

بحوث أعضاء هيئة
التدريس بقسم القانون العام

تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي

أ.د. عزيزة حامد الشريف
أستاذ القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة:

مر الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في الكويت بمراحل ثلاث: الأولى هي المرحلة ما بين سنة ١٩٥٩ وسنة ١٩٨١، التي تبدأ بصدر القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم السلطة القضائية، وعاصرت إنشاء إدارة الفتوى والتشريع وإعلان الدستور الكويتي وصدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية، والمرحلة الثانية وهي ما بين سنة ١٩٨١ وسنة ١٩٩٥ وهي التي تبدأ بصدر تشريع إنشاء الدائرة الإدارية بالمرسوم بقانون ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بقانون ٦١ لسنة ١٩٨٢ وعاصرت تعديل قانون السلطة القضائية بصدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠، والمرحلة الثالثة هي المرحلة الحالية التي نشهدها الآن في أعقاب صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي. فقد أثار تطبيق هذا القانون نقاشاً قضائياً نلمسه في أحكام هيئات التحكيم وما تحتويه من ادعاءات ودفع هذه النقاش الذي وصل في نهاية المطاف إلى محكمة التمييز التي وضعت قواعد ومعايير لتحديد الاختصاص ما بين الدائرة الإدارية وهيئات التحكيم القضائي الجديدة.

وسوف نعرض فيما يلي لهذه المراحل الثلاث مع التركيز على المرحلة الأخيرة التي تشهد هذا الجدل القانوني، والتي تفتح أمامنا تطلعات إلى تعديلات جديدة نأمل أن يشهدها النظام القضائي الكويتي ويعمل فيها على تطبيق المبادئ الدستورية التي وضعها الدستور الكويتي في هذا الشأن^(١).

(١) يأتي هذا البحث بمناسبة تعز على أنفسنا، وهي ذكرى الزميل الفاضل المرحوم الدكتور/ داود العيسى. وقد أثرت اختيار موضوع الاختصاص القضائي باعتباره من أبرز الموضوعات التي عنى بها الفقيد وأعطاهما جهده وترك لنا أبحاثاً قيمة تدور في فلك موضوع اختصاص القضاء الإداري والتي استأنست بها ورجعت إليها كمراجع فقهية، وهو موضوع انفرد الفقيد في جامعة الكويت بدراسته وتدرسه لسنوات طويلة. رحم الله الفقيد وأسكنه فسيح جناته.

المرحلة الأولى: ما بين سنة ١٩٥٩ سنة ١٩٨١

أولاً: تبدأ هذه المرحلة بصدر قانون تنظيم السلطة القضائية الأول رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وكان أول قانون ينشئ سلطة قضائية منحت الاختصاص بالمنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة. (م٢) ومنحت الجمعية العمومية لكل من المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية سلطة تعيين دائرة أو أكثر من دوائرها تختص بالقضايا التي تكون الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة طرفاً فيها. (م٧، م٩) وأشار القانون إلى سلطة المحكمة في المنازعات التجارية وجواز طلب الاستئناس برأي بعض التجار بعد حلفهم اليمين أمامها، ويختار هؤلاء التجار بالدور من قائمة تعدها غرفة التجارة والصناعة، وهذه الإشارة في القانون تتفق مع ما كان سائداً من أوضاع عرفية وتنظيمية آنذاك، حيث كان يختص بفض هذه المنازعات ذات الطبيعة التجارية لجان من التجار يجلسون لحسم الخلافات في مسائل التجارة، وقد حل القضاء الموحد محل هذه اللجان، ولهذا رأى المشرع أن تتاح الفرصة للقاضي للاستئناس بآراء التجار فيما جرى عليه العرف في التعاملات التجارية والإفادة بخبرتهم في هذا الشأن.

وقد حرص المشرع على إبعاد القضاة عن المشاركة في أي تحكيم خاص، فنص في المادة ٣٩ من القانون على أنه «لا يجوز للقاضي بغير موافقة مجلس القضاء أن يكون محكماً ولو بغير أجر، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة».

يلاحظ أن اختصاص القضاء كان شاملاً المنازعات الخاصة بالديون والالتزامات أي كان مصدرها عقداً كان أو عملاً غير مشروع. ويستوى أن يكون النزاع واقعاً بين الأفراد أو واقعاً بين الأفراد والحكومة. فالدعوى التي تنشأ من العقود والمقاولات التي تعقدها الحكومة والدعوى التي ترفع على الحكومة وغير ذلك من المنازعات المدنية التي تقوم بين الحكومة والأفراد، كل ذلك يدخل في ولاية المحاكم. وقد كانت المسائل المدنية قبل ذلك تتنازعها جهات قضاء متعددة، فتارة تنظرها المحاكم وتارة تنظرها دوائر الشرطة والأمن العام وثالثة تنظرها البلدية، فوحدت هذه الجهات جميعاً وركزت في المحاكم دون غيرها. وبمقتضى هذا القانون منحت تلك السلطة القضائية الموحدة اختصاص بالفصل في جميع المنازعات وبغض النظر عن أطرافها، وذلك مع استثناء ما نص عليه في المادة الثانية من القانون والتي تقضي بأنه «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة ولها دون أن تلغى الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو تؤوله أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك»^(١).

(١) من أمثلة تلك القوانين قانون الوظائف العامة المدنية رقم ٧ لسنة ١٩٦٠ في المادة ١٣٢ منه التي تنص على جواز الطعن بالإلغاء في قرارات مجالس التأديب بالنسبة للموظفين أمام محكمة الاستئناف العليا في دائرتها الجزائية والتجارية لعب في الاختصاص أو الخطأ في الإجراءات أو في تطبيق القانون أو تفسيره، أيضاً ما ورد في قانون المحاسبات رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤ للمادة ٦٥ والتي أجازت الطعن في قرارات مجالس التأديب بالطرق المقررة للطعن في القرارات الإدارية لطلب إلغائها أو التعويض عنها لأي وجه من أوجه مخالفتها للقانون. أيضاً قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٧٣ في المادة ١١ والخاص بالمحافظة على الثروة البترولية والتي أجازت للمفوض بالعمل الطعن ضد قرار وزير المالية والنفط بفرض الجزاء الإداري والتعويض خلال واحد وعشرين يوماً من تاريخ إخطاره بذلك أمام محكمة الاستئناف العليا، أيضاً ما ورد في قانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن نزاع الملكية من جواز الطعن ببعض القرارات التي تصدرها لجنة الاعتراضات أمام القضاء. راجع في ذلك مؤلف المرحوم الدكتور/ داود العيسى.. تمهيد لدراسة القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة. مذكرات لطلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق صفحة ١٥١.

وفي تقديري، أن المشرع الكويتي في هذه المرحلة وإن لم يأخذ بقضاء الإلغاء إلا أنه أخذ بقضاء فحص المشروعية، أي فحص مشروعية القرار الإداري، ودون أن يمسه الحكم في كيانه يمكن أن يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق الأفراد من جراء عدم مشروعيته باعتبار أن التعويض من المسائل المدنية المباح للمحكمة أمر النظر فيها^(١).

وهو ما وضع عندما صدر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية والتي منحت اختصاص النظر في دستورية ومشروعية اللوائح (دون القرارات الفردية) ودون الحكم بالغائها حيث نصت المادة السادسة من القانون (إذا قررت المحكمة عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم مشروعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي).

في هذه المرحلة لم تكن هناك تشريعات تنظم إجراءات التقاضي ولا تشريعات تحكم المنازعات التجارية ولا تشريعات مدنية (سوى مجلة الأحكام العدلية) ولا تشريعات جزائية، وطالب القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بسرعة إصدار هذه القوانين لتتمشى مع التطور الحضاري، وأظهرت ديباجة القانون هذا الوضع وقارن بين دول أخرى وجد فيها التنظيم القانوني رغم تخلف حضارتها على عكس الكويت التي تقدمت حضاريا ولكن ما زال التنظيم التشريعي فيها مفتقرا^(٢).

وإذا كانت منازعات القانون العام تشمل إلى جانب القرارات الإدارية العقود الإدارية فإن في هذه المرحلة لم يكن لصيغة العقد الإداري وجود في التنظيم التشريعي ولكن بطبيعة الحال كان لها وجود في التطبيق القضائي، وقد وجدت أحكام في هذه المرحلة تشير إلى تصدي القضاء لمنازعات العقود أيا كانت طبيعتها، وحكم فيها وفقا لما يتطلبه التصنيف للعقد، فالعقد المدني يطبق عليه الأحكام المدنية السائدة، أما العقد الإداري فيحكم فيه وفقا لمبادئ القانون الإداري.

وواقع الأمر، أن القضاء الكويتي حتى قبل سنة ١٩٨١ كان يطبق في مناسبات كثيرة نظريات القانون الإداري وقواعده، وذلك سواء في مجال العقود الإدارية أو في مجال اكتساب ملكية الأموال العامة وتحديد نظامها القانوني، واعترف بالطبيعة القانونية الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة، وعاونه في ذلك المشرع الكويتي حيث تناول بالتنظيم أبرز عقود الدولة وأهمها، بدءاً بالدستور مثل نصوص المواد (١٣٦، ١٣٧، ١٥٢، ١٥٣). بمناسبة عقد القرض العام وعقود امتياز استثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة.

(١) في مرحلة سابقة من تاريخ القضاء في مصر كان يرد هذا النص في المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى تفسير هذا النص على أنه قاصر على القرارات الصحيحة دون القرارات المعيبة، كما ذهب إلى ذلك أيضا العديد من أحكام القضاء. راجع في هذا الشأن د. سليمان الطماوي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة - قضاء الإلغاء، صفحة ٣٧٠-٣٧٧. د. كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، صفحة ٢٥٤. وكان هذا النص موضع نقد من الفقه على أساس عدم مشروعيته وذلك في مرحلة قبل إنشاء المحكمة الدستورية والدائرة الإدارية. راجع مؤلف د. عثمان عبدالمالك الصالح - بحث عن السلطة اللائحية - مجلة الحقوق والشرعية ملحق العدد الأول، صفحة ١٠٥.

