مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ISSN: 2335-1039
المجلد: 10 العدد: 02 السنة 2021 ص 329 - 355

تاريخ الإرسال: 04/02/2021 تاريخ القبول: 08/03/2021

اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وموقف المشرع اليمني منه

Going to Arbitration in administrative contract disputes and the viewpoint of Yemeni legislator on it

همدان طاهر محمد علي[1*]

عضو هيئة التدريس بجامعة الجند للعلوم والتكنولوجيا، اليمن

[1]باحث في سلك الدكتوراه، جامعة تعز، اليمن، hharby1982@gmail.com

الملخص:

يعد التحكيم وسيلة قانونية فاعلة في حل منازعات العقود الإدارية في الدول حالياً، بالرغم من حصول الخلاف بين الفقه والقضاء بين مؤيد ورافض لفكرة اللجوء إلى التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية، واستناد كل فريق إلى عدد من الحجج والأدلة، إلا أن من كان رافضاً للفكرة غير موقفه وأجاز ذلك، واستقر عليها عمل الفقه والقضاء، وقد أقر المشرع اليمني بجواز اللجوء إلى التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية سواء المحلية أو الدولية؛ بنصه على ذلك صراحة في تشريعاته، بل واعتبره أساساً في بعض تلك النصوص.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، العقود الإدارية، المشرع اليمني.

*المؤلف المرسل

Abstract

Arbitration is considered an effective legal method in resolving administrative contract disputes in many countries at the present. The Jurisprudence and Judiciary are in different viewpoints about e way to the Arbitration in the issue. Some of them support taking th resolving administrative contract disputes and the others oppose the idea. Every party has its justifications, arguments and evidences. But whoever rejected the idea earlier, they finally have changed t. Accordingly, the jurisprudence and their minds and legalised i judiciaryhave takenthat in their works. The Yemeni legislator legalises the permissibility to go to Arbitration in resolving administrative contract disputes, whether they are national or over, the Yemeni legislator explicitly international disputes. More has included that inthe legislations and considered it a basis in some of acts.

Key words: Arbitration, Administrative Contracts, Yemeni legislator

مقدمة:

إن العقود الإدارية تعد وسيلة قانونية، وسلطة من سلطات الإدارة القانونية تسعى من خلالها الإدارة لتحقيق أهداف النشاط الإداري، وذلك بالتكامل مع القرارات الإدارية، من خلال الاتفاق مع الأفراد والهيئات والشركات بموجب هذه العقود لتسيير المرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة، إلا أن النزاع بين الإدارة والمتعاقد معها يرد فيها، مما يحتم الفصل في هذا النزاع لأهميته؛ كونه يرتبط بسير المرافق العامة بانتظام واطراد، ويحقق التنمية المنشودة، فكان لابد من إيجاد وسائل قانونية للفصل في هذا النزاع، وعلى وجه السرعة للأهمية المذكورة، فكان التحكيم إحدى هذه الوسائل المشروعة، إلا أن الفقه والقضاء انقسم بين مؤيد ومعارض للالتجاء إليه، وكل فريق استند إلى عدد من الحجج فيما ذهب إليه، وكان المشرع اليمني له موقفه الواضح من ذلك، وهو ما نتطرق إليه في بحثنا هذا.

أولاً: مشكلة البحث:

تكمن إشكالية البحث في السؤالين الآتيين:

- ما موقف الفقه والقضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟
- هل أجاز المشرع اليمني اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية؟

ثانياً: أهمية البحث:

لما كان التحكيم من الوسائل المهمة للفصل في منازعات العقود الإدارية؛ فإن أهمية البحث تكمن من ناحيتين:

الناحية النظرية: من خلال الإحاطة بمفهوم كل من العقد الإداري والتحكيم، وأقوال الفقه والقضاء في جواز ورفض اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذكر الحجج والأدلة التي يستند إليها، وما استقر به العمل عند الفقه والقضاء، وموقف المشرع اليمني من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

الناحية العملية: من خلال تعريف لجان التحكيم في اليمن بالنصوص القانونية التي تستند عليها أثناء الفصل في منازعات العقود الإدارية.

ثالثاً: هدف البحث:

يهدف البحث إلى معرفة أقوال الفقه والقضاء في جواز ورفض اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذكر الحجج والأدلة التي يستند إليها كل فريق، ومعرفة الاتجاه الراجح الذي استقر عليه عمل الفقه والقضاء، ومعرفة موقف المشرع اليمني من ذلك، والنصوص القانونية التي أوردها في تشريعاته.

رابعاً: منهجية البحث:

تمت هذه الدراسة من خلال اعتماد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن لكل من أقوال فقهاء القانون المدني والإداري، وللنصوص القانونية التي ذكرها المشرع اليمني في التشريعات المتعلقة بهذا الشأن.

خامساً: خطة البحث:

- المقدمـــة.
- المطلب الاول: مفهوم العقد الإداري والتحكيم.
- المطلب الثاني: دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية لدى الفقه والقضاء وموقف المشرع اليمني منه.
- الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث.
- قائمة المراجع.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري والتحكيم

إن الحديث عن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، يحتم علينا التعرف على كل من مفهوم العقد الإداري في فرع أول، ومفهوم التحكيم في فرع ثانٍ كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري

نتعرف في هذا الفرع على تعريف العقد الإداري، وشروطه كالتالي:

أولاً: تعريف العقد الإداري:

يراد بالعقد بصفة عامة كما ورد في القانون المدني اليمني بنص المادة(127): " تلاقي الارادتين بأي صفة كانت، وتنشأ عنه المسؤولية العقدية، ويعرف كذلك بأنه توافق إرادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة بمعنى آخر، يتوقف الالتزام فيه على اجتماع إدارتين [1].

والعقد الإداري وإن كان نوعاً من أنواع العقود، إلا أنه متميز عن العقد المدني.

فمن المسلم به في الوقت الحاضر أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، ولكنها تنقسم إلى قسمين: عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص، وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العام، وهي التي يطلق عليها اصطلاحاً " العقود الإدارية"[2].

وقد عرف الفقه والقضاء العقد الإداري:

1- يرى غالبية الفقه كما يذكر الدكتور محمد الدرة أن العقد الإداري: هو ذلك العقد الذي تبرمه الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية مع شخص من أشخاص القانون

الخاص أو مع شخص من أشخاص القانون العام، وذلك بقصد تسيير مرفق عمومي، أو إنجاز أشغال عامة، أو إدارته، أو لتوفير أدوات، أو تقديم خدمات لحساب الدولة، أو للقيام بالدراسات اللازمة لتحقيق بعض المنجزات والمشاريع [3].

2- كما عرف القضاء الإداري العقد الإداري: بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص [4].

