SEBHA UNIVERSITY JOURNAL OF HUMAN SCIENCES VOL.21 NO. 2 2022
DOI: 10.51984/JOHS.V21I2.1933

جامعة سبها للعلوم الإنسانية مجلة
Sebha University Journal of Human Sciences

Journal homepage: https://sebhau.edu.ly/journal/index.php/johs

مدى إمكانية اللجوء للتحكيم التجاري في العقود الإدارية دراسة مقارنة

*محمد خميس خيلب و ابراهيم اسماعيل اسليم

القسم العام، كلية القانون، جامعة سبها، ليبيا

الملخص

تعد العقود الإدارية من أهم الأدوات التي تُمارسها الدولة ، لأنها تنصب على تنفيذ مشروعات كبرى ومهمة ، منها استثمار الثروات الطبيعية، كالنفط، والغاز، والمعادن، وعقود إنشاء المطارات والبنية التحتية، وعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية "BOT"، لذلك يجب توافر الشفافية الكاملة في الإعلان عن هذه المشاريع والتعاقد عليها وحل المشكلات الناتجة عنها , بهدف حماية المال العام ودفع عجلة الاقتصاد الوطني بشكل ناجح وفعال، ومن جهة أخرى إن تحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المستثمرة من خلال تنظيمها ضمن إطارٍ تشريعيٍ واتفاقٍ بصورة منظمة ودقيقة لا يكفي لطمأنة المستثمر المتعاقد مع الدولة، فلابد من وجود وسائل تحمي تلك الحقوق في حالة إخلال الدولة بالتزاماتها، ومن هنا تتجلى أهمية التحكيم في فض هذه المنازعات من عقود التجارة الدولية بشكل عام ومنازعات العقود الإدارية بشكل خاص.

الكلمات المفتاحية:

إمكانية
التحكيم
التجاري
العقود
مدى

The extent of the possibility of resorting to commercial arbitration in administrative contracts, a comparative study

* Mohammed Khamis Khileeb, Abraheem Esmaeil Asleem

General Department, Faculty of Law, Sebha University, Libya

ABSTRACT

It focuses on the implementation of major and important projects, including the investment of natural resources, such as oil, gas, minerals, airport construction contracts, infrastructure, construction, operation and transfer of ownership (BOT) contracts. Therefore, there must be complete transparency in the announcement and contracting of these projects and solving the problems resulting from them, in order to protect public money. And advancing the national economy in a successful and effective manner. On the other hand, defining the rights and obligations of investors within the territory of the investing country through organizing them within a legislative and agreement framework in an organized and accurate manner is not enough to reassure the investor contracting with the state. There must be means to protect these rights in the event of a state breach of its obligations, hence the importance of arbitration in settling these disputes from international trade contracts in general and administrative contract disputes in particular.

Keywords:

Possibility
Arbitration
Commercial
Contracts
Bezel

المقدمة

يُعد القضاء العادي في الدولة هو صاحب الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تنشأ على أراضيها ، أياً كان موضوعها، وهذا بصراحة نص المادة 14 من قانون المرافعات الليبي , وهذا يعكس مبدأ سيادة الدولة على إقليمها, حيث تُمارس بواسطة السلطة القضائية ، ونتيجة لتطور الدولة الحديثة وحاجتها للخبرات الأجنبية، لجأت الدولة لأسلوب التعاقد مع مستثمر أجنبي , لكن هذا الأخير يخشى عندما تقع منازعات حول تنفيذ العقد من القضاء الوطني للدولة المتعاقدة نظراً لتحيز القضاء الوطني للدولة وبطء التقاضي، وهذا ما يتعارض وطبيعة العمل التجاري, لذلك يسعى المتعاقد الأجنبي عند مناقشة شروط العقد أن يُضمِن شرط التحكيم , وهذا يُعتبر الطريق الأمثل للفصل في المنازعات في عقود التجارة الدولية ؛ نظراً للمميزات التي يمنحها لطرفيه، ناهيك عن غياب قانون دولي تجاري يحكم العلاقة بين الدولة والمستثمرين[1].

*Corresponding author:
E-mail addresses: Priv.dept@flaw.sebhau.edu.ly, (A. E. Asleem) Ebr.ali@sebhau.edu.ly
Article History : Received 06 May 2022 - Received in revised form 07 November 2022 - Accepted 15 November 2022

الإشكالية :

ما هو الموقف الذي سلكه المشرع الليبي من مسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وهل كان موفقاً في ذلك أم لا؟ مبرزين أهم مواقف الاتفاقيات الدولية ومحاكم التحكيم في هذا الصدد.

وللإحاطة بهذه الإشكالية اعتمدت المنهج التحليلي المقارن وفق الخطة التالية:

ضبط مصطلحات – ماهية العقود الإدارية.

المطلب الأول: القاعدة في خطر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: نطاق الحظر في القانون الليبي.

الفرع الثاني: نطاق الحظر في القوانين المقارنة.