(٢) ديباجة القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم السلطة القضائية.

ثم القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالمناقصات العامة واختصاص اللجنة المركزية للمناقصات بإبرام عقود الأشغال العامة والتوريد.

ولكن رغم هذه النصوص التشريعية كان لا بد للقضاء أن يستعين بنظريات القانون العام للتمييز بين عقود الإدارة الإدارية وعقودها المدنية. وفي حكم للمحكمة الكلية صادر بتاريخ ٣١ - ١٩٧١ في القضية رقم (٧٠/٦٩) تقول المحكمة «يتعين التفرقة بين نوعين من أنواع العقود التي تبرمها جهة الإدارة، فالنوع الأول، هو الذي يتماثل في شروطه مع تلك التي يبرمها الأفراد كعقد تبرمه إحدى الوزارات باستئجار مبنى ليشغله أحد أقسامها، والنوع الثاني، عقود تبرمها الإدارة وتفترق عن عقود الأفراد في شروطها، بأن تتضمن شروطاً استثنائية يندر وجودها في عقود الأفراد أو شروطاً تبرز طابع السلطة في العقد، مثل عقد إنشاء طريق عام، إذ يخول للإدارة سلطات واسعة في الإشراف على تنفيذ العقد وفي فرض الغرامات المالية الباهظة عن التأخير فيه. وفي العقود الإدارية التي من هذا النوع الأخير لا تكون كفة كل من المتعاقدين متكافئة بل تغلب المصلحة العامة في هذا العقد على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه، وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد، ومن ثم تلجأ الإدارة في إبرامها للعقد الإداري إلى أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة وتخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة»^(١).

ثانياً: إصدار قانون ١٢ سنة ١٩٦٠ بإنشاء إدارة الفتوى والتشريع:

من الذي يدافع عن الحكومة وسائر الأشخاص العامة الأخرى ويمثلها أمام القضاء؟ ومن الذي يفتي في المسائل القانونية؟

كان لا بد لوضع القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ موضع التطبيق الصحيح من صدور مرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ بإنشاء إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت، وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون بما يلي:

«يكون هذا الجهاز تحت تصرف الدوائر الحكومية لاستفتائه في المسائل التي تنجم عن تطبيق القوانين والمراسيم (اللوائح).

(١) راجع بحثاً بعنوان طبيعة الأوامر التغيرية. ديسري العصار سنة ١٩٩٣ مذكرات مقدمة إلى برنامج الدورات التدريبية ص٢، راجع مذكرات المرحوم الدكتور/ داود العيسى عن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري والضمانات المتوافرة للتعاقد معها - مقدم في مذكرات إلى برنامج الدورات التدريبية - كلية الحقوق - جامعة الكويت.

ولما كان من الملائم أن يتولى هذا الجهاز القانوني مراجعة العقود التي تبرمها الحكومة مع الشركات والمقاولين والأفراد والفتوى في جميع المسائل التي تنتج عن تنفيذ هذه العقود، وذلك بعد أن اتسعت أعمال الحكومة وتعددت صلاتها بالشركات والهيئات والأفراد....

ولما كان من المناسب أيضا أن يتولى هذا الجهاز القانوني الدفاع عن خزانة الدولة في جميع الدعاوى التي ترفع على الحكومة أو منها، من أجل ذلك كله صدر قانون ١٢/ ١٩٦٠ ونص في المادة الأولى من القانون.

(تنشأ إدارة مستقلة للفتوى والتشريع للحكومة الكويتية وتلحق بالمجلس الأعلى).

أما عن الاختصاص فقد نصت عليه المواد التالية:

(م/٤) «تبدي إدارة الفتوى والتشريع الرأي بناء على طلب المجلس الأعلى فيما يقوم من خلاف في وجهات النظر بين مختلف الوزارات، وترفع إلى المجلس الأعلى رأيها في ذلك مشفوعا بالأسباب التي استند إليها».

(م/٥) «تختص إدارة الفتوى والتشريع بمراجعة العقود ولا يجوز لأي دائرة (وزارة) أو مصلحة أو هيئة حكومية أن تبرم أو تقبل أو تجيز عقداً أو صلحاً أو تحكيمياً في موضوع تزيد قيمته على مليون روبية بغير استفتاء الإدارة».

(م/٨) «تتولى إدارة الفتوى والتشريع الدفاع عن مصالح الخزانة العامة في جميع القضايا التي ترفع أمام المحاكم على الحكومة أو منها».

ولكن يبقى دورها إفتاء، ولكن ما مدى إلزام الفتوى؟

يظل احترام الفتوى أدبيا، ومعنى ذلك أننا لو تصورنا أن إدارة الفتوى تقوم بدور الحكم في المنازعات بين الإدارات، إلا أنه تحكيم دون قوة تنفيذية إلا القوى الأدبية، ويظل هناك نقص تشريعي في جانب مهم من المنازعات، وهي التي تقوم بين أشخاص القانون العام.

هذه المرحلة من التاريخ يطلق عليها مرحلة القضاء العام الذي لا مجال فيه للقضاء الخاص إلا في حالات استثنائية ينظمها القانون، وأيضا التحكيم أصبح إطاره محددا في منازعات معينة يحكمها قانون الدولة.

فالفرد في الدولة الحديثة لا يحقق العدالة بنفسه كما يتصورها، فقد حرمت عليه الدولة الحديثة ذلك، كذلك لا يستطيع الأفراد في ظل الدولة الحديثة أن يسلكوا سبل التحكيم إلا في نطاق ضيق، فقد حرمت عليهم الدولة أيضا سلوك هذا السبيل لتحقيق العدالة إلا بصفة استثنائية وتحت رقابة الدولة وشرافها.

وفي هذه المرحلة، عرفت الكويت نوعا من التحكيم الإلزامي، ومن أبرز أمثله آنذاك إنشاء لجنة التحكيم في منازعات العمل الجماعية وفقا للمادة ٨٨ من قانون ٢٨ سنة ١٩٦٤. وعرفته الدولة

أيضا كصورة استثنائية حتى بعد صدور قانون المرافعات رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ والذي اعتمد نظام التحكيم الاختياري، ومن أمثلته التحكيم في منازعات معاملات سوق الأوراق المالية بقرار وزير التجارة والصناعة رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣ الذي أنشأ لجنة يرأسها قاض وتضم في عضويتها عضوين من لجنة السوق^(١).

ثالثا: إصدار الدستور الكويتي سنة ١٩٦٢

تتميز هذه المرحلة بصدور الدستور الكويتي سنة ١٩٦٢، وقد أتى هذا الدستور بقواعد وأسس لتنظيم السلطة القضائية في العديد من نصوصه، أبرزها المواد رقم ١٦٤، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، وعهد الدستور الكويتي إلى المشرع بسلطة ترتيب السلطة القضائية بما تشمله عبارة الترتيب من إنشاء وتنظيم وإلغاء، حيث نصت المادة ١٦٤ على أن «يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ويبين وظائفها واختصاصاتها»، وفي توجيهه نحو إنشاء قضاء يختص بمنازعات القانون العام، فتح الدستور المجال واضحا وصريحا لإنشاء مثل هذا القضاء وترك أمر ترتيبه أيضا للمشرع وورد في هذا الشأن نصان: الأول، وهو نص المادة ١٦٩ الذي قرر (ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملا ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون) وبذلك يكون الدستور فتح المجال واضحا أمام اختصاص قضائي كان مغلقا في ظل قانون ١٩٥٩ فيما يتعلق بإلغاء القرارات الإدارية وتفسيرها وتأويلها، وأيضا فتح المجال صريحا بنظر أي منازعة ذات طابع إداري، وتخضع في حكمها لمبادئ القانون العام، خارج إطار القرارات الإدارية، ومنها مشكلات العقود الإدارية.

وجاء في المذكرة التفسيرية لتلك المادة (وردت بهذه المادة عبارة بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، والمقصود بالغرفة دائرة من دوائر المحكمة) ويمكن أن يفهم من ذلك أن المقصود بالمحكمة هو جهة قضائية خاصة، أي محكمة إدارية، ولعل المشرع الدستوري أراد أن يزيد الأمر وضوحا بموافقة على إنشاء قضاء خاص لمنازعات الإدارة فأكد بوضوح في المادة ١٧١ على أنه (يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين) وهو بذلك أكد هذا الاستقلال باختصاص منازعات الإدارة ليس فقط في مجال الحكم القضائي فهو صريح بمقتضى المادة ١٦٩، ولكن أيضا في مجال الإفتاء والصياغة ليكون صرحا مختصا ومختصا بكل ما يحيط بشئون الدولة القانونية، وهو ما نصت عليه المادة ١٧٠ من الدستور يربط (القانون الهيئة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح كما يربط تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء).

(١) راجع د. أحمد مليجي - قواعد التحكيم في القانون الكويتي سنة ١٩٩٦، مؤسسة دار الكتب، صفحة ٣١.

المرحلة الثانية: بين سنة ١٩٨١ وسنة ١٩٩٥

مرحلة إنشاء الدائرة الإدارية واختصاصها بمنازعات العقود الإدارية.

دولة الكويت أخذت أساسا بنظام القضاء الموحد وجاء نص الدستور الكويتي الصادر سنة ١٩٦٢ في المادة ١٦٩ منه على أن «ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين بالقانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملا ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون».

ورغم صدور الدستور سنة ١٩٦٢ إلا أن المشرع لم ينفذ المادة ١٦٩ إلا في سنة ١٩٨١ بإصداره المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الذي عدل بقانون ٦١ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية ونص في المادة الأولى منه على أن تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة.

