية لان.

أ- القضاء له رقابة على التحكيم فاذا صدرت قرارات التحكيم مخالفة للنظام العام يمكن الطعن بها امام القضاء. فالقضاء له السلطة العليا على التحكيم.

ب-القضاء يختص بالعديد من المسائل التي من شأنها دعم التحكيم مثلاً لتجاوز صعوبات تحديد هيئة التحكيم يتدخل القضاء:

---

(١) راجع: محمد المحجوبي: المرجع السابق ص ١٦.

١- حالة عدم اتفاق طرفي النزاع على اختيار المحكم رغم انهما اتفقا على اتباع طريق التحكيم لفض ما يحصل من نزاع.

٢- ان امتناع أحد أطراف النزاع على تعيين المحكم رغم انه أصدر الموافقة على أسلوب التحكيم لفض ما يحصل من نزاع فيقوم القضاء بتعيين المحكم بدلاً منه.

٣- كذلك فإن القضاء يتدخل عندما يفشل المحكم في اداء واجبة أو يمتنع عن اداء عمله، أو عندما يطلب أحد طرفي النزاع رد المحكم المتفق عليه أو عندما يعتزل المحكم.

٤- كما تظهر الحاجة للقضاء لتفعيل التحكيم، فهناك حالات تتطلب سلطة الأمر والاجبار التي تعوزها هيئة التحكيم فمثلاً اصدار مذكرات احضار الشهود فتلجأ هيئة التحكيم للمحكمة لإصدارها، وكذلك امتناع أحد الأطراف عن تقديم وثيقة. وكذلك اتخاذ الإجراءات المعتبرة من الأمور المستعجلة مثل الحجز التحفظي.

فعلاقة التحكيم مع القضاء علاقة متوازية تكاملية وان القضاء هو سيادة للدولة ولا يجوز اعتبار المحكم قاضياً بل هو يقوم بتباع إجراءات كغرفة خاصة لحل النزاع ولكن هذا لا يعني أن التحكيم ليس له خصائص مميزة عن القضاء. (١)

(١) – مقال منشور على موقع الاتحاد الدولي العربي للتحكيم الدولي على الرابط التالي:
http://www.aifa-eg.com/arbitration-distinguish.html

المبحث الثالث

التحكيم وتأثره بمبدأ سيادة الدولة

يرى البعض أن وجود الدولة في التحكيم أو أي أشخاص اعتبارية يضفي عليه طابعا خاصا منذ لحظة أبرامه مرورا بإجرائه ثم الحكم فيه وتنفيذ ذلك الحكم ، وهذا الطابع الخاص كان يستمد اساسه في بعض الحالات من عدم توافر القدرة لدى الشخص الاعتباري اساسا على الدخول كطرف في اتفاق تحكيمي أو بالنظر إلى اعتبارات السيادة التي قد تحيط ببعض التصرفات التي تحول دون تنفيذ اتفاق التحكيم ، وكان شرط التحكيم يرمي إلى التخلص من هيمنة القضاء الرسمي ومن تذرع الدولة بالسيادة وحتى يتم تسوية المنازعات التي تثور أو التي يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذ العقد أو تفسير عقد ذي أهمية ، مثل عقود مجالات الاستثمار وعقود الامتيازات البترولية وعقود الاشغال العامة .

ونظرا للثقة الكبيرة التي حازها التحكيم التجاري الدولي في التجارة الدولية وكذا الاستثمارات الدولية لما يوفره من عدالة سريعة ، اصبحت الشركات الكبيرة لا تلجا إلى إبرام العقود الضخمة إلا إذا تم ادراج شرط التحكيم في هذه العقود بل نجد أن شركات التامين التي تغطي مخاطر هذه الشركات اصبحت هي الأخرى تتقاضى مبالغ ضخمة إن لم يكن في عقد الشركة المؤمنة اتفاق تحكيم خاصة إذا كانت هذه العقود مبرمة مع دولة من دول العالم الثالث ، بل ان الشركات الصناعية اخذت في الخروج من نطاق القضاء الاجباري إلى القضاء الاختياري والتحكيم .