ثانياُ: شروط العقد الإداري:

ومن التعريفين السابقين نجد أن شروط العقد الإداري هي:

1- **أن يكون أحد طرفي العقد أحد الأشخاص المعنوية:** العقد الإداري لا يكون كذلك إلا حينما يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، ويشمل ذلك الأشخاص العامة الإقليمية (الدولة، المحافظة، المديرية)، وكذلك الأشخاص العامة المرفقية (المؤسسات، والهيئات العامة)، إذ إن جميعها من أشخاص القانون العام.

أما العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص فلا يمكن أن تكتسب الصفة الإدارية، إلا في حالة استثنائية واحدة فقط إذا ثبت أن الشخص الخاص قد أبرم العقد لحساب شخص معنوي عام، فهنا يعتبر العقد إدارياً على أساس أن المتعاقد الخاص كان بمثابة وكيل عم الشخص العام، والأمر ليس استثناء حقيقياً؛ لأن العقد في النهاية لن يرتب آثاره في ذمة المتعاقد، وإنما سيرتبها إيجابياً أو سلبياً في ذمة الشخص العام الذي أبرم العقد لحسابه [(5)].

لكن توافر هذا الشرط وحده لا يكفي بذاته ولا يستنتج بالضرورة اعتبار العقد إدارياً؛ إذ قد تتعامل الإدارة مع الأفراد بمقتضى عقود مدنية لاتفاقها في بعض الأحوال مع مصلحة الإدارة ونوعية النشاط الذي تمارسه، ومن ثم فإنه يلزم أن توافر عنصر يتمثل في ضرورة ارتباط ذلك العقد بمرفق عام.

2- **أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام:** هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو التعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية

الخاصة، ولكن تحت اشرافها واهميتها وتوجيهاتها؛ وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام [6]؛ أي يعمل على تنظيم المرفق أو استغلاله أو يشتر المعاونة في تسيره وإدارته عن طريق توريد مواد أو خدمات أو بتقديم أدوات أو غير ذلك من صور الإيصال. وأن يكون موضوع العقد مرتبطاً بالمرفق العام يعد مهماً، وذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص، وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، كون المرفق العام مصلحة عامة.

واتصال العقد بالمرفق العام يأخذ صوراً عديدة فقد يأخذ صورة اشتراك المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرافق العام، ومثال على ذلك عقد التزام المرافق العامة، كما يأخذ صورة إنشاء مرفق عام، كما في عقود الأشغال العامة، كما أنه قد يأخذ صورة تسيير المرفق العام، كما هو الحال في عقود التوريد والتي يتعهد فيها المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف معينة تحتاجها الإدارة لتسيير نشاط المرفق العام [7].

وبالتالي إذا كان العقد لا يرتبط بالمرفق العام، فإن العقد يفقد صفته الإدارية، ويصبح عقداً من عقود القانون الخاص حتى لو كان أحد أطرافه شخصاً عاماً، كما أن العقود المبرمة من الأشخاص العامة لإدارة أموالها الخاصة تعد من قبيل العقود المدنية؛ نظراً لانقطاع صلتها بإدارة أو تسيير مرفق عام.

3- **أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص:** يعد هذا الشرط أهم شرط في العقد الإداري، على الرغم من أهمية وجود الإدارة كطرف في العقد، واتصال العقد بالمرفق العام وكونهما عنصرين ضروريين، إلاَّ أنهما غير كافيين لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وإنما يعتبر العقد إدارياً إذا ما تضمن شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة، والذي يدل على نية الإدارة في اتباع أساليب القانون العام، وذلك بجانب الشرطين السابقين.

وهي شروط يحتويها العقد المبرم بين الإدارة والفرد المتعاقد معها، والتي لا يجوز قانوناً للأفراد في القانون الخاص ارتضاءها وقبولها، وقد تكون لمصلحة الإدارة وهو الغالب؛ كأن تعطي الإدارة لنفسها الحق في تعديل العقد وشروطه في أي وقت، أو

الحق في فرض جزاءات على المتعاقد معها في بعض الحالات، أو الحق في إلغاء العقد في أي وقت وبدون إنذار، أو حتى بدون تعويض، ومن الممكن أن تمثل الشروط الاستثنائية أيضاً في مصلحة الفرد المتعاقد مع الإدارة؛ كأن تعطيه الإدارة الحق في تحصيل رسوم من المنتفعين، أو الحق في التمتع باحتكار، أو حق في الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة[8].

كما أن ليس من الضروري أن يحتوي العقد على أكثر من شرط استثنائي، وإنما يكفي شرط استثنائي واحد فقط، وغالباً ما يتضمن هذه الشروط العقد نفسه، إلا أنه من الممكن أن تكون خارجة عنه في قانون أو لائحة، إذا كان العقد يحيل إلى ذلك القانون، أو تلك اللائحة، ومثال ذلك أن يحيل العقد إلى أحكام قانون المناقصات والمزايدات أو اللائحة التنفيذية [9].

ومما نشير إليه أن المشرع اليمني لم يذكر تعريفاً للعقد الإداري، كما أن القضاء اليمني جعل العقد الإداري كالعقد المدني، ولم يرد في أحكامه إلا حكم واحد ذكر فيه الشروط غير المألوفة، وهو الحكم الصادر من المحكمة التجارية بصنعاء في قضية سوق نقم في 2001/8/5م غير منشور اعترف فيه بتمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية أورده الدكتور مطيع جبير [10]، وأقر في حيثيات الحكم بمعيار المرفق العام والسلطة العامة، والإشارة إلى الشروط الاستثنائية التي تضمنها العقد.

الفرع الثاني: مفهوم التحكيم

يعد التحكيم وسيلة هامة من وسائل تسوية المنازعات، والفصل في الخصومات بين الأفراد؛ نظراً لقدمه، ولما يمتاز به من مزايا، كما أن الشريعة الإسلامية حثت عليه، ونصت عليه القوانين الوضعية للدول، وعُرف التحكيم شرعاً وقانوناً، كما ذكر الفقه طبيعته القانونية، نوضح ذلك في الآتي:

أولاً: تعريف التحكيم:

في **الفقه الإسلامي** عُرف بأن: يحّكّم المتخاصمان شخصاً آخر لفض النزاع القائم بينهما على هدى وحكم الشرع [11]، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1790) بأنَّه: "عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حكماً برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما"[12].

وعرف **فقهاء القانون** التحكيم بأنَّه: الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين ليفصلوا منه دون المحكمة المختصة [13]، وعُرف كذلك بأنَّه: اتفاق أطراف النزاع –اتفاقاً يجيزه القانون–على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلاً من القضاء المختص، وقبول قراره بشأنه [14].

وعرف **المشرع اليمني** التحكيم بنص المادة (2) من قانون التحكيم بأنَّه: "اختيار الطرفين برضائهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات".