وبذلك يكون المشرع قد قبل الخيار الأول الذي منحه إياه المشرع الدستوري وهو إنشاء دائرة من دوائر المحكمة الكلية، واستبعد في تلك المرحلة إنشاء محكمة إدارية خاصة. كما استبعد بالتالي تطبيق المادة ١٧١ من الدستور وإنشاء جهاز قضائي مستقل (مجلس الدولة)، وكان للمشرع مبرراته في ذلك الوقت والتي تتمثل في بداية عهد الدولة بالأخذ بهذا النوع من القضاء مع توقع قلة المنازعات التي لا تستدعي إنشاء هذا الجهاز القضائي المستقل. وقد عدل المرسوم بقانون ٢٠ لسنة ١٩٨١ بقانون ٦١ لسنة ١٩٨٢^(١) وهو أيضا لم يعط هذه الدائرة اختصاصا عاما وشاملا وإنما محددًا على سبيل الحصر في موضوعات قررتها المادة الأولى وإن جعل اختصاصها احتكاريًا (دون غيرها) من دوائر المحكمة، حيث قرر القانون: تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض.

وقد جاء هذا الاختصاص كما يلي:

١ - في شئون الموظفين:

«أولا: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.

ثانياً: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية.

(١) نشر في جريدة الكويت اليوم العدد ١٣٤٤، السنة السابعة والعشرون، وقد عدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ المنشور في الكويت اليوم، العدد ١٤٩٩، السنة التاسعة والعشرون.

ثالثا: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية.

رابعا: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم».

٢ - القرارات الإدارية:

«خامسا: الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وترخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة».

٣ - في شأن العقود الإدارية:

نصت المادة الثالثة «تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقدين الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل».

٤ - أكد المشرع انفراد الدائرة بالاختصاص بإلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها في المادة الخامسة التي نصت على ما يلي «تكون للدائرة الإدارية وحدها ولاية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المشار إليها في البنود ثانيا وثالثا ورابعا وخامسا من المادة الأولى، كما تكون لها وحدها ولاية الحكم في طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن تلك القرارات سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية».

وبذلك يكون المشرع في هذه المرحلة قد أقام الرقابة القضائية على جانب من أعمال الإدارة في كنف القضاء العادي ولم يشأ أن ينشئ قضاء إداريا مستقلا بالتطبيق للمادة ١٧١ من الدستور واكتفى بتطبيق الخيار الوارد في المادة ١٦٩ بتخصيص إحدى دوائر القضاء العادي للنظر في الخصومات الإدارية، وعليه فإن دولة الكويت لا تزال تأخذ بنظام القضاء الموحد ولم تأخذ بنظام القضاء المزدوج الذي يقوم على وجود جهتين قضائيتين مستقلتين، وهو الخيار الثاني الذي أبحاثه المادة ١٧١ من الدستور^(١).

ولقد سارت الدائرة الإدارية على ذات النهج الذي اتبعه القضاء السابق وأخذت بالمبادئ المستقرة في القضاء الإداري والخاصة بالعقود الإدارية.

ومن أحكامها الأولى في هذا الصدد الحكم في القضية رقم ٨١/٧ بتاريخ ١٩٨١/١٢/١٤

(١) راجع في تفاصيل هذا الاختيار ومناقشاته المذكرة التفسيرية للقانون والأعمال التحضيرية له، راجع أيضا بحث الدكتور/ عثمان عبدالمك الصالح (التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الكويت ومحاولات وضعه موضع التنفيذ) مجلة الحقوق - العدد الثاني - السنة العاشرة - يونيو ١٩٦٨. راجع أيضا مؤلف الدكتور/ داود العيسى - مذكرات القانون الإداري - القضاء الإداري، صفحة ٢١٣، مذكرات لطلبة السنة الثالثة - كلية الحقوق.

وفيه تقول المحكمة «وحيث إن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد».

وقد أقرت المحكمة في هذا الحكم ما نص عليه في العقد من إعطاء الإدارة سلطة تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة في حدود ١٥٪ وكذلك حق تمديد العقد بالشروط والأسعار نفسها لمدة ثلاثة أشهر عقب نهايته، وكذلك سلطتها في إلغاء العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، وكذلك في حالة إفلاسه ودون اللجوء للقضاء.

وفي حكم لمحكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز في ١٩٨٩/١/٢٣ أشارت إلى اختصاص الدائرة الإدارية، وجاء في الحكم ما يلي^(١).

من المقرر أن اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية مرجعه ما تتضمنه من روابط هي من مجالات القانون العام، وليس كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري يخضع لذلك القانون، بما يقتضاه أن يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بمعناها الفني، وإن عقدت المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم ١٩٨١/٢٠ للدائرة الإدارية وحدها الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر فيه «عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر «فيكون البين منه أن تعداد تلك العقود بالنص سالف الذكر إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر - باعتبارها من أهم العقود الإدارية المسماة، ومن ثم، لا يكون اختصاص الدائرة الإدارية مقصورا على تلك العقود بل يمتد إلى جميع العقود الإدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون أو وفقا لإرادة الطرفين».

يتضح مما سبق أن جميع المبادئ والنظريات الأساسية للعقود الإدارية المعروفة في القانون المقارن أصبحت قابلة للتطبيق في القانون الكويتي.

المرحلة الثالثة سنة ١٩٩٥ وحتى الآن

تبدأ المرحلة الثالثة بعد صدور قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ والذي تضمن أيضا تعديلات نظام التحكيم الاختياري وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية.

فتح النظام القضائي في دولة الكويت المجال وبدرجات متفاوتة للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين لحل بعض منازعاتهم عن طريق التحكيم بمعرفة من يختارونه هم من المحكمين وطبقا لقواعد يتفقون عليها وبما لا يتعارض مع القواعد العامة للتقاضي.

(١) طعن ٨٨/١٢٢ تجاري، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، سنة ١٧، ص ٧١.

وقد مر التحكيم بصورته الاستثنائية في دولة الكويت بمراحل متطورة إلى أن استقر في المرحلة التشريعية الحالية على صورتين: أولاً، ما نص عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ في بابه الثاني عشر بالمواد من ١٧٩ إلى ١٨٨ (مع إلغاء المادة ١٧٧ منه بالمادة ١٢/٢ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي)، وثانيهما، القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

١ - التحكيم الاختياري في ظل قانون المرافعات:

نظم قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ في مواده من ١٧٣ إلى ١٨٨ التحكيم الاختياري، وهو الصورة الأولى من صور التحكيم في هذا النظام القضائي وتميز بالميزات الرئيسية التالية:

- أ - لم يحدد المنازعات التي يجوز للأفراد اللجوء إليه كوسيلة لفضها، ولم يشترط لذلك إلا أن تكون من المنازعات التي يقبل فيها الصلح، وإن كان ورود ذلك التنظيم في قانون المرافعات قد يحدد مجال أعماله في المنازعة ذات الطبيعة المدنية أو التجارية للأشخاص طبيعيين أو اعتباريين.
- ب - أوجب القانون أن يكون موضوع النزاع موضعاً في اتفاق التحكيم أو في العقد إذا اتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ من تنفيذه.
- ج - أنه جعل من حق أطراف التحكيم اختيار محكميهم بشرط ألا يكون المحكم مفلساً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية ولم يرد إليه اعتباره، وأن يقبل التحكيم، وأنه حظر على الحكم بعد قبوله التحكيم التنحي عنه أو عزله إلا بموافقة الخصوم، وإن أجاز رده بدعوى تقام بطلب يقدم إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى أصلاً. وأوجب في حالة تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً.
- د - وضع القانون إجراءات نظر النزاع محل التحكيم وتنفيذه وراعى فيها اليسر والبساطة لسرعة الفصل في النزاع دون تقيد بالقواعد المقررة في قانون المرافعات كأصل عام.
- هـ - إنه وكقاعدة عامة حظر جواز الطعن في الأحكام عن طريق التحكيم ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على ذلك قبل صدورهما، وإن أجاز الطعن فيها بالبطالان بدعوى مبتدأه في حالات محددة حصراً، ترفع أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى أولاً، بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى وذلك في موعد محدد بإجراءات خاصة^(١).

(١) راجع بحثاً عن الجوانب الدستورية والقانونية في عملية إنشاء هيئة التحكيم، د. عادل الطبطبائي، مجلة الحقوق العدد ٤، السنة ٧، ديسمبر ١٩٨٣.

٢ - ملامح التحكيم القضائي في ظل أحكام قانون رقم ١١ سنة ١٩٩٥.

صدر القانون بشأن التحكيم القضائي في المنازعات المدنية والتجارية في ١٩ فبراير ١٩٩٥ وقد أثار تطبيق هذا التشريع مجموعة من التساؤلات، وكان أول هذه التساؤلات: هل التحكيم القضائي الجديد نظام استثنائي لفض المنازعات أم هو تنظيم جديد لهيئة قضائية جديدة؟ وكان التساؤل الثاني: هل اختصاص هيئة التحكيم اختصاص اختياري أم إجباري؟ وكان التساؤل الثالث حول أثره على اختصاص الدائرة الإدارية، هل أوجد ازدواجا في الاختصاص بمنازعات القانون العام بأن يشارك التحكيم القضائي الدائرة الإدارية فيما يدخل في اختصاصها وفقا لقانون إنشائها.

وفي سبيل الرد على هذه التساؤلات نشير إلى الملامح الرئيسية التي أتى بها هذا التشريع.

أولا بالنسبة للتساؤل الأول: هل التحكيم القضائي نظام استثنائي لفض المنازعات أم هو تنظيم لهيئة قضائية جديدة؟

أ - أخذ المشرع في تشكيل هيئة المحكمين بنظام مختلط يجمع بين العناصر القضائية وعناصر يختارها أطراف النزاع فأوجد نظاما للتحكيم القضائي بواسطة هيئات مشكلة من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختارهما أصلا أطراف الخصومة من جداول المحكمين التي نص القانون على تنظيمها أو من غيرهم، أو يختارهما إدارة التحكيم القضائي من المحكمين أصحاب الدور في تلك الجداول فيكون التشكيل خماسيا، على أن يتولى رئاسة تلك الهيئات أقدم أعضائها وأن يكون بدرجة مستشار، وأجاز ردهم على أن يرفع طلب الرد بتقرير يودع إدارة كتاب محكمة التمييز التي تختص بنظره والفصل فيه دون وقف لإجراءات التحكيم خلال إجراءات الرد.