ولغرض بيان مدى تأثر انظمة التحكيم بسيادة الدولة فقد تطرقنا إلى التحكيم في العقود الإدارية خاصة الدولية منها وبناء عليه نقسم المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

معيار اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية

إن العقد الإداري سواء كان ذا طابع دولي أو وطني، يخضع لأحكام ومبادئ القانون الإداري الداخلي.[١] بينما العقد الدولي – في مفهوم القانون الدولي الخاص – يخضع لأكثر من نظام قانوني واحد. أما عندما يتضمن العقد الإداري ذو الطابع الدولي شرط التحكيم، فإنه بهذا يخرج من نطاق القانون العام إلى نطاق القانون الدولي الخاص، ويمكن في هذه الحالة اعمال قواعد الاسناد الاختياري لقانون العقد. وقد طرح فقهاء القانون الدولي الخاص عدة معايير لتحديد دولية العقد، والتي يمكن من خلالها التمييز أو التفرقة بين العقد الإداري ذي الطابع الدولي، والعقد الإداري الوطني من ذلك التمييز بين العقد الدولي والوطني على أساس القانون الذي يخضع له العقد، فاذا كان العقد يخضع للقانون الداخلي، فهو عقد وطني، وبخلافه يعتبر دوليا إذا ما خضع لقانون آخر. غير أن هذا الرأي مردود ذلك أن دولية العقد هي الشرط المتطلب في القانون الدولي الخاص لتخويل أطرافه حق اختيار القانون الذي يحكمه، وليس اختيارهم لهذا القانون هو الذي يضفي على العقد الصفة الدولية.

---

(١) -see Chirachai Okanurak and Wanchai Yiamsamatha :New Arbitration Act and Administrative Contracts"Conflict is Inherent in Human Relations." Originally Published in Public Law Net in November, ٢٠٠٤

في حين يرى البعض أن العقد يعد دوليا فيما لو اتصلت عناصره القانونية بدولة أو أكثر، غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع الناشئ عن هذا العقد، ومن ثم اتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد. هذه العناصر التي يتم التفرقة فيما بينها على أساس العناصر الفاعلة والمؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة. أي بمعنى إذا تطرقت الصفة الاجنبية لعنصر غير ذي بال من عناصر العقد، أي لعنصر محايد لا يشكل أهمية خاصة في الرابطة التعاقدية المطروحة، فإنه لا يكفي لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة. غير أن الاخذ بهذا الرأي لا يكفي للقول بدولية هذا العقد. فاذا كان العقد ينتمي بكافة عناصره المؤثرة، إلى قانون دولة واحدة، ولو كانت دولة اجنبية، فإن العقد في هذه الحالة لا يتصل إلا بنظام قانوني واحد مما يجرده من الطابع الدولي [1].

وذهب جانب من الفقه إلى الاستناد إلى المعيار الاقتصادي لتحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية فوفقا لرايهم يعد العقد دوليا إذا كان يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي إذا كان ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، فيترتب عليه حركة ذهاب واياب للأموال أو الخدمات عبر الحدود على أن هذا المعيار يتطابق مع المعيار السابق والذي يعتبر العقد دوليا، إذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد. ذلك أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود، والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية، هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد.

وأيا كان الأمر فإن هذا المعيار هو الذي تم اعتماده للتمييز ما بين العقد الإداري الدولي والعقد الإداري الوطني لكن ليس على أساس ما يترتب على هذا الانتقال للأموال أو الخدمات من اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد ولكن فقط على أساس تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.

---

(١) – انظر ، د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشاة المعارف ،الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص٦١-٦٨ .

وبمراعاة هذا النظر، فإن العقد الإداري ذا الطابع الدولي هو ذلك العقد الذي يترتب عليه انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود، أي العقد الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية[1].

المطلب الثاني

الموافقة المسبقة على شرط التحكيم

إن التحكيم في العقود الإدارية واجه اعتراضات كثيرة عموما، إذ وجده البعض يشكل مساسا بسيادة الدولة وبالاختصاص الاصيل لسلطاتها القضائية ولجهات قضائها الرسمية التي تنص عليها وتنظمها وتبين عملها قوانينها. فالتحكيم يقوم به افراد عاديون أو هيئات خاصة، ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي وسيادة الدولة تأبى أن تمثل امام قضاء خاص أو أن يحكم عليها وفق قانون أجنبي.