المطلب الثاني: الاستثناء في حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: الاستثناء الوارد في القانون اللّيبي.

الفرع الثاني: الاستثناء الوارد في القوانين المقارنة.

ضبط مصطلحات

ماهية العقد الإداري

التعريف بالعقد الإداري: عرفهُ الأستاذ MC-Nair بأنه "عقد طويل المدة، يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية الاعتبارية القانونية من جانب، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية، ويتضمن شروطاً غير مألوفة، مثل: شرط الإعفاء الضريبي والجمركي، ويخضع في بعض جوانبه للقانون العام ، وفي بعض جوانبه للقانون الخاص"وقدر عرفته المادة 3 من لائحة العقود الإدارية لسنة 2007 بأنه "كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة،[2] بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية والميزانية، أو الإشراف على تنفيذه، أو تقديم المشورة الفنية، أو التطوير أو في تسيير مرفق عام بانتظام وإطراد، متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف المصلحة العامة"[3].

من هذه التعاريف نستطيع القول بأن العقد الإداري الدولي يكتسب صفة الدولية حسب بعض آراء فقهاء القانون الإداري[4] استناداً إلى معيارين، وهما:

1- **المعيار القانوني:** وفقاً لهذا المعيار إذا اتصل العقد بأكثر من نظام قانوني واحد، أي تضمن عنصراً أجنبياً واحداً على الأقل كان العقد الإداري دولياً.

2- **المعيار الاقتصادي:** "يعد العقد دولياً في حالة ما استتبع عملية دخول وخروج لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول، وينتج عنها روابط تبادل بينهم، وأيضاً يعدر دولياً متى اتصل بمصالح التجارة الدولية اتصالاً وثيقاً وإن تعدّى بآثاره وتبعاته حدود الدولة"[5].

خلاصة القول : أن محاولة تعريف العقد الإداري الدولي يجب أن تبرز هذا العقد كأداة دولية للتعامل الاقتصادي والتجاري من جهة، وفي نفس الوقت كأداة وطنية تجسدت في الكيان القانوني للعقد الإداري في صورته الكلاسيكية . وكمحاولة جادة لتعريف هذا العقد نقول إنه ذلك العقد الّذي يحمل جميع صفات العقد الإداري الداخلي وتكون الدولة طرفاً فيه ، ويتضمن شروطاً مألوفة ويستهدف الصالح العام.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التحكيم في مجال العقود الإدارية الذي قصدها المشرع يجب أن يكون بين دولة وأجنبي، أي أن التحكيم بين مؤسسات الدولة والهيئات الداخلية هو أمر مرفوض ومستبعد.

المطلب الأول

القاعدة في حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

باستقراء موقف القانون الليبي وبعض القوانين المقارنة سواءً على الصعيد التشريعي أو القضائي، يتضح أن المبدأ الأساسي فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم في إطار العقود الإدارية هو الخطر، ولذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى نطاق هذا الحظر في القانون الليبي في فرعٍ أول، ومن ثم نطاق الحظر في القوانين المقارنة في فرعٍ ثاني.

الفرع الأول : نطاق الحظر في القانون الليبي

سنتطرق في هذا الفرع إلى موقف القانون والقضاء الليبي حول حظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، وأهم مراحل تنظيم التحكيم في هذه العقود سواء حين نظم في إطار قانون ومن ثم لائحة.

أولا: موقف القانون اللّيبي من حظر التحكيم في مجال العقود الإدارية.

لقد مرّ التحكيم في مجال العقود الإدارية في ليبيا بمراحل عديدة، بدايتها سنة 1970، أما قبل هذه السنة فإنه طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات الليبي لا يوجد نص يمنع صراحةً من اشتراط التحكيم في العقود الإدارية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد أحكامها فيما يعرف بقضية "نوفو كاسترو"،[6] فقد كان العقد إداريٌ ودفعت إدارة القضايا بأن العقد إدارياً ويستهدف المصلحة العامة، فلا يجوز أن يكون محل للتصالح لما في ذلك من مقامرة، لكن المحكمة العليا كان لها رأي مخالف، حيث انتهت بالقول بأن "القانون الليبي خالٍ من أي نص يحول دون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وقد عدت المادة (740) مرافعات الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم، وليست المنازعات على هذه العقود من بينها"[7].

وهذا ما جرى عليه العمل، حيث أصبح من المألوف أن تتضمن العقود الإدارية شرطاً ينص على التحكيم لتسوية النزاعات إلى غاية 1970م، ثمّ مر التحكيم في إطار العقود الإدارية ببعض التطورات التشريعية التي يمكن تقسيمها إلى مرحلتين، وهما مرحلة التنظيم بقانون، ومرحلة التنظيم بلائحة.

أ- مرحلة التنظيم بقانون:[8].