ويلاحظ أن أطراف النزاع ليسوا ملزمين بالاختيار من الجدول، فهم يملكون الاختيار من غير الجدول، ولا قيد عليهم في ذلك، وعندئذ يمكن أن يكون المحكم كويتياً أو أجنبيا ويمكن أن يكون رجلا أو امرأة، ولكن المحكم المختار في كل الأحوال يجب أن يكون كامل الأهلية، محايدا بين الخصوم، إلا أنه رغم هذه الحرية في الاختيار والتي هي أساس نظام التحكيم إلا أن الغلبة ما زالت للعنصر القضائي.

وقد وجه النقد لهذا التشكيل على قول من أن غلبة العنصر القضائي تتنافى مع فكرة التحكيم التي تبنى أساسا على سلطان الإرادة للمحتكمين، حيث إنهم يشكلون هيئة تمثل مصالحهم وتكون قريبة لفهم الجوانب والاعتبارات الفنية أو التجارية لمنازعاتهم، وهو ما لا يتحقق في حالة غلبة العنصر القضائي، وهو ما قد يثير التردد والمخاوف من عدم التحرر من إجراءات التقاضي العادية، وعلى الأخص عدم السرعة وغياب الاعتبارات الفنية، كما أن غلبة العنصر القضائي يخشى منها أن تؤدي إلى تقليص وربما انعدام دور وتأثير المحكمين الآخرين الذين يمثلان طرفي النزاع أساسا، يضاف إلى ذلك أن التكوين الوظيفي لدى العنصر القضائي قد يدفعه إلى التخوف من التخلص من الإجراءات التقليدية للتقاضي، أو قد يدفعه إلى التمسك باتجاهات قضائية محددة في مسائل متفرقة

سبق لهم تبنيها في أحكام قضائية سابقة^(١)، بل إن أحد الفقهاء وصف هذا التنظيم القضائي لهيئة التحكيم بأنه رده عن التحكيم الذي أساسه الاتفاق والتراضي بين الأطراف المتنازعة^(٢).

والحقيقة التي نراها، أننا لسنا أمام أسلوب تحكيم خاص وإنما نحن أمام نظام تحكيم قضائي يشكل جزءاً من كيان السلطة القضائية، وإذا كانت الرضائية تتوافر فيه وهي أساس اللجوء إلى التحكيم وأساس شرعيته، إلا أن هذه الرضائية جزئية فيما يتعلق باختيار أشخاص المحكمين حيث يقتصر الأمر على عضوين فقط يقوم باختيارهما المحتكمين، بل قد يترك أمر اختيارهما للإدارة، ويبقى بعد ذلك كي تتحقق فاعلية النظام وخاصة تحقيق أهدافه متوقفة على الإجراءات والسرعة والسرية والخبرة المطلوبة والتي نأمل أن يحققها القانون بتنظيمه التحكيم، ويحققها المحكمون ذواتهم بتفهم أبعاد أهداف هذا النظام وكونه وسيلة الخروج من دائرة القيود القضائية المعتادة.

ثانياً: بالنسبة للتساؤل الثاني هل اختصاص هيئة التحكيم اختياري أم إجباري؟

– إن الملاحظة الثانية على القانون أنه حدد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في أمور ثلاثة:

أولها، اختيارية اتفاقية وهي «المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود مبرمة بعد العمل بهذا القانون، وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك».

ثانيها، اختصاص إجباري ملزم، حيث تفصل في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين الشركات التي تملك الدولة رأسمالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات.

وإن كنا نأخذ على النظام الكويتي أخذه في تشكيل هيئة التحكيم الجبري بذات تشكيل هيئة التحكيم الاختياري الذي يجمع بين العنصر القضائي والعنصر الفردي الخارجي، وهو أمر شديد الغرابة وخاصة في مجال علاقات الحكومة بالشركات العامة، وهي في النهاية أشخاص تتبع الدولة عضواً وإن أخضعها المشرع لمبادئ القانون الخاص في ممارسة نشاطها الاقتصادي، وخاصة بعد أن أصبح هذا الأسلوب الجبري الذي لا سبيل آخر غيره لحل هذه المنازعات، وبذلك يكون المشرع في الكويت تبني نظام التحكيم الجبري في العلاقات بين أشخاص القانون العام الإدارية والأشخاص الاقتصادية^(٣).

(١) د. محمد المقاطع «بعض إشكاليات التحكيم القضائي وفقاً لقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥» ورقة مقدمة إلى مؤتمر التحكيم التجاري الذي عقد في الكويت في الفترة من ٢٧ إلى ٢٩ أبريل ١٩٩٧.

(٢) أ.د. فتحي والي أستاذ قانون المرافعات بجامعة القاهرة في ندوة حول التحكيم القضائي في الكويت تحت إشراف جمعية المحامين الكويتية في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

(٣) راجع وجهة نظرنا في طبيعة المشروعات العامة الاقتصادية وكونها من أشخاص القانون العام أخضعها المشرع بالنص التشريعي في ممارستها لنشاطها الاقتصادي لمبادئ القانون الخاص، رسالة التأميم وتجربته في مصر ١٩٧٦، صفحة ٢٥٠.

ثالثها: أمور تعرض على التحكيم وتتراوح ما بين الاختيار والإجبار أي شبه جبرية وتتمثل في الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء. والحقيقة أن النص على التزام أحد طرفي النزاع بقبول التحكيم بمجرد طلبه من الطرف الآخر هو أمر يتعارض مع منطق التحكيم وأساسه التراضي، فالتحكيم كما وصفه حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر^(١).

«لا يجوز بحال أن يكون إجباريا.. يذعن إليه أحد الطرفين انفاذا لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلاقها، وذلك سواء أكان موضوع التحكيم نزاعا قائما أم محتملا، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه - وفقا لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها. وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذا كاملا وفقا لفحواه».

وأضاف «أنه ولئن كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام (في مصر) قد نظم صورا بذاتها كان التحكيم فيها (إجباريا) هي تلك التي تقوم بين الدولة - بتنظيماتها المختلفة - وبين وحداتها الاقتصادية، إلا أن النزاع بين هذه الجهات لا يثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها أو تتعارض توجهاتها، إذ تعمل جميعها باعتبار أن ثمار نشاطها عائد - في منتهىها - إلى المرافق العامة التي تقوم الدولة على تسييرها، وتكفل انتظامها وتطويرها لضمان وفائها بالأغراض التي ترمي إلى اشباعها وليس كذلك الأمر إذا كان أحد الأشخاص الطبيعيين طرفا في ذلك النزاع، إذ لا يجوز أن يدخل في هذا النوع من التحكيم - وعلى ما كان ينص عليه هذا القانون ذاته - إلا بقبوله».

وفي الواقع، أن إلزام الشخص الاعتباري بالمثل أمام قضاء التحكيم دون القضاء العادي يؤكد أننا لسنا أمام أسلوب تحكيم وإنما هو مثل مثل أمام جهة قضائية جديدة انشأها المشرع وخولها الاختصاص بنظر هذا الموضوع، وفي تقديري أن المشرع في الكويت أراد أن يأخذ بأسلوب التحكيم في فض المنازعات، وهو الأسلوب الاستثنائي القائم على اتفاق وتراضى أطراف النزاع لعرضه على جهة محايدة يتفقان على اختيارها، وقد بدأ ذلك بالفعل في البند رقم (١) من المادة الثانية، إلا أن البندين الثاني والثالث حول الاختصاص من أسلوب تحكيم اختياري إلى جهة قضائية ملزمة واحتكارية بحيث أصبحت هيئة التحكيم جزءاً من السلطة القضائية المحكرة لفض المنازعات بين ذوي الشأن، وأكد ذلك التشكيل القضائي الغالب للهيئة، وإمكانية الطعن في أحكامها أمام محكمة التمييز، كما أكدته انفرداها بالفصل في مسألة اختصاصها كمسألة أولية شأنها شأن الجهات القضائية الأخرى.

(١) جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢ في ١٢/٢/١٩٩٥. منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة التاسعة والثلاثون - إبريل/ يونيو ١٩٩٥، صفحة ٧١.

ج - يلاحظ أيضا أن القانون جعل نظر المنازعات أمام هيئات التحكيم بغير رسوم إلا أنه أوجب على رئيس هيئة التحكيم من بين إجراءات نظر النزاع تحديد أتعاب المحكم المختار، ويتعين على الخصم الذي يمثل المحكم إيداعها خزانة إدارة التحكيم، ولنا ملاحظة عن مدى التزام الجهات الحكومية بهذه الأتعاب مع ما يتضمنه ذلك من حرمانها من ميزة الإعفاء المقررة لها من أي رسوم قضائية أو أتعاب محامين.

د - حدد القانون إجراءات خاصة لنظر النزاع أمام هيئات التحكيم، فجعل من حقها الفصل في المسائل الأولية التي تدخل في اختصاص القضاء المدني والتجاري، وفي الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، وإصدار الأحكام والأوامر المشار إليها في الفقرات أ، ب، ج من المادة ١٨٠ من قانون المرافعات (وهي الحكم بالجزاء المقرر قانونا على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة الوارد ببيانها في المادة ٤٧ من قانون الإثبات في قانون ٣٨ سنة ١٩٨٠ والبالغ قدره ٢٠ دينارا، والحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم الوارد ذكره في المادة ٢٤ من ذات القانون، والأمر (بالإنابات القضائية) وهي أمور محظورة على المحكم في التحكيم وفقا لقانون المرافعات (التحكيم الاختياري).