ثانياً: الطبيعة القانونية للتحكيم:

للتحكيم طبيعته القانونية حيث يذكر الفقهاء ثلاثة اتجاهات لها: قيل أنه ذو طبيعة تعاقدية، وقيل أنه ذو طبيعة قضائية، وقيل أنه ذو طبيعة خاصة، أوردها الدكتور نجيب أحمد عبدالله [15]؛ وذكر حججها، وما أُخذ عليها، وقد أجاد التحليل والنقد، وأكتفي بترجيحه، حيث توصل إلى أن التحكيم له طبيعة قضائية مستقلة خاصة بقوله: ونحن نسلم بالطبيعة الخاصة المستقلة لنظام التحكيم، فهو نظام قضائي استثنائي.

المطلب الأول: دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية لدى الفقه والقضاء وتقديره

لما كان التحكيم وسيلة فاعلة لفض الخصومات وحل المنازعات، ومنها منازعات العقود الإدارية؛ كان لا بد لنا أن نتعرف على دوره في الفصل فيها، من خلال ذكر موقف الفقه والقضاء منه، مع ما قيل في تقدير هذا النظام من خلال: **دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية لدى الفقه والقضاء في فرع أول، وتقدير دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرع ثانٍ.**

الفرع الأول: دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية لدى الفقه والقضاء

حُظي موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية باهتمام الفقهاء والباحثين؛ كون العقود الإدارية صادرة عن إرادتين: إرادة الإدارة، وإرادة المتعاقد معها بخلاف القرارات الإدارية التي تصدر بإرادة الإدارة المنفردة.

وكان الاتجاه نحو التحكيم لمعالجة الكثير من حالات القصور في التشريعات غير المواكبة للمفهوم الفقهي الجديد للعقود الإدارية، والذي يوازن ما بين مصلحة الدولة،

وعلاقتها بمن يتعامل معها. ويرى من الفقه أن التحكيم في العقود الإدارية جاء استجابة لمعظم متطلبات العصر في مجابهة النزاعات في قضايا التجارة والاستثمار، والعقود الإدارية، والنزاعات الدولية [16].

مع ذلك ظهر اختلاف في الفقه والقضاء بين رفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وإجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ومنهم من اشترط الإذن في التحكيم في منازعات العقود الإدارية [17]، ظهر ذلك في مصر وفرنسا، سنذكره كما يلي:

أولاً: موقف الفقه والقضاء الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية:

هذا الجانب من الفقه استند إلى عدة أسس أهمها:

1- **المساس بسيادة الدولة:**

كونه يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة بما ينطوي عليه من سلب الاختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهراً من مظاهر تلك السيادة [18].

كما يمكن أن يتفق على عدم تطبيق لقانون الوطني كأساس لتسوية النزاع، ولكن يمكن الرد عليه بإمكان الإدارة المتعاقدة الاشتراط بتطبيق القانون الوطني في النزاع.

2- **الاعتداء على اختصاص القضاء الوطني:**

لا سيما في الدول التي نظامها القضاء مزدوج، وتعهد بالاختصاص المتعلق بمنازعات العقود الإدارية إلى مجلس الدولة كمصر مثلاً. وإن كان البعض يرد على ذلك بجواز التحكيم بشرط الحصول على فتوى بذلك من قسم الفتوى بمجلس الدولة. وأن التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لم يكن له صدى في وعي المشرع حين إصداره لقوانين مجلس الدولة [19].

3- **مخالفة نظام التحكيم للدستور:**

كون الدستور في أي دولة يبين ما يخص السلطة القضائية، ونوع المحاكم التي تفصل في المنازعات، ومنها منازعات العقود الإدارية، ولم يتطرق إلى نظام التحكيم في مواده.

4- تعارض نظام التحكيم مع فكرة النظام العام:

ويراد بفكرة النظام العام في القانون الإداري تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة [20]. ولما كانت القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء، لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تتعلق بالنظام العام، ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص المحاكم مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلاً [21].

وهذه الفكرة التي ذكرناها تتعلق بنظام القضاء المزدوج الذي فيه قضاء عادي وقضاء إداري، ولكل اختصاصه، وهذا ما لا يتوفر في نظام القضاء العادي، لا سيما الذي لا يوجد فيه محاكم إدارية نوعية مختصة تتنازع الاختصاص مع غيرها من محاكم القضاء العادي.

أما القضاء الرافض لدور التحكيم في العقود الإدارية فقد تمثل في موقف القضاء الفرنسي الذي يرى عدم مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية، وبالذات في العقود الإدارية التي غالباً ما تثور مشكلة التحكيم بشأنها، فقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لعام 1806م في المادتين(83) و(1004) منه على حظر التحكيم في المنازعات التي تكون فيها الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى طرفاً فيها، واستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ العشرينات من القرن التاسع عشر على البطلان المطلق لشرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية [22].

وذلك باعتبار ذلك أنه يمثل مبدأ قانونياً عاماً كأصل عام لحظر التشريعات التحكيم في العقود الإدارية.

وقد ورد[23] أنه تضاربت واختلفت أحكام القضاء الإداري في مصر، وكذلك فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مشكلة إجازة أو عدم إجازة في التحكيم في العقود الإدارية, ويمكن تلخيص ما ذكر بأنه ألغت هيئة قضايا الدولة أمام المحكمة العليا حكماً صادراً من محكمة القضاء الإداري بجواز التحكيم في العقود الإدارية, وقضت على العكس ببطلان شرط التحكيم في العقد المبرم بين وزارة الإسكان

والشركة مستندة على أن البند الذي أجاز التحكيم في العقد يجب تفسيره بما لا يهدم خصائص العقد الإداري, ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات المتعلقة بذلك العقد. كما أن فتوى الجمعية العمومية بتاريخ 1993/2/27م وضعت قيداً فقالت إن المادة(10) من قانون مجلس الدولة لم تنكر حق الأطراف في عرض مثل هذه المنازعات على هيئة التحكيم ثم أضافت القيد الجديد بقولها: "إذا كان العرض على هذه الهيئة (أي هيئة التحكيم) في مثل الحالة المعروضة لا يستبعد نظر المنازعة إعمال القواعد الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية".... مما يعني بمفهوم المخالفة لو أن شروط التحكيم استبعدت بعض هذه القواعد الموضوعية لصالح المتعاقد مع الإدارة، وبما يمس مصلحة الإدارة في علو كفتها في ميزان العقد، من الممكن أن يكون التحكيم باطلاً، أو كما في حالة ما إذا كان في قبول الإدارة شروط التحكيم إمكانية تطبيق نظام قانوني أجنبي ومختلف.

ثانياً: موقف الفقه والقضاء الذي أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية [24]:

استند هذا الجانب من الفقه على صدور قوانين التحكيم في الدول وهي تشمل كافة العقود، كما استدلوا على عدم وجود نص صريح – كما في مصر – في قانون مجلس الدولة يحظر التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية.