لقد نظم المشرع الليبي التحكيم في قانون المرافعات في المواد من (739 إلى 777)، إلا أنه لا يوجد نص صريح يتحدث عن منع الالتجاء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، ومن بعدها أصدر المشرع القانون رقم 76 لسنة 1970م بشأن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والذي نص في مادته الأولى "بطلان كل شرط في العقود التي تبرمها الوزارات، والمصالح، والمؤسسات ، والهيئات العامة يقتضي فض النزاعات التي تنشأ عن تلك العقود بطريق التحكيم[9].

ومن بعدها عدَّل المشرع هذه المادة بموجب القانون رقم 1 لسنة 1971[10] الخاص بتعديل بعض نصوص العقود الإدارية، حيث نص في مادته الأولى على أن تضاف إلى المادة الأولى من القانون السابق فقرة جديدة تنص على "ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناءً على اعتبارات الضرورة التي يقدمها الوزير المختص الموافقة على الإعفاء من هذا القيد بالنسبة لبعض الجهات والعقود"، بناءً على هذا التعديل فإنه لا يجوز للدولة وأشخاصها العامة الاتفاق على التحكيم إلا بإذن وموافقة مجلس الوزراء، ويجب على مجلس

الوزراء عند إعطاء الإذن مراعاة حالة الضرورة التي لا سبيل فيها إلا بإبرام اتفاق التحكيم، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلاً، حيث أصدر المشرع القانون رقم 149 لسنة 1972م الخاص بتعديل نصوص العقود الإدارية[11]، والذي ألغى بموجبه القانون السابق، ليعيد الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القانون رقم 76 لسنة 1970م بشأن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والعودة مجدداً لجواز التحكيم طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات الليبي، ولما انتهت عليه المحكمة العليا في حكمها السابق في قضية نوفو كاسترو المشار إليها آنفاً، استمر هذا إلى غاية العام 1977م، حيث أصدرت اللجنة الشعبية العامة قراراً بشأن ضوابط التعاقد مع الشركات الأجنبية، فقد نصت المادة الخامسة على أنه "يجب الحد من الالتجاء إلى التحكيم إلا بالقدر الضروري" وخلافاً للوضع السابق ، وفي سنة 1980م نظم المشرع التحكيم في العقود الإدارية في إطار لوائح وليس بقانون، وهذا ما سنلاحظه في الفقرة التالية.

ب- مرحلة التنظيم بلائحة:

أصدرت اللجنة الشعبية العامة (رئاسة الوزراء) بيوم 1980/05/06م لائحة العقود الإدارية[12] ، التي تضمنت نصاً يتعلق بالاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد من حيث المبدأ لاختصاص القضاء العادي، ومع ذلك يجوز اللجوء إلى التحكيم عند الضرورة، وبالنسبة للعقود المبرمة مع الشركات الأجنبية[13]، وبناءً على هذا النص فإن للدولة وأشخاصها العامة أهلية إبرام اتفاق التحكيم إذ كان الطرف الآخر شركة أجنبية[14]. ومن ثم صدرت لائحة العقود الإدارية لسنة 1983م[15]، وبعد ذلك في عام 1986م أصدرت اللجنة الشعبية العامة قرارها الذي بموجبه عدّلت بعض أحكام القرار السابق وذلك في المادة (99) التي تنص على أنه "تختص المحاكم الليبية وحدها بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية"، ظل هذا الخطر سارياً إلى أن صدر قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (563) لسنة 2007م الذي نص في المادة (83) منه على أنه "يراعي النص في العقود الإدارية بصفة أساسية على اختصاص القضاء الليبي بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود"، ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه "يجوز إذا اقتضت الضرورة في حالات التعاقد مع جهات غير وطنية وبموافقة اللجنة الشعبية العامة أن ينص في العقد على الالتجاء للتحكيم بمشارطة تحكيم خاصة".

فالمشرع جعل هذا الحظر مطلقاً في العقود الوطنية، أما في العقود الإدارية الدولية فإنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم في حالات الضرورة وبشرط الحصول على إذن مسبق من اللجنة الشعبية العامة وذلك في إطار حرص المشرع على سبيل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية[16].

وأمام هذا التذبذب التشريعي في تنظيم التحكيم، يثور التساؤل هنا حول أهلية الدولة والأشخاص العامة في اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، فهل يجوز الاتفاق على التحكيم طبقاً لنصوص قانون المرافعات أم تطبق لائحة العقود الإدارية ؟ وهل بالإمكان القول في هذا الصدد أن الخاص يقيد العام؟

