مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١١)، العدد (٤)، ص ص ٢٣٤٥-٢٤٠٧، (شوال ١٤٣٩هـ/يوليو ٢٠١٨م)

مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء الأنظمة العربية "دراسة مقارنة"

د. أماني فوزي السيد
أستاذ القانون الإداري المساعد
قسم الأنظمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم

ملخص البحث. يعد التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء لحل المنازعات، ويرجع ذلك لما يشوب النظام القضائي من بطء في إجراءات التقاضي، حيث حرصت القوانين الداخلية والدولية على إقرار أنظمة التحكيم في مجالات المنازعات القضائية كافة تلبية لاحتياجات الأفراد الملحة، إلا أن المنازعات الإدارية وما تتميز به من مساس بالدولة ونظامها العام أدى إلى تباين موقف الأنظمة العربية من مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في فض منازعات العقود الإدارية من عدمه.

المقدمة

يعد القضاء صاحب الاختصاص الأصيل في حل المنازعات كافة. وتُعد الهيئات القضائية وفق مبدأ الفصل بين السلطات هي الجهة الوحيدة المنوط بها ممارسة هذا الاختصاص باعتباره أحد مظاهر سيادة الدولة، وتأخذ غالبية الدول العربية بازدواجية القضاء، فيخصص للمنازعات الإدارية قضاء مستقل، ويدخل ضمن دائرة اختصاصه نظر منازعات العقود الإدارية والفصل فيها.

ولكن نظراً لما يشوب نظام القضاء من بطء في الإجراءات وتعقيدها وزيادة النفقات، حمل الأفراد على التفكير عن وسيلة بديلة تتلافى ما شاب النظام القضائي من سلبيات.

وحرصت الأنظمة الوطنية على تلبية هذه الحاجة الإنسانية باللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة من وسائل فض المنازعات، وبالفعل أثبت نظام التحكيم نجاحه خاصة في الحقبة الأخيرة في علاقات القانون الخاص سواء التعاقدية أم غير التعاقدية، وتطور الأمر إلى أن وصل نظام التحكيم إلى علاقات القانون العام وخاصة العلاقات التعاقدية الدولية نظراً للاتفاقيات المبرمة[1]، بغية تشجيع الدول على الاستثمار الأجنبي وجلب رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة، إلا أن تطبيق هذا الأمر على أرض الواقع لم يكن باليسير، فطبيعة العقود الإدارية سواء الداخلية أو الدولية والغاية من إبرامها والنظام العام الذى ترتبط به هذه العقود والامتيازات التي تتمتع بها الدولة عن الطرف الآخر للعقد قد يقف عقبة في إجازة هذا النظام بشكل مطلق، ويثير إشكالية مشروعية التحكيم في نطاق منازعات هذه الطائفة من العقود.

---

(١) ومن بين هذه الاتفاقيات: اتفاقية نيورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية عام ١٩٥٨ م، اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥ واتفاقية مونتفيدو عام ١٩٦١ والتي تم العمل بها عام ١٩٦٥ م

لذلك تطرقت من خلال هذا البحث لبعض الأنظمة العربية كنماذج لوضع التحكيم ومدى مشروعيته في مجال العقود الإدارية، ووقع الاختيار على جمهورية مصر العربية باعتبارها موطني، حيث تخصصت بدراسة القانون في إحدى جامعاتها، بالإضافة إلى اعتبارها من أولى الدول التي أخذت بنظام التحكيم، إلى جانب مرور النظام المصري بمرحلتين مختلفتين بشأن مدى جواز التحكيم بالعقود الإدارية فالمرحلة الأولى وهي ما قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وبموجبه لم يجز التحكيم في هذا المجال، ثم عدل النظام المصري عن موقفه بإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وإجازة التحكيم في مجال العقود الإدارية، كما اتخذت المملكة العربية السعودية نموذجاً آخر، نظراً لانضمامي لمنسوبي احدى جامعاتها، وما يرد في نظامها من تطور ملحوظ لمسيرة الأنظمة التي تذلل العقبات لأصحاب الحقوق للوصول لحقوقهم، بالإضافة إلى ملاحظة اهتمام كبير من قبل المختصين القانونين بعقد ورش العمل والتحليل والتدريب بالتحكيم التجاري ويرجع ذلك للنشطة التجارية الملحوظة داخل الدولة؛ لذا أردت تسليط الضوء وحث الباحثين بالاهتمام بالتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية خاصة مع وجود نص صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم شريطة اتخاذ موافقة مجلس الوزراء، واتخذت النظام الكويتي؛ نظراً لاختلافه عن باقي الأنظمة محل الدراسة، حيث أضاف ـ بجانب التحكيم الاختياري ـ التحكيم القضائي المشكل تشكيل مختلط من عنصر قضائي، وعنصر غير قضائي وعرض هذا النظام وما تضمنه من اختلاف، واتخذت النموذج الأخير للنظام الأردني كنظام لم يغفل الوسائل البديلة لحل المنازعات، ويلحق بركب التطور وفقاً للاتفاقيات الدولية وما يتناسب والأنظمة الداخلية، حيث يعتبر من أوائل الأنظمة التي أقرت نظام التحكيم لما ينطوي على أهمية للاستثمار واهتمام كافة الأنظمة العالمية باللجوء إليه.

فالقاسم المشترك لتلك النماذج السابقة للأنظمة العربية أنها اتخذت موقفا يتشابه بعضه البعض إلى حد ما من حيث إجازة التحكيم في مجال العقود الإدارية مع النص على ضرورة وجود ضوابط تحيط هذه الإجازة، كما اهتمت هذه الدراسة بعرض نموذج آخر وهو النموذج الكويتي الذي يتميز بطبيعة مختلفة إلى حد ما في اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، واستندت هذه الأنظمة القانونية في موقفها التوفيق بين طبيعة الأنظمة الداخلية والاتفاقيات الدولية مع مراعاة الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية.

أهمية البحث:

ترجع أهمية التحكيم بشكل عام باعتباره وسيلة بديلة لفض المنازعات؛ نظراً إلى ما يتميز به من سهولة وبساطة إجراءاته، والخلو من التعقيدات، والمرونة، والسرعة في الفصل؛ مما جعل العديد من الأنظمة العربية تسعى لإجازته وتقنينه وإعداد نظام خاص ومستقل به وفقاً للاتفاقيات الدولية والأنظمة الداخلية، بهدف تشجيع الاستثمار الدولي والتطور الملحوظ في مجال العقود بشكل عام، إذ يلقى نظام التحكيم في الآونة الأخيرة استحسان وأهمية بالغة. ولكن استحسان هذا النظام بالنسبة للعقود الإدارية محل خلاف، فيميل البعض إلى حظره، ويرغب البعض الآخر في إجازته، ومرد ذلك طبيعة هذه العقود وعدم تساوي مراكز أطراف العقد حيث تتميز الإدارة كطرف في التعاقد بميزات تفوق من يتوفر للطرف الآخر.

إشكالية البحث:

يمثل نظام التحكيم وسيلة بديلة لفض المنازعات بشكل عام، ويجد مجاله الخصب في مجال القانون الخاص إلا أن مجال القانون العام ليس باليسير اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، واتجهت بعض الدول لإجازة التحكيم في

منازعات العقود الإدارية نتيجة تنوع وتطور الاستثمار سواء الداخلي أو الخارجي، ولكن للعقود الإدارية طبيعة مختلفة يجب مراعاتها عند إجازة التحكيم، فكيف تواجه الأنظمة العربية محل الدراسة هذا الأمر لمسايرة التطور؟ وإجازة نظام التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية وهل تتخذ الأنظمة العربية كافة اتجاهاً موحداً سواء بالإجازة أو بعدم الإجازة لتطبيق التحكيم للفصل بمنازعات العقود الإدارية؟ وهل اللجوء إلى التحكيم في هذه النظم العربية مشروع ؟وما مدى مشروعيته بالإضافة إلى الطبيعة الخاصة بالعقد الإداري التي تضفي على الدولة مراعاة خاصة عند نظر نزاعاتها لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فنـطرح من خـلال هذا البحث العديد من **التساؤلات على النحو التالي:**

١ - ما مفهوم المشروعية؟

٢ - ما تعريف التحكيم؟

٣ - ما مدى تحقق المشروعية لنظام التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية؟

٤ - هل وافقت أنظمة الدول العربية الحاجة الملحة إلى ضرورة تطبيق نظام التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات في مجال العقود الإدارية؟

٥ - ما مدى توافق آراء الفقهاء حول مشروعية التحكيم من حظره؟

المنهج المتبع:

المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج الوصفي التحليلي من خلال الوقوف على ظاهرة محددة ودراستها، ومعرفة مدى تحققها على أرض الواقع، والعمل على تحليلها من الناحية التشريعية، والفقهية واتخاذ بعض الأنظمة العربية نموذج لرصد هذه الظاهرة، ومحاولة تقدير مدى مشروعيتها، واستخلاص النتائج المترتبة عليها، مع

الوقوف على الأحكام القضائية في مختلف الأنظمة العربية التي توضح إلى أي مدى تقر أحكام القضاء نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

الدراسات السابقة:

تناولت العديد من الدراسات السابقة موضوع التحكيم بالعقود الإدارية من عدة جوانب فتناوله د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة في مؤلفه "التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" عام ٢٠٠٧ كوسيلة لتسوية المنازعات للعقود الإدارية الداخلية والدولية، حيث سلط الضوء على أهمية التحكيم ومبررات اللجوء إليه، وموقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية، وعرض كل من الدكتور/ علاء محي الدين مصطفى، الدكتور / محمد إبراهيم خيري موضوع التحكيم في مؤلفهما " اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة " عام ٢٠١٤ م، موقف الأنظمة والقضاء من التحكيم في مجال العقود الإدارية، والذي تباين بين اتجاه مؤيد، ومعارض لجواز التحكيم في العقود الإدارية.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من

مقدمة :

المبحث الأول : ماهية مبدأ المشروعية

المطلب الأول : مفهوم مبدأ المشروعية

المطلب الثاني : مصادر مبدأ المشروعية

المبحث الثاني : ماهية التحكيم وطبيعته.

المطلب الأول : تعريف التحكيم

المطلب الثاني: طبيعة التحكيم

المبحث الثالث: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الأنظمة العربية بين الحظر والإجازة.

المطلب الأول: موقف المنظم في بعض الدول من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

المطلب الثاني: اتجاهات القضاء من جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

المبحث الرابع: موقف الفقه من التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

المطلب الأول: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

المطلب الثاني: موقف الفقه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

خاتمة: وتشتمل على التوصيات والنتائج

المبحث الأول: ماهية مبدأ المشروعية

التزمت الدولة الحديثة منذ بدء نشأتها بنظرية الحقوق والحريات العامة باعتبارها حجر الزاوية في بناء النظرية العامة للقانون، وترسيخ سيادة القانون في الدولة القانونية واحترام الشرعية، بحيث أصبح مبدأ المشروعية ركيزة من ركائز الفكر السياسي والقانوني المعاصر، فلم تعد الدولة الحديثة دولة حارسة بل امتد نشاطها العام إلى عناصر البنيان الاجتماعي والاقتصاد الفكري بما يخدم أهداف التقدم وتوفير الرفاهية والتطور المستمر للمجتمع. وتستلزم مشروعية تطور في مضمون نظرية القانون لمواكبة التطورات التي طرأت في العصر الحديث، فيتعين مراعاة مدى تدخل وتطبيق مبدأ المشروعية في تحديد شكل الدولة، فكلما زاد تطبيق هذا المبدأ بالدولة واحترام مضمونه

سميت دولة ديمقراطية، وإلا عدت دولة بوليسية لا يخضع بها الحكام للقانون وسيادته.[٢]

ومن ثم نعرض لفكرة المشروعية القانونية كمبدأ أساسي للدولة القانونية من خلال مفهوم المشروعية القانونية بشكل عام، بالإضافة إلى الوقوف على تعدد مصادر المشروعية ومفهومها ومدى ارتباطها بتحقيق مبدأ المشروعية سواء كانت هذه المصادر مكتوبة أم غير مكتوبة أخذاً في الاعتبار اختلاف مرتبة هذه المصادر من دولة لآخر حسبما شكل الدولة وأهمية المصدر بها.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

يتجه بعض الفقهاء إلى ترادف مفهوم الشرعية والمشروعية، حيث يرى د. عبد الرازق الفحل أن الشرعية والمشروعية هما معنان مترادفان، ويرجع ذلك لزاوية الشريعة والمشروعية لفظان مشتقان من أصل واحد هو الشرع والشريعة[٣]، في حين يرى د. ماجد راغب أن لفظ الشرعية والمشروعية يختلفان من حيث المفهوم، فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية وتفيد محاولة موافقة الشرع، فالمشروعية تعني احترام قواعد النظام القائمة فعلا في المجتمع فهي في حقيقة الأمر مشروعية وضعية، أما الشرعية فهي فكرة مثالية تحمل معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه النظام[٤].

ويعد مبدأ المشروعية من المبادئ القانونية الواجبة التطبيق في الدولة الحديثة، ويعتبر أحد الركائز الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون، حيث يتسم هذا المبدأ بخضوع الحكام والمحكومين للقانون وسيادته، وينصرف مفهوم مبدأ المشروعية ومدى

---

(٢) د. هاني على الطهراوي: القضاء الإداري السعودي (قضاء الإلغاء). د. ن.: ١٤٣٣ هـ. ص: ١٥.

(٣) د. عبد الرازق على الفحل: القضاء الإداري (قضاء المظالم وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية). ط ٢. جدة. دار التوزيع للنشر. ١٤١٤ هـ. ص: ٥

(٤) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. ١٩٩٩ م. ص:١٥ –١٨.

تطبيقه من قبل الحكام، وتحديداً من قبل مؤسسات الدولة المختلفة؛ وبذا يرتبط هذا المبدأ في مفهومه الإداري بالجهات الإدارية وتطبيقه بالقطاع العام، الأمر الذي انعكس علي التعريفات الفقهية، فقد اتجه فقهاء القانون العام لوضع تعريفات عدة تدور في فلك المشروعية الإدارية بشكل خاص والتي تنبع من المعنى العام للمشروعية القانونية.

