كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم القانون العام

تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية بواسطة التحكيم

بحث متطلب لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في الحقوق

إعداد الباحثة

هبه محمد عمر الجازوي

إشـــــراف

الأستاذ الدكتور

شريف يوسف خاطر

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق ورئيس جامعة المنصورة

١٤٤٥هـ ٢٠٢٣م

مقدمة

أولاً : موضوع البحث :

تُعد العقود الإدارية من أهم العقود التي تبرمها الدولة لأنها تنصب على تنفيذ مشروعات كبرى ومهمة منها استثمار الثروات الطبيعية كالنفط والغاز والمعادن وعقود إنشاء المطارات والبنية التحنتية وعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية BOT.

ويُعد موضوع اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية، من الموضوعات الحديثة و التي بدأت مختلف التشريعات توليها إهتماماً كبيراً،

فلم يعد التحكيم يقتصر على المنازعات الناتجة عن العقود المدنية و العقود التجارية الدولية، بل إتسع مجاله ليشمل المنازعات الإدارية و التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة. ولقد إختلف التشريع و القضاء حول إمكانية حل المنازعات الإدارية الدولية عن طريق التحكيم.

كما أن عدم التنظيم التشريعى للتحكيـــم في العقود الإدارية الدولية في حد ذاته إشكالية، في ظل وجود شخص خاص أجنبى طرفاً في هذه العقود.

ثانيًا : أهمية موضوع البحث :

نظراً لأهمية التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الإدارية تحتاج إلي دراسة متخصصة ومتجددة نتيجة للتطوارت السريعة في النظام الاقتصادي فإن كثيراً من القواعد القانونية المتصلة بنظرية العقود الإدارية قد تأثرت بالقواعد الدولية نتيجة مشاركة وحدات أجنبية أو وطنية في تنفيذ الأعمال التعاقدية داخل البلاد أو بنقل تكنولوجيا أو الحصول على تراخيص أجنبية أو توفير تمويل من المؤسسات الدولية عامة أو خاصة. وأن أهمية موضوع العقود الإدارية الدولية تكمن في معرفة القواعد القانونية

الواجب تطبيقها على العقود الإدارية الدولية، سواء في حالة اختيار الأطراف قانون وطنياً أو حتى في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم.

ويُعد التحكيم من الوسائل المهمة في حل المنازعات بين أطراف النزاع التي قد تحدث في المنازعات الإدارية والتي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة.

ثالثًا : مشكلة البحث :

تثير دراسة العقود الإدارية الدولية المبرمة بين جهة الإدارة من ناحية، والأشخاص الأجنبية من ناحية أخري العديد من المشاكل ذات الصعوبة البالغة، وأن المشكلة التي تثور بهذا الصدد تتمثل في مدى تسوية منازعات العقود الإدارية بواسطة التحكيم.

رابعًا : منهجية البحث :

- يعتمد البحث على "المنهج المقارن" : نظراً لوجود أنظمة قانونية مختلفة وكذلك اتفاقيات دولية.

كما يعتمد البحث على "المنهج التحليلي الوصفي ": لعرضيه آراء فقهية وموقف القضاء الوطني كما يناقش التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

خامسًا : الصعوبات التي واجهت الباحث :

ندرة قلة المراجع والدراسات السابقة في القانون الليبي خاصةً،والظروف السياسية وانقسام مؤسسات الدولة الليبية وعلى الرغم من الصعوبة التى تواجه الباحثة بصدد دراسة عقود الدولة فإن فإن أهمية هذه العقود والدور الذي تؤديه في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية .

سادسًا: خطة البحث:

إن التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الإدارية الدولية يتطلب معرفة ماهية التحكيم في العقود الإدارية الدولية وأشكال التحكيم وأسلوب اللجوء إليه، وكذلك موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية من التحكيم وهذا ما سنعرضه على النحو الآتي:

المطلب الأول : ماهية العقود الإدارية الدولية.

المطلب الثاني : ماهية التحكيم وأشكاله.

المطلب الثالث : أسباب اللجوء للتحكيم والجهة المكلفة بإبرام اتفاق التحكيم.

المطلب الرابع : موقف التشريع الفرنسي والمصري والليبي من التحكيم.

المطلب الأول

العقود الإدارية الدولية " المفهوم – النشأة"

سنتناول في هذا المطلب مفهوم العقود الإدارية الدولية، ونشأتها، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم العقود الإدارية الدولية.

الفرع الثاني: نشأة العقود الإدارية الدولية.

الفرع الأول

مفهوم العقود الإدارية الدولية

وضعت عدة تعريفات للعقود الإدارية الدولية في الفقه والقضاء وكان من الصعب تحديد تعريف معين ودقيق للعقود الإدارية الدولية سنقوم بعرض عدة تعريفات للعقود الإدارية الدولية علي نحو التالي:

العقد الإداري الدولي: عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخري وقد تكون موضوعه لإستغلال الثروات الطبيعية بالدولة .

وعرّف ايضاً: بأنه العقد الذي يبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وشخص أجنبي خاص بهدف إنشاء التزامات تعاقدية قد تستخدم فيها الدولة سلطتها وقد لا تستخدمها(١).

فالعقد الإداري الدولي : هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ويتعلق بمرفق عام وتظهر فيه ارادة الشخص المعنوي العام في الاخذ بأحكام القانون العام من خلال انطواء العقد علي شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بانطوائه علي رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة.(٢)

تعريف العقود الإدارية الدولية في الفقه :

---

(١) نورهان جبر شحادة، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، الاردن، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط كلية الحقوق،٢٠١٥،ص ٦٦

(١) د/ عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية دراسة تحليلية في ضوء احدث احكام قضاء مجلس الدولة، دار المحمود للنشر والتوزيع،٢٠١٥،ص ٩٣.

عرف الفقيه piere regli العقود الإدارية الدولية : هي عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخري وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة وتتضمن شروطاً ومزايا غير مألوفة.

كما عرّف الفقيه المصري عبدالحكيم مصطفي العقود الإدارية الدولية : انها عقود تبرم بين الدولة نامية من ناحية او من يعمل لحسابها ومشروع خاص اجنبي يكون موضوعها اما استغلال الثروة طبيعية او اقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لاجل طويل .

وعرفها أيضاً الدكتور عصام الدين القصبي الي أنها :عقود تبرمها الدولة او الأجهزة القانونية لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الاجنبي والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في اطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد.(٣)

- **حاول المشرع الليبي تحديد المبادئ الرئسية للعقود الإدارية :**

وفي ذلك نجد المادة ٤ من القانون قضاء الاداري رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١ نصت علي انه (تفصل دائرة القضاء الاداري في منازعات الخاصة بالعقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد).

- أما في مصر صدر قانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٥ حين نصت المادة العاشرة منه (يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقد الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد آخر)

ومنذ هذا التاريخ أصبح مجلس الدولة مختصا علي سبيل الحصر بالنظر في منازعات الخاصة بالعقود الإدارية كافة وتأييد هذا النص بنص المادة ١٠ من القانون

---

(٢) د/ علاء محي الدين مصطفي ابو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية واحكام المحاكم التحكيم دراسة مقارنه، دار الجامعة الجديدة،٢٠١٢، ص٥٩-٦٠.

مجلس الدولة رقم ٤٧لسنة ١٩٧٢ النافذ والذي ورد فيه (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية .... المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد آخر). [٤]

أما المشرع الليبي والمشرع المصري لم يعرفا العقد الإداري الدولى بطريقة مباشرة حين أكتفي المشرع المصري بتحديد الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً[٥].

والمشرع الليبي لم يعرف العقد الدولى في للائحة الإدارية لسنة (٢٠٠٧)(٦)، التي أشارت بشكل غير مباشر لفرضية وجود المتعاقد الأجنبي كطرف في العقود مع الدولة مثل ما ذكر في المادة (٨) من لائحة ٢٠٠٧ التي تنص على حالات وطرق التعاقد حيث تنص على أنه" يكون إبرام العقود الإدارية بإحدى الطرق الآتية : المناقصة العامة وهى التي يعلن عنها لجميع أدوات التنفيذ ...وتكون المناقصة داخلية يعلن عنها داخل الجماهيرية العظمي أو عالمية يعلن عنها في الداخل والخارج"، كما نصت المادة ٨١ على أنه "يجب على الجهة المتعاقدة التحقق قبل التوقيع على العقد من شخصية المتعاقد معه وجنسيته ومدى سلطته في إبرام العقد وسلطته في النيابة عن الشركة أو المنشأة" كما نصت الفقرة ب من نفس المادة على أنه " يذكر في العقد البيانات المتعلقة بموطن المتعاقد الرئيسى إن كان شركة أو منشأة وعنوانه الذي يمكن مكاتبته عليه في الجماهيرية العظمى مع تعهده بالإبلاغ عن أي تغيير يطرأ على هذا العنوان..."