وعلى الرغم من ذلك من أجاز من أنصار هذا الاتجاه الفقهي للتحكيم في العقود الإدارية، إلا أن بعضهم يبدي تحفظات، ويقصره على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بمعناها الفني، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لعقود الإدارة الخاصة لم تساير التحريم المطلق من جانب مجلس الدولة كقضاء إداري، فنجدها قد اعترفت للدولة وللمؤسسات العامة الفرنسية بإمكانية التحكيم في منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية في حكمين متتاليين [25].

كما أن القضاء الإداري في مصر تردد في الإجازة والرفض لنظام التحكيم لعدم وجود نص صريح في جوازه [26]، لكن على مستوى فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، فقد صدرت فتوى في تاريخ 1989/5/17م تجيز التحكيم في العقود الإدارية [27].

الفرع الثاني: تقدير دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية

يقصد بتقدير نظام التحكيم ذكر مميزاته وعيوبه، ونتناولها كالتالي:

أولاً: مزايا التحكيم:

يتم اللجوء إلى التحكيم لأسباب نوجزها كالتالي، وهي مزايا لنظام التحكيم [28]:

1- تزايد العلاقات التعاقدية التي فيها طرف أجنبي في ظل فلسفة العولمة، وعدم تفضيل كل طرف فيها الخضوع لقضاء الطرف الآخر.

2- رغبة المتعاقدين في استمرار التعامل بينهم بطريقة ودية رغم وجود المنازعات المراد الفصل فيها، بعيداً عن جفوة الخصومات القضائية.

3- تقليل النفقات التي تنفق على حل المنازعات. كونها أقل من نفقات التقاضي غالباً.

4- الحفاظ على سرية المعلومات والتقنيات التي تنكشف من خلال نظر المنازعات؛ وذلك باستبدال سرية جلسات التحكيم بعلانية جلسات المحاكم.

5- تعقد موضوعات المنازعات الحديثة وما تثيره من مسائل علمية وتقنية، وإمكان اختيار المحكمين من بين ذوي المكانة العلمية والخبرة التقنية المتصلة بموضوع النزاع، وذلك بدلاً من استشارة القاضي لأهل الخبرة وضياع الوقت والجهد في أمور قد لا يحس فهمها.

6- سرعة الفصل في المنازعة خلال المدة التي يحددها أطراف التحكيم، وتوفير الوقت الذي يستغرقه القضاء للفصل في المنازعات بأحكام نهائية، بسبب تعقد إجراءات التقاضي، وتراضي الإنجاز في أغلب مراحلها، وتعدد درجات القضاء، ولعل الرغبة في سرعة الفصل في المنازعات هي أهم أسباب اللجوء إلى التحكيم.

ثانياً: عيوب نظام التحكيم:

وبالرغم من مزايا التحكيم إلا أن العيوب ترد عليه نذكر منها [29]:

1- المحكم بخلاف القاضي، لا يلزم أن يكون رجل قانون، فقد يكون مهندساً أو طبيباً أو رجل أعمال، وبالتالي قد لا تتوفر له حيدة القاضي وضمانات نزاهته.

2- التحكيم يسلب اختصاص قضاء الدولة ويحد من ولايته، واشتراطه في العقد يمثل بالتالي خطراً للمتعاقد لاسيما إن كان لا يدرك أن يسلبه حقه الدستوري في اللجوء إلى القضاء.

كما يورد البعض أن هناك عيوباً أخرى [30]:

3- أن في اللجوء إلى التحكيم فرضاً لإدارة طرف قوي في العلاقة التي أنشأت المنازعة موضوع التحكيم على الطرف الآخر، حيث اعتبره آليه من آليات النظام الرأسمالي العالمي تمكن وحدات هذا النظام وهي الشركات العابرة للقارات من الإفلات عن التقاضي أمام القضاء الوطني.

4- التأثير في اختيار المحكمين، وفي تحديد القانون المطبق على النزاع نتيجة لوجود الدولة الرأسمالية والشركات القوية كأطراف في علاقة التحكيم.

5- التكلفة الاقتصادية العالية والتي مرجعها الاتعاب المرتفعة التي يحصل عليها المحكمين. وبالرغم من ذلك العيوب إلا أنها لا تؤثر على نظام التحكيم بل صار أكثر انتشاراً.

6- إن نظام التحكيم له قواعد إجرائية تقف غير قادرة على الوصول به إلى قواعد رشيدة[31].

ثالثاً: رأي الباحث في نظام التحكيم:

إنه بالرغم من تلك العيوب إلا إن نظام التحكيم صار مهماً في هذا العصر، وأوسع انتشاراً، ومن كان رافضاً للأخذ به قد غير موقفه، كما له شأنه في تعويض الضرر الناتج عن العقود الإدارية، ولكن لنا بعض الملاحظات عليه من وجهة نظري:

1- أن يتعرض له الدستور بالذكر في باب السلطة القضائية، حتى لا يقال أنَّه مخالف للدستور، وإن كانت طبيعته خاصة.

2- أن يكون له قانوناً ينظمه، حيث أنَّ من الدول من تأخذ بنظام القضاء المزدوج، فيكون لها قضاء إدارياً، فيحتاج إلى قانون يصرح باللجوء إلى التحكيم كنظام في الفصل في منازعات العقود الإدارية، ولا يكتفى بالقانون الذي ينظم العقود المدنية، بخلاف القضاء الموحد الذي يُعمل نفس القانون للعقد المدني والعقد الإداري.

3- أن يكون القانون الوطني هو المعمول به في التطبيق بنص قانوني ولو لم تشترطه الإدارة، في التحكيم مع المتعاقد معها، أما في العقد الإداري الدولي فلا بأس بالأخذ بنصوص التحكيم المقرة دولياً والمعترف بها من قبل الدولة ما لم تخالف القانون الوطني.

4- أن يُلزم الأطراف في التحكيم من متخاصمين ومحكمين بنصوص قانون المرافعات سواء كانت الإدارية كما هو الحال في نظام القضاء المزدوج، أو المرافعات المدنية في نظام القضاء الموحد.

المطلب الثاني: دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الجمهورية اليمنية

يعد التحكيم في اليمن نظاماً موازياً للنظام القضائي في حل النزاعات؛ لأنَّه يغلب عليه المجتمع القبلي، وقد عرفت اليمن نظام التحكيم قديماً كوسيلة قضائية وحيدة لحل العديد من المنازعات.