وتعددت تعريفات فقهاء القانون لمبدأ المشروعية، حيث ذهب الدكتور الطماوي إلى بيان مفهومه " بأن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون " [٥]، ويُعرف البعض مبدأ المشروعية بأنه" خضوع كلا من الحاكم والمحكومين لأحكام القانون القائم "[٦]، ويعرض الدكتور ماجد الحلو مفهوم المشروعية بأنه سيادة القانون أي احترام أحكامه وسريانها على كل من الحاكم والمحكوم، ويتجلى تطبيق مبدأ المشروعية في خضوع السلطة التنفيذية بالدولة للقانون حينما تمارس السلطة التنفيذية وظيفتها الإدارية طبقا لقواعد القانون، ووفقاً للتدرج الهرمي للقوانين وبالكيفية التي حددها، وتبدو وظيفة الإدارة من أهم وأخطر الوظائف التي تمس حقوق وحريات الأفراد، وتُـأثر تأثيراً مباشراً في حياتهم من خلال أنشطة الإدارة، فإذا تجاوزت السلطة التنفيذية حكم القانون أثناء قيامها بأي من وظائفها تكون اخترقت مبدأ المشروعية مما يستوجب الجزاء الناتج عن الرقابة [٧].

ومقتضى ذلك أن المقصود بمصطلح مبدأ المشروعية أن كل تصرفات السلطات العامة والأفراد تخضع للقانون، وبالتالي فإن أي عمل صادر من احدى السلطات العامة لا يعد صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلا إذا كان مطابق للقانون، فإذا كان العمل

---

(٥) د. محمد سليمان الطماوي: القضاء الإداري (قضاء الإلغاء). ط ٧. القاهرة. دار الفكر العربي. د.ت. ص: ١٩.

(٦) د. محمد رفعت عبد الوهاب: القضاء الإداري. ط٢. د. ن. د. ت. ص: ١٠.

(٧) د. رمضان محمد بطيخ: الرقابة على أداء الجهاز الإداري. القاهرة. دار النهضة العربية. د.ت. ص ٦٢.

مخالف للقانون حق لكل ذي مصلحة أن يطلب إلغاؤه أو التعويض عنه إذا كان هناك مقتضى لذلك وتعتبر الرقابة على تصرفات السلطة العامة الضمانة الحقيقية والفعالة لتطبيق مبدأ المشروعية.(٨)

ويعد مبدأ المشروعية من المبادئ القانونية العامة واجبة التطبيق في كل دول العصر الحديث بغض النظر عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها كل دولة، حيث استقر الفكر السياسي والقانوني على أن السلطة والقانون ظاهرتان متلازمتان ومتكاملتان، فالسلطة ضرورة يفرضها الضمير القانوني، حيث لا تستطيع السلطة داخل الدولة التعامل مع الخاضعين لها إلا بالقانون، ولا جدال أن السلطة ضرورة لا يتصور وجود النظام الجماعي واستقراره وتطوره دونها، ويستوي في ذلك أن تتغيا السلطة خدمة الإنسان كفرد بحيث لا تشغلها الجماعة إلا بالقدر اللازم لتوفير الأمن وتحقيق العدالة، أو أن تتغيا الجماعة بحيث لا يشغلها الفرد إلا باعتباره خلية حيه وقادرة على خدمة الجماعة، أو كانت وسطا بين الأمرين لا تحاب الفرد على حساب الجماعة ولا تفرط في الضغط باسم الجماعة بل تكون أداة فاعلة في تحقيق التوازن المقبول بينهما(٩).

المطلب الثاني: مصادر مبدأ المشروعية

يستمد مبدأ المشروعية قواعده القانونية من مصادر مكتوبة ومصادر غير مكتوبة سوف يتم تناولهما تباعاً.

---

(٨) د. محمد أنس قاسم: الوسيط في القانون العام. القاهرة. دار النهضة العربية: ١٩٨٧ م. ص: ١٥، Jean Rivero- Droit administrative precis Dalloz – 1970 – p14.

(٩) د. طعيمه الجرف: المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون. القاهرة. دار النهضة العربية: ١٩٧٦م. ص: ١٣.

أولا : المصادر المكتوبة :

تتمثل القواعد القانونية المكتوبة في تلك القواعد التي وضعتها السلطة المختصة بالتشريع (التنظيم) وصياغتها بوثيقة مكتوبة، وتمثل الشريعة الإسلامية في بعض الدول بمثابة القواعد فوق الدستورية ومن بين هذه الدول المملكة العربية السعودية، حيث تخضع جميع القواعد القانونية المكتوبة وغير المكتوبة للشريعة الإسلامية ومنهاجها وعلى رأس هذه القواعد النظام الأساسي للحكم بالمملكة والتي تؤكد أحكامه من مصدر قواعد الشريعة الإسلامية، إذ تنص المادة (٧) من النظام الأساسي للحكم في المملكة الصادر عام ١٤١٢هـ على أن (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة) . كما أن بعض الدول كمصر حاولت وضع ما يسمى بالمبادئ فوق الدستورية[١٠]، وتتمثل القواعد المكتوبة بالقواعد الدستورية والتي تمثل المرتبة العليا وفقاً للتدرج الهرمي القانوني فهي أعلى القواعد المكتوبة، ثم تليها القواعد القانونية العادية وهي القواعد التي تصدرها السلطة التشريعية وفقاً للدستور، ثم يلي ذلك

(١٠) في محاولة من نائب رئيس وزراء مصر الدكتور علي السلمي لوضع مبادئ فوق دستورية بعد ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١م والتي تعلو جميع القواعد القانونية بما فيها القواعد الدستورية وهى متمثلة في وثيقة سميت " بوثيقة على السلمى" نائب رئيس وزراء مصر للشؤون السياسية لوزارة عصام شرف سنة ٢٠١١ م حيث تشتمل هذه الوثيقة على مجموعة من المبادئ الأساسية والحقوق والحريات التي تكفل للشعب المصري صنع دستور يسري على قواعد راسخة قانونية ويتضمن جميع أطياف الشعب ويركز على مدنية الدولة ويعمل على تحقيق أهداف ثورة ٢٥ يناير المتمثلة في الحرية والكرامة وتحقيق العدل والمساواة وتحصين الدولة بمقوماتها المدنية الديمقراطية الحديثة مؤكدا ان الشعب هو مصدر السلطات ، ولكن لاقت هذه الوثيقة اعتراض كبير من التيار الإسلامي آنذاك واستجاب المجلس العسكري لمطلبها بإلغاء هذه الوثيقة واعتبارها كأن لم تكن . جريدة المصري اليوم ٢٠١١/٠٨/١٤ م.

القواعد القانونية الفرعية، حيث الأنظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية وهي ما تسمى باللوائح وما تعنيه من قيم قانونية متفاوتة.

١ - القواعد الدستورية:

يقصد بالدستور مجموعة القواعد القانونية التي توضح الأسس التي تقوم عليها الدولة وتنظيم السلطات الأساسية بها، من حيث التكوين والاختصاصات وتعيين حقوق الأفراد وواجباتهم.(١١)

فالدستور من الناحية الشكلية هو الوثيقة القانونية الأساسية التي تبين شكل نظام الحكم وسلطات الدولة وحدود اختصاصاتها، وبعبارة أخرى هو تلك الوثيقة التي تبني نظام الحكم في الدولة، أما من الناحية الموضوعية فإن القانون الدستوري هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها ويبين سلطاتها العامة وعلاقاتها ببعضها وعلاقة الأفراد بها، كما تقرر حقوق الأفراد وحرياتهم المختلفة، وضمانات هذه الحقوق وتلك الحريات.(١٢)

وتعتبر القواعد الدستورية مصدراً مهماً من مصادر المشروعية، ومن ثم تعد القواعد الدستورية مرجعاً أساسياً للمشروعية وبمخالفتها توصم الأعمال الناتجة عن هذه القواعد بعدم المشروعية مما يجعلها جديرة بالإلغاء.

وعلى هذا الأساس تعتبر القواعد القانونية المنصوص عليها بالدستور أول مصدر من مصادر المشروعية، كما أنها تعد أسمى القواعد القانونية في مدارج النصوص التشريعية في الدولة؛ لأنها تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها، وتحدد دائرة اختصاص كل منها وتبين كيفية ممارسة هذه الاختصاصات، فجميع السلطات

---

(١١) د. محمد أنس قاسم: مرجع سابق. ص: ٤٩.

(١٢) د. محسن خليل: النظم السياسية والقانون الدستوري. ط ٢. الإسكندرية. منشأة المعارف: ١٩٧١ م. ص: ٤٥٢.

ملزمة باحترام هذه القواعد وممارسة وظائفها في الحدود المرسومة على الوجه المبين بالدستور(١٣).

٢ - التشريع العادي

تأتى التشريعات العادية في المرتبة التالية من حيث قوتها في التدرج الهرمي القانوني للقواعد الدستورية ويمثل مصدراً مهماً من مصادر المشروعية(١٤)، ويقصد بالتشريع العادي ما يصدر من السلطة التشريعية (التنظيمية) من قوانين وفقاً لما ينص عليه الدستور الذي يمكن أن ينتهج أحد طريقين لتحديد اختصاص هذه السلطة. قد يكون الطريق الأول وهو الأسلوب المتبع في أغلب الدول كمصر حيث يتم تحديد اختصاصات السلطة التشريعية بصفة عامة بمعنى أن البرلمان يكون صاحب الاختصاص العام والأصيل في مجال التشريع (التنظيم)، والطريق الثاني وهو ما أخذ به الدستور والفرنسي لعام ١٩٥٨ م، ويتمثل في أن يكون اختصاص السلطة التشريعية محدد على سبيل الحصر بمعنى أن يحدد الدستور على سبيل الحصر اختصاص البرلمان وفيما عداه ينعقد الاختصاص للسلطة التنفيذية.

٣ - المعاهدات الدولية :

تعتبر المعاهدات مصدر آخر من مصادر المشروعية المكتوبة، وذلك بعد إقرارها والتصديق عليها من قبل السلطة المختصة وفقاً للإجراءات القانونية، إذ أنها تصبح بهذا التصديق جزء من القانون الداخلي للدولة(١٥)، ومن ثم يلزم الأفراد والسلطات

(١٣) د. عمر محمد الشوبكي: القضاء الإداري. الأردن. دار الثقافة: ٢٠٠٦ م. ص: ٢٥.

(١٤) د. سامي جمال الدين: القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. د.ت. ص: ٢٧.

(١٥) د. صلاح الدين فوزي: المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري. القاهرة. دار النهضة العربية: ١٩٩٨ م. ص: ١٠

العامة باحترامها والنزول على حكمها، حيث يعد العمل الإداري الذي يخالف معاهدة دولية مصدقة يصبح معرض للإبطال لتجاوزه السلطة ما لم يعد من أعمال السيادة، غير أن مرتبتها في سلم تدرج القواعد القانونية يختلف من دولة لأخرى.

٤ - القواعد الفرعية (اللوائح)

تأتي القواعد الفرعية في المرتبة التالية في سلم التدرج القانوني بعد القانون العادي لدى غالبية الدول ومنها مصر، والمملكة العربية السعودية، والأردن وغيرها، وتتضمن قواعد عامة مجردة تخاطب مجموعة الأفراد أو أفراد معينين بصفاتهم لا بذواتهم، حيث يقصد بها تلك القرارات الإدارية التي تصدر من السلطة التنفيذية وتتصف بالعمومية،[١٦] وتُصنف اللوائح إلى عدة أنواع:

• لوائح تنظيمية توضع بقصد تنظيم المرافق العامة وترتيب وتنسيق العمل فيها دون الحاجة إلى استصدار نظام لذلك.

• لوائح تنفيذية وهي القواعد النظامية التي تصدر تنفيذاً لنظام من السلطة التنفيذية، وتتضمن الأقسام التفصيلية اللازمة لتسيير تنفيذ النظام، أو هي قواعد عامة مجردة تخص السلطة التنفيذية بإصدارها وفقاً لنص القانون.[١٧]

• لوائح ضبطية وهي القواعد التي تضعها السلطة الإدارية المختصة والتي تعد قيداً على حرية الأفراد وأنشطتها وذلك من أجل المحافظة على النظام العام في المجتمع، وذلك بما لا يتعارض مع ممارسة تلك الحريات.[١٨]

ويتمتع التشريع الفرعي بقوة الإلزام باعتباره عملاً قانونياً، وبالتالي يكون واجب التطبيق مادامت قواعده تتسم بالمشروعية.

---

(١٦) د. على عبد الفتاح: الوجيز في القضاء الإداري. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة: ٢٠٠٩ م. ص: ٣٠.

(١٧) د. رأفت فوده: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها. القاهرة. دار النهضة العربية: ١٩٩٦ م. ص: ٩.

(١٨) د. خالد خليل الظاهر: القضاء الإداري. ط١. الرياض مكتبة القانون والاقتصاد: ٢٠٠٩ م. ص: ٣٥.

ثانيا: المصادر غير المكتوبة:

١ -العرف:

يعتبر العرف منية أقدم مصادر القانون بشكل عام، وتلتزم الإدارة باحترام قواعده والعمل بمقتضاه. ويعرف بأنه عادة درج الناس على إتيانها في تنظيم علاقة من علاقتهم إلى أن شعروا بإلزامها. وتنوع العرف باعتباره مصدر من المصادر غير المكتوبة للمشروعية ما بين:

❖العرف الدستوري: وهو اعتياد الهيئات الحاكمة في الدولة في مسلك معين بصورة دائمة ومنتظمة، بحيث يتولد لديها الاعتقاد بإلزامية اتباع هذا المسلك بعدد الحالات المتماثلة ويكون العرف الدستوري عرفاً مفسراً أو مكملاً أو معدلاً بالإضافة أو الحذف(١٩).

وينشأ العرف الدستوري حين تجري الهيئات الحاكمة على عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري، ويقوم في ضمير الجماعة الإحساس بوجودها احترام هذه العادة، ويستقر في ذهن أفرادها أنها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة. ويتكون العرف الدستوري من عنصرين: عنصر معنوي مقتضاه أن يقوم في ذهن الجماعة وضميرها بما في ذلك الهيئات الحاكمة الاعتقاد بأن هذه القاعدة العامة ملزمة قانوناً، وعنصر مادي يتمثل في الاعتياد على تكرار هذه القاعدة بوجوب إصدار الأعمال المذكورة من الهيئات العامة الحاكمة في الدولة(٢٠).

---

(١٩) د. عبد الرحمن بن عبد العزيز شلهوب: النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية. د. ن: ١٤٢٦ هـ. ص: ٥٨ وما بعدها.

(٢٠) د. ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر. القاهرة. دار النهضة العربية: ١٩٧١ م. ص: ٨٢.

❖العرف الإداري وهو ما جرت السلطة الإدارية على اتباعه من قواعد في مباشرة وظيفتها بصدد حالة معينة بالذات دون أن يكون لهذه القواعد سند من النصوص التشريعية، وينشأ من التزام الإدارة بهذه الأوضاع بصفة مستمرة ومنتظمة، والسير على سنها في مباشرة هذا النشاط أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة، وبناء على ذلك تعتبر هذه القاعدة عرفاً ملزماً لجهة الإدارة، وتعتبر مخالفتها مخالفة لمبدأ المشروعية تؤدي إلى الحكم ببطلان القرار أو الإجراء الذي اتخذ مخالفا لهذا العرف[٢١].