---

(١) د/ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ١١-١٢ .

(٥) أنظر قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، منشور Justice- Academy.com

(٦) صدرت اللائحة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم ٥٦٣ لسنة ٢٠٠٧ وعرفت اللائحة المذكورة العقد في المادة (١) منها بأنه " اتفاق موقع بين جهة إدارية وإحدى أدوات التنفيذ ويشمل ذلك الملاحق والوثائق المكملة التي ينص عليها العقد "

الفرع الثاني

نشأة العقود الإدارية الدولية

نشأة العقود الإدارية الدولية في مصر وفرنسا :

يشير التاريخ القانوني لعقود الدولة إلي ارتباطها بعقود التجارة الدولية إذا كان ظهور عقود الدولة يرتبط بتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية فان تلك العقود تكون قد ضربت بجذورها في التاريخ البعيد فمن المعروف إن مشاركة الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ظاهرة ضاربة في القدم وعرفتها مصر – القديمة فتاريخ الحضارة المصرية القديمة يشير إلي مثل هذا التدخل .

وتاريخ التجارة الدولية يبصر بأن العصر الروماني قد خلا من وجود فكرة عقد الدولة كما أن قانون الشعوب لم يكن قانونا للتجارة الدولية وإنما كان قانوناً وطنياً يهدف لمعالجة علاقات المواطنين الرومان مع الأجانب(٧) .

وكذلك لم يتبين خلال العصور الوسطي أي إشارات لفكرة العقود الإدارية وإلا أن الإرهاصات الأولي لقيام فكرة عقود الدولة بدأت مع العصر الحديث إبتداء من تزايد سلطة الدولة نتيجة لإزدهار التجارة الدولية بعد اكتشاف طريق رأس رجاء الصالح وصولاً إلي الهند عام ١٤٩٨ وإكتشاف clomps chrisopher لأمريكا وبداية الإكتشافات العلمية وظهور الشركات المساهمة العملاقة التي كانت شركة الهند الشرقية نموذجها الفريد.

ولم يظهر عقد الدولة كظاهرة محل الاهتمام ودراسة إلا في أعقاب الحرب العالمية الثانية عندما حصل علي الاستقلال العديد من الدول من هذه الدول من وجدت

---

(٧) د/ محمد محسوب عبد المجيد، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٧٨

في الاستثمارات الاجنبية أملاً وحيداً لتعويض عصور التخلف وطلبت المساعدة الفنية والمالية من القوي الصناعية والمنظمات الدولية لكي تحقق خطط التنمية.[٨]

وفي فرنسا كان أول تحديد في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بأنها ادارية وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات سعياً منه لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لإعمال الإدارة فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة.

وقد تمثلت النصوص التي عقدت الاختصاص فيما تثيره من منازعات لمجلس الأقاليم بموجب رقم (٢٨) ببلفور السنة الثامنة للثورة في ١٨٠٦/٦/١١. المتعلق بعقود التوريد والقانون الصادر في ١٧٩٠/٧/١٧-١٧٩٣/٩/٢٦.

المتعلق بعقود القروض العامة وعقود بيع املاك الدولة والمرسوم بالقانون الصادر في ١٩٣٠/٦/١٧. عدا كل قرض يتضمن شغلا لمال عام عقد ادارياً في كل الحالات أي كان شكله أو تسميته وسواء ابرمته الادارة المركزية ام جهاز اللامركزي اقليمي أو مرفقي او ملتزم لمرفق عام [٩].

وفي مصر قبل إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ لم تعرف القضاء الاداري أما تطبيق شروط متميزة لعقد من عقود الإدارة مرجعه نصوص العقد وشروطه فإذا لم يوجد في العقد نص طبقت قواعد القانون الخاص عليه ولم يسلك القضاء في مصر سلوك القضاء الفرنسى ويطبق نظرية العقد الاداري[١٠].

---

(١) د/ محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود الإدارية المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)،٢٠١٠، ص ٩-١٠-١٦.

(٢) د/ عبدالحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الاولي، دار الكتب والدراسات العربية،٢٠١١، ص ٨ .

(١) د/ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، مرجع سابق، ص ١٠ .

وهذا يدل علي أن فكرة العقود الإدارية لم تظهر إلا في تاريخ متاخر لايتجاوز مطلع القرن العشرين وبهذا نلخص اسباب نشأة العقود الإدارية الدولية في سببين رئسين :

أولا : ظهور الدول الجديدة ورغبة حكومتها في تحقيق التنمية الصناعية والاجتماعية وانفتاحها علي العالم الخارجي

ثانياً : احتكار حكومات تلك الدول للتجارة الخارجية

نشأة العقود الإدارية في ليبيا :

حدّد المشرع في قانون المحكمة العليا الصادر في ١٠/١١/١٩٥٣م، العقود الإدارية التي تختص بنظرها المحكمة العليا بإعتبارها هيئة قضاء إداري، إذ نص في المادة ٢٤ منه على أن :(تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الامتياز وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد، التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر من العقد إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك[١١].

والمشرّع في ليبيا لم يتبين نظام القضاء المزدوج كما فعل المشرّع في مصر الذي يقوم على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين جهة القضاء العادي تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم، أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص خاص من أشخاص القانون الخاص، ويطبق القضاء على هذا النزاع القانون المدني وجهة القضاء الإداري التي تختص بنظر المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر هذه الأخيرة بوصفها صاحبة السلطة وتتمتع عندئذ بإمتيازات لا يتمتع بها الأفراد حيث يطبق القضاء الإداري على هذا النزاع قواعد القانون العام والمشرّع الليبي قد تبني نظاماً جديداً أخذ بوحدة القضاء حيث توجد

([١١]) قانون إنشاء المحكمة العليا الليبية الصادر ١٠/١١/١٩٥٣

دوائر القضاء الإداري في ليبيا بمحاكم الاستئناف المدنية وذلك طبقاً لنص المادة الأولي من القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١.

بشأن القضاء الإداري والتي تنص على أن :(تنشئ بكل محكمة من محاكم الاستئناف المدنية دائرة أو أكثر للقضاء الإداري وتشكل الدائرة بقرار من الجمعية العمومية للمحكمة من ثلاثة مستشارين على أن يحضر جلساتها أحد أعضاء النيابة العامة) وتطبق هذه الدوائر قواعد القانون العام كلما تعلّق النزاع بعقد إداري وبذلك يكون المشرّع في ليبيا قد تبني نظاماً هجيناً يجمع بين عناصره نظام وحدة القضاء ونظام ازدواج القانون وبذلك يلتقي مع النظام الأنجلوسكسوني في مبدأ وحدة القضاء وذلك لعدم وجود محاكم إدارية مستقلة عن المحاكم المدنية، كما يلتقي أيضاً مع النظام الفرنسي والمصري في مبدأ ازدواجية القانون حيث إن دوائر القضاء الإداري تطبق على المنازعات الإدارية المختصة بالنظر فيها قواعد القانون العام وعليه اتفق على تسمية هذا النظام الذي أخذ به المشرع الليبي بنظام وحدة القضاء وازدواجية القانون.[١٢]

وقد تم تضمين العقود الإدراية في ليبيا بعدة لوائح أولها لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بتاريخ ١٩٦٤/٤/٤ التي نظمت عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل وكذلك بيع الأصناف التي تقرر الاستغناء عنها كانت تتضمن عشرين مادة فقط ثم ألغيت هذه اللائحة بموجب فرار وزير الخزانة رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٣ بشأن إصدار لائحة المناقصات والمزايدات في ليبيا والتي تناولت تفضيلات كثيرة تتعلق بكيفية التعاقد وكيفية الاعتماد والصرف وغيرها دون أن تتعرض لتعريف العقد الإداري أو تحديده تحديداً دقيقاً واستمر العمل بهذه اللائحة حتي أصدرت اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) (مجلس الوزراء) لائحة العقود الإدارية سنة ١٩٨٠ والتي