قبل قيام الوحدة اليمنية في عام 1990م، كان التحكيم حاضراً في جمهورية اليمن الديمقراطية حيث نص الدستور آنذاك في المادة(118) على: "تشكيل المحاكم وهيئات التحكيم في قضايا خطة الاقتصاد الوطني والتجارة الاقتصادية"، فقد أشار المشرع الدستوري إلى ضرورة وجود هيئات تحكيم مختصة بالمنازعات التي تنشأ بين المؤسسات والهيئات العامة والمشروعات الجماعية، فيما بين بعضها البعض، وخصوصاً المنازعات المتعلقة بالعقود المبرمة فيما بينها، ومدى أثر العقود في تنفيذ الخطة الاقتصادية، كما أن المحاكم المذكورة في النص الدستوري في رأي فقهاء القانون العام من قبيل القضاء الاستثنائي وليس القضاء الإداري[32]، كما صدر في جمهورية اليمن الديمقراطية القانون رقم(22) لسنة 1973م بشأن التحكيم الحكومي[33]، كما صدر القانون رقم (22) لسنة 1973م بشأن التحكيم الحكومي في جنوب الوطن [34]، وبالمقابل صدر في 1981/11/11م قانون التحكيم رقم (33) لسنة 1981م في شمال الوطن، والذي كان يستمد قواعده من الأعراف والعادات القبلية وباعتباره نظاماً يقوم على بعض الركائز الأساسية في المجتمع اليمني، وبالتالي قد أعطى نظام التحكيم القبلي قوة ملزمة من خلال بعض النصوص منها المادة (21) والتي نصت على أن:

"الأسلاف والأعراف لها حكمها ويراعى فيها حقن الدماء وحسم الخلاف"[35]. ولكن بعد ذلك ألغي هذا القانون مع ما يقابله بعد الوحدة وإعلان الجمهورية اليمنية بالقانون رقم (22) لسنة 1992م بشأن التحكيم، وبالتالي نتعرف على دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الجمهورية اليمنية من خلال ذكر موقف المشرع اليمني من دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرع أول، ورقابة نظام التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرع ثانٍ.

الفرع الأول: موقف المشرع اليمني من دور التحكيم في منازعات العقود الإدارية

وبعد الوحدة اليمنية لما كان النظام القضائي في الجمهورية اليمنية هو النظام الموحد فإن القواعد التي تحكم جميع المنازعات سواء كانت بين الأفراد، أو الأفراد والإدارة واحدة فالقانون واحد، وبالتالي لا يمكن الحديث عن موقف للفقه والقضاء في اليمن عن مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، والتي منها ما يتعلق بتعويض الضرر الناتج عن الأعمال القانونية للإدارة؛ كون المشرع قد نص ذلك صراحة بخلاف ما رأينا من خلاف في الفقه والقضاء حول الرفض والجواز للتحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسا ومصر، حيث استقرا بعد ذلك على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية كواقع لا بد منه؛ وذلك بسبب أخذهما بنظام القضاء المزدوج الذي فيه جهتين قضائيتين, ولكل جهة اختصاصها وفق نصوص القانون, ويمكننا أن نتناول التشريعات التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية، والتي تعد الإدارة طرفاً فيها كسلطة عامة، وللعلم قانون التحكيم اليمني الحالي تسري أحكامه على منازعات العقود الإدارية لما ذكرناه سابقاً، بل ولتصريح المشرع بالرجوع إليه، كما ذكر المشرع اليمني جهات تمثيل الإدارة أمام لجان التحكيم، ويمكننا تناول ما يهمنا في بحثنا كالآتي:

أولاً: التشريعات التي أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

1- القانون رقم (30) لسنة 1996م بشأن قضايا الدولة:

أورد المشرع اليمني في هذا القانون نصاً صريحاً بجواز التحكيم في منازعات الإدارة، لاسيما ما يتعلق بالعقود والاتفاقيات، وجعل وزارة الشؤون القانونية، والإدارات القانونية هي الممثل للجهات الحكومية المعنية في المنازعات المنظورة أمام هيئات

التحكيم المحلية والخارجية سواء كانت إقليمية أو دولية، حيث نصت المادة (7) من هذا القانون على أن: تتولى الوزارة فيما يتعلق بقضايا الدولة الاختصاصات التالية، ومنها ما يخص بحثنا فالبند(1) نص على أن: تمثيل الجهات المعنية فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى أمام الجهات القضائية المحلية والأجنبية ولدى المحاكم الدولية والإقليمية وأمام هيئات التحكيم المحلية والإقليمية والدولية، كما نصت نفس المادة في البند (3) على أن: تمثيل الجهات المعنية في الدعاوى المتعلقة بالعقود والاتفاقيات المنصوص عليها في القانون ، كما نص البند (4) من نفس المادة على أن من اختصاصات الوزارة: حل المنازعات الناشئة فيما بين الجهات المعنية المشمولة بأحكام هذا القانون عن طريق التحكيم الحكومي فيما يجوز لها فيه التحكيم قانوناً, ولا يكون التحكيم الحكومي ملزماً للغير إلا إذا طلبه أو وافق عليه.

كما نص البند(5) من المادة(8) من هذا القانون على أن من اختصاصات الإدارات القانونية في الجهات المعنية مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون أنها تتولى: "مباشرة تمثيل الجهة المعنية أمام الهيئات القضائية المحلية في الدعاوى المتعلقة بالعقود والاتفاقيات المنصوص عليها في القانون، كما نص البند(6) من المادة(8) من هذا القانون على أن من اختصاصات الإدارات القانونية في الجهات المعنية أنها تتولى: "تمثيل الجهة المعنية أمام لجان التحكيم الحكومي...".

2- اللائحة التنفيذية رقم(40) لسنة 1997م بشأن قانون قضايا الدولة:

صرحت اللائحة في الفصل الثاني: الأحكام الأساسية على إجازة التحكيم، وبأن وزارة الشؤون القانونية هي صاحبة الاختصاص في منازعات التحكيم الحكومي أو الإدارة القانونية في الجهة المختصة، وذلك كما نصت المادة(3) منها على أنه: "تعتبر الوزارة بموجب أحكام القانون هي صاحبة الاختصاص بكافة قضايا الدولة ومنازعات التحكيم الحكومي وهي بهذه الصفة تنوب عن الدولة بكافة شخصياتها الاعتبارية العامة فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى الجهات القضائية المحلية والأجنبية ولدى المحاكم الدولية والإقليمية وأمام هيئات التحكيم المحلية والإقليمية والدولية".

كما بينت أن لجان التحكيم الحكومي هي صاحبة الاختصاص دون غيرها بحل المنازعات الناشئة بين الجهات المعنية التي شملتها أحكام القانون، حيث نصت المادة (4) من اللائحة على أن: " تكون لجان التحكيم الحكومي المنصوص عليها في القانون وهذه اللائحة مختصة دون غيرها بحل المنازعات الناشئة فيما بين الجهات المعنية المشمولة بأحكام القانون وتكون الأحكام الصادرة عنها نهائية ولا يكون التحكيم الحكومي ملزماً للغير إلا إذا وافق عليه وتطبق بشأن منازعات التحكيم الحكومي الأحكام والإجراءات المبينة في هذه اللائحة".