فإن كان هذا مقبولا وممكنا وجائزا في علاقات القانون الخاص فإنه من غير الجائز في العلاقات التي تكون طرفا فيها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كسلطة عامة؛ فالدولة أو الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن يحكم عليها إلا بواسطة قضائها الرسمي الذي ينص عليه دستورها، وتنظمه قوانينها، فضلا عن ان التحكيم يتضمن إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، وبالتحديد بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية [2]، فمبدأ الفصل بين السلطات يحول دون خضوع الإدارة في قضاياها لقضاء خاص.

---

(١) – انظر ، د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص١٠٦-١٠٩ .

(٢) – وفي ذلك يقول العلامة لافارير كيف يتصور قبول الدولة محكمين في قضاياها، في حين انه لا يسمح بقبول قضاة مدنيين في قضاياها .

انظر ، د. جورجي شفيق ساري ، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص١٠٨ .

وعلى الرغم من ذلك فإنه يجوز ايراد استثناءات عليه وذلك أما بوجود نص قانوني يجيز اللجوء إليه في بعض العقود الإدارية وان يكون ذلك في حدود النص ونطاقه دون توسع في التطبيق سواء عن طريق التفسير أو القياس، حيث تم اعتبار هذا السماح التشريعي بالتحكيم استثناء لا يجوز القياس عليه، واما ان يتدخل المشرع وينص صراحة على جواز لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم، واما ان يأتي النص عليها في اتفاق دولي يجيز لجوء الاشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي[1].

هذا ومع هذه الاستثناءات فقد قيدته بعض التشريعات والتي قد اشترطت ضرورة حصول الإدارة مسبقا على اذن باللجوء إلى التحكيم يصدر من جهة ادارية أخرى أعلى منها وترتيب جزاء على الإدارة في حالة لجوئها إلى التحكيم دون الحصول على الإذن.

وتختلف السلطة التي تعطي الإذن من دولة إلى أخرى فهناك من اشترطت الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الشروط التحكيمية إذ قضت ف٢ م١ من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ على انه بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك.

وقد بررت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ اشتراط موافقة الوزير المختص في حالة لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بقولها ..... رؤي إدخال تعديل بالإضافة إلى المادة ١ من قانون التحكيم في منازعات العقود الإدارية ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق واعتماده ضبطا لاستعمالها

(١) – انظر، د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق ص١٢٢-١٣٩.

وضمانا لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبارات الصالح العام ويجب ان يكون المرء في هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الاشخاص الاعتبارية العامة [١].

في حين أن هناك دولا اشترطت موافقة مجلس الوزراء على الشرط التحكيمي عند إبرام عقود من هذا النوع من ذلك القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٠٦٠ والتي تقضي بأن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء موقعا عليه من وزير المالية والوزير المختص يجيز التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي.

كذلك الحال في السعودية إذ اوجبت على الجهات الحكومية الحصول على موافقة مجلس الوزراء لغرض إلى التحكيم لفض منازعاتها، ويجوز لرئيس مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم [٢].

يمكن القول إن اشتراط الحصول على موافقة مجلس الوزراء بغرض اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي يعد بمثابة صمام الامان الذي يمكن الحد من اللجوء إلى التحكيم بحيث لا تعطى هذه الموافقة إلا للعقود ذات الاتصال الوثيق بأمور التنمية. كما تعد ايضا أحد العوامل التي تؤدي إلى تقوية القدرة التنافسية للشركات الوطنية في مواجهة الشركات الاجنبية.

وكان حري بالمشرع المصري أن يجعل الموافقة على شرط التحكيم من قبل مجلس الوزراء وليس من اختصاص الوزير لكونه يشكل قيدا ضعيفا وللضمانة الاكثر جدية التي يوفرها خصوصا في دول العالم الثالث التي قد تضطر إلى إبرام عقود يسهل استغلالها فيها مثل عقود التنمية ونقل التكنولوجيا واستغلال الثروات الطبيعية وغيرها من العقود التي تتعلق بمصالح الدولة العليا وامنها القومي.

(١)- انظر د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص١٧٤.

(٢) - انظر المادة ٣ من المرسوم الملكي السعودي رقم م/٤٦.