هـ - أجاز القانون الجديد الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئات التحكيم بالتمييز، وفي الحالات التي تجيز ذلك قانونا، والتماس إعادة النظر وجعل الاختصاص في الحالتين لمحكمة التمييز.

و - جعل لأحكام هيئات التحكيم قوة الأمر المقضى به وواجب النفاذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف كما حظر نشر أجزاء منها إلا بموافقة الخصوم.

ثالثا: التساؤل الثالث وهو يبحث في طبيعة النزاع الذي تختص بنظره هيئة التحكيم القضائي:

هنا يمكننا أن نطرح السؤال التالي: ما أثر قانون ١١/١٩٩٥ على احتكار الدائرة الإدارية اختصاص الفصل في المنازعات الإدارية وفقا لقانون إنشائها؟

يثور التساؤل حول طبيعة النزاع الذي يمكن أن ينظر أمام هيئة التحكيم إذا كان أطراف النزاع كلهم من أشخاص القانون العام وفقا لنظام التحكيم الجبري أو إذا كان أحد أطراف النزاع شخصا خاصا (فردا أو شركة) وبين جهات عامة.

هل عنوان القانون الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية يستتبع أن نستبعد من الخضوع لأحكامه المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، وهي ما قد يكون أساسها قرارا إداريا أو عقدا إداريا، وهي الوسائل المتصلة بسير المرافق العامة وتنحو فيها الجهات العامة منحني السلطة ومظهرها؛ وحينئذ لا يخضع للتحكيم إلا المنازعات في مسائل تنحو فيها الجهات العامة منحني الأفراد في إدارة شؤون أنفسهم بمقتضى عقود تخضع لقواعد القانون المدني؟ أم أن اختصاص

هيئات التحكيم القضائي يمتد إلى المنازعات ذات الصلة الإدارية، وحينئذ سوف يثور العديد من التساؤلات القانونية، أهمها ما أثر هذا الاختصاص على اختصاص الدائرة الإدارية الاحتكاري (دون غيرها) كما نص عليه قانون إنشاء الدائرة الإدارية وتعديلاته، وهي اختصاصات منصوص عليها على سبيل الحصر، وتشمل منازعات حول شئون التوظيف والقرارات الإدارية والعقود الإدارية؟.

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات يجب أن نؤكد على عدة أمور:

- ١ - أن أساس وجود الدائرة الإدارية واختصاصها هو نص الدستور في المادة ١٦٩ «ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملا ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون».
 - ٢ - أن الدستور عهد إلى المشرع سلطة تنظيم القضاء وفقا للمادة ١٦٤ من الدستور (يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها...) وكلمة يربط تفسر على أنها تشمل الإنشاء والتنظيم والإلغاء.
 - وأن ما قصد إليه الدستور عندما فوض المشرع في تحديد الجهات القضائية وتقرير اختصاصاتها هو أن يعهد إليه دون غيره بأمر تنظيم شئون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي يعينها تحديدا ولقسط كل منها أو لنصيبها فيها، بما يحول دون تنازعها فيما بينها أو إقحام إحداها فيما تتولاه غيرها من المهام، وبما يكفل دوما عدم عزلها جميعا عن نظر خصومه بعينها.
 - ٣ - المشرع جرى في قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ معدلا بالقانون رقم ٦١ سنة ١٩٨٢ على جعل اختصاص الدائرة الإدارية على سبيل الحصر، كما جعل اختصاصها احتكاريا لا يشاركها فيه دائرة أخرى من دوائر المحكمة الكلية.
 - ٤ - أن تنظيم المشرع في قانون سنة ١٩٩٥ صورة التحكيم القضائي يختلف عن التحكيم الاختياري وفقا لقانون المرافعات. أما التحكيم الاختياري فهو مرهون بقبول المحكمن للتحكيم، وهو شرط لجوازه باعتباره طريقا استثنائيا لفض النزاع بين طرفين بغير اتباع طرق التقاضي المعتادة دون تقييد بكل ضماناتها، أما التحكيم القضائي فهو صورة من صور القضاء ينظمه المشرع بحكم اختصاصه المنصوص عليه في المادة ١٦٤ من الدستور.
- واستنادا إلى هذه النصوص الدستورية والتشريعية يمكننا أن نصل إلى النتائج التالية:

- ١ - أن سلطة المشرع مقيدة بإزاء إنشاء دائرة أو غرفة أو مجلس دولة يكون الاختصاص فيها قاصرا على الخصومات الإدارية، ومن ثم لا يملك المشرع توزيع الاختصاص بشأن هذه المنازعات أمام أكثر من دائرة أو أكثر من محكمة غير مختصة نوعيا بالمنازعات الإدارية، ومن ناحية أخرى، فإن اختصاص الدائرة هو اختصاص منصوص عليه على سبيل الحصر وهو اختصاص احتكاري، وصفة المنازعة الإدارية وإرادة المشرع هي الفيصل في تحديد هذا الاختصاص. ومن ثم فإن أي منازعة ذات

طبيعة إدارية ينبغي على المشرع إعمالا لحكم الدستور أن يرجعها إلى الدائرة الإدارية بما لا يسمح بخلق اختصاص مزدوج أو اختصاص مشترك بين الدائرة الإدارية وأي جهة قضائية أخرى.

٢ - ومن ثم، إذا كان قانون الدائرة الإدارية حدد اختصاصها على سبيل الحصر ولم يرد فيه ذكر المنازعات بين جهات حكومية أو بين أشخاص عامة وشركات تملك الدولة رأسمالها بالكامل وهو ما نظمته المشرع بأسلوب التحكيم الإجباري، بالتالي فإن هذا الاختصاص وإن كان لا يتعارض مع قانون الدائرة الإدارية إلا أن إلحاق هذا الاختصاص بغير الدائرة الإدارية (على فرض أن المنازعة إدارية) يتعارض مع أحكام الدستور في المادة ١٦٩ الذي دعا المشرع إلى إنشاء جهة قضائية خاصة بالخصومات الإدارية، فضلا عن اعتبارات الملاءمة التي تدعو أن ينظر نزاع الأشخاص العامة جهاز يراعى في تشكيله التخصص الإداري وعلى أقل تقدير ألا يشارك في الحكم فيه محكمون أفراد، كما هو الحال بالنسبة لتشكيل هيئات التحكيم وفقا لقانون ١١ سنة ١٩٩٥، وهذا الاختصاص بذاته هو ما أناطه المشرع المصري بالجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري، ولهذا لا يمكننا إلا أن نقصر هذا الاختصاص الجديد لهيئات التحكيم في حدود المنازعات ذات الطبيعة التجارية والمدنية، ويؤكد ذلك عنوان القانون ذاته ونص المادة الخامسة منه.

٣ - إن طبيعة المنازعة الإدارية وما تمثله من ظهور الدولة أو الشخص العام فيها بمظهر السلطة العامة يمنع من إمكانية التنازل أو التصالح بشأن المصلحة العامة التي تمثلها هذه الأشخاص، فالمصلحة العامة ليست محلا للتصالح أو التنازل، ومن ثم، لا تصح أن تكون موضوعا للتحكيم وفقا لقواعد قانون التحكيم ذاته الذي لا يسمح بالتحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح^(١) وهو أمر يسري حتى بالنسبة للمصلحة المالية للدولة، بل إن المصلحة المالية قد تشكل خطرا بالغاً إذا ما تعلق الأمر بأموال عامة يحميها المشرع بمقتضى قواعد التجريم الجنائي وهي بطبيعتها تخرج عن نطاق التفاوض أو التحكيم والصلح، فهي وإن كانت ذات طبيعة مالية إلا أنها ليست ذات طبيعة مدنية.

وهي القاعدة العامة بالنسبة للمنازعات التي تدور حول القرارات الإدارية، فهذه المنازعات تعد بطبيعتها من المنازعات الإدارية، وقد خصها الدستور بالهيئة القضائية الخاصة، أي الدائرة الإدارية وحدها دون غيرها، وبالتالي فإن أي منازعة إدارية متعلقة بقرار إداري إلغاء أو تعويضاً تختص بنظره الدائرة الإدارية وحدها دون أي هيئة قضائية أخرى، ومنها جهاز التحكيم القضائي، وهو ما أوضحته صراحة محكمة التمييز في الكويت في حكم حديث لها والذي جاء فيه «أن المقرر أن القضاء العادي هو الأصل في ولاية القضاء وأن ما عداه استثناء من هذا الأصل فلا يجوز له الخروج عن الدائرة التي رسمت لولايته بمقتضى القانون الذي خوله إياها، والعبرة في تحديد الاختصاص لجهة القضاء هي بما يوجهه المدعي في دعواه من طلبات»، لما كان ذلك، وكانت المنازعات التي نصت

(١) مادة رقم ١٧٣ من قانون المرافعات.

المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل فيها هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها، يؤيد ذلك أن المشرع نص في المادة الخامسة من القانون على أن (تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعة التي تدخل في اختصاص القضاء المدني والتجاري).

وأضافت المحكمة أنه (إذا كان المرسوم بقانون رقم ٢٠ سنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ قد اختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون غيرها بولاية الفصل في المنازعات الإدارية المبينة بالمواد ٥،٤،١ من القانون الغاء وتعويضاً سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر طلب التعويض عن قرار مجلس الوزراء بتعطيل صدور الجريدة التي تمثلها الطاعة لمدة خمسة أيام على ما أورده بمدوناته من أن وجود قرار إداري، ما دام لم يبلغ، يعد عقبه قانونية أمام تقرير اختصاص هيئة التحكيم بمسألة معينة متعلقة بذلك القرار، ذلك أن اختصاصها بمسألة التعويض مشروطا باختصاصها بالفصل في مسألة مشروعية القرار ذاته، كل ذلك ما لم يكن هناك اعتداء مادي من فعل الإدارة يجعل قراراتها معدومة. وبناء على ما تقدم فإن هيئة التحكيم تكون غير مختصة بنظر خصومة التحكيم الراهنة لتعلقها بقرار إداري قائم، مما يتعين عليها ومن تلقاء نفسها أن تقضي بعدم اختصاصها ولائياً بالفصل في النزاع لتعلق قواعد الاختصاص في هذا الشأن بالنظام العام، وهي أسباب لا مخالفة فيها للقانون، فإن النعي برمته يكون على غير أساس^(١).