ويفهم من هذا النص أن المشرع اليمني قد نص على أن التحكيم الحكومي يعد طريقاً أساسياً للفصل في المنازعات الإدارية لاسيما العقود والاتفاقيات، وجعل أحكامها نهائية غير قابلة للطعن في حالة موافقة الغير؛ لأن التحكيم الحكومي لا يكون ملزماً للغير إلا حال موافقته عليه، ومع ذلك يمكن رفع دعوى البطلان استئنافاً في ميعاد الاستئناف القانوني كما نص قانون التحكيم اليمني.

كما نص البند(2) من المادة(19) من هذه اللائحة على أن من اختصاصات الإدارات القانونية في الجهات المعنية مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون أنها تتولى: مباشرة تمثيل الجهة المعنية أمام الهيئات القضائية المحلية في الدعاوى المتعلقة بالعقود والاتفاقيات المنصوص عليها في اللائحة، كما نص البند(6) من المادة(19) من هذا القانون على أن من اختصاصات الإدارات القانونية في الجهات المعنية أنها تتولى: "تمثيل الجهة المعنية أمام لجان التحكيم الحكومي...".

3- القانون رقم (23) لسنة 2007م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية:

أجاز هذا القانون اللجوء إلى التحكيم لتسوية الخلافات في العقود الإدارية، حيث نصت المادة (34) من هذا القانون أن: "يجوز للجهة قبل مباشرة إجراءات إنهاء العقد مع المقاول أو المورد أو المتعهد أو الاستشاري وبعد موافقة لجنة المناقصات المختصة وبما ينسجم مع شروط ووثائق العقد اتخاذ الإجراءات التالية:

أ- تسوية الخلافات التي نشأت بين الطرفين بالطرق الودية وبما يحفظ حقوق والتزامات الطرفين وذلك عن طريق التفاوض المباشر.

ب- إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل ودي يجوز اللجوء إلى التحكيم وفقاً لقانون التحكيم اليمني، وعلى طرفي التحكيم أن يضمنا اتفاق التحكيم الالتزام باستمرار العمل دون توقف أثناء فترة التحكيم".

ج- إذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق بشأن التحكيم يحق للجهة في هذه الحالة إنهاء العقد وخصم كافة الخسائر التي تكبدتها أثناء فترة الخلاف وذلك من ضمان الأداء أو من المبالغ المستحقة أو التي ستستحق للمقاول أو المورد أو المتعهد أو الاستشاري لدى الجهة أو أي جهة أخرى من الجهات الخاضعة لهذا القانون ويحق للمتضرر اللجوء إلى القضاء".

ويفهم من هذا النص على جواز التحكيم على أن يكون وفق القانون اليمني بشرط تضمين الاتفاق الالتزام باستمرار العمل من غير توقف خلال فترة التحكيم، فإن لم يضمن هذا الشرط في اتفاق التحكيم صار باطلاً.

4- اللائحة التنفيذية رقم (53) لسنة 2009م بشأن قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية:

بين قرار رئيس مجلس الوزارة بشأن اللائحة التنفيذية لقانون رقم (23) لسنة 2007م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية في الفرع السابع من هذه اللائحة حل الخلافات، حيث بينت المادة (267) من اللائحة أنَّه: "يجوز للجهة قبل مباشرة إجراءات إنهاء العقد مع المقاول أو المورد أو المتعهد أو الاستشاري، وبعد موافقة لجنة المناقصات المختصة، وبما ينسجم مع شروط ووثائق العقد اتخاذ الإجراءات التالية منها:

أ- تسوية الخلافات التي نشأت بين الطرفين بالطرق الودية وبما يحفظ حقوق والتزامات الطرفين...

ب- إذا لم يتم الوصول إلى اتفاق بعد مرور (30 يوماً) من بداية المفاوضات يتم اللجوء إلى التحكيم بحسب ما تقتضيه أحكام العقد، بعد أخذ الموافقة المسبقة من قبل اللجنة العليا، وعلى أن تقوم اللجنة العليا بما يلي:

- دراسة ومراجعة كافة المبررات القانونية والفنية التي على أساسها أقرت لجنة المناقصات المختصة اللجوء إلى التحكيم.
- الأشخاص أو الاستشاري الذي تم اختياره من طرف الجهة المختصة كممثل لها في التحكيم من حيث الخبرة الفنية والقانونية في المجال المطلوب.
- أية بيانات تراها اللجنة العليا ضرورية للاطلاع عليها قبل إصدار الموافقة باللجوء إلى التحكيم وفي حالة رفض اللجنة العليا للجوء إلى التحكيم فيجب عليها توضيح أسباب الرفض واقتراح الحلول المناسبة.

ج- يكون التحكيم في اليمن وفقاً لقانون التحكيم اليمني.

د- ويجب أن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً وموقعاً عليه من قبل الطرفين وأن يستمر الطرفان بأداء التزاماتهما التعاقدية.

ه- تكون اللغة العربية هي لغة التحكيم ما لم تنص وثيقة العقد على خلاف ذلك.

و- إذا كان العقد بتمويل خارجي يتم التأكد بأن جهة التمويل مطلعة على إجراءات حل الخلاف خطوة بخطوة ويجب على الجهة الحصول على موافقة مكتوبة بعدم الاعتراض من الممول على استكمال الإجراءات المتفق عليها وتكون إجراءات حل الخلاف بحسب ما تنص عليه وثيقة العقد المقرة من جهة التمويل.

ز- إذا لم يتوصل الطرفات إلى اتفاق بشأن التحكيم يحق للجهة في هذه الحالة إنهاء العقد وخصم كافة الخسائر التي تكبدتها أثناء فترة الخلاف وذلك من ضمان الأداء أو من المبالغ المستحقة أو التي ستستحق للمقاول أو المورد أو المتعهد أو الاستشاري لدى الجهة أو أي جهة أخرى من الجهات الخاضعة للقانون وهذه اللائحة ويحق للمتضرر اللجوء إلى القضاء".

ومن خلال النصوص السابقة التي وردت في القانونين واللائحتين نجد أن الاختصاص والتمثيل في قضايا الدولة هو لوزارة الشؤون القانونية، أو الإدارات القانونية في

الجهات الحكومية وذلك في حل المنازعات الإدارية، أما عن دور اللجنة العليا للمناقصات كما ورد في اللائحة التنفيذية رقم (53) لسنة 2009م بشأن قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية كان واضحاً في الموافقة على التحكيم، وليس التمثيل للجهة المختصة.