إذن يبدو مما سبق تعلق فكرة التحكيم بالمصلحة العامة، ومادام أن الهدف الأسمى هو تحقيق هذه المصلحة العامة أينما وجدت، فمن الممكن أن يرى المشرع أن اعتبارات هذه الأخيرة تقضي باللجوء إلى التحكيم لحسم بعض المنازعات الإدارية، ففي هذه الحالة يستطيع أن يخرج بعض هذه المنازعات من مجال عدم القابلية للتحكيم إلى مجال القابلية للتحكيم. (١)

(١) – محمد الأعرج " مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ٥٤–٥٥، يناير–أبريل، سنة ٢٠٠٤، ص: ١٦–١٧.

المطلب الثالث

استخدام الدولة لسيادتها على اراضيها

تكون للدولة عند التعاقد ، صفة المتعاقد الملتزم بشروط العقود ، الثانية صفة الدولة ذات السيادة المالكة لحق التشريع واتخاذ القرارات التي تراها محققة لمصلحتها – طبقا لتقديرها السيادي – حتى ولو تعارضت هذه التشريعات أو القرارات مع احكام العقد ، وتدرجت الدول في مثل هذه العقود على ادراج نص يتيح لها ذلك من قبيل " ان التزامات الدولة طبقا للعقد لا تخل بحقوقها باعتبارها صاحبة السيادة في اتخاذ ما تراه من إجراءات بمقتضى هذه الصفة السيادية "[1] ، إلا انه تظهر الصعوبات عند التطبيق ووفق ما يستجد من ظروف قد تجبر الدولة على اتخاذ إجراءات يراها الطرف المتعاقد معها على انها اخلالا بالعقد مثل استحداث ضرائب جديدة أو رفع الرسوم الجمركية أو زيادة الحد الادنى للأجور أو بوضع قيود جديدة لحماية البيئة مما يؤثر على ارباح الطرف الاخر في العقد أو يؤدي احيانا إلى أنقلاب ميزان العقد وانهيار الأساس الاقتصادي الذي بني عليه هذا الطرف في اهدافه عند دخوله في هذا العقد ، فكان الحل هنا هو سريان هذه القوانين لأنه لا يجوز الاستثناء منها ، ولكن يترتب عليه التزام الدولة بتعويض الطرف الاخر عن زيادة الاعباء الناشئة عليه نتيجة هذه التشريعات أو القرارات ، وهذا ما سارت عليه أحكام التحكيم في هذا الخصوص[2] .

(١) – انظر، د. السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ، ص١٨٣ .

(٢) – السيد المراكبي، المرجع السابق، ص١٨٤.

في نهاية هذا المبحث يمكن القول إلى أن الدوائر التحكيمية الدولية ولا سيما الغربية منها تبدي دائما العديد من المخاوف من عدم امكانية تنفيذ احكام التحكيم الدولية خصوصا في بعض الدول العربية وذلك بمقولة ان الدول العربية تضع العديد من الشروط لتنفيذ هذه الاحكام ومن اهم هذه الشرط والعراقيل – التعلل بعدم جواز التحكيم في بعض المواد التجارية إذا كانت الدولة طرفا فيها ، والتعلل بحماية الاقتصاد الوطني على حساب حرية التجارة ، بالإضافة إلى مشكلات تفسير الشرط التحكيمي ، بل وقبول اللجوء إلى التحكيم اساسا ، والتحفظات الوطنية حول كيفية تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين.

وأيا يكن الأمر نجد أن التطور الحديث وثورة الاتصالات التكنولوجية اصاب فكرة سيادة الدولة ببعض التآكل وأصبح ما كان يعتبر تدخلا في الشؤون الداخلية ليس بذات النظرة التي كانت عليها في الماضي القريب، فضلا عن تأثر سيادة الدولة على العموم في ظل العولمة، وتناقصت تدريجيا بدرجات متفاوتة خاصة فيما يتعلق بممارسة سيادتها في ضبط عمليات تدفق الافكار والمعلومات والسلع والاموال والبشر عبر حدودها، بل ان قدرة الدولة على ممارسة سيادتها على اقليمها بالمعنى التقليدي بدأت تتغير ايضا في ظل تحولات عملية العولمة. وذلك خشية ما تعطيه الدول الكبرى لنفسها من حق التدخل بدوافع إنسانية أو غيرها دون التزام بالقانون الدولي.