٢ -المبادئ العامة للقانون:

ينصرف تعبير المبادئ العامة للقانون إلى مجموعة القواعد القانونية غير المقننة التي يكشف عنها القضاء في أحكامه، والمستوحاة من روح القانون بحسب الظروف والعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية بجانب ما تمثله القيم الدينية والثقافية السائدة في المجتمع، وقد تلعب هذه المبادئ دوراً مؤثراً في القانون الإداري بشكل خاص وذلك لما يتصف به هذا القانون باعتباره قانوناً قضائياً غير مقنن في معظم جوانبه[٢٢]، في حين أن دور القضاء الإداري بالنسبة لهذه المبادئ لا يقف فقط عند حد اكتشاف هذه المبادئ وتقريرها، وإنما يقوم بدور أكبر يصل إلى حد ابتكار وإنشاء هذه المبادئ في العديد من المواقف التي تعرض عليه، وتعتبر المبادئ العامة مبادئ ملزمة لجهة الإدارة ويلزم تطبيقها وإلا اتسم عملها بعدم المشروعية[٢٣].

---

(٢١) د. بكر القباني: العرف مصدر للقانون الإداري. القاهرة. دار النهضة العربية: ١٩٧٦ م. ص: ١٧، ١٨.

(٢٢) د. سامي جمال الدين: مرجع سابق. ص ٣٠ وما بعدها.

(٢٣) André de Laubadère . Traité de droit adminstratif L.g.d.j 15 eme edition. 1973 , P 295

المبحث الثاني: ماهية التحكيم وطبيعته

يعد التحكيم نظاماً خاصاً للفصل في المنازعات بين الأفراد سواء كانت مدنية أو تجارية، عقدية كانت أم غير عقدية، فقوام التحكيم الخروج على طرق التقاضي العادية، والذي يعتمد على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم فور إبرام التعاقد، وقبل نشوء أي نزاع بصدده وذلك بإدراج شرط في العقد الأصلي بتسوية منازعاته عن طريق التحكيم، أو بالنص عليه في وثيقة مستقلة ملحقة بهذا العقد بدلاً من اللجوء إلى التنظيم القضائي، وحظى التحكيم باهتمام متزايد في مختلف الأنظمة القانونية خاصة الأنظمة العربية بين الوسائل البديلة في الآونة الأخيرة، واختلف الفقه حول وضع طبيعة محددة للتحكيم باعتباره نظاماً تشابه بأنظمة الوسائل البديلة والنظام القضائي من عدة أوجه.

لذلك فسوف نقوم بإلقاء الضوء على تعريف التحكيم وفق مصادر عدة منها اللغة والاصطلاح والتشريع حتى يتسنى للقارئ الوقوف على مفهوم التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع، بالإضافة إلى بيان طبيعة التحكيم والتي اختلفت وفقاً لعدة نظريات أخذ بها فقه القانون العام، ولم يستقر الأمر لتحديد نظرية محددة توضح بشكل كامل طبيعة التحكيم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم

أولا: التعريف اللغوي

التحكيم في اللغة مأخوذ من حُكْم و الحُكْمُ مصدر حَكمَ بينهم يحكُم أي قضى وحَكمَ له وحُكمَ عليه وقال الازهري الحُكمُ القضاء بالعدل وحكُموه بينهم : امروه أن يحكم ويقال حكمَّنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا وحكمه في الأمر فاحتكم : جاز فيه حكمه ، جاء فيه المطاوع على غير بابه، والقياس فتحكم والاسم الأحكومة والحكومة قال ولمثل الذى جمعت لريب الدهر بأبي حكومة المقتال يعني لا ينفذ

حكومة من يحتكم عليك من الأعداء ومعناه بأبي حكومة المحتكم المقتال وهو المفتعل من القول حاجة منه إلى القافية ، ويقال : هو كلام مستعمل ، يقال : اقتل علي أي احتكم ، ويقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك واحتكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه والمحاكمة : المخاصمة إلى الحاكم.[٢٤]

ثانيا: التعريف التشريعي

تعرضت التشريعات القانونية للأنظمة العربية لمدلول التحكيم، حيث يرى المشرع (المنظم) المصري لمفهوم لفظ التحكيم في المادة (١/٤) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه" هو الذي يتفق عليه طرفي النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك"[٢٥]، وورد بالقانون ذاته تعريف اتفاق التحكيم بالمادة (١/١٠) بأنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية "[٢٦].

في حين اتجه المنظم السعودي إلي بيان مفهوم اتفاق التحكيم دون وضع تعريف محدد للتحكيم بأنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين"[٢٧].

---

(٢٤) ابن منظور: لسان العرب. باب الحاء. القاهرة. دار المعارف. ج ٩: ص ٩٥٣،٩٥٢.

(٢٥) قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المادة (١/٤) نشر بالجريدة الرسمية –العدد ١٦ – بتاريخ ١٩٩٤/٤/٢١– المعدل /بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

(٢٦) قانون التحكيم المصري–المادة ١/١٠ – مرجع سابق.

(٢٧) نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ في ١٤٠٣/٧/١٢ هـ –المنشور بجريدة أم القرى في العدد ٢٩٦٩ بتاريخ ١٤٠٣/٨/٢٢ هـ.

واتجه المشرع (المنظم) الأردني إلى عدم وجوب النص على تعريف للتحكيم في التشريع، وإنما الاكتفاء ببيانه لدى الفقهاء من خلال اجتهاداتهم(٢٨).

وجدير بالذكر من مطالعة التشريعات العربية المختلفة لوضع تعريف محدد للتحكيم حيث تدور الاتجاهات المختلفة للتشريعات ما بين وضع مدلول لفظ التحكيم كالنظام المصري بالإضافة إلى مدلول لفظ اتفاق التحكيم أو خلو بعضها من التعريف المحدد للتحكيم والاعتماد على الاجتهاد الفقهي في ذلك، أو الاكتفاء بتعريف اتفاق التحكيم وهيئته فقط. ومرجعية ذلك قد تكون نتيجة تجنب الأنظمة الوقوع في أزمة بإقرار تعريف محدد للتحكيم يؤخذ به ويلزم جميع المتعاملين بهذا النظام بقالب معين لا يجوز الحيد عنه، فضلاً عن كونه نظام مستحدث يحمل كل ما هو جديد لإقراره وتعديله، بالإضافة إلى التباين الكبير حول طبيعة التحكيم ذاته.

ثالثا: التعريف الفقهي

نظراً إلى اتجاه بعض التشريعات بالاعتماد على الفقهاء لوضع تعريف محدد للتحكيم كنظام بديل للفصل في المنازعات، فقد اجتهد فقهاء القانون لمحاولة وضع تعريف له، حيث اتجه جانب من الفقه إلى تعريف التحكيم بأنه" الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به "(٢٩).

---

(٢٨) رغم أن المنظم الأردني أورد تعريف التحكيم في القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ الملغى في المادة ٢ حيث نص على أن التحكيم هو " عبارة عن الاتفاق الخطى المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكانت المحكمة أو المحكمين مذكورين في الاتفاق أم لم يكن ".

(٢٩) د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري. ط ٥. الإسكندرية. منشأة المعارف. ١٩٨٨ م. ص: ١٥، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية. القاهرة. دار الفكر العربي. ٢٠٠٧ م. ص: ١٢.

وذهب د. أحمد عبد الكريم السلامة في تعريفه للتحكيم بأنه " نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعمدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية، وغير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم "(٣٠).

وذهب جانب آخر من الفقه في تعريف التحكيم إلى أنه " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويقوم الأطراف بتحديد أشخاص المحكمين سواء ضُمن ذلك في اتفاق التحكيم أو بوضع بيان في هذا الاتفاق لكيفية اختيارهم، أو أن ينص الاتفاق على قيام مركز أو هيئة تحكيم يتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد المتبعة فيه"(٣١).

واستقر رأى أخر من الفقه بشأن تعريف التحكيم بأنه " اتفاق طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم، وهذا الاتفاق يمكن أن يكون سابقاً أو تالياً للنزاع ولا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، كما لا يجوز الاتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها"(٣٢).

---

(٣٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي. ط ١. القاهرة. دار النهضة العربية. د. ت. ص: ١٨.

(٣١) د. حسن محمد هند: التحكيم في المنازعات الإدارية. (دراسة مقارنة). دار الكتب القانونية. ٢٠٠٨ م. ص: ٩.

(٣٢) د. عبد العزيز خليفة: الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية. القاهرة. دار الكتاب الحديث.٢٠٠٨ م. ص: ٣٧٥.

كما عرفه الفقه الفرنسي بأنه " نظام استثنائي للتقاضي يجوز للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية وطنية أو أجنبية من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي تحل بطريق التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك وخروجاً على مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إلى التحكيم "(٣٣).

ويلحظ من التعريفات الفقهية السابقة أن مضمون تعريف التحكيم متفق بينهم علي أنه اتفاق مسبق أو تالي من قبل أطراف العلاقة العقدية للجوء للمحكمين بشأن تسوية المنازعة التي تنشأ بين الأطراف وفقاً للقانون، في حين ظهر اختلافهم من الناحية التكاملية للتعريف، فمنهم من تناول تحديد أشخاص التحكيم ما بين أشخاص عاديين أو هيئات أو مراكز تحكيم بالإضافة إلى وصف البعض طبيعة نظام التحكيم كونه نظاماً استثنائياً أو ذا طابع قضائي خاص، ومن ثم يمكن وضع تعريف بسيط في مضمونه وشكله بأنه :هو" اتفاق أطراف علاقة قانونية تعاقدية للجوء لنظام بديل عن القضاء محدد نظاماً متفقاً عليه بصدد تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم"، حيث يختص هذا المفهوم بخصائص عدة وهى :

أولا : أنه إرادي حيث يخضع لإرادة طرفي النزاع.

ثانياً : يقتصر على المنازعات التعاقدية.

ثالثاً : شامل: يشتمل على جميع المنازعات القضائية سواء أكانت منازعات مدنية، تجارية، دولية، إدارية، وغيره ....

رابعاً : استثنائي: لا يلجأ إليه إلا إذا تم الاتفاق عليه مسبقاً في العقد أو لاحقاً بعد حدوث النزاع.

---

(٣٣) AUBY (J.M) L',arbitrage en matiere administrative, A.J.D.A 1955,P.81 .

خامساً: يفصل في النزاع بشكل نهائي، ويبين هنا الحالات التي يجوز الطعن بحكم التحكيم.

المطلب الثاني: طبيعة التحكيم

تمثل الطبيعة القانونية للتحكيم جدلاً فقهياً كبيراً لم يُحسم حتى الآن، ومرد هذا الجدل هو غياب النصوص القانونية التي توضح طبيعته بشكل قاطع، ويتمحور هذا الجدل الفقهي في أربعة اتجاهات يرى أنصار الاتجاه الأول أن طبيعة التحكيم طبيعة تعاقدية، بينما اتجه أنصار الاتجاه الثاني الطبيعة القضائية للتحكيم، وصف الاتجاه الثالث الطبيعة القانونية للتحكيم بالطبيعة المختلطة بالإضافة إلى الاتجاه الرابع وهو اتجاه ذو طبيعة حديثة، حيث وصف التحكيم بأنه ذو طبيعة ذاتية. وسنعرض هذه الاتجاهات بشيء من التفصيل:

الاتجاه الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إسباغ الصفة العقدية للتحكيم، ويرجع ذلك إلى تأسيسه على إرادة أطراف النزاع بموجب اتفاق مسبق أو تالي، ويجد العقد رغبة الأطراف في اتخاذ سبيل التحكيم لحل النزاع بينهما، وفى تحديد الهيئة التحكيمية، والقانون الواجب التطبيق، وتعتبر إرادة أطراف النزاع المحرك الأساسي لعملية التحكيم وهو ما يتوافق تماما مع طبيعة العقود بشكل عام(٣٤).

ويترتب على اختيار وسيلة التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء وفقاً لهذا الاتجاه أثران، أثر إيجابي يتمثل في التزام طرفي التحكيم بعرض النزاع بينهما على هيئة تحكيمية للفصل فيه كبديل عن المحاكم القضائية المختصة، وأثر ثان سلبي يتمثل في منع عرض

(٣٤) د. أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية. دار الكتب القانونية: ٢٠٠٧ م. ص: ٨١.

النزاع المحدد في الاتفاق على التحكيم على القضاء العام في الدولة، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه باتفاق أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم(٣٥).

وبناءً عليه يرتبط الحكم التحكيمي بإرادة أطراف العقد وجوداً وعدماً، فالحكم التحكيمي لا ينفصل عن إرادة أطراف النزاع، فالتحكيم في جوهره وحقيقته التقاء لإرادة المحتكمين لقرار التحكيم، كما أن سلطة المحكم أو المحكمين مصدرها الأول والأخير هو الإرادة الشخصية للأطراف، فلا وجود للتحكيم إلا باتفاق أطراف النزاع.

واستند أصحاب هذا الرأي إلى العديد من الحجج لعل من أهمها: أن أساس اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة بديلة لحل النزاع هو اتفاق أطرافه سواء كان الاتفاق شرط تحكيم أو مشارطة، فلا مجال للتحكيم إلا باتفاق الأطراف وهو ما يوجب الطبيعة التعاقدية.(٣٦) كما قيل إن لأطراف النزاع حرية هيئة التحكيم وفق القواعد والإجراءات التي يحددها هؤلاء الأطراف. ويضاف إلى ذلك أن اتفاق أطراف النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم يتضمن تنازلاً ضمنياً عن اللجوء للقضاء، وهذا الاتفاق يخول المحكم سلطة مصدرها إرادة أطرافه، وهذا الأمر يتطلب التزام المحكم بشروط اتفاق التحكيم عند إصداره للحكم المنهى للنزاع، وقيام الأطراف بتنفيذ هذا الحكم بعد تأكيد التزامهم بمضمون الاتفاق(٣٧).

---

(٣٥) د. على خطار شطناوى: النظرية العامة للعقود الإدارية. ط ١. القصيم. مكتبة الرشد :١٤٣٥ هـ. ص: ٣٧٢.

(٣٦) د. محمود السيد التحيوي: التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة: ١٩٩٩م.ص: ٢٤.

(٣٧) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية. ط ٥. القاهرة. دار الفكر العربي: ١٩٩١م. ص: ١٩٢.