---

[١٢] د/ مفتاح خليفة عبدالحميد، الوجيز في القانون الإداري وفقاً للتشريعات السارية وأحداث أحكام القضاء الإداري، الفضيل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة ١، ٢٠٢٠، ص٣٧٢

تناولت تعريف العقد الإداري وبينت عناصره حيث تم النص على بعض العقود واعتبارها من العقود الإدارية وهي عقود مقاولات الأشغال العامة، وعقود تركيب المصانع، وعقود الصيانة والتشغيل لمشروعات المرافق العامة، وعقود الإدارة بمختلف أنواعها للمنشآت الصناعية والسياحية،و عقود النقل، وأخيراً عقود الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها . وقد تكرر النص على هذه العقود في لوائح العقود الإدارية الصادرة بعد ذلك كلائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة(سابقاً) رقم ٨١٣ لسنة ١٩٩٤ وكذلك لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم ٢٦٣ لسنة ٢٠٠٠ وأيضاً لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم ٨ لسنة ٢٠٠٤، ثم لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم ١٣٢ لسنة ٢٠٠٥.

وأخيراً لائحة العقود الإدارية النافذة حالياً والصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقاً) رقم ٥٦٣ لسنة ٢٠٠٧ ميلادي، والتي تضمّنت تنظيم كامل لجميع العقود الإدارية في ليبيا[١٣] .

وقد تطلب اكتساب هذه العقود لهذه الصفة أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد وأن يتعلق العقد بمرفق عام وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة. وبما أن الأحكام التي تصدرها المحكمة العليا تكون ملزمة لجميع المحاكم الأدني منها وذلك طبقاً لنص المادة ٣١ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٢ بأن إعادة تنظيم المحكمة العليا التي تنص على أن : (تكون المبادئ الت تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخري في ليبيا) [١٤].

([١٣]) د/ مفتاح خليفة عبدالحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء لائحة العقود الإدارية الصادرة لسنة ٢٠٠٧، مرجع سابق، ص ١٧

([١٤]) قانون إعادة تنظيم المحكمة العليا لسنة ١٩٨٢

وبذلك فإن دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف تقوم بتطبيق لائحة العقود الإدارية كلما تعلق النزاع بعقد إداري تكاملت أركانه، وإلي الأن لم يصدر المشرّع الليبي قانوناً خاصاً ينظم العقود الإدارية كما هو معمول به في مصر[١٥].

المطلب الثاني

ماهية التحكيم وأنواعه

سنتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم وأنواعه، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم.

الفرع الأول

تعريف التحكيم

يقول الله سبحانه وتعالي " فلا وربك لا يؤمنون حتي يحكموك فيما شجر بينهم "[١٦] أي يجعلوك حكماً فيما حل بينهم من شجار.

والتحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم (وأحكمه فأستحكم أى صار محكمتً فلى ماله تحكيمتً إذا جعل إليه الحكم فيه فأحتكم عليه ذلك وحكموه بينهم أمروه أن يحكم بينهم ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أى أجزنا حكمه بيننا) .

وبهذا يشتق التحكيم – لغة – من مادة حكّم بتشديد الكاف وتعني طلب الحكم ممن يتم الإحتكام إليه أو التفويض في الحكم، ومن الناحية الشرعية: "يقصد بالتحكيم

---

(١٥) د/ مفتاح خليفة عبدالحميد، الوجيز في القانون الإداري وفقاً للتشريعات السارية وأحداث أحكام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٣٧٣-٣٧٤

(١٦) سورة النساء الآية رقم {٦٥}

توليه الخصمين حكماً يحكم بينهم أى إختيار ذوى الشأن شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما[١٧].

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين غلى عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم لإجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقاً لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها[١٨].

وقد عرّف المُشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة (١٤٤٢) من تقنين المرافعات المدنية المعدل بمقتضي – المرسوم الصادر بتاريخ ١٤ مايو ١٩٨٠ بأنه الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، وعرّف مُشارطة التحكيم في المادة (١٤٤٧) من التقنين ذاته بأنها عبارة عن عّقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم، أو عدة مُحكمين لكي يتولوا الفصل فيه .

ولقد عرف بعض الفقهاء التحكيم بأنه:– " إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به".

---

(١٧) عصام أحمد البهجي، هيئة قضايا الدولة، التحكيم في منازعات العقود الاستثمار أهميته ومزاياه في ضوء بعض تطبيقات عقود البوت BOT وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، العدد الثاني، السنة ٥٥، العدد رقم ٢١٨، ٢٠١١، ص٢٣

(١٨) د/ يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٤.

كما عرفه البعض الأخر بأنه قيام شخص أو أكثر بتسوية نزاع أسند إليه للفصل فيه بإتفاق مشترك[١٩] .

أما المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد عرفته بأنه :-" عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار،يعين بإختيارهما أو تفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائباً عن شبهة الممالاة مجرداً من التحايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظرة تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية. [٢٠]"

كما عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر بأنه:-" الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصومة.[٢١]"

أما الُمشرع المصري في المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بأنه (اتفاق الطرفين على االلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية).

و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في٨٠ عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين،

---

(١٩) د/ أحمد يوسف محمد على، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه دراسة مقارنة، أكتوبر ٢٠١١، ص ٩٨٩

(٢٠) المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق، جلسة ٢٠٠١/١/٦م، الجريدة الرسمية، العدد ٣ في ٢٠٠١/١/١٨م.

(٢١) فتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١م، جلسة ١٩٨٩/٥/١٧م، ص١٣٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥، حتي أخر سبتمبر سنة ١٩٩٥م، ص ١٤٣

وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.

ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شروط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[٢٢].

أما في القانون الليبي فإن المُشرع لم يضع تعريفاً صريحاً للتحكيم،ولكن وضع عدة قواعد منظمة للتحكيم منها ما ذكر في الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في ١٩٥٣/١١/٢٨ في المواد من (٧٣٩-٧٧١) .وتنص أول المواد، وهي المادة (٧٣٩) على أنه (يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة)[٢٣].

الفرع الثاني

أنواع التحكيم

لا يتخذ نظام التحكيم كنظام لفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات صورة واحدة في الممارسة العملية وأنما تتعدد صوره وأشكاله، فهناك عدة أنواع من التحكيم، منها التحكيم الداخلي، والتحكيم الخارجي، والتحكيم الاختياري، والتحكيم الإجباري، والتحكيم البسيط، والتحكيم مع التفويض بالصلح، والتحكيم الجزئي والكلي .

أولاً : التحكيم الإختياري والإجباري :

---

(٢٢) قانون التحكيم، القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤٠ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية

(٢٣) قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشور في الجريدة الرسمية ١٩٥٤/٢/٢٠

نظام التحكيم الإجتياري يتم اللجوء إليه بإرادة الأطراف ذوى الشأن ويستند إلى اتفاق خاص، ويستمد وجوده من هذا الإتفاق، والذي يخضع للقواعد العامة في النظرية العامة للعقد بصقة عامة، فضلاً عن القواعد الخاصة المنصوص عليها في قوانين المرافعات المدنية، والتجارية، أو المنصوص عليها في القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم – كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية[٢٤].

أما في نظام التحكيم الإجبارى، فإن القرار الصادر من هيئة التحكيم – والتى يلتزم الأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إليها، للفصل في منازعاتهم– لا يحوز القوة التنفيذية، إلا بعد شموله بأمر التنفيذ، والذى يصدر من القضاء العام في الدولة، إذ هو قراراً تحكيمياً.

فضلاً عن أن التحكيم الإجبارى، عن أن الهيئة التى تنظر النزاع في القضاء الإستثنائى تتكون من أشخاص دائمين.

كما نظام التحكيم الإجبارى، فإن هيئة التحكيم تشكل بالنظر إلى كل نزاع على حدة.

كما أن أعضاء القضاء العام في الدولة لا يختارون بواسطة أطراف النزاع المعروض عليهم، للفصل فيه. بينما يختار الأطراف ذوو الشأن بعض أعضاء هيئة التحكيم الإجبارى[٢٥].