وعلى ذلك فإن خط الدفاع الأول تجاه هذه التغييرات الاقتصادية على الساحة الدولية فيما يتعلق بموضوع الدراسة هو قيام الدول وخصوصا العربية بإنشاء مراكز متخصصة للتحكيم التجاري من ذلك مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون الخليجي ومركز

القاهرة للتعليم التجاري الدولي، وتعيين محكمين من دول المنطقة، وتحديد الإجراءات وفق نظم مراكز في المنطقة العربية. (١)

(١) – رشا خليل عبد: التحكيم في المنازعات ومدي تأثره بسيادة الدولة – بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية – العدد الأول المجلد الرابع – حزيران ٢٠١١ – ص ٩٩-١٠٠.

الخاتمة:

من خلال البحث في موضوع مدي "تأثر التحكيم في العقود الإدارية بمبدأ السيادة "فقد تم التوصل إلى عدة نتائج منها:

١- أن التحكيم في المنازعات أصبح مطلبا من متطلبات التنمية، خاصة في الدول التي يعجز فيها رأس المال الوطني عن تلبية حاجاتها وهي تشق طريقها نحو النمو، حيث يعد مطلبا ضروريا للشركات الاجنبية لما يتسم به من بساطة إجراءاته ومن سرعة، وكل هذا يعد امرا ضروريا في مجال التجارة الدولية.

٢- ونظرا لأهمية التحكيم نجد أن المشرع في العديد من الدول قد تدخل واجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وان يكون ذلك في حدود النص ونطاقه دون توسع في التطبيق سواء عن طريق التفسير أو القياس، فهو استثناء لا يجوز القياس عليه فضلا عن تقييده بضرورة الحصول على إذن باللجوء إلى التحكيم يصدر من جهة ادارية أعلى من الجهة الداخلة في أطار التحكيم والتي قد تكون من قبل مجلس الوزراء أو من قبل الوزير المختص كما رأينا في مصر.

٣- فضلا عن ذلك نجد أن العديد من الدول ما زال متشبثا بنظرية سيادة الدولة لتجنب العديد من مثالب استغلال الدول الاجنبية لشرط التحكيم واللجوء إليه، خصوصا في عقود استغلال النفط، فقد لجات العديد من الدول إلى وضع تشريعات تمنع اللجوء إلى التحكيم في مسائل معينة مثل تشريع منع التحكيم في مسائل الوكالة التجارية.

٤- وضع قيود وضوابط عديدة عند إبرام اتفاقات أو عقود تحتوي على شرط تحكيمي واشترطت أن يكون العقد من العقود المهمة للاقتصاد الوطني ووضع قوائم من الشروط المنظمة لمتابعة عملية التحكيم في كافة مراحلها حتى انتهاء التحكيم.

التوصيات:

أولا: ضرورة اللجوء للتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية لما سيحققه من التطور المنشود وسيسهل من عملية استقطاب المستثمرين سواء الداخليين أو الخارجيين لأنه يعتبر ضمانة لهم وحماية لاستثماراتهم من الضياع، هذا بالموازاة مع ما لإصلاح منظومة العدالة من مزايا على تطور الاستثمارات بالدولة، كما أن قيام المشرع بتبني التحكيم في العقود الإدارية والسماح للإدارة بالاتفاق على التحكيم في هذا المجال سيعمل على تدعيم الوسائل البديلة لإنهاء المنازعات بعيدا عن قضاء الدولة، وهو مبتغى لا محالة سيكون له تبعات إيجابية على تطور الدولة وتوسع مجال ثقة الأفراد والهيئات في تنظيمها وتوجهها الداعم لمجال الحقوق والحريات التي تشترك الوسائل البديلة لفض المنازعات مع القضاء ومحاكم الدولة في حمايتها، وذلك بالرغم من رقابة هذه الأخيرة لقرار المحكمين في حال نشوب خلاف حول تنفيذ ما جاء في هذا القرار ومنحه الصيغة التنفيذية من طرف هيئة قضائية متخصصة في المجال الذي اتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم فيه.