ولقى هذا الاتجاه العديد من الانتقادات الموجهة للطبيعة العقدية للتحكيم ومن بينها: مبالغته في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالمحكم عند فصله في النزاع المعروض عليه يحكم وفق القانون وليس وفق إرادة الأطراف. كما أن رفع الطعن في حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة لا يؤكد الطبيعة العقدية للتحكيم، ولا ينفى طبيعته القضائية. ويضاف إلى أن الأخذ بالنظرية العقدية للتحكيم يؤدى إلى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، وترك الأمر لأطراف النزاع والمحكم الذي تم اختياره من قبلهم واتفقوا مسبقاً على قبول ما يصدره من أحكام(٣٨).

الاتجاه الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم

اتجه فريق آخر من الفقه لإسباغ الطبيعة القضائية للتحكيم استناداً إلى تغليب المعايير الموضوعية أو المادية أي تغليب طبيعة المهمة التي توكل إلى المحكم. ولهذا لا يجوز التوقف عند معايير شكلية أو عضوية، فالتحكيم من الناحية الموضوعية قضاء مادام أن جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون، فأطراف الدعوى عندما يلجئون للتحكيم لا ينزلون عن الدعوى، وإنما ينزلون عن الالتجاء إلى القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر يختارون منه الأطراف قضاتهم وتعترف به الدولة باعتباره نوع من أنواع القضاء(٣٩).

ويستفاد مما سبق أن إرادة أطراف النزاع تلعب نفس الدور في كل من حالة اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، حيث يتم اللجوء إليها بعمل إرادي يتمثل في اتفاق إرادة أطراف النزاع إذا تم اللجوء إلى التحكيم وفى إرادة إحداهما إذا تم اللجوء

(٣٨) أ د. أحمد محمد حشيش: مرجع سابق. ص: ٨٦.

(٣٩) د. أحمد السيد الصاوي: الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ سنة ١٩٩٤ على ضوء أنظمة القضاء وأنظمة التحكيم الدولي. د. ن ٢٠٠٢م. ص :١١.

للقضاء، فهذا لا يشكل دليلاً كافياً على أن الإرادة هي أساس الطبيعة القانونية للتحكيم(٤٠). كما العمل الإرادي في حالة التحكيم يرغب في تحقيق العدالة الخاصة، بينما يستهدف في حالة اللجوء إلى انقضاء تحقيق العدالة العامة(٤١)، ويضيف أنصار هذا الرأي أن التحكيم نظام قضائي يؤسس على تفويض من سيادة الدولة، وهو تفويض مؤقت، وبالتالي يجعل من التحكيم استثناءً من ولاية محاكم الدولة. ولكن هذا التفويض إذا اكتسب صفة الديمومة، بحيث يصبح التحكيم ذو طبيعة دائمة وعُد ذلك قريناً لمحاكم الدولة فنصبح أمام قضائيين متوازيين.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن التزام المحكم بتطبيق قواعد القانون الوضعي، وإصدار المحكم حكمه بالإجراءات التي تحددها الأنظمة القانونية دليلٌ على طبيعة التحكيم القضائية. كما أن السلطة القضائية سلطة قائمة بذاتها بغض النظر عمن يتولاها، فتمنحها الدولة بموجب القوانين إلى الأشخاص بالطرق التي يحددها القانون، إما بصورة دائمة وإما بصورة مؤقته كالمحكم(٤٢). فضلاً عن ذلك فإن العمل الذي يقوم به المحكم من الناحية الموضوعية هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي؛ وبذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فكل منهما يقوم بتطبيق قواعد القانون وقواعد العدالة من

(٤٠) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق. ط ١. الإسكندرية. منشأة المعارف:٢٠٠٧ م. ص: ٥٢.

(٤١) د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. ط١. القاهرة. دار الفكر العربي الجامعي: ٢٠٠٨ م. ص: ١٦.

(٤٢) د. خليل عمر غصن: سلطة المحاكم الأميرية في التحكيم الداخلي.ط١. بيروت. منشورات الحلبي: ٢٠٠٥ م. ص: ٦٧.

أجل الفصل في النزاع، والحكم الصادر من هيئة التحكيم يعد حكماً قضائياً استناداً إلى سند التنفيذ الصادر من القضاء لتنفيذ الحكم التحكيمي(٤٣).

ولكن هذا التكييف لم يلق قبولاً عاماً من الفقه فقد وجهت العديد من الانتقادات لهذا الاتجاه لعل من أهمها: فقد قيل إن الطبيعة القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم؛ لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة بعكس التحكيم(٤٤). كما أن المحكم لا يتقيد دوماً بالقانون على غرار التحكيم بالصلح على عكس القاضي الذي يلتزم دائماً بتطبيق القانون. ناهيك عن أن المحكم لا يتمتع بأهم صلاحيات القاضي وهي صلاحية الأمر والإجبار وفقاً للقانون بالإضافة إلى ما يتمتع به القاضي من مزايا شخصية تختلف عن المحكم، ومنها تمتعه بالحصانة القضائية(٤٥).

الاتجاه الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم

اتجه فريق ثالث للجمع بين الاتجاهين السابقين لإسباغ طبيعة مزدوجة للتحكيم، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم بناء قانوني مركب من عدة إرادات، إرادة المشرع التي تحدد نطاق الحق ومضمونه في التحكيم وكيفية ممارسته، وإرادة المحتكمين التي تحرك هذه الإرادة الساكنة في صورة الاتفاق على التحكيم وإرادة المحكمين التي تدور في تلك الإرادتين(٤٦)، فلإرادة الأطراف دور جوهري في تحديد طبيعة التحكيم دون إغفال الفكرة الأساسية للقضاء وهى الفصل في النزاع، ومن ثم

---

(٤٣) د. خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق. ص٢٣.

(٤٤) د. فتحي والي: مرجع سابق. ص: ٦٣.

(٤٥) د. على خطار شطناوي: مرجع سابق. ص ٣٧٩.

(٤٦) د. نادر محمد إبراهيم: مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي. ط ٢. الإسكندرية. دار الفكر العربي: ٢٠٠٢ م. ص: ٣٩.

يتسم التحكيم بطبيعة مختلطة، فيعد التحكيم ذا طبيعة اتفاقية قضائية تجيز لأطراف النزاع اختيار المحكم الذى يتولى الفصل في نزاعهم بإصدار حكم قضائي حائز لحجية الأمر المقضي به، حيث يبدأ التحكيم بمرحلة أولية تصبغ عليه الطبيعة العقدية بتوافر اتجاه إرادة الأطراف وتحديد الهيئة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق، وينتهي بمرحلة ثانية يصطبغ عليها الطابع القضائي من حيازة حكمها قوة الأمر المقضي به لإمكانية التنفيذ، وغيره من إجراءات الطعن على الحكم التحكيمي، فبمجرد صدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة يتصف الحكم التحكيم بطبيعة قضائية [٤٧].

ولم يخرج هذا الاتجاه من دائرة النقد، فوجه له العديد من الانتقادات ومنها: عدم استناد أنصار هذا الاتجاه إلى دراسة تحليلية لطبيعة التحكيم، وإنما اتبع سلوك الفرار من مواجهة تحديد طبيعة قانونية له[٤٨]. كما أن التسليم بهذه الوجهة يؤدى إلى الكثير من التناقضات النظرية والعملية، حيث يصعب من الناحيتين الجمع بين نظامين مختلفين في طبيعة واحدة.

الاتجاه الرابع: الطبيعة الذاتية للتحكيم

ذهب الفقه الحديث إلى استحداث اتجاه أخر للتحكيم يمثل طبيعة مستقلة لها كيان ذاتي يتميز عن غيره من الوسائل، حيث يرى أنصاره أن التحكيم قالب قانوني به شقان أساسيان اتفاق التحكيم وقضاء هيئة التحكيم يتحقق الأول بإرادة الأطراف، ويتمثل الثاني في إلمام وخبرة ودراية المحكم بالخصومة والنزاع، وبناء على ذلك فإن اتفاق التحكيم من جنس العقد، ولكنه ينطوي علي خصائص ذاتية مميزة له عن غيره

(٤٧) د. أحمد محمد حشيش : مرجع سابق . ص: ٩٣ .

(٤٨) د. محمود السيد التحيوى: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. الإسكندرية. منشأة المعارف: ٢٠٠٣م. ص: ١٥.

من العقود بالإضافة إلى أن حكم المحكم هو من جنس عمل القضاء، ولكن في صورة خاصة تميزه عن قضاء الدولة في صورته المألوفة متمثلاً في الحسم النهائي للنزاع [٤٩].

ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن نظام التحكيم أسبق في ظهوره على قضاء الدولة، فقد انتشر بعد ظهور قضاء الدولة حيث إنه أداة متميزة لحل المنازعات وله استقلاله عن القضاء وعن العقد.[٥٠] فأسبقية التحكيم على قضاء الدولة يؤكد استقلاليته وتميزه عن القضاء، وتمتعه بخصوصية ذاتية تميزه عن القضاء.

ويرى د. وجدي راغب تأييدا للاتجاه السابق أن التحكيم وسيلة مستقلة لفض المنازعات متسلحين بأن القانون في بعض الأحيان قد يستبعد اللجوء إلى القضاء ويدفع الأطراف المتنازعة إلى التحكيم الإجباري، كما أن هيئة التحكيم نفسها قد يتم تعيينها عن طريق القضاء العام بالدولة أو عن طريق مراكز التحكيم الدائمة، ويثبت اختلاف بنيان قضاء الدولة عن التحكيم كالتالي: فالأول طريق عام لحماية الحقوق والأفراد وبه من القواعد العامة والمجردة ما يمكنه من الفصل في أي دعوى تعرض عليه للفصل فيها، وهدف القضاء هو حماية القانون، فيعطى مساحة لأطراف النزاع مسبقاً أو لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع سلطة وضع القواعد والإجراءات واختيار القانون الذي سيطبق على النزاع، وعلى الجانب الآخر فإن هدف التحكيم هو حماية الأفراد والجماعات حيث لا يلتزم المحكم بتطبيق قانون وضعي على النزاع مثل التحكيم بالصلح حيث يتم فض أي منازعة من خلاله بمنهج إجرائي معين كما هو الحال في التحكيم الحر[٥١].

---

(٤٩) د. خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق. ص: ٢٨.

(٥٠) R.DAVID: Larbitrage comimercial international en Droit compare,1969, P.513

(٥١) د. وجدي راغب مقال بعنوان " هل التحكيم نوع من القضاء " منشور بمجلة الحقوق جامعة الكويت السنة ١٧ العدد الأول مارس يونيو ١٩٩٣ م ص ١٣١.

ونتفق وقول الاتجاه الحديث للفقه، حيث يصطبغ التحكيم وفق هذا الاتجاه بطبيعة مستقلة خاصة ينفرد بها كنظام مستقل عن القضاء في مختلف التشريعات العربية، فليس بالضرورة أن يتصف التحكيم بالصفة العقدية لتشابهه بأنظمة القانون الخاص استناداً لاتجاه إرادة الأطراف، كما أنه ليس بالضرورة أن يصطبغ بالصبغة القضائية استناداً إلى إضفاء إجراءات محددة تتشابه بالنظام القضائي، فكثير من الأنظمة تتشابه وتختلف مع بعضها البعض دون اختلاط في الطبيعة، فمن الأفضل أن يتصف التحكيم بطبيعة مستقلة ذاتية، ويرجع ذلك لتميزه عن غيره من الأنظمة في مجال فض المنازعات، وما له من ضرورة ملحة ؛ نظراً إلى مزاياه التي يتمتع بها وتلبية لاحتياجات الأفراد لهذه الميزات ويتبع التحكيم صفة الذاتية لما يتميز عن غيره من وسائل حل النزاع البديلة التي تتميز باستقلاليته تامة.

المبحث الثالث: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الأنظمة العربية بين الحظر والإجازة

تباينت النظم القانونية العربية ما بين إجازة التحكيم في العقود الإدارية وحظره، فبعض التشريعات باختلاف درجاتها نصت صراحة على عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأيدت ذلك أحكام القضاء، بينما لجأت تشريعات أخرى إلى الإجازة مدعومة أيضاً بأحكام قضائية متنوعة. ولكن الأنظمة التي أجازت التحكيم، لجأت إلى الإجازة **المشروطة**، ولم يرد بأي من الأنظمة العربية الإجازة القانونية الصريحة المطلقة للتحكيم في مجال العقود الإدارية.

سوف نعرض موقف التشريعات للأنظمة العربية المختلفة محل الدراسة في هذا البحث حيث تتشابه بعض تلك الأنظمة في مسلكها نحو اتجاه متوافق والبعض الأخر يعرض اتجاه مغاير، بالإضافة إلى موقف القضاء لذات الأنظمة العربية مع اختلاف

أحكامها بين مجيز ورافض للتحكيم في مجال العقود الإدارية عبر مرور تاريخ هذه الأحكام.

المطلب الأول: موقف المنظم في بعض الدول من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

تعددت مواقف الأنظمة العربية من اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية. ونعرض من خلال هذا المطلب لموقف المنظم في بعض الدول العربية محل الدراسة :

موقف المشرع (المنظم) المصري:

مر التشريع المصري في المسألة مسار البحث بمرحلتين مهمتين عبر بها نظام التحكيم في القانون المصري للوصول إلى الموقف الأخير وفقاً للتعديل بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ كالتالي :

المرحلة الأولى: في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م:

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم، حيث تضمن تنظيماً شاملاً للتحكيم، فقد بين المشرع (المنظم) معيار قابلية المنازعات للتحكيم في عدد من مواد القانون سالف الذكر، حيث تنص المادة الأولى من هذا القانون على انطباق أحكامه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجارياً دولياً يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام القانون المصري.(٥٢)

(٥٢) د. أحمد السيد الصاوي: مرجع سابق. ص: ٥٦.

وأجاز المشرع (المنظم) المصري في هذه المرحلة لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في أية علاقة قانونية مهما كانت طبيعتها طالما توافر المعيار الذي حدده المشرع وهو أن تكون المسألة التي يتم الاتفاق على التحكيم بشأنها من المسائل التي تقبل التصرف فيها والتصالح بشأنها، ويترتب على هذا جواز اللجوء إلى التحكيم في أية منازعة إدارية حول مسألة تقبل الصلح والتنازل في مجال العقود الإدارية باعتبار أن هذه العقود تولد مثل غيرها من العقود مراكز قانونية شخصية أو ذاتية وتكون محصلة المنازعات الناشئة عنها.

المرحلة الثانية: في ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م:

نظرا على الخلاف الذي ظهر في القضاء والفقه حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية والذى استمر قائماً بعد صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم كان لزاماً على المشرع أن يتدخل بنص تشريعي صريح يحسم هذا الخلاف، وبالفعل فقد تدخل المشرع المصري وأصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتاريخ ١٣ مايو ١٩٩٧ الذي قنن به المشرع الاتجاه المؤيد للتحكيم في مجال العقود الإدارية وحدد فيها المشرع المصري موقف التحكيم في منازعات العقود الإدارية بإضافة الفقرة الثانية للمادة الأولى والتي تنص على "بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك[٥٣]".