ثانياً : التحكيم الداخلى والخارجى :

---

(٢٤) د/ محمود السيد عمر التحوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٠٧

(٢٥) د/ محمد علي سويلم، شرح قانون الاستثمار الصادر بقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧، ولائحته التنفيذية في ضوء الفقه والقضاء "دراسة مقارنة"، المصرية للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠، ص٤٨.

يُعتبر التحكيم داخلياً وفقاً لقانون التحكيم المصرى رقم ١٩٩٤/٢٧، ويخضع لأحكام هذا القانون حتى ولو كان تحكيماً تجارياً دولياً طالما صدر حكم التحكيم في مصر، ويُقصد بالتحكيم التجارى الدولى التحكيم الذى يُحسم نزاعاً ناشئاً عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، ويكون موضوعه متعلقاً بالتجارة الدولية أو الخارجية، وذلك بشرط توافر إحدى الحالات التى نصّ عليها القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم وهي :

أولاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرف التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحيكم، إذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد .

ثانياً : إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

ثالثاً : إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة.

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه

ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من االلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج- المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع[٢٦].

([٢٦]) أنظر: المادة الثالثة، الباب الأول من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بشأن التحكيم

أما التحكيم الخارجي فهو الذى يصدر فيه حكم التحكيم خارج مصر . وهذا النوع من التحكيم لا يخضع للقانون المصرى، مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكيما تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون[٢٧].

ثالثاً : التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح :

التحكيم البسيط هو التحكيم الذى يستند المحكم في إصدار حكمه فيه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع والذى يشمل جميع القواعد القانونية مكتوبة كانت أم غير مكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف.

وإذا كان التحكيم البسيط هو الأصل فإنه استثناء منه يجئ التحكيم مع التفويض بالصلح وبموجبه يخول طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضي قواعد العدل والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون ما[٢٨] .

أما المُشرع المصرى فقد أجاز بمقتضى المادة (٣٩) فقرة (١) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع والقواعد التى يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك)[٢٩]

---

(٢٧) أنظر: إلي نص المادة الأولى، من نفس القانون المشار إليه سلفاً

(٢٨) د/ محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)،٢٠١٠، ص ٢٣

(٢٩) قانون التحكيم، القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤،بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية

كما أشار في الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أنه (إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذى ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع).

ألزم هذا القانون في فقرته الثالثة من المادة (٣٩) هيئة التحكيم بمراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة[٣٠].

رابعاً : التحكيم الكلى والتحكيم الجزئي :

ينقسم التحكيم من حيث نطاقه إلى "تحكيم كلي" وكذلك " تحكيم جزئى"، ويُقصد بالتحكيم الكلى ذلك التحكيم الذي يتفق الأطراف فيه على عرض أى نزاع ينشأ فيما بينهم حول تفسير العقد موضوع التحكيم، أما التحكيم الجزئي فيكون عندما يحدد أطراف العلاقة القانونية ما يخضع إلى التحكيم عند نشوء نزاع حوله، بحيث تكون بقية عناصر العلاقة عند نشوء النزاع حولها غير خاضعة إلى التحكيم[٣١].

المطلب الثالث

أسباب اللجوء للتحكيم والجهة المكلفة بإبرام اتفاق التحكيم

سنتناول في هذا المطلب أسباب اللجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية، وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنخصصه للجهة المكلفة بالموافقة على اتفاق التحكيم، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية.

الفرع الثاني: الجهة المكلفة بالموافقة على اتفاق التحكيم.

---

(٣٠) أنظر: إلي نص المادة ٣٩، من نفس القانون المشار إليه سلفاً

(٣١) السيد عبد البديع السيد لطفي عبد الله، فكرة النظام العام في التحكيم في مجال العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠١٩، ص٣٣

الفرع الأول

أسباب اللجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية

هناك عدة أسباب تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى قبول التحكيم كوسيلة لفض منازعات التى تتعلق بتنفيذ أو تفسير هذه العقود، منها ما يتعلق بمخاوف الطرف المتعاقد مع الدولة بعدم حيادة قضاء الدولة المتعاقد معها وكذلك تمسك الدولة بالحصانة الدولية، وأيضاً ما يتعلق بالدولة المتعاقد من تقديم التحكيم في عقودها كضمانة إجرائية لتشجيع المستثمر الأجنبي، وكذلك هناك أسباب تتعلق بطبيعة التحكيم في حد ذاته.

- **النوع الأول: دوافع الطرف الأجنبى المستثمر في التمسك بالتحكيم :**

١-خوف المستثمر الأجنبي ومن مساس الدولة بحياد قضائها : فالقضاء الوطنى للدولة المتعاقدة، وأيا ما كانت المزايا والتي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنه في النهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التى تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرف فيها مع متعاقد أجنبي وتكون نانشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة.

ودر هذا الخطأ الكامن في انحياز القضاء الوطنى للدولة المتعاقدة لمصالحها، لن يكون إلا بسلب الاختصاص منه، ومنحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم، وهو الهدف الذى تتمسك به الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه ولو على حساب عدم إتمام التعاقد(٣٢).

٢-خوف المستثمر الأجنبى من تمسك الدولة بالحصانة القضائية : وبالإضافة إلى ذلك فإن الدولة تتمتع – بها بما لها من استقلال وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الآخرى بالحصانة القضائية التى تغل يد القضاء الوطنى

---

(٣٢) د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص ٦-٧

لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التى تكون الدولة طرفاً فيها. وهنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمشروع الأجنبى المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها المستفيدة من الحصانة شأنها في ذلك شأن الدولة، إذ أن هذا المشروع في حالة قيامه برفع مطالبته ضد الدولة أمام القضاء الوطنى لدولة أخرى سوف يواجه بهذه العقبة الأساسية المتمثلة في تمتع الدولة بالحصانة القضائية والتى تؤدى في نهاية الامر إلى إهدار الحقوق الخاصة له احتراماً لحصانة الدولة.

ومن هنا كان حرص المشروعات المتعاقدة مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينها لتفادى الأخطار الناجمة عن طبيعة شخص الطرف المتعاقد معه وكونه دولة تتمتع بالسيادة(٣٣).

- **النوع الثانى : دوافع الدولة المتعاقدة للجوء للتحكيم :**

يتميز التحكيم بكونه وسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية، ورغبة الدولة في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، فالدولة على الرغم من أنها مجرد طرف متعاقد في هذه العقود، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادى من حيث المزايا السيادية التى تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها، مما قد يمكنها من الإخلال بالحياد الذى يجب أن يتوافر للقضاء الوطنى والتحكيم يحمى الطرف المتعاقد مع الدولة من المثول أمام عهذا القضاء(٣٤) .

إضافة إلى ذلك فإن الدولة المضيفة للاستثمار نفسها قد تجد أنه ليس من الأوفق تقديم منازعات الاستثمار إلى قضائها الوطنى، لان صدور الحكم لصالحها في مثل

---

(٣٣) د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص٨

(٣٤) د/ عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢

هذه المنازعات قد يؤدى إلى خوف المستثمرين الأجانب من قضائها وعدم الإقدام على المستثمر في مثل هذه الدولة[٣٥].

- **النوع الثالث : أسباب اللجوء للتحكيم التى تتعلق بطبيعة التحكيم في حد ذاته:**

تعاظم دور التحكيم في الآونة الأخيرة وأصبح وسيلة معتادة ومفضلة يلجأ إليه المستثمرين لمنازعاتهم العادية منها والإدارية على حد سواء نظراً لمزياه المتعددة والتى لا تتوافر في القضاء الوطنى،منها ما يلي :

١-سرعة وبساطة الإجراءات في التحكيم : آفة النظام القضائى الرسمى الذي تنظمه الدولة فمنها ما يرجع إلى رغبة المُشرع فغالباً ما يستخدم المشرع النصوص القانونية كأداة يحاول بها أن يسد ثغرات وعيوب في الإجراءات ليحول بين المتلاعبين بالنصوص القانونية وبين إعاقة العدالة ومن ثم تنظم هذه النصوص تفصيلات وفرعيات وشكليات يؤدى الإغراق فيها إلى البطء والبعد عن هدف وغاية النظام القضائى وهى إنجاز العدالة[٣٦] .