ثانيا: نأمل من الدول النامية –ومنها مصر بشكل خاص والدول العربية عامة–الانضمام للاتفاقيات الدولية، الخاصة بالتحكيم الدول في مجال منازعات العقود الإدارية، وكذا الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

ثالثا: تشجيع المتعاقدين مع الحكومة، مع الطرف الأجنبي، على اللجوء للتحكيم، باعتبار أن ذلك لا يمس من سيادة الدولة، وإنما يعمل علي تقيق التنمية، من خلال تشجيع المستثمرين للتعاقد مع الطرف الحكومي.

قائمة المراجع:

المراجع العربية:

١-ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار بيروت للطبع والنشر، ١٩٥٦،

٢-السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثره بسيادة الدولة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠

٣- باتريس لوفل، القابلية للتحكيم. دراسة انتقادية لموقف المشروع الفرنسي، مجلة التحكيم، ١٩٩٢،

٤-جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٥-حمزة احمد حداد، التوجهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم المدني والتجاري في إطار القانون الوضعي والشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية للفترة من ٢٦-٢٧ كانون الأول ٢٠٠١، مجلة المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة.

٦-خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن الخضير – التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة مع دراسة تطبيقية للنظام السعودي.

٧-رشا خليل عبد: التحكيم في المنازعات ومدي تأثره بسيادة الدولة – بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية – العدد الأول المجلد الرابع – حزيران ٢٠١١

٨-سامية راشد. الاتجاهات الموسّعة لمجال التحكيم والمضيقة له، على مستوى الدول المختلفة. التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم. منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦،

٩-شريف يوسف خاطر: التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه – دار الفكر والقانون – المنصورة – مصر الطبعة الأولى ٢٠١١ م

١٠- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨

١١- محمد ابن عرنوس، تاريخ القضاء في الاسلام، ط١، المطبعة المصرية الأهلية.

١٢- محمد الأعرج " مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ٥٤-٥٥، يناير-أبريل، سنة ٢٠٠٤.

١٣- محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – منشورات الجبلي الحقوقية بدون سنة نشر

١٤- محمد محجوبي "دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ٨٦، ماي-يونيو ٢٠٠٩.

١٥- محمد مدكور سلام، القضاء في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر،

١٦- محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار

١٧- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال-التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – الجزء الأول ط ١-١٩٩٨

١٨- نجلاء حسن سيد أحمد خليل: " التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية بالقاهرة"، الطبعة الثامنة ٢٠٠٣-٢٠٠٤.

١٩- هشام خالد – جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي: مزاياه – أمراضه – منشأة المعارف – الإسكندرية – ٢٠٠٦.

المراجع الأجنبية:

٢٠- Ceil, Chenoy, Arbitration in Administrative Contracts and Saudi Government April ٢١, ٢٠١٥. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=٢٥٩٧١٣٩ or http://dx.doi.org/١٠.٢١٣٩/ssrn.٢٥٩٧١٣٩

٢١- Wanchai Chirachai Okanurak and Yiamsamatha: "Conflict is Inherent in Administrative Contracts New Arbitration Act and Human Relations." Originally Published in Public Law Net in November, ٢٠٠٤

جدول المحتويات

ملخص ٣١٧
المقدمة: ٣١٨
خطة البحث..... ٣١٩
المبحث الأول: ماهية التحكيم في العقود الإدارية..... ٣٢٠
المطلب الأول: تعريف التحكيم..... ٣٢٠
المطلب الثاني: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ٣٢٥
المبحث الثاني: مبررات التحكيم وتميزه عن غيره من النظم القانونية٣٣٤
المطلب الأول: مزايا التحكيم وعيوبه..... ٣٣٤
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم..... ٣٣٧
الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم..... ٣٣٧
الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم ٣٣٨
الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم..... ٣٣٨
الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم..... ٣٣٩
المطلب الثالث:تمييز التحكيم عن غيره من النظم القانونية..... ٣٣٩
المبحث الثالث: التحكيم وتأثره بمبدأ سيادة الدولة ٣٤٤
المطلب الأول: معيار اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية ٣٤٥
المطلب الثاني: الموافقة المسبقة على شرط التحكيم..... ٣٤٧
المطلب الثالث: استخدام الدولة لسيادتها على اراضيها..... ٣٥١
الخاتمة: ٣٥٤
التوصيات:..... ٣٥٥
قائمة المراجع: ٣٥٦