ويذكر من الفقه [36] أن بعض الفقهاء انتقد هذا المسلك من قبل المشرع اليمني على أساس أنَّه قد جعل التحكيم الخيار الأول لحل قضايا الدولة دون تمييز بين عقود إدارية أو غيرها، دون تحفظ أو استثناء، واعتبر ذلك تجاوزاً على ما تسير عليه أغلب الدول في العالم من جعل القضاء الرسمي الوطني هو القضاء الأصيل والتحكيم هو الاستثناء. ويبدو أن هذا الرأي يقوم على أساس أن التحكيم إجباري في النص السابق، ومع التسليم بوجاهته، إلا أنَّه لا يمكن الجزم بأن التحكيم في هذه الحالة هو تحكيم إجباري وليس اختياري.

فمن المعلوم أن الاتفاق على التحكيم لا يعني نزول المحتكم عن حقه في الالتجاء إلى القضاء؛ لأن هذا الأخير حق مقدس يتعلق بالنظام العام، وإنما يقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، بحيث إذا لم ينفذ الاتفاق على التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم للمحكمة.

5- القانون رقم (35) لسنة 1991م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة وتعديله:

أجاز هذا القانون اللجوء إلى التحكيم، فالباب الخامس متعلق بالتحكيم، حيث نصت المادة(106) منه على: تكون هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا الباب مختصة دون غيرها بنظر المنازعات الآتية:

أ- المنازعات التي تنشأ بين الشركات العامة والمؤسسات العامة والهيئات العامة.

ب- المنازعات التي تنشأ بين شركة عامة أو مؤسسة عامة وبين جهة حكومية مركزية أو محلية.

ج- يجوز لهيئات التحكيم أن تنظر أيضاً المنازعات التي تنشأ بين شركة عامة أو مؤسسة أو هيئة عامة وبين أي شخص طبيعي أو اعتباري يمني أو غير يمني إذا قبل أطراف النزاع بعد نشوء إحالته إلى هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون.

يفهم من هذا النص أن المشرع أجاز التحكيم في المنازعات الإدارية، ومنها منازعات العقود الإدارية، والتي يكون طرفاها شركة عامة أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة، أو طرفها شركة عامة أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة والطرف الآخر جهة حكومية مركزية أو محلية، أو يكون طرفها شركة عامة أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة والطرف الآخر أي شخص معنوي اعتباري أو معنوي محلي أو دولي، كما أن التحكيم يكون اختيارياً بقبول أطراف النزاع.

كما أوكل أمر تشكيل هيئة التحكيم بقرار من وزير الشؤون القانونية كما في المادة (107) من نفس القانون، على أن تتبع الإجراءات المنصوص عليها في مواد هذا القانون، وتكون أحكام هيئة التحكيم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن كما في المادة (116) من هذا القانون.

6- القانون رقم (15) لسنة 2010م الاستثمار:

أجاز المشرع اليمني من هذا القانون اللجوء إلى التحكيم بنص المادة (26)، والتي نصت في الفقرة (أ) على أن المحاكم التجارية اليمنية هي المختصة بحل منازعات الاستثمار، ونصت في الفقرة (ب) على أنه من غير إخلال بما ورد في الفقرة السابقة يجوز لأطراف النزاع الاستثماري الاتفاق على حل نزاعهم بالوسائل الودية أو عن طريق التحكيم، كما نصت الفقرة (ج) على أن حل النزاع بين المستثمر والحكومة بالتسوية عبر الطرق الودية، ما لم فيتم حله عبر طريق التحكيم ويكون:

- وفقاً لقواعد وإجراءات التحكيم لدى أي مركز تحكيم محلي أو إقليمي معتمد.
- وفقاً لقواعد التحكيم والإجراءات الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) النافذ.

ثانياً: رأي الباحث:

إن المشرع اليمني في قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية ولائحته التنفيذية جعل التحكيم أساساً، وأجاز للجهة المختصة اللجوء إلى التحكيم، وهذا يدل على أن المشرع لم يجبر الإدارة على التحكيم، لكنه نص في حالة عدم الاتفاق بين الطرفين بشأن التحكيم أنه يحقق للجهة في هذه الحالة إنهاء العقد, وخصم كافة الخسائر التي تكبدتها الجهة، لكن في حالة الاتفاق على التحكيم بين الطرفين يصير ملزماً وإجبارياً على الإدارة، ولا يحق لها إنهاء العقد، كما أن المشرع لم يذكر أن للإدارة الحق في اللجوء إلى القضاء كما صرح بذلك للتحكيم.

لكن في لائحة قانون قضايا الدولة اليمني نجد أنها بينت أن لجان التحكيم الحكومي هي صاحبة الاختصاص دون غيرها بحل المنازعات الناشئة بين الجهات المعنية التي شملتها أحكام القانون، حيث نصت المادة (4) من اللائحة على أن: " تكون لجان التحكيم الحكومي المنصوص عليها في القانون وهذه اللائحة مختصة دون غيرها بحل المنازعات الناشئة فيما بين الجهات المعنية المشمولة بأحكام القانون ...". ويفهم من ذلك أن التحكيم هو الطريق الوحيد لحل منازعات العقود الإدارية، وأن لجان التحكيم الحكومي هي صاحبة الاختصاص، وليس القضاء، وبالتالي لا يجوز للقضاء الفصل في تلك المنازعات، ومن وجهة نظري أن ذلك من القصور الذي يحتاج إلى إصلاح بعدم حصر حل المنازعات الإدارية عبر لحان التحكيم الحكومي فقط، كما أنه في الواقع العملي نجد القضاء يفصل في هذه المنازعات المتعلقة بهذه الجهات دون شرط أو قيد.

ووفقاً لهذا القانون تنوب وزارة الشئون القانونية وشؤون مجلس النواب عن الدولة بكافة شخصياتها الاعتبارية العامة، فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم اليمنية والأجنبية، ولدى الجهات الأخرى التي خولها القانون اختصاصاً قضائياً.

أما ما ورد بقانون الهيئات والمؤسسات والهيئات العامة، فإنه حصر قرار تشكيل هيئة التحكيم في وزير الشؤون القانونية فقط، ولا يتدخل فيه شؤون مجلس النواب، وهذا الاستثناء يكون خاصاً فيما ارتبط به؛ أي ينطبق على الشركات والمؤسسات والهيئات

العامة فقط دون غيرها من أشخاص الدولة العامة، كما لو كان الطرفان جهتين حكوميتين مركزيتين أو محليتين.

أما ما ورد في قانون الاستثمار فإنه يحصر في منازعات العقود الاستثمارية مع الدولة، وتكون المحاكم التجارية اليمنية هي الأصل بحل هذه المنازعات، كما لا يلتجئ إلى التحكيم إلا بعد محاول الحل بالتسوية عبر الطرق الودية، كما أن التحكيم لابد أن يكون لدى مركز تحكيم محلي أو إقليمي معتمد، كما أقر بالعقود الإدارية الدولية التي يكون حلها عبر إجراءات خاصة بلحنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) النافذ.

وخلاصة القول بأن المشرع اليمني أجاز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية سواء المحلية أو الدولية.