لقد نظم المشرع التحكيم في العقود الإدارية بلائحة، وتطلب بشأن الحصول على إذن مسبق من مجلس الوزراء، ونظم التحكيم بصفة عامة في قانون المرافعات، وعددت المادة 740 مرافعات الأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم، ولم تجعل منازعات العقود الإدارية من بينها، وفيما يتعلق بكيفية التعامل مع ما جاء في قانون المرافعات ونص المادة 83 من لائحة العقود الإدارية فإنه وفقاً لقاعدة تدرج التشريعات فإن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى، وبالتالي فإن الأولوية ستكون للقواعد المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات، وانطلاقاً من أن الخاص يقيد العام فإن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها إلا إذا كان مساوياً للقانون في الدرجة، وهذا الذي لا نراه في هذا الصدد ، ولا يخفى ما في هذا التفسير من خطورة ولكن القواعد العامة هي التي تقود إليه، ومن الناحية القانونية والمنطقية هي تطبيق القانون الأعلى إلا ما استثني بنص قانوني مساوٍ له في نفس الدرجة، لكن ومع ذلك من الناحية الواقعية فإن نص المادة (83) هو الذي يجد مجالاً لتطبيقه في هذا الصدد، وفي عدم وجود مبدأ من المحكمة العليا بالخصوص يمكن أن يعود بنا إلى جادة الصواب، لذلك فإنه يجب على المشرّع أن يتدارك الوضع بإصدار قانون للتحكيم ينظم المسألة بشكل واضح[17].

الفرع الثاني :نطاق الحظر في القوانين المقارنة

أتناول نطاق الحظر الوارد في القانوني المصري والفرنسي , وذلك لاعتبار محاكم التحكيم الموجودة في الدولتين .

أولاً- نطاق الحظر الوارد في القانون المصري:

نظم المشرع المصري قواعد التحكيم لأول مرة في قانون المرافعات لسنة 1883م، ثم قانون المرافعات لسنة 1949م، ثم قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968م، الذي كانت مواده بخصوص التحكيم في العقود الإدارية غير واضحة، ولهذا اختلف الفقه في تفسير نصوص هذه المواد بين الجواز والمنع. وعلى الصعيد القضائي لا يختلف الوضع كثيراً، فالجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ذهبت في البداية إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، ثم أجازه في فترة لاحقة وذلك لاعتبارين، وهما إرادة الخصوم ، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، أما بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا، فذهبت إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية لتعارض ذلك مع اختصاص مجلس الدولة، ثم عدلت عن قضائها هذا لتجيز التحكيم في قضية عقد امتياز "المقطم" بين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإسكان والمرافق، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية بالنظر لعمومية نص المادة 501 مرافعات مصري، وذلك على غرار عمومية نص المادة 740 مرافعات ليبي[18].

وأمام هذا التذبذب القانوني والقضائي تدخل المشرّع المصري وأصدر القانون رقم 27 لسنة 1994م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ونص في المادة الأولى منه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص, سواء كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري من الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"، رغم صدور هذا القانون إلا أنه لم يحسم الاختلاف على الصعيد الفقهي والقضائي، لأن المشرع لم ينص صراحة على العقود الإدارية ليظل الخلاف مستمراً حتى سنة 1997م كما سنرى لاحقاً.

ثانياً- نطاق الحظر الوارد في القانون الفرنسي:

كان المشرع الفرنسي متشدداً في مسألة التحكيم في العقود الإدارية، ويستشف ذلك من نصوص قانون المرافعات الفرنسي في المادتين (83) و(1004) من القانون السابق الصادر 1806م، فقد كان يمنع صراحةً على عدم جواز التحكيم، وبعد إلغاء المادتين أعلاه حلّت محلها المادة (2060) من القانون

المدني والمعدلة بالقانون رقم 596 لسنة 1975م الخاصة بتعديل أحكام القانون المدني الفرنسي، فقد تولت هذه المادة المنازعات التي لا يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، ومن بينها المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها[19].

أ- **موقف القضاء الفرنسي:**

اختلف موقف القضاء الفرنسي من مبدأ الحظر بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

1- **موقف القضاء العادي:** لم يطبق القضاء العادي حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه، فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم بتاريخ 1996/06/13م إلى القول بأن "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية، ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي"، وقد أكد على هذا الاتجاه أيضاً محكمة النقض في العديد من أحكامها وذلك لاعتبارات الصالح العام.

2- **موقف القضاء الإداري(مجلس الدولة):** فقد تبنى منذ بداياته موقفاً متشدداً ورافضاً للتحكيم في مجال العقود الإدارية سواءً كانت داخلية أم دولية، ولقد تم التأكيد على ذلك في العديد من أحكامه، ومن أشهر القضايا بالخصوص ما حدث في سنة 1986م أردات الحكومة الفرنسية إنشاء مدينة ملاهٍ (ديزني لاند)، فتعاقدت مع شركة أمريكية للتنفيذ، إلا أن المستثمر الأمريكي أصرّ على النص على التحكيم في العقد، فعرض الأمر على مجلس الدولة للتأكد من ذلك، فأصدر المجلس في جمعيته العمومية قائلاً: "وفقاً للمبادئ العامة للقانون في فرنسا والتي أكدها القانون المدني في المادة (2060)، وفي غياب الاتفاقية الدولية، فإن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن تتحرر من القواعد العامة التي تحدد اختصاص القضاء الوطني"[20]. واستند علاوةً على ذلك إلى فكرة متشددة، وبموجبها تسلب سيادة القضاء الوطني وتسند إلى المحكم الذي قد يطبق قانون آخر، وكذلك إلى فكرة النظام العام ، فالقاضي العادي هو صاحب الاختصاص الأصيل والأقدر على نظر منازعات العقود الإدارية التي تتميز بطبيعة خاصة عن العقود المدنية لتضمنها على شروطٍ استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية[21].