(٥٣) القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ المعدل لبعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية – المادة (١). وجاء في تقرير لجنة الشؤون الدستورية بمجلس الشعب بصدد مشروع القانون الجديد " واستبان للجنة أنه في الفترة السابقة على صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه كانت مسالة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية محل خلاف في الرأي وصدرت في خصوصها أحكام قضائية وفتاوى تباينت الآراء فيها ....." ملحق مضبطة مجلس الشعب – الجلسة الستين بتاريخ ٢٣ أبريل ١٩٩٧، من دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي السابع.

وأعاد المشرع المصري التأكيد على مبدأ جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، حيث تنص المادة ٤٢ من هذا القانون على أنه يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.

ومن ثم استقر المنظم المصري بموجب تعديل النصوص القانونية على إجازة اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية ونعرض موقف المنظم السعودي.

موقف المنظم السعودي:

نهج المنظم السعودي نهج نظيره المصري إلى حد ما من حيث النص على جواز التحكيم، بوضع ضوابط محددة لإمكانية اللجوء إلى التحكيم مع تولية الأمر شأناً أكبر باعتبار الموافقة تأتي من رئيس مجلس الوزراء ولم يقف الأمر عند حد درجة وزير، سواء بنظام التحكيم رقم (م/٤٦) أو النظام الجديد رقم (م/٣٤)، حيث أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية شريطة الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء مسبقاً، وذلك بنظام التحكيم السابق لسنة ١٤٠٣ هـ، فنصت المادة (٣) على أنه " لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاته مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم"(٥٤).

ونجد في مضمون هذا النص إجازة التحكيم في العقود التي تدخل الجهات الحكومية طرفاً فيه، رغم بداية النص بصيغة الحظر، فإن دل ذلك على شيء فيدل على استشعار المنظم السعودي الخطر في إقرار المشروعية الصريحة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية دون قيد، وأحاط المنظم السعودي هذه المسألة بإجراءات معينة، ففي

(٥٤) نظام التحكيم رقم (م/٤٦) لسنة ١٤٠٣ هـ -المرجع السابق -المادة (٣).

حال لجوء الجهة الحكومية إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن عقد من عقودها توجب إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع مبيناً فيها موضوعه ومبررات رفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم.

هكذا تكون موافقة مجلس الوزراء في اللجوء إلى التحكيم تالية لنشوء المنازعة العقدية، وبذا لا يجوز للجهة الحكومية الموافقة على التحكيم ومباشرة إجراءاته إلا بعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء على ذلك، وأجازت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم رقم (م/٤٦) في المادة (٨) بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم وتنص على " في المنازعات التي تكون جهات حكومية طرفاً منها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم وأسماء الخصوم لرفعها لرئيس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم "[٥٥].

ولم يختلف مضمون نص التحكيم بالنسبة للعقود التي تدخل الدولة طرفاً فيها لنظام التحكيم الجديد عن سابقه، حيث جاء النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ بنص المادة (٢/١٠) "لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك"[٥٦].

ويترتب على ذلك أن السبيل للتحكيم يتم عن طريقين، إما بالاتفاق على التحكيم قبل حدوث النزاع من خلال شرط يدرج في العقد يسمى بشرط التحكيم، وإما أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد حدوث النزاع من خلال اتفاق منفصل عن

---

(٥٥) اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٧ / ٢٠٢١ / ق) في ١٤٠٥/٩/٨ هـ المادة (٨).

(٥٦) نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ نشر بالجريدة الرسمية العدد رقم ٤٤١٣ بتاريخ ١٨ رجب ١٤٣٣ هـ– ص ٩

العقد يحرر بين أطراف النزاع أنفسهم ويعرف بمشارطة تحكيم إلا أنا كلاهما يتوقف على موافقة رئيس مجلس الوزراء.

وبعد عرض اتجاه المنظم السعودي حيال مسألة اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية تبين إجازته لنظام التحكيم ولكن شريطة أخذ موافقة مجلس الوزراء، ونعرض من ثم موقف المنظم الأردني.

موقف المشرع (المنظم) الأردني:

تعتبر المملكة الأردنية الهاشمية من أوائل الدول التي أقرت التحكيم بشكل عام في الأنظمة الداخلية، حيث صدر عام ١٩٥٣ م، واتخذ المنظم الأردني موقفاً يشوبه بعض الغموض والعمومية بالنسبة لمسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد نصت المادة (٢٠) من قانون التحكيم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ م على أنه " يسرى هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية أحد الفريقين..... "[٥٧]

وتلافى المنظم الأردني الغموض الذى شاب قانون ١٩٥٣م بعض الشيء، فقد نصت المادة (٣) من قانون ٢٠٠١ على أنه " تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجرى في المملكة، ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية ...."[٥٨]، ويتضح من النص السابق أن المشرع الأردني حدد اللجوء إلى التحكيم في حالة اعتبار أشخاص القانون

(٥٧) القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ١١٣١بتاريخ ١٩٥٣/١/٧ ص ٤٨٢. المادة (٢٠)-(ملغى) بموجب القانون رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ م .

(٥٨) قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ م المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦– ص ٢٨٢١ المادة (٣).

العام أحد أطراف النزاع سواء كان عقدي أو غير عقدي، ولكنه حدد المنازعات التي يمكن أن تكون محلاً لاتفاق تحكيم هي المنازعات المدنية والتجارية.

واتضح من اتجاه المنظم الأردني اللجوء إلى التحكيم عندما يكون أحد أطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام ومن ثم نعرض الموقف الأخير للأنظمة محل الدراسة وهو المنظم الكويتي.

موقف المشرع (المنظم) الكويتي:

يعرف القانون الكويتي نوعين من التحكيم في المنازعات تحكيم عادي وتحكيم قضائي، حيث نظم المشرع التحكيم العادي في قانون المرافعات، وأخضعه للمبدأ العام في التحكيم باعتباره نظاماَ رضائياً لفض المنازعات يلجأ إليه الأطراف بمحض اختيارهم، أما التحكيم القضائي، فهو نوع فريد من أنواع التحكيم عهد به المشرع الكويتي إلى هيئة قضائية، وقد كان اللجوء إلى هذه الهيئة اختياراً بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الذي جعل اللجوء إلى التحكيم القضائي إجبارياً لحسم المنازعات التي تثور فيما بين الأشخاص القانونية العامة والشركات المملوكة للدولة، أو بين الأشخاص الاعتبارية العامة وأحد أشخاص القانون الخاص إذا طلب هذا الأخير إحالة النزاع إلى التحكيم واختيارياً فيما عداها من منازعات.

وتطور نظام التحكيم القضائي بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧١ الذي أضاف مادة جديدة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ هي المادة ٢٦٤ مكرر والتي جاء نصها " تنشأ المحكمة الكلية لجنة أو أكثر للتحكيم يرأسها مستشار أو قاض تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضوية اثنين من التجار ....." ولم يقف المشرع الكويتي عند هذا الحد بل وسع في تشكيل الهيئة التي تتولى التحكيم القضائي حيث أجاز في المادة ١٧٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠

بإضافة أعضاء من ذوي التخصصات المختلفة من غير التجار إلى هيئات التحكيم القضائي وتنص على " يجوز لوزارة العدل أن تشكل هيئة تحكيم أو اكثر تنعقد في مقر...."[٥٩]

ومن أجل معالجة هذه الأوضاع ووضع نظام محدد ابتكر المشرع الكويتي نظاماً جديداً للتحكيم القضائي بمقتضى القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ الذي ألغى المادة ١٧٧ بالقانون السابق الذكر وقرر تشكيل هيئة التحكيم القضائي من خمسة أعضاء : ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختارهما طرفا النزاع وأوكل لهذه الهيئة بهذا التشكيل بالاختصاص المنصوص عليه بنص المادة (٢) الآتي" تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية: .....٣ -الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص العامة في المنازعات التي تقوم، وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء "[٦٠].

ومن ثم أقرت هيئات التحكيم القضائي في النظام الكويتي بجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية واستندت في ذلك على جواز المشرع الكويتي صراحة للوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون طرفاً فيها، بل وإلزمها بالتحكيم في الحالة التي يقدم فيها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة طلباً إلى هيئة التحكيم القضائي من أجل حسم النزاع الذي نشب بينهم. بالإضافة إلى عدم تعارض التحكيم مع طبيعة

---

(٥٩) قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ الباب الثاني عشر قانون التحكيم المادة (١٧٧).

(٦٠) قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ المادة (٢ /٣)

العقود الإدارية إذ إن نطاق التحكيم يقتصر على الحقوق المالية الناشئة عن العقود الإدارية، والتي لا تعتبر من المسائل التي تتصل بالنظام العام؛ ولذلك يجوز الصلح بشأنها، كما يقضي المبدأ العام الذي يقرره القانون المدني، وبالتالي فإنها تقبل التحكيم، أما المسائل المتصلة بشروط العقد الإداري والسلطات التي تتمتع بها الإدارة في هذا المجال، فإنها تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التحكيم بشأنها.

ويلحظ مما سبق أن الأنظمة العربية دار موقفها بين الإجازة بإحالة الأمر للتحكيم، والإجازة المشروطة، والغموض بداية في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عن الطريق الأصيل وهو القضاء، ويرجع السبب وراء مشارطة الإجازة إلى الحرص الشديد من المنظم المصري والسعودي على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة، حيث نصت موادهم على أحاطته بضوابط محددة وصريحة، وضيق الاختصاص بعدم قبول هذا الأمر للتفويض، ويدل ذلك على حرص الأنظمة على عدم مشروعية التحكيم بشكل مطلق في مجال العقود الإدارية لما تشغله طبيعة هذه العقود من طبيعة خاصة وما تشغله من مساس بسيادة الدولة الداخلية، وجاء النظام الكويتي بإضفاء الصفة القضائية لطبيعة التحكيم من خلال تشكيل هيئة قضائية تختص بحل المنازعات في مجال العقود الإدارية.

وجدير بالذكر أن موقف الأنظمة العربية جاء وبحق حرصاً على المصلحة العامة وتحقيق النفع العام، فتتدخل الدولة باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام في علاقة عقدية مع الأشخاص الخاصة بغرض تحقيق منفعة عامة للمواطنين له غاية مثلى، وترعى الدولة هذا الأمر بما لها من صلاحيات يكفلها وينظمها القانون عند إبرام العقد. فالعقود الإدارية الغرض منها خدمة المواطن، فيجب أن تحاط مصلحة المواطن بضوابط تحافظ على استمرار سير المرافق، ويضع النظام الموكل إليه حل النزاع

سواء تمثل في نظام التحكيم أو تشكيل هيئة قضائية تحكيمية نصب أعينه عند نظر منازعات العقود الإدارية كافة القوانين العامة والامتيازات التي تتمتع بها الدولة مع الطرف الخاص والحرص على تحقيق المصلحة العامة، فإن اللجوء إلى التحكيم كبديل للقضاء في مجال منازعات العقود الإدارية، قد يضع الدولة والطرف الخاص على قدم المساواة دون مراعاة الصلاحيات التي تتمتع بها الدولة والغرض من إبرام العقد وهو ما لا يستقيم مع طبيعة العقود الإدارية والهدف من إبرامها.

المطلب الثاني: اتجاهات القضاء في جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

تباينت أحكام القضاء للدول العربية بين إجازة اللجوء إلى التحكيم وبين حظر اللجوء إليه، بالإضافة إلى تباين الأحكام بنفس الدولة في أزمنة مختلفة ومن قبل درجات تقاضى متباينة، حيث اختلف القضاء الإداري المصري في موقفه إزاء منازعات العقود الإدارية، فقد أقر القسم القضائي بمجلس الدولة عدم جواز الاتفاق على التحكيم، اجتهدت محكمة القضاء الإداري بأنه لا يجوز سلب اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية بموجب نصوص في هذه العقود. مثال" يسند هذا الاختصاص إلى هيئات التحكيم"، وجاء هذا الرأي بمناسبة المنازعة التي نشأت بشأن العقد الإداري المبرم بين وزارة الإسكان والتعمير والاتحاد المكون من شركة المقاولون العرب وشركة تارماك الإنجليزية عبر البحار في ١١ مارس ١٩٧٦ م، وذلك من أجل إنشاء نفق الشهيد أحمد حمدي، وتضمن العقد بنداً تعهد بمقتضاه الطرفان على إحالة النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين الطرفين إلى هيئة التحكيم(٦١).

(٦١) مشار إليه بمؤلف د. شريف يوسف خاطر: **التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه**. دار الفكر والقانون: ٢٠١١ م. ص: ١٤٤.

وشايعت هذا الاجتهاد القضائي المحكمة الإدارية العليا، فقضت بعدم صحة الشروط التعاقدية الواردة في العقود الإدارية التي تجيز فض المنازعات الناشئة عن تنفيذها عن طريق التحكيم، فاختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة يمنع من الاتفاق على إحالة هذه المنازعات إلى التحكيم ما لم يصدر قانون موضوعي يجيز مثل هذا الاتفاق(٦٢).

وذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر بجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإداري، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في إبرام عقد امتياز هضبة المقطم بين شركة أجنبية خاصة ووزارة التعمير والإسكان، واتفق على أن يتم اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن هذا العقد، وأصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها بوقف تنفيذ القرار السلبي للوزارة، مما يعني أن المحكمة قد اعترفت بحق الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.(٦٣)

وفضلاً عن ذلك تباين اتجاه قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري فتواه بين إجازة وحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ففي المرحلة الأولى أجازت التحكيم وأقرت بمشروعيته في منازعات العقود الإدارية، فقد استعرضت الجمعية العمومية مواد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المواد ٥٠١ ، ٥٠٩، كما استعرضت نص المادتين ١٠ ، ٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وقررت أن التحكيم هو الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به وقررت بأن التحكيم يقوم

(٦٢) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٠٤٩ لسنة ٣٢ ق تاريخ ١٩٩٠/٢/٢٠.

(٦٣) محكمة القضاء الإداري ١٨ مايو ١٩٨٦ دعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق. ولاقى هذا الحكم الطعن من قبل المحكمة الإدارية العليا وقضت بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية –حكم المحكمة الإدارية العليا ٩ ديسمبر ١٩٩٠ –طعن رقم ٥٨٣٧ لسنة ٤٤ ق.

على أساسين: هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وذهبت الجمعية في فتواها إلى أنه لو كان الاتفاق على التحكيم أمراً محظوراً على الجهة الإدارية ما كان للمشرع إلزامها أصلاً بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ حكم المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة، وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية (٦٤).