٢-تحقيق السرية : إذا كانت العلانية تعد من الضمانات الجوهرية التى تتميز بها القضاء العادى، فإن الأمر عكس ذلك في مجال التجارة الدولية والاستثمار، حيث تعتبر أمراً بالغ الأهمية، من المميزات الكبرى للتحكيم، فالأسرار المهنية

([٣٥]) د/ حسن النمر، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولي، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص٣٥٢

([٣٦]) عصام أحمد البهجي، هيئة قضايا الدولة، التحكيم في منازعات العقود الاستثمار أهميته ومزاياه في ضوء بعض تطبيقات عقود البوت BOT وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ٤٣

أو الاقتصادية يترتب على علانيتها لأضرار بمركز أطراف عقود الاستثمار، كما أن هذه السرية قد تؤدى إلى التخفيف من ضخيم النزاع وتؤدى إلى التسوية الودية، ومن ثم استمرار العلاقة بين الأطراف المتنازعة[٣٧].

ولعل حرص المُشرع المصرى على الحفاظ على سرية الأسرار الاقتصادية والتجارية هو مادفعه إلى النص في المادة ٤٤ فقرة ٢ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إلى أنه (لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجراء من إلا بموافقة طرفي التحكيم.)

وهكذا يصبح التحكيم ميزة أخرى ينفرد بها عن قضاء الدولة وهى السرية التى لا تتوافر في إجراءات المحاكم العادية ويزيد من خطورة الأمر أن الكثير من أمناء السر بالمحاكم يقومون بتيسير الإطلاع على كافة الأسرار والمستندات للأغيار بشكل يجعل الأسرار المتنازع بشأنها متاحة للكافة للإطلاع عليها وبما يؤدى إلى إلحاق الأذى والضرر بطرفى الخصومة[٣٨].

٣-اختيار المحكمين عن طريق أطراف النزاع :

لأطراف النزاع الحق في أختيار المحكم الذى تتوافر فيه المقتضيات التى تبعث في نفس أطراف النزاع الثقة والطمأنينة في نزاهته وحياده، والأصل أن يتم اختيار أطراف النزاع للمحكمين في اتفاق التحكيم ذاته، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتم الاختيار في الاتفاق لاحق[٣٩].

وتمكين أطراف النزاع من اختيار من يصدرون حكماً فيه ميزة ينفرد بها التحكيم يفتقدونها في حالة اللجوء إلى القضاء حيث لا يملك الخصم اختيار قاضيه.

([٣٧]) د/ حسن النمر، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية، مرجع سابق، ص٣٥١

([٣٨]) عصام أحمد البهجي، هيئة قضايا الدولة، التحكيم في منازعات العقود الاستثمار أهميته ومزاياه في ضوء بعض تطبيقات عقود البوت BOT وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ص٥٤

([٣٩]) د/ محمد على محمد بنى مقداد، كيفية اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٤،مجلد٤، عدد٢، ٢٠١٩،ص ٥٤

لكل ما تقدم فإن التحكيم كأسلوب لتسوية المنازوعات يُعد أفضل من القضاء العام في الدولة، بل أن من شأن اتباعه تخفيف أعباء هذا القضاء لما يؤدى إليه من تقليل القضايا التى تعرض عليه، الأمر الذي يؤدى إلى تكدسها وإطالة أمد الفصل فيها[٤٠].

٤-مراعاة أعراف التجارة الدولية مبادئها العامة :

في بعض الأحيان قد يؤدى تطبيق قانون الدولة في نزاع معين له طابع دولى إلى الوصول إلى نتيجة غير عادلة مرضية، وذلك لأن طبيعة التجارة الدولية قد يختلف عن ما هو معمول به في النظم القانونية الداخلية، وبهذا يبدو أن عدم ملائمة القواعد الوطنية لحكم منازعات العقود الدولية ليس أمراً غريباً على فقه التجارة الدولية فهذا الأخير قد سجل ذلك منذ فترة طويلة عندما لاحظ أن القواعد الوطنية لا يمكن أن تقدم بطريقة كافية حلولاً مناسبة للعلاقات االدولية[٤١] .

الفرع الثانى

الجهة المكلفة بالموافقة على اتفاق التحكيم

أن في القانون المصرى المواد (٥٠١)-(٥١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى الحالى رقم (٢٧) لسنة ١٩٦٨- تنظم أحكام، وإجراءات الفصل في المنازعات المدنية، والتجارية عن طريق التحكيم، وفى ظل العمل بتلك المواد كانت مسألة مدى جواز االإتفاق على التحكيم- شرطا كان، أم مشارطة-في منازعات

---

(٤٠) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية "دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص ١٦

(٤١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية الدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، دار محمود للنشر والتوزيع،٢٠١٥، ص٦٠

العقود الإدارية مثارا للخلاف في الرأى، وصدرت في خصومها أحكاماً قضائية، وفتاوى، تباينت الآراء فيها[٤٢].

إلا أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى، والتشريع بمجلس الدولة قد أصدرت فتواها في ١٩٩٦/٧/١٩ – بعد القانون ٢٧ لسنة ٩٤، والمشهورة بفتوى البشرى انتهت إلى "عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية. "

ورغبة في حسم هذا الخلاف– والمتعلق بمدى جواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم، للفصل في منازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية بدلاً من الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة، صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في منازعات الأفراد، والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا ما استثنى بنص قانونى وضعى خاص– بنص قانونى وضعى مصرى، يكون فاصلاً، لا تتوزع الآراء معه، وتلقى عنه وتستقر كل الإجتهادات جاء تعديل المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية[٤٣]

حيث أكد النص القانونى الوضعى المصرى المشار إليه على جواز الإتفاق على التحكيم – شرطاً كان، أم مشارطة – للفصل في المنازعات التى يمكن أن تشأ

---

(٤٢) د/ محمود السيد عمر التحوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، ص ٣٨٩– ٣٩٠

(٤٣) تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فقرة ثانية، نصها كالتالي :

وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية وفي جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك .

أما النص في قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية فهو على النحو التالي:

مادة الأولى – الفقرة ١– مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

عن العقود الإدارية، كما أضاف موافقة الوزير المختص للإتفاق على التحكيم- شرطاص كان، أم مشارطة- للفصل في هذه المنازعات، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة التى لا تتبع وزيراً – كالجهاز المركزى للمحاسبات .

وإحكاماً لضوابط الإلتجاء إلى التحكيم – شرطاً كان، أم مشارطة- للفصل في منازعات التى يمكن تنشأ عن العقود الإدارية، فقد حظر النص القانونى الوضعى المصرى المشار إليه التفويض في ذلك الاختصاص فلا يباشره إلا من أو كلت إليه هذه المهمة، إعلاء لشأنها، وتقديراً لخطورتها ولإعتبارت الصالح العام، وبإعتبار أن الوزير يمثل الجدولة في وزارته(٤٤).

فالتعديل بالإضافة على المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية، والتجارية المشار إليه يقرر صراحة جواز الإتفاق على التحكيم _شرطاً كان، أم مشارطة- للفصل في المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية، ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الإتفاق، واعتماده- ضبطاً لاستعمالها، وضماناً لوفاء الإتفاق على التحكيم على – شرطاً كان، أم مشارطة – عندئذ باعتبارت الصالح العام- وبحيث يكون المراد في هذا الشأن للوزير المختص، أو من يمارس اختصاصه من الأشخاص الإعتبارية العامة(٤٥)، وبحيث لا يجوز لأى منهما التفويض في هذا الخصوص. وعلى ذلك صار التحكيم في العقود الإدارية" جائزاً" بمقتضى هذا النص .

---

(٤٤) د/ محمود السيد عمر التحوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤١١-٤١٢

(٤٥) الموسوعة القانونية، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، التعليق على قانون التحكيم، التعليق على المادة (١) من قانون التحكيم: متاح على الرابط : https://justice-academy.com/6685-2/

أما في القانون الليبي فقد نصت المادة (٨٣) من لائحة العقود الإدارية رقم (٥٦٣) لسنة ٢٠٠٧ م

اختصاص القضاء الليبي بالنظر في منازعات العقد

١- يراعى النص في العقود الإدارية – بصفة أساسية – على اختصاص القضاء الليبي بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود.