المطلب الثاني

الاستثناء على حظر اللجوء إلى التحكم في العقود الإدارية

إن مبدأ حظر اللجوء للتحكيم في مجال العقود الإدارية ليس مطلقاً، وإنما ترد عليه استثناءات تباينت نوعاً ما من حيث نطاقها وإجراءاتها بين القوانين المقارنة، وعليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى الاستثناء الوارد في القانون الليبي في فرع أول، ثم مجالات الاستثناء في القوانين المقارنة في فرعٍ ثانٍ.

الفرع الأول :الاستثناء الوارد في القانون الليبي

نصت المادة (83) من لائحة العقود الإدارية لسنة 2007 المعنوية باختصاص القضاء الليبي بالنظر في منازعات العقد الإداري على أنه "يجوز إذا اقتضت الضرورة في حالات التعاقد مع جهات غير وطنية وبموافقة اللجنة الشعبية العامة، أن ينص العقد على الالتجاء 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".

بناءً على نص المادة (83) من لائحة العقود الإدارية فإن الفقرة الأولى من هذه المادة جعلت الأصل هو اختصاص القضاء الليبي بنظر المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، ثم نصت الفقرة الثانية على استثناء اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود وفقاً للشروط التالية:

1- أن تكون هناك ضرورة تقتضي أن يتم فض النزاع بطريق التحكيم، وهذه الإشكالية في حد ذاتها، إذ أن المشرع لم يضع ضابطاً أو معياراً يمكن الاستناد عليه في تحديد تلك الضرورة[22].

2- أن يكون العقد مبرماً مع جهات غير وطنية، حيث إن التحكيم بشأن المنازعات التي تنشأ عن عقود إدارية مبرمة مع جهات وطنية مستبعد التحكيم بشأنها[23].

3- موافقة اللجنة الشعبية العامة (مجلس الوزراء)، وهذه الموافقة يجب أن تكون مسبقة، بمعنى أنه يجب تحقيقها قبل النص في العقد على الالتجاء للتحكيم، وتثور إشكالية حول غياب وتخلف موافقة مجلس الوزراء على مشارطة التحكيم، وهذه الإشكالية تولدت عن غياب الجزاء المترتب عن تلك الموافقة، ويعتبر هذا قصوراً تشريعياً ندعو إلى تداركه، وقد ظهر في هذا الصدد عدة اتجاهات منها:

- الاتجاه الأول: يرى بأنه يمثل خطأً مرفقياً في حق جهة الإدارة يترتب عليها التعويض.
- الاتجاه الثاني: يرى بأنه لا يجوز للدولة التخلص من هذا الاتفاق، وأنه يسري في حقها.
- الاتجاه الثالث: يفضي إلى البطلان، بحيث لا ينتج هذا الاتفاق أي أثر بالنسبة للدولة.

ولكن يبدو أن قصد المشرع من هذا القيد هو البطلان وذلك لخطورة هذا الشرط في مواجهة الدولة، غير أن هذا القصد لا يمكن التسليم به بالنسبة للطرف الأجنبي، فهو لا يوفر الضمانة الكافية له[24].

4- تحديد أوجه النزاع التي يتم التحكيم بشأنها، وإجراءاته وقواعد اختيار المحكمين وتحديد ما مدى للمحكمين، من سلطة واختصاص.

5- يجب أن يكون الاتفاق على المحكم بأن يكون هيئة وليس محكم فرد ضماناً للحيدة والاستقلال، وحتى يضمن للجانب الليبي فرصة متكافئة وذلك لاعتبارات تاريخية وتجارب قديمة مرّت بها ليبيا في قضية التحكيم البترولية "British Petroleum" الذي قامت بموجبه محكمة العدل الدولية بتعيين المحكم الفرد السويدي الجنسية "LAGROREM" للفصل في هذا النزاع وقد حكم بتقرير التعويض للشركة المؤمنة مستنداً على "اعتبارات تميزية"[25]، جدير بالذكر أن في العقود البترولية بحسب القانون رقم 25 لسنة 1955م نصت المادة 1/20 على أنه "تجرى تسوية كل نزاع

ينشأ بين اللجنة وبين صاحب العقد الممنوح وفقاً لأحكام هذا القانون عن طريق التحكيم..."، فقد نص المشرع الليبي صراحةً في العقود البترولية على جواز التحكيم إيماناً منه على حاجة الطرف الليبي إلى الخبرات الأجنبية للتنقيب على النفط، ووصولاً لذلك كان من الواجب أن يوفر له هذه الحماية حتى يتسنّى له القيام بعمله دون وجل.