٥ - إذا تعلق الأمر بالعقود التي تكون إداره طرفاً فيها وتستهدف سير المرفق العام وتظهر الإدارة بشأنها بمظهر السلطة العامة بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة، فإننا نكون أمام عقد إداري. هذا العقد يحوي نوعين من المصالح: مصالح عامة تمثلها الدولة، ومصالح مالية للمتعاقدين الفردي وهذه المصالح خاصة ووجودها بسبب عقد إداري لا يحولها إلى حقوق ذات طبيعة عامة.

التساؤل هنا، هل يتوزع الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد بين كل من الدائرة الإدارية وهيئات التحكيم؟ أم يظل قاصراً على الدائرة الإدارية بحكم نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٠ سنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦١ سنة ١٩٨٢.

إن ظاهر نص قانون التحكيم ١١ لسنة ١٩٩٥ يسمح بوجود ازدواج في الاختصاص، بشرط ألا يكون قد سبق رفع النزاع أمام القضاء، أي لا ينظر الموضوع في الوقت ذاته أمام جهتين مختلفتين وهو ما يفيد أن الموضوع ذاته وهو الحق المالي الناشئ عن العقد الإداري يخضع لاختصاص مشترك ما بين الدائرة الإدارية وهيئة التحكيم، والأمر يتوقف على إرادة المتعاقدين وتوجهه في رفع الدعوى، فإذا رفعت الدعوى أمام الدائرة الإدارية سقط الحق في رفع تحكيم بشأن النزاع ذاته والعكس صحيح، وهو التوجه الذي وجدناه في أحكام هيئات التحكيم، ولكنه أيضاً ما لم تقره أحكام محكمة التمييز على ما سنراه فيما يلي.

(١) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، جلسة ١٩٩٧/٤/٧ رقم ١٥٥ لسنة ٩٦ تجاري (غير منشور).

رابعاً: اتجاهات هيئات التحكيم القضائي في ظل القانون الجديد في شأن المنازعات الإدارية:

يمكننا أن نبلور اتجاهات هيئات التحكيم في النقاط التالية:

أ - ذهب الاتجاه لدى هيئات التحكيم القضائي إلى رفض الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة، بالقرارات الإدارية باعتبارها من أعمال السلطة المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم، لا تقبل الصلح ولا تخضع لنظام التحكيم وإنما الاختصاص بنظر مشروعيتها من عدمه قاصر على الدائرة الإدارية وتعتبر في ذلك الاتجاه متفقة مع اتجاه محكمة التمييز.

وقد جاء في أحد الأحكام تعبيراً عن هذا الاتجاه ما يلي «ولما كانت القرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة بما لها من سلطة عامة طبقاً للقانون وما يترتب عليها من مراكز قانونية أو تنظيمية فإن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها نظراً لتعلقها بأوضاع إدارية تحكمها القوانين واللوائح ولا تخضع لإرادة ذوي الشأن أو اتفاقهم، وأنه ليس لاتفاق الطرفين إن كان مخالفاً للقانون أمر في هذا الشأن، وألاً يتعارض مع مبدأ المشروعية الموضوعية الذي يقضي بأن الاتفاق التعاقدي لا يجوز أن يؤثر في المركز التنظيمي، ومن ثم، لا يجوز أن تكون القرارات الإدارية محلاً للمساومة أو اتفاقات الأطراف وبالتالي لا يصح أن تكون محلاً للتحكيم» وقد طبقت المحكمة هذا المبدأ على وقائع الموضوع وقررت ما يلي:

«ولما كانت المنازعة المطروحة، تنحصر بطلب رد مبلغ الغرامات المحدد بطلبي التحكيم والذي استوفته منها المحتكم ضدها وتعويضها عما لحقها من ضرر أدبي نتيجة لذلك، وكان توقيع هذه الغرامات قد تم بموجب قرار إداري من قبل المحتكم ضدها تنفيذاً لشروط العقد المبرم بين الطرفين، فإنه لا يمكن الفصل في موضوع طلبي التحكيم المعروضين دون التصدي لمسألة مشروعية ذلك القرار ومدى توافر أركانه، وهو ما ينطوي على التصدي لدعوى الإلغاء لقرار إداري قائم متصل بحكم من أحكام العقد يتعلق بالنظام العام لا يجوز فيه الصلح ويتأبى بالتالي على التحكيم، ويكون الفصل في موضوعه إلغاءً وتعويضاً مقصوراً للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، ومن ثم، فإن هذه الهيئة تكون غير مختصة ولائياً بنظر خصومة التحكيم الماثلة لتعلقها بقرار إداري قائم، وهو ما تقضي به ومن تلقاء نفسها لتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام^(١).

ب - ذهبت أحكام أخرى إلى التفرقة في مجال العقد الإداري ما بين أمور تتعلق بطبيعة العقد وشروطه وما ينطوي عليه من امتيازات وسلطات للإدارة وبكل ما يتعلق بتسيير المرفق العام، وهي لا تدخل في اختصاص التحكيم وما بين الحقوق المالية الناشئة عن العقد وهي ذات طبيعة مدنية يقبل

(١) هيئة التحكيم الثانية، طلب التحكيم رقم ١٦، ١٧/١٩٩٥ المرفوع من شركة رابطة الكويت والخليج للنقل ضد الممثل القانوني للإدارة العامة للموانئ، جلسة ١٢/٥/١٩٩٦، وهو تحكيم خاص بفرض غرامة على الشركة تم استيفاؤها من خلال خطاب الضمان المصرفي الموجود تحت يد إدارة الجمارك.

بشأنها التحكيم وقد جاء في أحد الأحكام ما يلي: «ذلك أنه إذا كان صحيحاً أن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تخضع للصلح وبالتالي لا تخضع للتحكيم فإن العكس صحيح، وهو أن ما يخضع للصلح يمكن أن يكون محلاً للتحكيم، وعلى ذلك، لئن كان من غير الجائز التحكيم فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وبما يكون فيه للجهة الإدارية من امتيازات لا يحظى بها المتعاقد الآخر إيثارا من المشرع للصلح العام على الصالح الخاص، فإن ما يترتب على العقد الإداري من حقوق مالية صرفة لا يتأبى على التحكيم القضائي، وخاصة أن المحظور هو ما يمس حق الإدارة في المزايا التي يخولها العقد الإداري، أما الحقوق المالية التي تنشأ عن العقد فإنه ليس هناك ما يحول دون أن تكون محلاً للتحكيم...»

يضاف إلى ذلك، أن المشرع الكويتي حسم أمر التحكيم بالنسبة للوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة بجعله إلزامياً لها بمقتضى القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، ومن ثم، فإن طلبات التحكيم ضد الأشخاص الاعتبارية العامة ليس فيها أي مخالفة للنظام العام ولا تتعارض مع جوهر العقد الإداري فيما يولده من حقوق مالية ويقتصر طلب التحكيم عليها^(١).

نخلص من العديد من أحكام التحكيم إلى أن الاتجاه العام هو الاعتراف بجواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية فيما يتعلق بالآثار المالية للعقد فقط، أما فيما يتعلق بأمور أخرى مثل المشروعية أو سلطات الدولة في مواجهة المتعاقد وما تتمتع به من امتيازات وما يتعلق بمشروعية القرارات الإدارية التي تدور في فلك العقد سواء أكانت قابلة للانفصال أم غير قابلة للانفصال عن العملية العقدية فمناطق الاختصاص بها قاصر على الدائرة الإدارية دون غيرها. وبالتالي فإن مبدأ قبول التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية في الإطار السابق أمر مسلم به، وبذلك يكون هذا القضاء قد قسم العملية العقدية الواحدة إلى جانبين: (١) جانب يتعلق بالظهور بمظهر السلطة ويستبعده من اختصاصه، (٢) وجانب يتعلق بالآثار المالية للعقد وأسبغ عليها الصفة المدنية واعتبرها من الأمور التي يرد عليها الصلح، ومن ثم، لا تمس النظام العام وتختص بالتحكيم في المنازعات التي تثور بشأنها، ويردد قضاء التحكيم في هذا المجال العديد من الحجج التي يمكن أن نجملها فيما يلي:

١ - إن الحظر الوارد في المادة رقم ٢ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بقانون ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الدائرة الإدارية بجعل الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية إلغاء وتعويضاً قاصراً على الدائرة الإدارية، هذا الحظر ينصرف إلى ما دون المحكمة الإدارية من المحاكم العادية، ولا يطال التحكيم القضائي باعتباره طريقاً استثنائياً لفض المنازعات ارتأه

(١) قضية التحكيم رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ مرفوعة من شركة البيداء للتجارة والمقاولات ضد المؤسسة العامة للرعاية السكنية في ٢١/٥/١٩٩٦ وكان موضوع التحكيم، الآثار المالية الناجمة عن ممارسة المؤسسة سلطاتها في تعديل التزامات المتعاقد بقرار إداري فردي رتب زيادة هذه الالتزامات.

المشرع قصرا في الوقت والجهد، وأن مسألة اختصاص محكمة دون غيرها بنوع معين من المنازعات لا علاقة له بجواز التحكيم عموما أو بعدم جوازه، ذلك أن المشرع عندما يحدد الاختصاص الأمر لا يعني سوى أن محكمة من محاكم الدولة أكثر ملاءمة من غيرها لحل النزاع، وعندما يلجأ الخصوم إلى المحكمين فإنهم لا يفضلون محكمة من محاكم الدولة على أخرى بل يودون حل النزاع بعيدا عن كل هذه المحاكم، وبناء عليه، لا وجه لإقحام التحكيم بصفة عامة في موضوع الاختصاص الذي لا ينظم سوى تحديد ولاية كل محكمة من محاكم الدولة.