وأفتت أيضا الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ ملف رقم ٥٤ / ٤/ ٣٦٥ بجواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وذلك استناداً إلى نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ وورد بها ما يجيز صراحة التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية إدارية كانت أو مدنية، حينما نصت على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بأن لا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة، ولو كان الاتفاق على التحكيم أمراً محظوراً على جهة الإدارة ما كان المشرع ألزمها أصلاً بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ حكم المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة، وأنه إزاء عدم وجود قانون خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية (٦٥).

وأيدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فتواها السابقة بفتوى أخرى بجلستها بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧ بأن نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧)

---

(٦٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٦١ أول يوليو ١٩٨٩، جلسة في ١٧ مايو ١٩٨٩، ٤٣، ٤٤/١٤٠/٣٧٤.

(٦٥) د. على خطار شطناوى: مرجع سابق. ص ٤٠٠، ٤٠١.

لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالمنازعات الخاصة بالعقود قصد به التأكيد على استبعاد أي اختصاص لمحاكم القضاء العادي بمثل هذه المنازعات، فأراد المنظم أن يقطع الصلة بين المحاكم العادية ومنازعات العقود الإدارية(٦٦).

وفى مرحلة ثانية اتجهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى حظر اللجوء إلى التحكيم ويرجع ذلك إلى عدم وجود نص تشريعي يجيزه، حيث لا يكفي إرادة الخصوم للتسليم بمشروعية التحكيم(٦٧)، كما ذهبت في رفضها للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية إلى أنه من الأصول المقررة في القانون الإداري أن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوط بها تحقيقها إنما هي أهلية محددة وتنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها وعليه فلا يجوز أن تلجأ إلى التحكيم بغير نص يرخص لها بذلك (٦٨).

وبالنسبة إلى القضاء الأردني، فقد قضت محكمة التمييز بعدم سريان أحكام قانون التحكيم على منازعات العقود الإدارية، واستندت محكمة التمييز في حكمها إلى المادة (١٠٢) من الدستور والتي نصت على حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد بالمحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية، وأن الاتفاق بين الأفراد أو الهيئات على إحالة خلافاتها إلى التحكيم هو استثناء من هذه المادة، ويجب عدم التوسع في تفسير هذا الاستثناء وتطبيقه بحدوده الواضحة(٦٩).

---

(٦٦) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤ – جلسة ١٩٨٩/٥/١٧.

(٦٧) فتوى بجلسة ١٩٧٠/١/١٥، ملف رقم ١٦٣/٦/٨٦ الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء العاشر، ص ٧٥٢.

(٦٨) فتوى بجلسة ١٩٨٨/٣/٣٠. ملف رقم ١٢٢/١/٤٧.

(٦٩) محكمة تمييز حقوق، رقم ٢٠٠٢/١٧١٤، (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٢/٧/٧.

في حين اتجهت محكمة استئناف عمان في القضية رقم ١٧٨/ ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٩/١١/٢٢ م بتعيين محكما في عقد مقاولة ورد في الشروط الخاصة للعقد حل النزاع عن طريق التحكيم، حيث استندت المحكمة إلى المادة ١٦ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ .(٧٠)

واتجه القضاء الكويتي إزاء التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى رفض اختصاص هيئة التحكيم القضائية نظر منازعات العقود الإدارية، حيث اتجهت في ذلك إدارة الفتوى والتشريع في فتواها رقم ٩٥/١٥١/٢ - ١١٧٩ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١٠/١٠ والمتعلقة بعقود وزارة المالية التي طلبت فيها الوزارة الفتوى حول مدى جواز تضمين العقود التي تبرمها مع الأفراد شرط التحكيم القضائي، وانتهت إلى رفض تضمين العقود الإدارية لشرط التحكيم استناداً إلى المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ٨١ بإنشاء دوائر إدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ .

وقضت أيضاً محكمة التمييز بعدم اختصاصها بنظر الطعن المقدم من وكيل وزارة الأشغال ضد إحدى شركات المقاولات طعن بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٩٨ المقيد بجدول التميز برقم ٥١ لسنة ١٩٩٧ واستندت في حكمها أيضاً إلى أن النزاع المطروح يتعلق بمنازعة عقد إداري تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية به ولائي دون

(٧٠) مجلة التحكيم العالمية. العدد السابع. يناير ٢٠١١ م ص: ٣١٨،٣١٩

غيرها[٧١]. كما أصدرت محكمة التمييز حكماً آخر في هذا الاتجاه ذاته بتاريخ ١٤ مارس ١٩٩٩ في الطعنين رقم ٤٤٤، ورقم ٤٥٠ لعام ١٩٩٨ (تجاري) [٧٢].

ويستفاد مما سبق أن القضاء الكويتي يميل إلى إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية فالأحكام السابقة، وما أصدره القضاء الكويتي لاحقاً تؤكد إجازة التحكيم.

أما بالنسبة إلى بيان موقف القضاء السعودي، فلم يتسنَ لنا من خلال الاطلاع على أحكام ديوان المظالم المنشورة في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، وموقع ديوان المظالم الإلكتروني إيجاد حكم قضائي صادر عن الديوان يحدد موقفه من إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية أو حظره أو إجازته بشروط معينة. ولكن اعتقد أن الديوان سوف يميل إلى الأخذ باتجاه القضاء العربي العام الذي يميل إلى إجازة التحكيم. كما أن أحكام نظام التحكيم السعودي الجديد، ولائحته التنفيذية تدعم هذا الاعتقاد. ناهيك عن الصعوبات التي يواجها الباحث في النظام السعودي في الحصول على الأحكام القضائية، وهي صعوبة حقيقية وأجهتني أثناء إعداد هذا البحث.

المبحث الرابع: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

اختلف فقه الأنظمة العربية بشأن جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية من عدم جوازه، فانقسم إلى فريقين: فريق يميل إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، واستند في ذلك إلى العديد من الحجج التي تدعم رأيه، في

(٧١) راجع حكم محكمة التميز في الطعن رقم ٢٢ لسنة ٩٧ الصادر بجلسة ٩٩٨/١١ – منشور بمجلة القضاء والقانون السنة ٢٦ – ج٢ أغسطس ١٩٩٨ – ص ١٩١.

(٧٢) موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي اقرتها محكمة التمييز الكويتية من عام ١٩٨٢ إلى عام ١٩٩٩، إعداد إدارة الفتوى والتشريع، الكتاب الأول، الجزء الأول، ص ٢٩٧.

حين ذهب الفريق الثاني إلى الاتجاه المضاد وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية وأورد العديد من الحجج التي تؤيد هذا الرأي.

المطلب الأول: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

سنحاول من خلال هذا المطلب عرض حجج الفقهاء المؤيدين للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على النحو التالي:

أولاً: انعدام نص القانون على حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية

اتجه أصحاب هذا الرأي إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى عدم وجود نص صريح في غالبية الأنظمة العربية يحظر اللجوء إلى التحكيم، ومن ثم جواز اللجوء إليه، فالأصل في الأشياء هو الإباحة، علماً بأن المنظم يستطيع النص على حظر التحكيم صراحة إذا تراءى له ذلك(٧٣).

ثانياً: الالتجاء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية لا يعنى التنازل عن حق الالتجاء إلى القضاء

لا شك أن التقاضي حق مقدس يتعلق بالنظام العام، ولكن اللجوء إلى التحكيم هو طريق بديل يتميز بعدة مزايا بالنسبة لأحد أطراف النزاع أو كليهما، ومن ثم يرى أنصار هذا الاتجاه مفاضلة اللجوء إلى التحكيم للتمتع بهذه الميزات عن التوجه للقضاء، كما أن وجود نظام التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية لا يعنى التنازل عن سلوك طريق القضاء أو يتعارض معه، فإذا لم يتفق الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم، فيتجهوا بدعواهم للطريق الأصيل وهو القضاء(٧٤).

---

(٧٣) د. على خطار شطناوى: مرجع سابق. ص: ٣٩٣.

(٧٤) د. محمود السيد التحيوى: **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**. مرجع سابق. ص: ٥٦، د. علاء محي الدين مصطفى: **اتفاق التحكيم**. الرياض. مكتبة القانون والاقتصاد. ١٤٣٥ هـ / ٢٠١٤ م. ص: ٥٣.

ثالثاً: التحكيم لا يتعارض مع خصوصية العقد الإداري

مما لا شك فيه أن العقود الإدارية تتميز بطبيعة ذاتية وتتجلى خصوصيتها بما تتمتع به الإدارة من امتيازات في العقد الإداري، ولكن ذلك لا يمنع هيئة التحكيم من مراعاة الشروط الاستثنائية التي يشتمل عليها العقد الإداري، فأطراف النزاع يختار هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق، ويشمل القانون الطبيعة الذاتية للعقد الإداري والشروط غير مألوفة التي ينطوي عليها العقد، وامتيازات القانون العام التي تتميز بها العقود الإدارية، فالقاضي والمحكم أشخاص ملتزمون بتطبيق القانون، بالإضافة إلى أن نظام التحكيم لا يستبعد مطلقاً وجود رقابة على قراراته من قبل القضاء(٧٥).

رابعاً: الضرورة الملحة للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعاني أطراف النزاع الإداري في منازعات العقود الإدارية من بطء إجراءات التقاضي، وتأخر الفصل في المنازعات القضائية بسبب تكدس القضايا وهو أمر يؤثر دون شك على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ومن ثم أصبح من الضرورة الملحة اللجوء لوسيلة بديلة لحل النزاع وهو التحكيم أسوة بإتباعها بالقانون الخاص كوسيلة نصت عليها القوانين لتلافى السلبيات التي أصابت النظام القضائي، وغيرها من الأسباب التي تفاضل بين اللجوء إلى التحكيم عن اللجوء للقضاء.

(٧٥) FOUSSARD (D),L.arbitrage en Le droit administratif Rev-arb 1991 p.16

خامساً: تعدد المزايا التي ينطوي عليها نظام التحكيم

استند أصحاب الاتجاه المؤيد للجوء إلى نظام التحكيم إلى المزايا التي يتصف بها هذا النظام، فيتميز التحكيم من حيث الإجراءات بالبساطة والسهولة، فيخلو من التعقيد مقارنة بالإجراءات القضائية من حيث إجراءات تحديد المحكمة وإبلاغ الخصوم وغيرها من الإجراءات، إلى جانب المرونة الواضحة في إجراءات اختيار المحكمين وسرعة الفصل في النزاع، ويرجع ذلك إلى رغبة الطرفين في سرعة الوصول إلى حل النزاع، ومن ثم اللجوء إلى التحكيم، وهو أمر يحققه هذا النظام من توفير للوقت والجهد والمال الذي يتحقق بالبعد عن بطء الإجراءات القضائية وأحيانا إعادة رفع الدعوى مرة أخرى أمام المحاكم (٧٦).

ويلحظ من مطالعة آراء الفقهاء بخصوص جواز اللجوء إلى التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية وبما استندوا إليه من حجج، فإن حجة "الالتجاء إلى التحكيم لا يعنى التنازل عن اللجوء إلى القضاء" فهو واقع يفرضه النظام البديل للقضاء لحل المنازعات، ويعطى لأطراف النزاع حرية الاختيار بين نظام وبديل للنظام يتميز كل منهما بميزات، فعلى أطراف النزاع الاختيار بينهما. وتأكيداً لهذا القول، فإن من يتجه إلى التحكيم غير خاف عليه اللجوء إلى القضاء للوصول لحل النزاع. غير أن من يلجأ إلى المشارطة بالعقد اللجوء إلى التحكيم عند نشوب نزاع لما يراه في هذا النظام من ميزات عدة عن القضاء من سرعة الفصل وتوفير للجهد والمال، ناهيك عما تسعى إليه دولنا إلى تشجيع الاستثمار الخارجي تلبية متطلبات المواطنين من تسيير المرافق وانتظامها بعدم إجبار المستثمر على اللجوء إلى القضاء الوطني.

---

(٧٦) د. حسن محمد هند: مرجع سابق. ص: ٤٣.

وفضلاً عن ذلك فإن حجة أن "التحكيم لا يتعارض مع خصوصية العقد الإداري" فهي حجية يجانبها الصواب، حيث يتميز العقد الإداري عن غيره من العقود سواء المدنية أو التجارية، وما له من خصوصية ترجع إلى تضمنه شروط غير مألوفة والتي تميز الجهة الإدارية عن الطرف الأخر بالعقد، وما ترعاه الدولة من تحقيق للصالح العام والحرص على تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فقد يؤدى اللجوء إلى التحكيم إلى التعامل مع طرفي العقد على قدم المساواة في الحقوق والالتزامات وهو ما قد يخالف الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية.

المطلب الثاني: موقف الفقه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ومن خلال هذا المطلب سنقوم بعرض حجج الفقه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على النحو التالي :

أولاً: سيادة الدولة

ذهب الرافضون لنظام التحكيم بنظر منازعات العقود الإدارية إلى مبدأ سيادة الدولة، سواء أكانت سيادتها تكون داخلية أم خارجية، فالسيادة هي تلك السلطة العليا التي لا وجود لسلطة أعلى منها أو موازية لها، فهي تسمو فوق الجميع وتفرض ذاتها، وهي سلطة أصيلة لا تستمد أصلها من سلطة أخرى، فمفهوم السيادة يرتب للدولة حقوقاً وامتيازات وضمانات أمام نظام التحكيم عن طريق الحصانة القضائية وبما تمارسه من أعمال سيادية قد تكون مخالفة لمبادئ العقد بين الدولة والطرف الآخر. وعليه يُعد قيام المحكمين باعتبارهم أفراداً عاديين ليس من أصحاب السلطة العامة بالدولة بفض منازعات العقود الإدارية إخلالاً جسيماً ومساساً مباشراً بسيادة الدولة

الداخلية وكيانها، ويظهر المساس بسيادة الدولة من خلال استبعاد القانون الوطني من التطبيق على النزاع محل اتفاق التحكيم.(٧٧)

ثانياً: سلب الاختصاص الأصيل للقضاء الوطني

تعتبر مهمة الفصل في المنازعات بشكل عام، وخاصة المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها إلى الجهات القضائية باعتباره اختصاصاً أصيلاً، ومن ثم فقيام أفراد عاديين أو هيئات تحكيم خاصة لفض منازعات العقود الإدارية يعد سلباً لهذا الاختصاص الأصيل لمحاكم السلطة القضائية في الدولة باعتبارها تحمل الكثير من الضمانات التي تكفل تحقيق العدالة والحفاظ على المصلحة العامة. (٧٨) لهذا يرى جانب من الفقه الفرنسي أن إباحة التحكيم في منازعات العقود الإدارية تعتبر بمثابة اعتداء على اختصاص مجلس الدولة وبالتالي اعتداء على مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية(٧٩).