الفرع الثاني :الاستثناء الوارد في القوانين المقارنة

أ- الاستثناء الوارد في القانون المصري:

حسم المشرع المصري الخلاف الدائر حول تفسير النصوص الواردة في قانون التحكيم لسنة 1994م، بصدور القانون رقم 9 لسنة 1997م، بشأن تعديل أحكام قانون التحكيم السابق بإضافة فترة إلى المادة الأولى، حيث نص على أنه "بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصهُ بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة"[26].

هذه المادة تطلب موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه، يأتي هذا على خلاف ما ذهب إليه القانون الليبي الذي اشترط موافقة مجلس الوزراء، حيث إننا نجد ما ذهب إليه المشرع المصري فيه شيء من المرونة ، لأن الوزير المختص هو الأكثر دراية بأمور وزارته وتعاقداتها، ولزيادة المرونة أكثر كان ينبغي موافقة الممثل القانوني للجهة الإدارية فهو الأقدر على حسن اتخاذ القرار، كما أنه لا يمثل السلطة التنفيذية فلا مجال للاستغلال موافقته لإدخال الدولة طرفاً في التحكيم[27].

كذلك المشرع المصري لم يحدد الجزاء المترتب على عدم الحصول على موافقة الوزيرالمختص، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري على أن تخَلف موافقة الوزير المختص يؤدي إلى بطلان الاتفاق التحكيمي، بحيث لا يترتب عليه أي أثر، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا الحكم[28].

وفي ذات السياق، كان للمركز الإقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة حكمُ يتناول مسألة تخلف موافقة الوزير المختص حيث قضت بعض أحكامها ببطلان اتفاق التحكيم، وذهبت أحكام أخرى إلى عدم ترتيب البطلان على اعتبار أن استيفاء الجهة الإدارية الموافقة يقع عليها وحدها، وليس للمتعاقد معها أي دورٍ فيه؛ لأن الشرط يخاطب الجهة الإدارية وحدها وليس المتعاقد، وهذا الذي نؤيده حيث إن الجهة الإدارية هي المهيمنة على إجراءات التعاقد، أضف إلى ذلك أن خطاب النص لم يوجه للمستثمر بذاته.

ب- موقف القانون الفرنسي:

ثم أدرج هذا الاستثناء في المادة 132 من قانون الأشغال العامة الجديد رقم (15) لسنة 2004م، واعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن ما جاءت به المادة 69 من القانون الصادر سنة 1906م هو استثناء لا يجوز التوسع فيه، وأن الشروط الواردة بها هي شروط جوهرية، يترتب على مخالفتها بطلان مشارطة التحكيم[29].

اشترط هذا القانون موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية الوزير المختص حسب الأحوال، وذلك فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة أو التوريد الخاص بالدولة، أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية شرط التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص، وإذا تعلق بالبلديات فإنه يجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة[30].

لقد تباينت الآراء القضائية والتشريعية وحتى الفقهية قبل عام 1975م، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنه يجوز للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية أن تلجأ للتحكيم لعمومية نص المادة 631 من قانون التجارة، التي تجيز اللجوء للتحكيم في جميع المنازعات التجارية والصناعية. غير أن مجلس الدولة الفرنسي رفض هذا الاتجاه، وأصدر حكماً سنة 1975م بإضافة فقرة على المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، تنص على أنه "يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بموجب مرسوم، بأن يلجأ إلى التحكيم". وظل هذا الوضع معلقاً على صدور المرسوم الذي صدر في سنة 2002 وحددت المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري التي يجوز فيها اللجوء للتحكيم[31].

ونتيجة لرغبة دولة فرنسا في التعاقد مع شركات أجنبية وأخص بالذكر المثال المذكور آنفاً الخاص بمدينة الألعاب (ديزني لاند) أصدر المشرع الفرنسي القانون 972 لسنة 1986م ، والذي أجاز في المادة 9 من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي وبموافقة الوزير المختص[32].

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي تطرقت فيه إلى مدى إمكانية الدولة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية، ونستخلص منه ما يلي:

1- إن المبدأ المقرر في التشريع الليبي هو الحظر، سواءً كان تحكيماً داخلياً أو دولياً.
2- نظم المشرع الليبي التحكيم في العقود الإدارية بلائحة، وليس بقانون، خلافاً لبعض التشريعات المقارنة.
3- لم يحسم المشرع المصري مسألة التحكيم في العقود الإدارية، فلم يكن واضحاً بما فيه الكفاية حتى قاده إلى خلاف فقهي وقضائي، حتى سنة 1997م، صدر القانون رقم 9 الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية بشروط محددة.
4- حتى يتسنى للجهة الإدارية اللجوء للتحكيم وفقاً للائحة العقود الإدارية في ليبيا يجب أن يكون ضرورياً، وقد ثارت إشكالية حول مقدار الضرورة، وبموافقة مجلس الوزراء، دون أن يبين المشرع الليبي على قرار المشرع المصري حالة تخلف موافقة مجلس الوزراء.
5- كان المشرع الفرنسي في بداية الأمر بعد عام 1804م ينبذ التحكيم بصفة عامة، والتحكيم في العقود الإدارية بصفة خاصة انطلاقاً من مبدأ سيادة القضاء الوطني على النزاع، ولقد لاحظنا الموقف المتشدد الذي تبناه القانون والقضاء الفرنسي من هذه العقود، ولكن مع تطور الأحداث والنهضة التجارية في فرنسا قد أجاز المشرع اللجوء للتحكيم استثناءً من مبدأ الحظر، وذلك بموجب تشريعات خاصة صدرت في مراحل زمنية مختلفة، وبشروط وضوابط خاصة.