٢- على أنه يجوز إذا اقتضت الضرورة – في حالات التعاقد مع جهات غير وطنية وبموافقة اللجنة الشعبية العامة – أن ينص في العقد على االلتجاء للتحكيم بمشارطة تحكيم خاصة، ويجب في هذه الحالات أن تحدد مشارطة التحكيم أوجه النزاع التي يلجأ فيها إلى التحكيم وإجراءاته وقواعد اختيار المحكمين بما يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في اختيارهم وتحديد مدى ما للمحكمين من سلطة واختصاص، والجوانب الأخرى المتطلبة لهذا الغرض، ويراعى في كل ذلك عدم الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد الارادة.

كما قرر القانون الوضعى الفرنسي رقم (٥٩٦) لسنة ١٩٧٥ إضافة فقرة جديدة للمادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى، ونصها كالتالى : " ومع ذلك فإنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية – بموجب مرسوم للتراضى- بأن يلجأ للتحكيم".

فالتحكيم بصورة عامة، كان- ولازال- محظوراً في فرنسا في حدود طوائف معينة من العقات القانونية، وبصريح نص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى- والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم(٧٥-٥٩٦)، والصادر في ١٩٧٥/٧/٩- بحيث لا يجوز بالنسبة لهذه المسائل الإتفاق على التحكيم، للفصل في المنازعات الناشئة بسببها، أو بمناسبتها سواء في صورة شرط للتحكيم، أو مشارطته.

فيحظر التحكيم في شأن المنازعات التى تتعلق بالدولة الفرنسية، أو بالهيئات، والمؤسسات العامة الفرنسية، ويشترط بالنسبة للمشروعات العامة الصناعية، والتجارية الفرنسية، وأن يرخص لها بمرسوم، وللإتجاه إلى نظام التحكيم، للفصل في منازعاتها[٤٦].

المطلب الرابع

موقف الفقه والتشريع والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

سنتناول في هذا المطلب موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنتناول فيه موقف التشريع والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

الفرع الأول

موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

تبيانت آراء الفقهاء بشأن التحكيم في العقود الإدارية حيث أن البعض إتجه إلى الأخذ بمبدأ حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، والبعض أخذ بهذا المبدأ مع وجود إستثناءات لبعض العقود الإدارية، في حين أخذ البعض الآخر بجواز التحكيم في العقود الإدارية[٤٧].

الاتجاه الأول : حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

([٤٦]) د/ محمود السيد عمر التحوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٨٦-٣٨٧

([٤٧]) د/ أحمد يوسف محمد على، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين طنطا،٢٠١١، ص١٠٠٠

يتجه أغلب الفقه الفرنسى إلى أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم إلا إذا أجاز المشرع ذلك بنص تشريعي صريح في حل المنازعات التى تحدث عند تنفيذ العقود الإدارية[٤٨].

أما الفقه المصرى فإنه يكاد يكون مماثلاً لما هو عليه الحال في فرنسا من عدم جواز اللجوء للتحكيم للجهات الإدارية بشأن منازعات العقود الإدارية إلا إذا رخص الشرع ذلك[٤٩] .

أما الفقه الليبي فقد ذهب جانب من الفقه على رفض فكرة التحكيم في المنازعات العقود الإدارية ويؤكد على اختصاص دوائر القضضاء الإدارى بمحاكم الاستئناف الواردة في القانون رقم (١٩٧١/٨٨م) بشأن القضاء الإدارى، اختصاص مانع وحصرى في مجال منازعات عقود الأشغال العامة وعقود الإلتزام والتوريد كعقود إدارية، ولم يسمح لأطراف العقد الاتفاق على عرض نزاعهم الناشئ عن هذه العقود على أية جهة أخرى دون دوائر القضاء الإدارى[٥٠].

وقد استند الفقه المعارض للتحكيم في المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية إلى العديد من الأسس، تتعلق بسيادة الدولة أو توزيع الاختصاص بين جهتى القضاء، أو التشكك في حيدة المحكمين، وقد ذهب هذا الفقه في رفضه للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى حد اعتباره مخالفاً للدستور ولفكرة النظام العام ذاتها[٥١].

الاتجاه الثانى : جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية :

---

(٤٨) د/ حمدى ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملى، مطبعة سامى،الإسكندرية،١٩٩٨،ص١٣٠

(٤٩) محمد أبو القاسم على ابربيش، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط،٢٠١٦،ص١٠١

(٥٠) عمر مفتاح على الشيبانى، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري، ص١١٤

(٥١) صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية (التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها)، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، ٢٠١٧، ص٧٩١

يرى أصحاب هذا الرأى أن يجوز للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث أنه يوجد مصدر لرفض التحكيم في العقود الإدارية، وإذا كان القضاء يقدم ضمانات فالتحكيم يقدم ضمانات أيضاً حيث يفصل في الحق ويتبع المبادئ الحاكمه لسير الدعوى، ويكون قابل للإبطال في حالة مخالفة النظام العام

أما بشأن النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية فالهدف منها تنظيم مسألة تخص الإجراءات المدنية، وعلى ذلك فإن مصدر الحظر هو فكرة سمو أشخاص القانون العام ولا يصلح ذلك لأن يكون أساساً للحظر(٥٢).

ويتجه جانب من الفقه المصرى إلى تأييد لجوء الإدارة إلى التحكيم في المنازعات العقود الإدارية وسلامة شرط أو مشارطة التحكيم فيها بل ذهب المؤيدون إلى تفسيرات تؤيد حجتهم بأن المُشرع بإغفاله النص الصريح على هذه المسألة لم يحجر على جهة الإدارة من سلوك سبيل التحكيم لحل ما ينشأ من منازعات حول العقد الإدارى ولكونه لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع(٥٣).

أما الفقه الليبي فقد تباينت آراه ما بين اتجاه يرى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية مع إيراد بعض التحفظات على المبدأ تتمثل في منع للتحكيم بواسطة محكم فرد، أى لابد يكون التحكيم في المنازعات الإدارية ثلاثياً، (هيئة ثلاثية) بحيث يكون لكل طرفاً محكماً عنه، أو بحيث يتفق المحكمان على تعين رئيس الهيئة أو تختص بها الجهة التى حددها العقد للإشراف على إجراءات التحكيم كغرفة التجارة الدولية مثلاً(٥٤).

---

(٥٢) د/ أحمد يوسف محمد على، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه، مرجع سابق، ص١٠٠١

(٥٣) محمد أبو القاسم على ابريبش، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، مرجع سابق، ص ١١٠

(٥٤) عمر مفتاح على الشيبانى، مرجع سابق، ص ١١٢

ومن أهم الحجج التى طرحها الفقه (في إطار هذه الدراسة) للتأكيد على جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقود الإدارية وسلامة شرط التحكيم فيها أو مشارطة التحكيم، بأن التحكيم جائز وفقاً للقانون في المنازعات العقود الإدارية : فالمنازعات المترتبة على تنفيذ بنود العقد الإدارى وإن كانت ذات طابع خاص إلا أنه مثلها مثل غيرها من المنازعات التى أجازتها القوانين[٥٥]، والتى منها القانون الفرنسي الذى جاء استجابة للنداءات المتكررة من الفقهاء، والقضاء والصادر بموجب المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ والذى نظم التحكيم سواء الداخلى أو الخارجى – تنظيماً ينسجم مع التطورات الراهنة، وكذلك قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية المصرى رقم (٢٧) والمعدل بالقانون رقم (٩) ١٩٩٧م حيث أجاز التحكيم بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة مدنية أو إدارية داخلياً أو دولياً[٥٦].

وطبقاً للقواعد في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبى، ليس هناك ما يمنع أطراف العقد الإدارى من إدراج شرط التحكيم ضمن بقية شروط العقد مثله في ذلك أى عقد آخر في مجال القانون الخاص.