---

(٧٧) د. جورجي شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٩٩ م. ص: ١٠٥.

(٧٨) د. عزيزة الشريف: التحكيم الإداري في القانون المصري. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٩٣ م. ص: ١١٤.

(٧٩) Laferriere , L'arbitrage dans les affaires administratives,maison d'edition.Lgdj.1997 .p27.

إلا أن بعض الفقه الفرنسي انتقد نظرية الاستناد إلى مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية ليس له سوى قيمة تاريخية في نظر عدد كبير من فقهاء القانون العام في فرنسا حيث إن هذا المبدأ يرجع إلى الفترة التي أعقبت قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وكان الهدف منه إبعاد المنازعات التي تكون الإدارة العاملة طرفاً فيها عن اختصاص المحاكم العادية ومنح جهة الإدارة ذاتها سلطة الفصل في هذه المنازعات في ظل نظام الإدارة القاضية الذى اعتنقه النظام الذي انبثق عن الثورة Revues sur un abus de procès d'autorité .Dalloz .1962. p37.

ثالثاً: تعارض نظام التحكيم مع ثوابت أساسية

تأخذ بعض الدول في تنظيمها القضائي بمبدأ القضاء المزدوج، وهو يميز بين نوعين من العلاقات القانونية : الأول هو العلاقات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص وتخضع لقواعد القانون الخاص، ويختص القضاء العادي بالفصل فيها، أما النوع الثاني من العلاقات، فيتمثل في العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة، وتخضع هذه العلاقات للقانون العام ويطبق عليها أحكامه، ويفصل القضاء الإداري في المنازعات المتعلقة به، ويرجع التمييز بين نوعى العلاقات القانونية إلى الوضع المتميز لأشخاص القانون العام، فالدولة تمثل المجتمع وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بخلاف أشخاص القانون الخاص الذين يسعون إلى تحقيق الربح والنفع الذاتي، مما يبرر خضوع كل منهما لنظام قانوني مستقل(٨٠). لهذا القانون الخاص لا يصلح بالضرورة لمنازعات القانون العام، فالتحكيم باعتباره ليس من مظاهر لفض منازعات السلطة العامة، لا يضع في اعتباره. وضع المصلحة العامة فوق المصلحة الخاصة كوسيلة لحسم منازعات العقود الإدارية التي تعتبر الدولــة طرفـاً فيها.(٨١)

رابعاً: الإخلال بفكرة العقد الإداري

يرى أنصار الاتجاه المعارض للتحكيم في نظر التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية أنه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري، ويرجع ذلك إلى الاختلاف الجوهري بين العقود الإدارية التي تندرج تحت القواعد العامة، وعقود القانون الخاص من حيث إبرامه وتنفيذه، حيث تتساوى الحقوق

(٨٠) د. محمد كمال منير: مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية. مجلة العلوم الإدارية. السنة ٣٣. العدد الأول. يونيو ١٩٩١ م. ص: ٣٣٢.

(٨١) د. جورجي شفيق ساري: مرجع سابق. ص: ١١٢ وما بعدها.

والواجبات بين أطراف عقود القانون الخاص، وذلك بخلاف طبيعة العلاقة بين عقود القانون العام التي تملك الإدارة فيها امتيازات ينص عليها القانون استناداً إلى فكرة المصلحة العامة ودوام سير المرفق العام، إلا أن إعمال نظام التحكيم في مجال العقود الإدارية لا ينظر إلى هذه الاعتبارات الخاصة في نظرية العقود الإدارية في تنفيذ القانون، بل ينطلق من القاعدة الجوهرية التي يقوم عليها التعاقد في القانون الخاص وهي العقد شريعة المتعاقدين، ويسعى إلى تحقيق المساواة الكاملة بين طرفي العقد وهو ما يتعارض مع فكرة ومبادئ نظرية العقود الإدارية [٨٢].

خامساً: الإخلال بالنظام العام

يرى أصحاب هذا الرأي أن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية والتي تكون الدولة طرفاً فيها تتعلق بالنظام العام، ومن الصعوبة تحديد فكرة النظام العام، حيث اتجه البعض[٨٣] إلى إرجاعها للأساس الذي وجدت من أجله، وهو المصلحة العامة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية[٨٤]، فالنظام العام هو مجموعة المصالح والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع. ولهذا لا يسمح للأفراد بمخالفة القواعد التي تتعلق بها، وتحديداً حينما تستخدم الدولة في هذه العلاقة العقدية وسائل السلطة العامة التي تدخل في إطار فكرة النظام العام. وبذا يعد التحكيم بنظر أنصار هذا الاتجاه غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام [٨٥].

---

(٨٢) د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية. القاهرة. دار النهضة العربية .١٩٩٧ م. ص: ٦٠.

(٨٣) د. عوض أحمد الزعبي: المدخل إلى علم القانون. دار وائل للنشر .٢٠٠١ م. ص: ١٢٣.

(٨٤) د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي. القاهرة. دار النهضة العربية. ٢٠٠٠ م. ص: ١٦٣.

(٨٥) د. يسرى محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية. القاهرة. دار النهضة العربية .٢٠٠١ م. ص: ٨٦.

سادساً: مخالفة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية لنصوص الدستور

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن نظام التحكيم يتعارض مع ما نصت عليه نصوص دساتير غالبية الأنظمة العربية، فالدستور المصري لعام ٢٠١٤ م نص في الفصل الثالث الفرع الثالث باختصاص مجلس الدولة بالفصل في جميع المنازعات الإدارية حيث نص في المادة (١٩٠) " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية ....."[٨٦] .

وينص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية لعام ١٤١٢ هـ على اختصاص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات، حيث نصت المادة (٤٩) " مع مراعاة ما ورد في المادة الثالثة والخمسين من هذا النظام تختص المحاكم في الفصل في جميع المنازعات والجرائم "[٨٧].

ونص الدستور الأردني على ممارسة المحاكم النظامية حق القضاء في جميع المواد المدنية والدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها، فقد نصت المادة (١٠٢) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية بالفصل السادس الخاص بالسلطة القضائية على " ممارسة المحاكم النظامية حق القضاء في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها ....." [٨٨]

---

(٨٦) الدستور المصري لعام ٢٠١٤ – نشر بالجريدة الرسمية العدد (٣) مكرر (أ) بتاريخ ٢٠١٤/١/١٨ م.

(٨٧) النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٠/أ) بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧ هـ –نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٤١٢/٩/٢ هـ. العدد رقم ٣٣٩٧

(٨٨) الدستور الأردني لعام ٢٠١١ وفقاً لأخر التعديلات – نشر بالجريدة الرسمية العدد (٥١١٧) بتاريخ ٢٠١١/١٠/١م.

وبنص دستور دولة الكويت على أن تنظم القوانين شأن الفصل في الخصومات الإدارية، حيث نصت المادة (١٦٩) من الفصل الخامس من الدستور على "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها ".[٨٩]

ويلحظ من استطلاع آراء الفقه العربي المتباين بين جواز وعدم جواز اللجوء إلى نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وما استندت هذه الآراء إليه من حجج، أن هناك آراء تؤيد الحظر استناداً إلى المساس بسيادة الدولة وكيانها وما يترتب عليه من حقوق وامتيازات، إلا أن هذا الرأي قد يجانبه الصواب فاللجوء لنظام التحكيم يعبر عن ذاتية هذا النظام واختلافه عن الأنظمة الأخرى البديلة عنه، فإن رأت الإدارة أن المصلحة العامة تقتضي استبعاد التحكيم في فض المنازعات الناشئة عن عقد إلى إداري معين، يمكنها استبعاد التحكيم صراحة أو ضمناً أو عدم قبول المشارطة في حل النزاع. ولكن الدول محل الدراسة أقرت هذا النظام وضمنته عبر قوانينها بموجب إرادتها ودواعي تحقيق المصلحة العامة التي ترعاها، وبالتالي لا ترى هذه الدول أن اللجوء إلى التحكيم يمس سيادتها سواء السيادة الداخلية أو الخارجية.

ويضاف إلى ذلك أن معارضة هذا الاتجاه للتحكيم استناداً إلى فكرة مخالفة النظام العام بحجة صعوبة تحديد فكرة النظام العام، فإنه من الثابت أن فكرة النظام العام من الأفكار المرنة التي تطبق وفق نظام كل دولة بما يتناسب ومتطلباتها وتحقيق المصلحة العامة. كما أن الادعاء بمخالفة نظام التحكيم لنصوص الدستور وهو ما يحتج به البعض محل نظر؛ إذ تتباين طبيعة النصوص الدستورية وكيفية وضعها

(٨٩) الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ – ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٢ نوفمبر ١٩٦٢.

خاصة في الأنظمة الجامدة وما تشتمل عليه هذه الأنظمة من إجراءات لتعديل أحكامها بغية مواكبة ومسايرة ما هو مستحدث من الأنظمة البديلة لحل النزاعات. كما أن وجود نظام التحكيم كبديل للقضاء في حل منازعات العقود الإدارية تنص عليه صراحة القوانين، ويتبين إجراءاته، فهو نظام استثنائي بديل يلجأ إليه في حال الاتفاق عليه في العقد الإداري صراحة. لهذا نعتقد أن حجة أنصار الرأي المعارض للتحكيم (الإخلال بفكرة العقد الإداري من حيث طبيعته وإجراءات إبرامه وتنفيذه، وهي أمور تميزه عن العقد المدني) تنطوي على نوع من الصحة، لكن ذلك لا يصل إلى حد بقول بالاختلاف الجذري بين العقدين الإداري والمدني. لهذا نعتقد بأن اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية، وإن مس جانب من طبيعة العقد الإداري، فإن التطبيق العملي لإبرام العديد من العقود الإدارية بما تتضمنه صراحة من إجازة التحكيم أو المشارطة اللاحقة يثبت مشروعية اللجوء إلى هذه الوسيلة البديلة لفض منازعات العقود الإدارية.

ويضاف إلى ذلك أنه ليس هناك ما يمنع هيئات التحكيم من مراعاة طبيعة العقود الإدارية الخاصة، وتطبيق ما تتمتع به لإدارة المتعاقدة من امتيازات القانون العام.

الخاتمة

تعرضنا في هذا البحث إلى دراسة موضوع يعد من الموضوعات التي تشغل بال الكثير من المهتمين بالتعامل مع الجهات الإدارية وهو التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع، ومدى مشروعية اللجوء إليه في بعض الأنظمة العربية التي تم اختيارها بناء على ما سبق أشرنا إليه بالمقدمة، فتناولنا موضوع البحث بعد بيان مفهوم المشروعية

القانونية بشكل عام، وتحديد مصادرها التي تتنوع ما بين المصادر المكتوبة والمصادر غير المكتوبة، ثم عرضنا مفهوم التحكيم من خلال تعريفه وبيان طبيعته التي تنوعت بين أربعة نظريات متباينة، بحيث يصعب حسم طبيعة التحكيم عبر نظرية متفق عليها، كما تناولنا بالتوضيح موقف الأنظمة العربية والقضاء تجاه مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في نطاق العقود الإدارية والوقوف على الأحكام القضائية التي توجب اللجوء إلى محاكم السلطة القضائية المختصة في الدولة لفض منازعات العقود الإدارية والأحكام التي أجازت اللجوء إلى التحكيم كنظام لحل منازعات العقود الإداري.

ولم نغفل في هذه الدراسة آراء الفقهاء، إذ يرى البعض منهم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، في حين اتجه البعض الآخر إلى عدم جواز هذا النظام في مجال منازعات العقود الإدارية مع تأسيس آراء كلا منهما على أسانيد وحجج محددة مع عرض الرأي الخاص للباحثة في مدى الاتفاق أو الاختلاف مع هذه الحجج واتخاذ موقف يميل إلى فكرة جواز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية بشكل عام، إلا أنه يجب أن ينصب في قالب قضائي من خلال وجود هيئة قضائية تحكيمية داخل المحكمة بتشكيل قضائي ذي خبرة تحكيمية أو بتشكيل مزدوج ما بين قضاة ومحكمين لدى الهيئات والمؤسسات التحكيمية وذلك للحفاظ على خصوصية العقد الإداري، مع الحرص على وجود الضوابط المنصوص عليها في بعض الأنظمة العربية من اتخاذ موافقة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص على اللجوء إلى التحكيم، ثم انتهينا من خلال هذه الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات وهي:

النتائج

١- يتميز نظام التحكيم بمزايا عدة منها المرونة وقلة النفقات والسرعة في الإجراءات.

٢- حرص المنظم المصري والسعودي على عدم إجازة التحكيم في العقود الإدارية بشكل مطلق، بل وضع وضعاً ضابطاً وقيداً محدداً وفق كل نظام.

٣- تلعب إرادة أطراف العقد الإداري دوراً مهماً في اللجوء إلى القضاء أو التحكيم على حد سواء

٤- يعد نظام التحكيم نظام استثنائي بديل للتقاضي.

٥- تقرر بعض الأنظمة القانونية أن التحكيم أمام هيئة تحكيم القطاع العام تحكيم إجباري بالنسبة إلى أطرافه في نطاق ما ينص عليه القانون.

التوصيات

١ - نقترح تشكيل هيئة تحكيمية قضائية تختص فقط بالفصل بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية الداخلية، وتكون مشكلة إما من فريق قضائي كامل ذي خبرة تحكيمية، وإما من فريق مزدوج من قضاة ومحكمين معتمدين لدى هيئات أو مؤسسات تحكيمية حتى يتم مراعاة الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية ويعد عناصر تشكيل الهيئة مهم في إضفاء المشروعية.

٢ - نقترح إصدار نظام مستقل للتحكيم في المنازعات الإدارية يشمل جميع منازعات العقود الإدارية، أن ينص صراحة على إجازة التحكيم في كل أو بعض منازعات العقود الإدارية، ويبين الإجراءات التي تبدأ من الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وصولاً إلى كيفية تنفيذ الحكم التحكيمي وضمانات تنفيذه وذلك لخصوصية طبيعة منازعات العقود الإدارية.

٣ - نقترح امتداد نطاق الضمانات التي يتمتع بها القضاة أثناء تأدية مهماتهم إلى المحكمين نظراً إلى الدور المهم الذي يلعبه كلٌّ منهما في تحقيق العدالة وتطبيق القانون، فالمحكم له دور مهم جداً لا ينقص عن دور القاضي.