وبناءً على ما سبق دراسته في هذا الموضوع، يمكن تقديم المقترحات التالية:

1- تنظيم مسألة التحكيم في العقود الإدارية بقانون يوازي قانون المرافعات إعمالاً بقاعدة أن الخاص يقيد العام إذا كان مساوياً له في نفس الدرجة.

2- لا نرى إشكالية من جواز التحكيم في العقود الإدارية بين مؤسسات وأجهزة الدولة الواحدة، مادام أن السلطة الرقابية على التحكيم هي واحدة، متمثلة في أجهزة القضاء الإداري.

3- النص صراحةً على جواز التحكيم، أو عدمه، أو جوازه، بشروط خاصة في قانون، كما فعل المشرع في قانون البترول، حتى لا يترك المجال للتأويل والتفسير من جانب القضاء والفقه.

4- الرغبة الملحة لإعادة النظر في قانون التحكيم بصفة عامة وذلك تلافياً للإشكاليات وأوجه النقد التي أثارتها الدراسة خاصةً وأنها مقارنة، وكذلك مواكبة تطورات القوانين والاسترشاد بالقانون النموذجي التي تتجه أغلب الدول إلى الأخذ به كالقانون المصري، والأردني ،واللبناني، والبحريني.

5- في حالة استمرار وضع تنظيم التحكيم في هذه العقود بلائحة، اقترح على مجلس الوزراء إعطاء مرونة أكثر لرئيس البلدية أو الممثل القانوني للوزارة في مسالة الموافقة على التحكيم.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

1- أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، طبعة 1، 2003.

2- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008.

3- سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

4- شعبان أحمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة العقدية، دار النهضة العربية.

5- علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الأزاريطة، مصر، 2008.

6- عمران علي السائح، التحكيم في ليبيا الداخلي والليبي، مكتبة الوحدة للطباعة والنشر والتوزيع، 2015م.

7- الكوني علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي، نظرية القانون، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، طبعة 4.

8- الكوني علي اعبودة، قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، النظام القضائي الليبي، طرابلس، طبعة 3، 2003.

9- محمد عبدالحميد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003.

10- محمد محبوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن.

11- محمود السيد التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية، ط1، 2007.

12- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

ثانياً: الرسائل والبحوث والمقالات:

1- أحمد محمد عبدالبديع، التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا بين الحظر والإباحة، مقال منشور على الرابط www.blog.saeed.com، منشور بتاريخ 2012/03/02م، تم الاطلاع 2018/03/29م.

2- دويب حسين صابر، التحكيم في العقود الإدارية وعقود Bot، بحث مقدم على المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون – الإمارات، موجود على الرابط: www.abdelmagidzarrouki.com.

3- منير عباسي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014.

4- يوسف مختار يوسف، مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، دارسة مقارنة، بحث مقدم ضمن متطلبات المرحلة التمهيدية، كلية القانون، جامعة مصراتة، 2016.

ثالثاً: القوانين والقرارات والموسوعات التشريعية:

1- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي الصادر 1953م، وتعديلاته.

2- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م وتعديلاته.

3- قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968م وتعديلاته.

4- قانون رقم 9 لسنة 2010م، بشأن تشجيع الاستثمار – ليبيا.

5- قانون البترول رقم 25 لسنة 1955م، ليبيا.

6- لائحة العقود الإدارية في ليبيا بأعدادها المختلفة.

7- لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007م، المعمول بها حالياً.

8- الموسوعة التشريعية ليبيا، موقع وزارة العدل ليبيا، على الربط www.aladelogov.ly.

رابعاً: المجموعة القضائية:

1- مجلة المحكمة العليا – أعداد مختلفة.

[1] علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الأزاريطة، الأسكندرية، 2008، ص64.

[2] تنص المادة 2 من لائحة العقود الإدارية على أنه (تسري هذه اللائحة على العقود الإدارية التي تبرمها الجهات والوحدات الإدارية وكذلك على العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية...).

[3] قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (563) لسنة 2007 بإصدار لائحة العقود الإدارية.

[4] محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص22.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص85.

[6] أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، طبعة 1، 2003، ص56.

[7] طعن إداري 17/1ق، جلسة 1970/04/05م، مجلة المحكمة العليا، س 6، ع4، ص19.