كما أكدت المحكمة العليا الليبية على هذا المبدأ حينما قالت في حكمهاا الصادر بجلسة ١٩٧٠/٤/٥ / (إن القانون الليبى خال من أى نص مانع يحول دون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية).[٥٧]

([٥٥]) د/ حمدى ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، مرجع سابق ١٧٨

([٥٦]) أنظر : المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م

([٥٧]) راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم (١٧/١ ق) جلسة ١٩٧٠/٤/٥م منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد (٤) السنة ٦، ص ١٩

الفرع الثانى

موقف التشريع والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

أولاً : موقف التشريع والقضاء من التحكيم في فرنسا

إن المبدأ العام في التشريع الفرنسى هو عدم جواز لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ما لم يوجد نص تشريعي يجيز ذلك، ويجد هذا الحظر أساسه في نص المادة (٨٣) والمادة (١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى عام ١٨٠٦،وأيضاً وفق نص المادة (٢٠٦٠) من تقنين المرافعات المدنية الفرنسى المعدلة بقانون رقم ٦٢٦ يوليو ١٩٧٢م والمعدل بالقانون الصادر في ١٩٧٥/٧/٩م فإن التحكيم في المنازعات المتعلقة بالوحدات والمؤسسات العامة، والتى منها عقوده الإدارية هو الحظر.

وهذا الأصل بالحظر يسرى ويشمل كافة المنازعات التى تكون لأشخاص العامة طرفاً فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة، إلا أن هذا المنع ليس على إطلاقه بل له استثناءات في بعض العقود الإدارية، ومنها عقود بعض المؤسسات الصناعية والتجارية كما في قانون ٩ لسنة ١٩٧٥، وكذلك العقود الإدارية المبرمة مع شركات أجنبية[٥٨].

كما صدر القانون رقم (٨٦-٩٧٢) الصادر في أغسطس ١٩٨٦م، والذى جاء هذا القانون نتيجة لرفض مجلس الدولة الفرنسى – في الفتوى الصادرة منه بتاريخ ٦ مارس سنة ١٩٨٦- الأعتراف بمشروعية إدراج شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية وبين شركة والت ديزنى العالمية الأمريكية لإنشاء مدينة ملاهى ديزنى لاند الأوروبية (Euro Disney Land)، إلا إذا نص صراحة

([٥٨]) د/ صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة، مرجع سابق، ص٧٥٧

على ذلك في اتفاق دولى أو قانون داخلى، وحيث أنه لا يوجد مثل هذا القانون ولا تلك الاتفاق فيكون شرط التحكيم باطلاً.

فقد نصت المادة (٩) من القانون المشار إليه على، "أنه بالمخالفة لأحكام المادة (٢٠٦٠) من التقنين المدني الفرنسي يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة بأن تدرج في عقودها التى أبرمتها بالاشتراكك مع شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية ذات مصلحة وطنية شرط التحكيم لتسوية المنازعات التى تثار عند تفسير وتنفيذ مثل هذه العقود".

يلاحظ على هذا النص أن المشرع أجاز التحكيم في جميع العقود الدولية التى تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة بما فيها العقود الإدارية ذات الطابع الدولى والعقود المدنية والتجارية، واشترطت المادة (٩) شرطين لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات هذه العقود هى :

الشرط الأول : أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية، أى أن يكون عقداً دولياً، ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود الإدارية الوطنية .

الشرط الثانى : أن يكون العقد بخصوص مشروع ذى نفع قومى حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم[٥٩].

أما القضاء الفرنسى فقد استقر على أن القيود التى ترد في القوانين وتحظر دخول أشخاص القانون العام في التحكيم، هى فقط في المعاملات الداخلية ولكنها لا تمنع هؤلاء الأشخاص من أن تكون طرفاً في اتفاق تحكيم دولى ولقد تأكد ذلك بالمبدأ الذى أقره قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بجلسة ١٤- أبريل – ١٩٦٤م، والذى قرر ما يلى: (يجوز التحكيم في مجال المعاملات الدولية، دون الوقوف أما مسألة الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم) وكذلك ما قضت به محكمة النقض

---

(٥٩) أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠، ص ٨٨-٨٩

القرنسية في حكمها الصادر بجلسة ٢٢- نوفمبر_ ٢٠٠٥م، والذى جاء فيه (بخلاف التى يحظر فيها القانون التحكيم بشأنها، فإن للأطراف الحق بإدراتهم أن يمنحوا للمحكم السلطة القضائية[٦٠] .

ثانياً : موقف التشريع والقضاء من التحكيم في مصر

من خلال مراجعة التراث العلمى يتضح بهذا الصدد مرور موقف المُشرع المصرى في مسألة شرط التحكيم في العقود الإدارية بعدة مراحل بداية بتنظيم مسألة اللجوء للتحكيم كنظام بديل في تسوية منازعات عن القضاء النظامى،وصولاً لحسم الخلاف ووضع حداً للجدل الذى ثار بهذا الخصوص.

حيث أصدر المشرع المصرى الكثير من القوانين المنظمة للتحكيم منذ القرن التاسع عشر حيث صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية في (١٣) نوفمبر سنة ١٨٨٣، حيث تضمن فصلاً خاصاً بالتحكيم، والقانون رقم(٧٧) لسنة ١٩٤٩ الذى حل محله القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمرافعات المدنية والتجارية ثم صدر القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٦٨ في شأن التحكيم الخاص بالمرافعات المدنية والتجارية لمواجهة الخروج من العزلة والنهوض بمشروعات التنمية، ولم ينص هذا القانون صراحة على جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، ونتيجة للتضارب بين أحكام القضاء الإداري وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حول مشروعية التحكيم في العقود الإدارية، مما اضطر المشرع بإصدار القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وإضافة فقرة للمادة الأولى أجاز عن طريقها التحكيم في العقود الإدارية بشكل واضح أنهى معه الخلاف القائم.[٦١]

([٦٠]) محكمة النقض الفرنسية، جلسة ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٥م، مشار إليه : محمد أبو القاسم على ابريبش، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، مرجع سابق، ص ١١٤

([٦١]) د/ أحمد يوسف محمد على، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه، مرجع سابق، ص١٠٠٥

ثالثاً : موقف التشريع والقضاء من التحكيم في ليبيا

نظم المُشرع الليبي أول مرة قواعد التحكيم في العقود الإدارية في الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر ١٩٥٣/١١/٢٨ في المواد من (٧٧١-٧٣٩) والملاحظ أن أغلب هذه المواد منقولة حرفياً عن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، الذى أُلغى بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، والسبب في ذلك هو أن ليبيا لم تنل استقلاله إلا منذ فترة قصيرة جداً واستعانت برجال القانون في مصر، من قضاة ومستشارين وأساتذة، ولم يكن هناك فرق بين الإجراءات الإدارية بين البلدين، حيث أن ليبيا قد تحررت من الاستعمار الإيطالى وانضمت إلى الحضيرة العربية التى كانت تتولاها مصر.[٦٢]

وبنص المادة الاولى (٧٣٩)،[٦٣] يُفهم أن التحكيم في ليبيا جائز في القانون الليبي كأصل عام.

ولكن المشرع الليبى لم يستمر في هذا الاتجاه، بصدور قانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٠م[٦٤] حيث نجد التشريعات الليبية تدور بين المنع والاستثناء، حيث يتضمن صراحةً منع اللجوء للتحكيم بخصوص العقود الإدارية وذلك كما جاء في نص المادة الأولى منه على (يقع باطلاً كل شرط في العقود التى تبرمها الوزرات والمصالح والمؤسسات والهيئات العامة يتضمن فض المنازعات الناشئة عن العقد بطريق التحكيم أو باختصاص جهة قضائية أخرى غير القضاء الليبي).

---

(٦٢) د/ مفتاح خليفة عبدالحميد، الأسس العلمية للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٨٢

(٦٣) نص المادة : يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا .. عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع مُعين بمشارطة تحكيم خاص

(٦٤) منشور بالجريدة الرسمية، السنة ٨، العدد ٤٦، سنة ١٩٧٠/٨/٦م،ص١٨

وهناك من ذهب في تفسيره إلى هذا النص بأن الحظر الوارد به يقتصر على التحكيم الدولى ذى الطابع الدولى أى العقود الدولية، أما العقود المحلية أو الوطنية فلا يمتد إليها الحظر، تعليل ذلك بأن العقود التى تكون طرفاً فيها في تلك الفترة هى عقود دولية وليست عقود محلية[٦٥] .