٤ - العمل على التمييز والتفريق بين نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية الذى ينظم وفق الأنظمة الداخلية وما هو مقترح تنفيذه من نظام خاص سابق ذكره في التوصية رقم (١) والتحكيم الخاص بالعقود الإدارية الدولية التي تحكمها الاتفاقيات الدولية المبرمة بالإضافة إلى اعتبارات أخرى تكمن في التشجيع على الاستثمار وتلبية الاحتياجات الخاصة بالأفراد وحماية سيادة الدولة في اطار المنازعات الداخلية وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة حينئذ.

٥ - إنشاء مراكز تحكيم معتمدة في الدول التي تأخذ بإجازة التحكيم لتوافر الخبرة والتأهيل المناسب للمحكم لما يمثله من دور مهم وفعال في تطبيق العدالة القانونية ويفضل أن تكون هذه المراكز تحت إدارة وزارة العدل.

قائمة المراجع

أولا: الكتب العامة والمتخصصة

[١] أحمد أبو الوفا: التحكيم *الاختياري والإجباري*. ط٥. الإسكندرية. منشأة المعارف ١٩٨٨ م.

[٢] أحمد السيد الصاوي: *الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤* د.ن. ٢٠٠٢ م.

[٣] أحمد عبد الكريم سلامة: قانون *التحكيم التجاري الدولي والداخلي*. ط١. القاهرة. دار النهضة العربية. د.ت.

[٤] أحمد محمد حشيش: طبيعة *المهمة التحكيمية*. دار الكتب القانونية .٢٠٠٧م.

[٥] بكر القباني: *العرف مصدر للقانون الإداري*. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٧٦ م.

[٦] ثروت بدوي: *القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر*. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٧١ م.

[٧] جابر جاد نصار: التحكيم *في العقود الإدارية*. القاهرة. دار النهضة العربية – ١٩٩٧ م.

[٨] جورجي شفيق ساري: *التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود*. القاهرة. دار النهضة العربية .١٩٩٩ م.

[٩] حسن محمد هند: *التحكيم في المنازعات الإدارية*. دراسة مقارنة. دار الكتب القانونية ٢٠٠٨ م.

[١٠] خالد ممدوح إبراهيم: *التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية*. ط ١. القاهرة. دار الفكر العربي. ٢٠٠٨ م.

[١١] خالد خليل الظاهر: *القضاء الإداري*. ط١. الرياض. مكتبة القانون والاقتصاد. ٢٠٠٩ م

[١٢] خليل عمر غصن: *سلطة المحاكم الأميرية في التحكيم الداخلي*. ط١. بيروت. منشورات الحلبي. ٢٠٠٥ م.

[١٣] رمضان محمد بطيخ: *الرقابة على أداء الجهاز الإداري*. القاهرة. دار النهضة العربية. د.ت.

[١٤] رأفت فوده: *مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها*. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٩٦

[١٥] سامي جمال الدين: *القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة*. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. د. ت.

[١٦] شريف يوسف خاطر: *التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه*. دار الفكر والقانون. ٢٠١١ م.

[١٧] صلاح الدين فوزي: *المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري*. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٩٨ م.

[١٨] طعيمة الجرف: *المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون*. القاهرة. دار النهضة العربية .١٩٧٦ م.

[١٩] عبد الرازق على الفحل: *القضاء الإداري قضاء المظالم وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية*. *ط*٢. جدة. دار التوزيع للنشر. ١٤١٤ هـ.

[٢٠] عبد الرحمن عبد العزيز شلهوب: *النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية*. د.ن. ١٤٢٦ هـ.

[٢١] عبد العزيز خليفة:

الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية. القاهرة. دار الكتاب الحديثة. ٢٠٠٨م.

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية. القاهرة. دار الفكر العربي .٢٠٠٧ م.

[٢٢] عزيزة الشريف: *التحكيم الإداري في القانون المصري*. القاهرة. دار النهضة.١٩٩٣ م.

[٢٣] عصمت عبد الله الشيخ: *التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي*. دار النهضة العربية. ٢٠٠٠ م.

[٢٤] عمر محمد الشوبكي: *القضاء الإداري*. الأردن. دار الثقافة: ٢٠٠٦ م.

[٢٥] علاء محي الدين مصطفى: *اتفاق التحكيم*. الرياض. مكتبة القانون والاقتصاد .١٤٣٥ هـ / ٢٠١٤ م.

[٢٦] على خطار شطناوي: *النظرية العامة للعقود الإدارية*. ط١. القصيم. مكتبة الرشد. ١٤٣٥هـ

[٢٧] علي عبد الفتاح: *الوجيز في القضاء الإداري*. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. ٢٠٠٩

[٢٨] عوض أحمد الزغبي–*المدخل إلى علم القانون* – دار وائل للنشر القاهرة – ٢٠٠١ م.

[٢٩] فتحي والى: *قانون التحكيم في النظرية والتطبيق*. ط ١. الإسكندرية. منشأة المعارف. ٢٠٠٧ م.

[٣٠] ماجد راغب الحلو: *القضاء الإداري*. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. ١٩٩٩ .

[٣١] محمد أنس قاسم: *الوسيط في القانون العام*. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٨٧م.

[٣٢] محمد رفعت عبد الوهاب: *القضاء الإداري*. ط٢. د. ن. د.ت.

[٣٣] محمد سليمان الطماوي:

- *القضاء الإداري*. ط٧. القاهرة. دار الفكر العربي. د.ت.
- *الأسس العامة للعقود الإدارية*. ط ٥. القاهرة. دار الفكر العربي. ١٩٩١

[٣٤] محسن خليل: *النظم السياسية والقانون الدستوري*. ط ٢. الإسكندرية. منشأة المعارف. ١٩٧١ م.

[٣٥] محمود السيد التحيوي: *الطبيعة القانونية لنظام التحكيم*. الإسكندرية. منشأة المعارف .٢٠٠٣م.

- *التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات*
- *العقود الإدارية*. الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة. ١٩٩٩ م

[٣٦] نادر محمد إبراهيم: *مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصاد الدولي*.ط٢. القاهرة. دار الفكر العربي ،٢٠٠٢م.

ثانيا: المجلات والدوريات

[٣٧] وجدي راغب: مقال بعنوان " هل التحكيم نوع من القضاء " منشور بمجلة الحقوق. جامعة الكويت. السنة ١٧ العدد الأول. مارس يونيو ١٩٩٣م.

[٣٨] محمد كمال منير: مقال بعنوان " مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية. مجلة العلوم الإدارية السنة ٣٣ العدد الأول يونيو ١٩٩١.

ثالثا: الدساتير والقوانين

[٣٩] النظام الأساسي للحكم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي (٩٠/أ) بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧

[٤٠] الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ م.

[٤١] الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ م.

[٤٢] الدستور الأردني لعام ٢٠١١ م وفقاً لأخر تعديلات

[٤٣] قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧

[٤٤] نظام التحكيم السعودي رقم (م/٤٦) بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢ ه، رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ.

[٤٥] قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ م، رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ م.

[٤٦] قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٥، رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠.

رابعا: الجرائد الرسمية

[٤٧] جريدة أم القرى - العدد (٢٩٦٩) -تاريخ ١٤٠٣ هـ
- العدد (٤٤١٣) – تاريخ ١٨ رجب ١٤٣٣ هـ
-العدد (٣٣٩٧) – تاريخ ١٤١٢/٩/٢ هـ .
[٤٨] الجريدة الرسمية الأردنية – العدد (١١٣١) – تاريخ ١٩٥٣/١/٧ م
-العدد (٤٤٩٦) – تاريخ ١٣/١٠/١٩٩٥م.
-العدد (٥١١٧) بتاريخ ١/١٠/٢٠١١ م
[٤٩] الجريدة الرسمية المصرية -العدد (١٦) – تاريخ ١٩٩٤ م .
-العدد (٣) مكرر(أ) بتاريخ ١٨/١/٢٠١٤ م

خامسا: المراجع الأجنبية

[50] André de Laubadère . Traité de droit adminstratif L.g.d.j 15 eme edition. 1973
[51] AUBY (J.M) L'arbitrage en matiere administrative, A.J.D.A 1955.
[52] FOUSSARD (D),L.arbitrage en Le droit administratif Rev-arb 1991.
[53] R.DAVID: L'arbitrage comercial international en droit compare,1969.
[54] Laferriere, L'arbitrage dans les affaires administratives,maison d'édition.LGDJ.1997.
[55] Revues sur un abus de procès d'autorité Dalloz .1962.
[56] Jean Rivero- Droit administratif paris, Dalloz . 1970.

"Arbitration jurisdiction in the disputes of administrative contracts in the light of Arab regimes –A comparative study"

Dr. Amany Fawzy Elsayed
Assistant professor of Administrative Law
Law Department -Sharia College - Qassim University.

Abstract. The arbitration considers an alternative way for the judiciary to resolve disputes, due to the slowness which taints the judicial system in court procedures ,meanwhile the internal and international laws are keen on the adoption of arbitration systems in all litigation areas to meet the urgent needs of individuals, but the administrative disputes and the state General prejudice characteristics of them led to a variation of the Arab regimes situations which concerning the legality of adopting arbitration in resolving administrative contracts disputes or not.

Guidelines for Authors

a) Conditions:

1. The paper must be innovative, scientific, well typed and in good style.
2. The paper must not be previously published, or sent to another press.
3. All received papers are to be refereed.

b) Instructions:

1. Researcher electronically sends his research on the interactive website http://journals.qu.edu.sa
2. The paper must be printed on single faced A4 papers, leaving 3 cm for each margin. The pages of the paper should be sequentially numbered, along with numbering figures and tables (if available).
3. The researcher must submit a summary of the research in Arabic and English, so that a word or a single page of no more than words for (200).
4. The font type used for typing is Traditional Arabic, with the size of 20 pt for headings, 16 pt for the main text and 14 pt for footnotes.
5. Write Quranic verses draw Mushaf Madinah
6. The paper must not exceed 50 pages.
7. Find researcher writes address, and the name of the researcher, address, and title of the scientific, and the works in Arabic and English..
8. They are documented sources and references as follows:
   a. Books: source or reference in the footnote, and put the number of the researcher footnote in the right place, then puts footnote bottom of the page.
   b. Periodicals: are documented in a footnote mentioning the title search and then rotating the name, number and volume and page number.
9. Footnotes are placed underneath each page and be footnotes sequential numbering of the first search comes to an end..
   Example: The author mentioned in his Paper that he did'nt Stop at any one Saying this "…." (1)
10. Sources and references in the index starts by mentioning the full name of the book, then the author, and year of death, and Publishing House, and the year of printing, as well as in periodicals mention the title search, and the owner then the magazine name and number.
11. When a flag in the body of research or study, remember the year of death history AH if science deceased example: (d. 260 AH), and if the foreign flags they write Arabic letters, and parentheses in Latin letters, and mention the name in full upon receipt for the first time..
12. May not be re-publication of the journal Research in any other printed unless written permission of the editor.
13. The author will be given two copies of the journal, along with 7 copies of his paper free of charge.
14. Researcher committed to make adjustments set forth in the reports of the arbitrators, with explanation unless amended.
15. The papers published reflect the opinions of their authors.

Correspondence

All correspondence should be sent as the head editor of the magazine

- Website: http://journals.qu.edu.sa
- E-mail: qu.mgllah@gmail.com
- Journal Phone: 00966163800050
- Ext Editor: 8397
- Secretary Ext magazine: 8598
- Mobile: 00966593220358

In The Name of ALLAH,
Most Gracious, Most Merciful

Qassim University
جامعة القصيم
Qassim University Scientific Publications
(Refereed Journal)

Volume (11) – NO.(4)

Journal of

ISLAMIC SCIENCES

July 2018 – Shawwal 1439H

Scientific Publications & Translation

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief

Prof. Yousef Ali Alturaif.
Professor of Aqidah (Islamic Theology) Sharia college and Islamic Studies, Qassim University

Member Editors

Prof. Ahmed Mohammed Alburide.
Professor of Sunnah , Sharia college and Islamic Studies, Qassim University

Prof. Abdulaziz M. ALowyed.
Professor of Usul Alfigh, Sharia college and Islamic Studies, Qassim University

Prof. Suleiman M. Ali Aldbeja.
Professor of Aqidah (Islamic Theology), Sharia college and Islamic Studies, Qassim University

Prof. Ali H. Alshatanawi.
Professor of Law, Sharia college and Islamic Studies, Qassim University

Dr. Mohammad A. Aldakheel.
Associate Professor of Dawa and Islamic Culture, Sharia college and Islamic Studies, Qassim University

Journal Secretary

Dr. Mohammad Fawzi Alhader
Associate Professor Dawa Islamic Culture Department, Faculty of Sharia and Islamic Studies, Qassim University

Deposit: 1429/2028

Journal of Islamic Sciences
Qassim University, Vol. 11, No. 4, PP 1663-2407 for Ar. (Shawwal 1439H/ July 2018)

Contents

Page

Disclosure achieve the expression of Al-Fatihah (English Abstract)
Dr. Yaser Mohammed Al-Khlel 1730

Narrators Whom Imam Ahmad ibn Hanbal may Allah have Mercy on Him, has Contrasted (English Abstract)
Dr. Asia Mohammed Saqabi 1777

Hadiths and traditions that (Surat Al-mulk) will protect The reader from the torment of the grave Collected, directed and researched (English Abstract)
Dr. Saleh Bin Firaih Albahlal 1819

The rule of the profit earn by money-riba borrowed an example of "mixed Joint-stock company" (English Abstract)
Dr. Talal Suleiman Al-Dosari 1864

Expansion of the disagreeable financial transactions (English Abstract)
Dr. Atef Mohammed Abu harbid, and Researcher Islam Osama Barrbakh 1921

Prayer in the squares of the Grand Mosque in Makka and its neighboring places "Objective study" (English Abstract)
Dr. wail hamood hazaea radman 1987

The moral punitive measure against the spouse from the perspective of Islamic Jurisprudence (English Abstract)
Dr. Saud ben Melouh Alenazi, Dr Abdulkhaleq Mohamed Ahmed 2069

AL SHATAH AT SUFI (Dr. Hassan AL Fatih vision as model) Analytical study in light of Shara (English Abstract)
Dr. Asma Mohammed Abdu AL Rahman 2136

Preacher's Potentialities: pREACHING Applications (English Abstract)
Dr. Hamad bin Abdullah bin Hamad Saqabi 2209

The role of social media in changing the Muslim family ties A field study on the families of Qassim Region "Buraidah" model (English Abstract)
Dr. Omar Bin Abdullah al-omar 227**5**

Extent of Saudi regulator response to requirements of globalization in the development of trade regulations "Comparative study" (English Abstract)
Dr. Abed Almohdy Ajlony, Dr. Adnan Salih Alomar 2343

"Arbitration jurisdiction in the disputes of administrative contracts in the light of Arab regimes –A comparative study" (English Abstract)
Dr. Amany Fawzy Elsayed 2407