[8] الكوني علي اعبودة، قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، النظام القضائي الليبي، طرابلس، طبعة 3، 2003، ص310.

[9] قانون رقم 76 لسنة 1970م، بشأن المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية العامة، نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1970/08/06م، س8، ع46، ص12.

[10] الموسوعة التشريعية ليبيا، موقع وزارة العدل ليبيا، على الربط www.aladelogov.ly، القوانين الصادرة سنة 1971م، المجلد 3، ص1.

[11] الموسوعة التشريعية ليبيا، القوانين الصادرة سنة 1972م، المجلد 4، ص306.

[12] الجريدة الرسمية بتاريخ 1980/05/06م، ع3، ص68.

[13] نص المادة 99 من قرار اللجنة الشعبية العامة بشأن لائحة العقود الإدارية، 1980م.

[14] سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص310.

[15] نشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 1983/04/29م القرار رقم 8 لسنة 1983م، س25، ع3.

[16] نص المشرع في المادة 24 من القانون رقم 9 لسنة 2010م، بشأن تشجيع الاستثمار "يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة على المحاكم المختصة في الدولة إلا إذا كانت اتفاقية ثنائية بين الدولة التي بها الاستثمار والمستثمر وتضمنت هذه الاتفاقية على شرط تحكيم، أو وجد اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على التحكيم"، فمن حيث المبدأ أن أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية لا يختلف عن عقود الاستثمار. ذلك أن المشرع شديد الحرص على أن يعقد الاختصاص بنظر المنازعات هو القضاء، إلا أنه في مجال عقود الاستثمار لم يشترط الحصول على إذن في عقود الاستثمار فكل ما تطلبه في هذه العقود لإبرام اتفاق التحكيم وجود اتفاقية ثنائية متعددة الأطراف.

[17] نأمل من المشرع الليبي الاسترشاد أو الأخذ بالقانون النموذجي لحل بعض الإشكاليات المتعلقة بمسائل التحكيم الذي يحسم بعض مسائل التحكيم المنظمة في قانون المرافعات ليس فقط في العقود الإدارية بل أيضاً في جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم والتي يتناسب القانون النموذجي مع متطلبات التجارة الدولية على غرار ما فعل القانون المصري، والأردني، والبحريني، الذي تأثر كثيراً في جل قواعده بالقانون النموذجي.

[18] محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003، ص392 وما بعدها.

[19] محمود السيد التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية، ط1، 2007، ص362 وما بعدها.

[20] محمد محبوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص16.

[21] منير عباسي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص34.

[22] قارن موقف القانون الجزائري حول نطاق الضرورة التي استوجبها القانون حيث نص القانون الجزائري ما نص عليه القانون الليبي، غير أنه حدد نطاق تلك الضرورة بصدور المذكرة الوزارية لسنة 1982م الصادرة عن الوزير الأول، بخضوعها لنفس النظام يحكم الشركات الخاصة، من هنا يلاحظ الموقف المرن الذي اتخذه المشرع الجزائري في هذه العقود، واقترح لمعرفة وحل مشكلة نطاق الضرورة أن يتم عرضها على الوزير المختص لتقدير هذه الضرورة من عدمها.

[23] لا نرى حكمةً من استبعاد التحكيم بين مؤسسات الدولة الواحدة، وإذا كانت أمنها من النظام العام هذا أمر غير مقبول ذلك لأن التحكيم في مثل هذه العقود في العقود الإدارية الداخلية لا يعرقل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولا يستبعد فكرة الصالح العام مادام هناك هيئة رقابية وتنفيذية متمثلة في أجهزة القضاء الإداري.

[24] شعبان أحمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة العقدية، دار النهضة العربية، ص90 وما بعدها.

لقد تجاوزت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول لسنة 1965م هذه الفكرة، فقد أعطت أهلية للدولة لإبرام العقد الإدارية وجواز التحكيم فيها حتى وإن كان قانونها الوطني يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم.

[25] عمران علي السائح، التحكيم في ليبيا الداخلي والليبي، مكتبة الوحدة للطباعة والنشر والتوزيع، 2015م.

[26] سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص306.

[27] يوسف مختار يوسف، مرجع، ص24.

[28] محمد عبدالحميد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003، ص393.

[29] القانون رقم 17 لسنة 1906م الذي تنص المادة 69 منه على "جواز التحكيم وفقاً لأحكام الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد".

[30] أحمد محمد عبدالبديع، التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا بين الحظر والإباحة، مقال منشور على الرابط www.blog.saeed.com، نشر بتاريخ 2012/3/2م.

[31] دويب حسين صابر، التحكيم في العقود الإدارية وعقود Bot، بحث مقدم على المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون – الإمارات، ص76 وما بعدها.

[32] أنشأت ؟؟؟؟؟؟؟؟ مدينة ديزني لاند، وتم الافتتاح 1999/04/12م.