الفرع الثاني: رقابة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

لما أجاز المشرع اليمني اللجوء إلى التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية، ولما كان حصول النزاع ممكناً، فقد وردت أحكام تحكيمية في رقابة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أذكر خلاصة حكم منها[37]، للاستشهاد على حصول التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية في الواقع اليمني، وهو الحكم الصادر عن لجنة التحكيم الحكومي المشكلة بالقرار الوزاري رقم(64) لسنة 2001م في قضية التحكيم الحكومي رقم(2) لسنة 1999م في النزاع القائم بين وزارة التربية والتعليم وأحد المقاولين.

حيث تكونت لجنة التحكيم الحكومي من عدد من الأساتذة بوزارة الشؤون القانونية ومجلس النواب، وعقدت اللجنة جلستها بمقر الوزارة يوم الأربعاء 2002/7/17م، بناء على طلب المقاول المتعاقد مع الوزارة، حيث قدم إلى وزارة الشؤون القانونية بتاريخ 2001/6/11م طلب حل النزاع القائم بينه وبين المدعى عليها وزارة التربية والتعليم عن طريق التحكيم الحكومي، وقد اختار أحد القضاة محكماً عنه، واختار أحد المحامين للدفاع عنه، ورفع دعوى تعويض عما لحقه من ضرر أثناء تنفيذ العقد الإداري، وكان موضوع الدعوى طلب التعويض عن انجاز مشروع بناء معهد المعلمين المحصن(محافظة إب) وفقاً للاتفاقية المبرمة بينهما، بعد أن قدم تظلمه

للوزارة، نتيجة هبوط القيمة الشرائية للعملة المحلية خلال فترة إكمال العمل، ومساواته بغيره من المتعهدين والمقاولين الذين حصلوا على تعويضات وعلى فوارق الأسعار، وقد أقرت له المدعى عليها بالتعويض بعد عمل تقرير تفصيلي من قبل مهندسين مكلفين قبلها، وعبر عدة لجان، إلا أنها لم تلتزم.

وبعد رفع الدعوى للجنة التحكيم الحكومي، ورد محامي المدعى عليها، اطلعت اللجنة على الأوراق، وما أدليا به، وأصدرت حكمها بإلزام المدعى عليها وزارة التربية والتعليم بتعويض المقاول بمبلغ من المال بالدولار الأمريكي محدد في حكم اللجنة.

الخاتمـــــة

تناول البحث مفهوم العقد الإداري والتحكيم، وأقوال الفقه والقضاء في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأسانيد وحجج كل فريق، وموقف المشرع اليمني منه كما أورد في عدد من تشريعاته، أخلص إلى ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

- بينت الدراسة أن التحكيم له دور كبير في حل المنازعات في العقود الإدارية، بالرغم من حصول الخلاف بين الفقه والقضاء بين مؤيد ورافض للفكرة، إلا أن من كان رافضاً فكرة اللجوء إلى التحكيم في حل المنازعات في العقود الإدارية قد غير موقفه.

- بينت الدراسة إلى أن اللجوء إلى التحكيم لابد أن يتعرض له الدستور بالذكر في باب السلطة القضائية، حتى لا يقال أنَّه مخالف للدستور، وإن كان طبيعته خاصة، وأن يكون له قانوناً ينظمه، حيث أنَّ من الدول من تأخذ بنظام القضاء المزدوج، فيكون لها قضاء إدارياً، فيحتاج إلى قانون يصرح باللجوء إلى التحكيم كنظام في الفصل في منازعات العقود الإدارية، ولا يكتفى بالقانون الذي ينظم العقود المدنية، وأن تسري عليه نصوص قانون المرافعات سواء كانت الإدارية كما هو الحال في نظام القضاء المزدوج، أو المرافعات المدنية في نظام القضاء الموحد.

- كشفت الدراسة أن المشرع اليمني أجاز اللجوء إلى التحكيم في حل منازعات العقود الإدارية سواء المحلية أو الدولية، ونص على ذلك صراحة في تشريعاته، بل جعل التحكيم أساساً.

ثانيا: التوصيات والمقترحات:

- يوصي الباحث رجال القانون والمحامين بفتح مراكز تحكيم خاصة في منازعات العقود الإدارية، ويدعو الدولة إلى تشجيع ذلك.

- يوصي الباحث الفقه اليمني بنشر الوعي القانوني حول التحكيم بشكل عام، وفي منازعات العقود الإدارية بشكل خاص.

الهوامش والمراجع:

1) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، الطبعة الأولى، دون دار نشر، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2009م، ص10.
2) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991م، ص25.
3) د. محمد محمد الدرة، المرجع السابق، ص10.
4) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص17.
5) د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، طبعة جديدة، دار الفكر المعاصر، صنعاء، اليمن، 2008-2009م، ص197.
6) د. محمد محمد الدرة، المرجع السابق، ص13.
7) د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص83.
8) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص644.
9) د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، المرجع السابق، ص199 ود. محمد محمد الدرة، المرجع السابق، ص15.

10)د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1427هـ – 2006م، ص728.

11)د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1405هـ–1985م، ص765.

12)علي حيدر، تعريب المحامي: فهمي الحسيني، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء الرابع، طبعة 2003م، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص578.

13)د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001م، ص15.

14)د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص285.

15)د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية ودراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006م، ص41 وما بعدها.

16)د. محمد محمد الدرة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دون دار نشر، دون بلد نشر، 2009م، ص86.

17)د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، الإجراءات الخاصة للتنفيذ الجبري ضد الإدارة، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006م، ص37 وص38.

18)د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م، ص71.

19)المرجع نفسه، ص73 وص74.

20)المرجع نفسه، ص75 وص76.

21)د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص192.

22)د. محمد رفعت عبد الوهاب، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010م، ص470.

23)د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص480 وما بعدها.

24)د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص77 وص79.

25)د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص471.

26)د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص84.

27)د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص481.

28)د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص316 وص317.

29)د. محمد سعد خليفة، د. محمد حسن عبدالعال، د. شحاتة غريب شلقامي، اتفاق التحكيم، دون دار نشر، دون مكان النشر، 2008م-2009م، ص6.

30)د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص23.

31)د. محمد محمد الدرة، المرجع السابق، ص86.

32)د. أحمد عبد الملك أحمد بن قاسم، القضاء الإداري، طبعة جديدة ومنقحة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 1435هـ - 2014م، ص248 وص249.

33)محمد راشد عبد المولى، تطور التشريع والقضاء في الجمهورية اليمنية، الطبعة الثانية، عالم الكتب اليمنية: مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2001م -2002م، ص124.

34)محمد راشد عبد المولى، المرجع السابق، ص124.

35)د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص107.

36)د. محمد محمد الدرة، المرجع السابق، ص117.

37)د. مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص824 وما بعدها.