وهكذا يتضح بأن المشرع الليبي وإن أطلق الحرية للجوء إلى التحكيم الداخلى إلا أنه لازال متحفظاً على اللجوء إلى التحكيم الدولى خصوصاً في العقود الإدارية، ولازال يؤكد على أن الاختصاص القضائى مسألة سيادية، رغم أن الدولة الليبية دخلت في تحكيمات دولية لترسيم الحدود وتنازلت عن سيادتها لمصلحة أحكام صدرت ضدها خلال فترة التسعينات، والأجدى بالمشرع الليبي إصدار قانون للعقود الإدارية وكذلك قانون التحكيم على غرار قانون التحكيم في مصر، وخاصة أن ليبيا تتجه حالياً كغيرها من دول العالم الثالث إلى خصخصة بعض المشاريع، والاتجاه إلى إشراك رأس المال في إدارة المرافق العامة لرفع العبء عن كاهل الدولة في إدارة هذه المرافق.

(٦٥) محمد أبو القاسم على ابريبش، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، مرجع سابق، ص٨٥

الخاتمة

دعت الحاجة إلى ضرورة تعاقد الإدارة مع المستثمر سواء الوطني أم الأجنبي للعمل على سير المرافق العامة بانتظام، وتعتبر العقود الإدارية وطنية أو دولية، وسيلة قانونية في أداء المرافق العامة، ومن ثم تخضع لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي تخضع له عقود الأفراد، ويظهر هذا النظام المتميز، من خلال ما يفرضه المشرع من قيود تتمثل في ٌإجراءات إبرام العقد من جهة، وما ترتبه من أثار على الأطراف من جهة أخرى.

لما كانت العقود الإدارية الدولية، كما في العقود الأخرى تنشأ عنها منازعات تترتب عن تنفيذ العقد، فهي تخضع أيضا لنظام التحكيم. غير أن التحكيم في مثل هذه للعقود له صبغة خاصة نظرا لخصوصية الأطراف التي تبرمه والمتمثلة في الدولة بوصفها سلطة عامه والشخص المعنوي العام أو الخاص الأجنبي. ولا شك أن التحكيم ساعد كافة المستثمرين على وجود أرض خصبة للاستثمار وتحقيق الأرباح المجزية، كما أنه أصبح ضرورة ملحة لمساعدة الدول النامية على بناء هياكل اقتصادية جديدة، وتنظيم البنية الأساسية لها وإدارة مرافقها العامة على نحو يأخذ بيد الدول نحو الوقوف على أسباب التقدم الحضاري .

النتائج : أبرز نتائج الدراسة :

- أن العقود الإدارية الدولية لها طبيعة خاصة يصعب على المشرع تصنيفها في إطار قانوني واحد، كما أنها تحتاج إلى مزيد من البحث والجهد للوصول إلى تشريع ونصوص قانونية خاصة بمنازعات العقود الإدارية الدولية لتجنب تنازع القوانين والجهات المختصة بفض النزاع.

- حيث يظهر دور التحكيم الدولي كقاضي أصلي في النزاع، يستمد اختصاصه من اتفاقية التحكيم في العقد المبرم، مع مراعاه القابلية الشكلية والموضوعية المعتمدة في القانون الواجب تطبيقة، فهذه القابلية هي من تؤدي إلي فاعلية التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود بصورة عامة .
- أصبح موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية (ذات العنصر الأجنبي) من أهم الموضوعات التي يجب على المشرع والفقهاء القانون الدولي الخاص والقانون الإداري على حد سواء وضع نصوص ولوائح تشريعية لتنظيمها.

التوصيات:

- نوصي المشرع الليبي بضرورة صياغة شروط العقد الإداري الدولي بحيث تتجنب الدولة التبعات التي يجلبها سوء الصياغة القانونية لعقودها الدولية .
- ضرورة صياغة نماذج اتفاقيات دولية تشجع وتحمي الاستثمار لتحديد نطاق االلتزامات الدولة على نحو لا يخل بدورها في للمصلحة العامة ويحفظ في الوقت ذاته حقوق المستثمر الأجنبي.
- تري الباحثة تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يوفر على المستثمر الأجنبي في العقد الغموض الذي يكون حول القانون الذي يحكم العقد وكذلك يضمن للدولة المتعاقدة حقها في اختيار النظام القانوني الذي يُطبق على العقد والقانون الواجب تطبيقه والجهة التي تفض النزاع افي حال نشؤه، وأيضاً تضمن للدولة المتعاقدة عدم لجوء المتعاقد الأجنبي إلى قانون دولته أو قانون الدولي العام أو القواعد العامة للتجارة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العامة:

١. أحمد يوسف محمد على، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه دراسة مقارنة، أكتوبر ٢٠١١.

٢. أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٠.

٣. حسن النمر، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولي، الإسكندرية، ٢٠١٧.

٤. صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية (التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها)، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، ٢٠١٧.

٥. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية الدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، دار محمود للنشر والتوزيع،٢٠١٥.

٦. عبدالحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الاولي، دار الكتب والدراسات العربية،٢٠١١.

٧. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية دراسة تحليلية في ضوء احدث احكام قضاء مجلس الدولة، دار المحمود للنشر والتوزيع،٢٠١٥.

٨. عصام أحمد البهجي، هيئة قضايا الدولة، التحكيم في منازعات العقود الاستثمار أهميته ومزاياه في ضوء بعض تطبيقات عقود البوت BOT وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، العدد الثاني، السنة ٥٥، العدد رقم ٢١٨، ٢٠١١.

٩. علاء محي الدين مصطفي ابو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية واحكام المحاكم التحكيم دراسة مقارنه، دار الجامعة الجديدة،٢٠١٢.

١٠. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون دار نشر وسنة نشر.

١١. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود الإدارية المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)،٢٠١٠.
١٢. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)،٢٠١٠.
١٣. محمد علي سويلم، شرح قانون الاستثمار الصادر بقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧، ولائحته التنفيذية في ضوء الفقه والقضاء "دراسة مقارنة"، المصرية للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠.
١٤. محمد محسوب عبد المجيد، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٥.
١٥. مفتاح خليفة عبدالحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء لائحة العقود الإدارية الصادرة لسنة ٢٠٠٧.
١٦. مفتاح خليفة عبدالحميد، الوجيز في القانون الإداري وفقاً للتشريعات السارية وأحداث أحكام القضاء الإداري، الفضيل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة ١، ٢٠٢٠.
١٧. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

ثانيًا: المراجع المتخصصة:

١. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
٢. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
٣. محمود السيد عمر التحوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

ثالثًا: الرسائل العلمية:

١. السيد عبد البديع السيد لطفى عبد الله، فكرة النظام العام في التحكيم في مجال العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠١٩، ص٣٣

٢. محمد أبو القاسم على ابريبش، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط،٢٠١٦،ص١٠١.
٣. نورهان جبر شحادة، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، الاردن، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط كلية الحقوق،٢٠١٥،ص ٦٦

رابعًا: الدوريات:

١. محمد على محمد بنى مقداد، كيفية اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٤، مجلد٤، عدد٢، ٢٠١٩، ص٥٤.

فهرس المحتويات

مقدمة ٢

المطلب الأول ٤

العقود الإدارية الدولية " المفهوم – النشأة" ٤

الفرع الأول ٥

مفهوم العقود الإدارية الدولية ٥

الفرع الثاني ٨

نشأة العقود الإدارية الدولية ٨

المطلب الثاني ١٣

ماهية التحكيم وأنواعه ١٣

الفرع الأول ١٣

تعريف التحكيم ١٣

الفرع الثاني ١٦

أنواع التحكيم ١٦

المطلب الثالث ٢٠

أسباب اللجوء للتحكيم والجهة المكلفة بإبرام اتفاق التحكيم ٢٠

الفرع الأول ٢١

أسباب اللجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية ٢١

الفرع الثانى ٢٥

الجهة المكلفة بالموافقة على اتفاق التحكيم ٢٥

المطلب الرابع ٢٩

موقف الفقه والتشريع والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية ٢٩

الفرع الأول ٢٩

موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية الدولية ٢٩

الفرع الثانى ٣٣

موقف التشريع والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الدولية ٣٣

الخاتمة ٣٨

قائمة المصادر والمراجع ٤٠
فهرس المحتويات..... ٤٣