هذه الحجة في واقع الأمر تخالف حقيقة أن موضوع الاختصاص القضائي هو من الأمور المتعلقة بالنظام العام، ولذا، لا يجوز لأي جهة قضائية أن تتعدى على اختصاص جهة أخرى، فإذا ما لمسنا أن التنظيم الحالي للتحكيم في الكويت هو إنشاء لجهاز قضائي ويعد جزءاً من السلطة القضائية، فإن أمر الاختصاص بالنسبة له يجب أن يكون محدداً وصريحا.

ومن ناحية أخرى، لا يملك الأفراد بإرادتهم اللجوء إلى التحكيم في أمر جعله المشرع احتكاريا بصورة ملزمة لجهة قضائية بحجة أن التحكيم ليس قضاء أو أنه قضاء استثنائي، وهو أمر قد يكون جائزاً في دولة مثل مصر أصبح مجلس الدولة فيها جهة قضائية ذات اختصاص عام بالنسبة للمنازعات الإدارية، أما في الكويت فما زالت الدائرة الإدارية ذات اختصاص استثنائي محدد على سبيل الحصر في أمور قدرها المشرع وجعلها من اختصاصها على سبيل الاستثناء. كما أن الاستثناء لا ينبغي أن يرد على استثناء، وخاصة في أمور الاختصاص القضائي.

٢ - الحجة الثانية تقوم على أن إجازة التحكيم أو عدم إجازته ترتبط بفكرة الحماية وليس بفكرة اختصاص محكمة معينة لنظر المنازعات بنص أمر، وأية ذلك بطلان شرط التحكم في عقد العمل الأهلي والذي يمنع حق الطرف الضعيف من اللجوء إلى القضاء بداءة، بيد أنه في حالة وقوع النزاع أثناء تنفيذ العقد فإن جانباً من الفقه يجيز اتفاق التحكيم والذي يتخذ غالبا شكل مشاركة لأن العامل يمكنه اللجوء مباشرة إلى القضاء، فإذا اتفق على التحكيم بعد وقوع النزاع كان الاتفاق صحيحا.

٣ - الحجة الثالثة تقوم على أن مقتضى حكم المادة الثانية في البند الثالث من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي أن التحكيم القضائي جاء ملزما للوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة فيما ينشأ بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية العامة من منازعات ما لم يكن النزاع المراد طرحه على هيئة التحكيم القضائي قد سبق رفعه إلى القضاء على ما تقضي به المادة المشار إليها التي لم تحدد نوع القضاء، ولا يغير من ذلك أن عنوان القانون الذي نظم التحكيم القضائي قد جاء على أنه في المواد المدنية والتجارية، ذلك أن العنوان ليس نصا من نصوص القانون حتى يكون له القوة الملزمة المقررة لصلب القانون.

والحقيقة أن هذا المنطق فيه تجاوز، حيث إن التشريع ليس فقها وإنما هو أمر متعلق بالاختصاص والتنظيم القانوني وهو بالتالي أمر متعلق بالنظام العام فضلا عن أن المادة

الخامسة من القانون تبين اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في المسائل الأولية التي تدخل في اختصاص المحاكم العادية، وهي المسائل المدنية والتجارية دون غيرها، وهو ما التزمت به محكمة التمييز كميّار لاختصاص هيئة التحكيم، وإن كنت أشير إلى تجربة بالنسبة للنظام القانوني المصري بعد صدور التشريع رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية التجارية أيضا والذي أثار العديد من الخلافات في أحكام القضاء حول تفسير هذا القانون وما إذا كان هذا القانون يشمل منازعات العقود الإدارية، وظهر التضارب واضحا في أحكام القضاء وفتاوى إدارة الفتوى والتشريع مما اضطر المشرع إلى التدخل لحسم هذا الأمر تشريعيًا مقررًا جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وجاءت المادة الأولى بتعديل لقانون التحكيم كما يلي: تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الفقرة التالية: «بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك». وبذلك أصبح التحكيم في شأن العقود الإدارية يخضع للإذن من جهتين: الوزير وفقا للقانون المشار إليه، ولقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري وفق أحكام قانون المجلس^(١).

٤ - هناك حجة أخرى مستمدة من الضمان الذي يفيد تشكيل القضائي لهيئة التحكيم، على أساس أن التحكيم القضائي يمتاز عن غيره في نظام التحكيم الاختياري حسب قانون المرافعات المدنية والتجارية، بالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة من رجال القضاء برئاسة مستشار إلى جانب المحكمين الذين يختارهما طرفا النزاع، وهو بذلك أقرب إلى القضاء العادي منه إلى التحكيم، وبالتالي فليس ثمة مسوغ لتخوف بوجود الحماية التي يسبغها القضاء العادي على أطراف النزاع فيما سواه.

٥ - ولعل من أهم الحجج هي ما قامت على طبيعة الحق موضوع التحكيم بالفرقة بين الحقوق المالية للمتعاقدين، وهي في جميع الأحوال حقوق مدنية يجوز بشأنها الصلح والتحكيم، ذلك أنه ولئن كان صحيحا أن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تخضع للصلح وبالتالي لا تخضع للتحكيم فإن الصحيح أيضا أن ما يخضع للصلح يمكن أن يكون محلا للتحكيم، فالنص في

(١) راجع في هذا الخلاف مؤلفنا، التحكيم الإداري في القانون المصري لسنة ١٩٩٣ من صفحة ١٠٨-١١٦. أيضا راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ١٦٠ بتاريخ ٢٢/٢/١٩٩٧ ملف رقم ٣٣٩-١/٥٤، منشورة في مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية الجزء الأول، في الفترة من أكتوبر ١٩٩٦ حتى آخر ديسمبر ١٩٩٦ - راجع أيضا حكم محكمة الاستئناف، القاهرة الدائرة ٦٣ تجاري - استئناف رقم ٦٤ ق - جلسة ١٩/٣/١٩٩٧ مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني لسنة ٤١ - إبريل/ يونيو ١٩٩٧ صفحة ١٥٩ - راجع أيضا المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل أحكام قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الصادر في ١٣ مايو ١٩٩٧.

المادة ٥٥٤ من القانون المدني على أنه «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها»، مفاد ذلك إنه ولئن كان غير الجائز التحكيم فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وبما يكون فيه للجهة الإدارية من امتيازات لا يحظى بها المتعاقد الآخر إيثارا من المشرع للصالح العام على الصالح الخاص، فإن ما يترتب على العقد الإداري من حقوق مالية صرفة لا يتأبى على التحكيم القضائي، وخاصة، أن المحظور هو ما يمس حق الإدارة في المزايا التي يخولها العقد الإداري، أما الحقوق المالية التي تنشأ عن العقد فإنه ليس هناك ما يحول دون أن تكون محلا للتحكيم وأنه لئن كان مجلس الدولة الفرنسي قد جرى على بطلان الاتفاق على التحكيم إلا إذا أجازه المشرع صراحة فإنه ثمة فرق بين شروط التحكيم (الاتفاق) على التحكيم الذي هو ممنوع كقاعدة عامة وبين حق الإدارة في التصالح وهو ليس ممنوعاً^(١).

خامساً: حكم محكمة التمييز الصادر في الدعوى رقم ١٥٥ لسنة ٩٦ تجاري بتاريخ ١٩٩٧/٤/٧.

الحقيقة أن بعض هذه الحجج التي استندت إليها بعض هيئات التحكيم لم تقرها محكمة التمييز كأساس لاختصاص هيئات التحكيم وأظهرته بوضوح في حكم أخير لها محصله ما يلي:

صدر حكم محكمة التمييز في طعن نتحصل وقائعه في تقدم الطاعنة بطلب إلى إدارة التحكيم ضد المطعون ضده بصفته وكيل وزارة الإعلام للمطالبة بتعويض مادي وأدبي من جراء صدور قرار من مجلس الوزراء بتعطيل الصحيفة التي تمثلها الطاعنة مدة ٥ أيام بدعوى أن الصحيفة قد نشرت ما يتعارض مع مقتضيات المصلحة الوطنية، واستنادا إلى نص المادة/ ٣٥ مكرر من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦١ بشأن المطبوعات والنشر. وقد ادعت الطاعنة بانعدام القرار لمخالفته للواقع والقانون وتسببه في إلحاق أضرار مادية وأدبية بالصحيفة مما يدخل المنازعة في شأنه في اختصاص هيئة التحكيم، ودفع المطعون ضده بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لتعلقه بقرار إداري يختص ببحث مدى عوارده، ومن ثم، الحكم بالتعويض عنه الدائرة الإدارية، وهو ما أيده الحكم المطعون فيه. ومن ثم، قدمت الطاعنة طعنا مبني على الحجج التالية: (١) إنه ولئن كان طلب التعويض عن قرار إداري خاطئ ومخالف للقانون تختص به الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية إلا أن هيئة التحكيم تختص به أيضا إذا لم يطلب منها وقف القرار أو إلغاؤه أو تأويله باعتبار أن طلب التعويض مما يجوز فيه الصلح. (٢) وأن المادة ٣/٢ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ فيما اختصت هيئة التحكيم بالفصل في (طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات

(١) من أمثلة هذه الأحكام: قضية تحكيم رقم ١٢/١٩٩٥ في ٢١/٥/١٩٩٦ غير منشورة، قضية تحكيم رقم ١٨/١٩٩٥ في ١٢/٥/١٩٩٦ غير منشورة، قضية تحكيم رقم ٨/١٩٩٦ في ٣٠/١٢/١٩٩٦ غير منشورة، قضية تحكيم رقم ١٣/١٩٩٥ في ٢١/٥/١٩٩٦ غير منشورة، قضية تحكيم رقم ١٦، ١٧/١٩٩٥ في ١٢/٥/١٩٩٦ غير منشورة.

الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم)، وقد جاء لفظ المنازعات في هذا النص عاما، فلا يجوز تخصيصه ومن ثم فليس هناك تعارض بين اختصاص هيئة التحكيم واختصاص الدائرة الإدارية، لأن اختصاص الأخيرة دون غيرها بولاية الفصل في الطعون في القرارات الإدارية إلغاءً وتعويضا يفسر على أنها دون غيرها من جهات القضاء العادي بينما هيئة التحكيم جهة قضاء استثنائي. (٣) هذا إلى أنه بفرض وجود تعارض بين الاختصاصين فإن قانون التحكيم اللاحق هو الواجب إعماله لأنه قانون خاص، أما المرسوم بقانون بشأن اختصاص الدائرة الإدارية فهو قانون عام.

هذا الدفع الذي تقدمت به الطاعنة ورد ذكره في العديد من أحكام هيئة التحكيم القضائي كما رأينا فيما سبق وعليه تستند إلى حد بعيد لتقرير اختصاصها بنظر قضايا التحكيم، إلا أن حكم التمييز الذي نحن بصدده أقام تمييزا واضحا لطبيعة النزاع بين ما يعد مدنيا وما يعد إداريا. وقد جاء في الحكم ما يلي:

١ - أن القضاء العادي هو الأصل في ولاية القضاء وأن ما عداه استثناء من هذا الأصل فلا يجوز له الخروج عن الدائرة التي رسمت لولايتها بمقتضى القانون الذي خوله إياها، والعبرة في تحديد الاختصاص لجهة القضاء هي بما يوجهه المدعي في دعواه من طلبات، لما كان ذلك وكانت المنازعات التي نصت المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل فيها هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها، يؤيد ذلك أن المشرع ينص في المادة الخامسة من القانون على ألا تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعة التي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري...

٢ - المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٢ قد اختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون غيرها بولاية الفصل في المنازعات الإدارية المبينة بالمواد ١، ٤، ٥ من القانون إلغاءً أو تعويضا سواء رفعت إليها بطريقة أصلية أو تبعية... ومن ثم، فإن وجود قرار إداري ما دام لم يبلغ يعد عقبة قانونية أمام تقرير اختصاص هيئة التحكيم بمسألة معينة متعلقة بذلك القرار، ذلك أن اختصاصها بمسألة التعويض مشروط باختصاصها بالفصل في مسألة مشروعية القرار ذاته، كل ذلك ما لم يكن هناك اعتداء مادي من قبل الإدارة يجعل قراراتها معدومة، وبناء على ما تقدم فإن هيئة التحكيم تكون غير مختصة بنظر خصومة التحكيم الراهنة لتعلقها بقرار إداري قائم مما يتعين عليها ومن تلقاء نفسها أن تقضي بعدم اختصاصها ولائيا بالفصل في النزاع لتعلق قواعد الاختصاص في هذا الشأن بالنظام العام، وهي أسباب لا مخالفة فيها للقانون.

وبهذا نجد أن حكم التمييز قد أقام معيارا للتمييز بين القرار الإداري الصحيح والقرار المنعقد وبالتالي وضع الحدود الفاصلة بين اختصاص جهات القضاء العادي بما فيها قضاء التحكيم الجديد رغم ما يوصف به في أحكام التحكيم بأنه قضاء استثنائي وبين اختصاص الدائرة الإدارية.

الخاتمة

بصدور قانون ١١ سنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية حدث تطور كبير في مجال التنظيم القضائي لمنازعات الإدارة.

١ - فقد خلق هذا القانون في مجال منازعات الإدارة العامة نظام التحكيم الإلزامي، وذلك بالنسبة للمنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأسمالها الكامل أو فيما بين هذه الشركات، وهذه العلاقة متميزة فهي تقوم على روابط بين أشخاص ينتمون إلى فئة واحدة لا تعارض ولا تضارب بين المصالح التي يسعون إليها، وهي المصلحة العامة دائماً فرغم اتجاه المشرع إلى إخضاع الشركات التي تملكها الدولة لقواعد القانون الخاص في ممارسة نشاطها التجاري إلا أن النظام القانوني الذي تخضع له يفيد وجود علاقة تبعية موضوعية مع الدولة، وهو ما يبدو من مسؤولية الدولة عن هذه الشركات وحرصها على استمراريتها وكفالة حمايتها مدنيا وجنائيا.

٢ - ولعل أكثر ما يثير الانتباه في هذا القانون يتمثل في التزام الجهة العامة بقبول تحكيم يتقدم به الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، وعلى أن تلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة سبق رفعها أمام القضاء، وهو ما فسرتة هيئات التحكيم بوجود اختصاص مشترك بينها وبين الدائرة الإدارية بنظر جانب من منازعات القانون العام التي تدور حول مصالح ذات طبيعة مالية. ومن ثم، يصبح الأمر فيما يتعلق بتحديد الاختصاص متوقفا على رغبة رافع الدعوى وأسبقية رفع النزاع إلى أي من الجهتين. إلا أننا نشير إلى أن هناك اعتبارات ملائمة عديدة يجب أن تؤخذ في الاعتبار نجلها فيما يلي:

- أن من الصعوبة التمييز في إطار منازعة واحدة بين ما يعد من المسائل المدنية أو التجارية أو المسائل الإدارية، ولا نستطيع أن نركز على الطبيعة المالية للحق المطالب به لاعتباره مسألة مدنية، ذلك أن الكثير من الحقوق المالية تنشأ للمواطنين من جراء أعمال إدارية، كالمطالبة بالتعويض عن إلغاء قرار إداري غير مشروع، وأيضا الحقوق المالية التي تنشأ للمتعاقد بمقتضى عقد إداري، فإن مثل هذه الحقوق تدخل في اختصاص الدائرة الإدارية بحكم قانون إنشائها ومن ثم، فإن القانون الحالي يكون قد خلق نقاشا حول وجود ازدواج قضائي في موضوع واحد مما يثير الكثير من المشكلات الخاصة بالاختصاص، ويكاد لا يخلو أي طلب تحكيم يرفع إلى هيئة التحكيم من وجود دفع بعدم الاختصاص كما رأينا. وقد عانت مصر إبان تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ بتنظيم مجلس الدولة المصري من مشكلات المشاركة في نظر

دعاوى كانت تدخل في اختصاص كل من محكمة القضاء الإداري والقضاء العادي مثل قضايا منازعات العقود الإدارية حيث لم يكن مجلس الدولة مختصا اختصاصات شاملا بهذه العقود، وكذلك بالنسبة لقضايا التعويض عن القرارات الإدارية أو عن عقود إدارية، حيث كان الاختصاص مشتركا بين مجلس الدولة والقضاء العادي وتوقف أمر الاختصاص على رغبة المتقاضى في اختيار أي من جهتي القضاء لنظر النزاع، ولم يستقر الوضع في مصر إلا بعد أن صار مجلس الدولة ذا اختصاص عام بالنسبة لكل المنازعات الإدارية^(١).

ولهذا أصبح لزاما على المشرع الكويتي أن يتدخل لحسم هذه الخلافات بتنظيم تشريعي جديد، ولعل الدستور الكويتي إذ نص في المادة ١٧١ منه على «أنه يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة» يكون قد تنبأ بما سيصل إليه كم المنازعات ذات الطبيعة الإدارية وحجمها بما أصبحت تنوء به الدائرة الإدارية بمفردها، وإذا كان مبرر تفضيل إنشاء الدائرة الإدارية عن قيام مجلس دولة في حينه أمرا يتفق مع بداية تطبيق اختصاص القضاء الإداري في دولة الكويت، ويتفق مع حجم المنازعات الإدارية في ذلك الحين، فإن الأمر قد اختلف الآن ولهذا نوصى بإنشاء جهاز قضائي إداري متخصص يضم اختصاص الدائرة الإدارية، ويشمل أيضا كل منازعات التحكيم التي تكون الإدارة طرفا فيها، ويضم على وجه الخصوص المنازعات التي يكون أطرافها كلهم من أشخاص القانون العام، كما هو الشأن بالنسبة لاختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في مصر والتي تصدر في هذا الشأن قرارات نهائية ملزمة^(٢).

ويدفعنا إلى ذلك ملاحظة مهمة، ذلك أنه إذا كان القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ قد فتح الطريق أمام منازعات تكون الإدارة طرفا فيها عن طريق التحكيم فإن هذا الاختصاص جاء للإفادة من إجراءات أكثر مرونة من إجراءات التقاضي العادية، أما بالنسبة للقواعد الموضوعية التي تحكم النزاع فلا نتصور أن يتنازل الشخص العام عن سمو مركزه القانوني الذي تقرره مبادئ القانون العام والذي يستهدف من ورائه تحقيق المصلحة العامة وتفضيلها على الصالح الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، وهو ما أنتج جميع السلطات والميزات التي تتمتع بها السلطة الإدارية في العقد الإداري والتي عرفت نظرية العقد الإداري بدءا من سلطة التوجيه والإشراف الملزم، وسلطة تعديل شروط العقد، وسلطة توقيع الجزاءات، وسلطة إلزام مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه، مع غلبة المبدأ العام الذي يقضي دائما بتفضيل الصالح العام على الصالح الخاص عند المفاضلة أثناء التنفيذ.

هذه المميزات من مبادئ القانون العام التي تحكم العقد الإداري، وقد تتضمنها نصوص صريحة ترد في القوانين أو اللوائح أو في العقد ذاته، وهنا يلزم التنويه بأن المحكم حتى في ظل

(١) راجع تطور اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية مؤلفنا دراسات في نظرية العقد الإداري ١٩٨١، دار النهضة العربية صفحة ٩.

(٢) راجع مؤلفنا في التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية ١٩٩٣ صفحة ٤٢.

قانون المرافعات ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية التي تحكم العقد، والمستمدة من هذه المصادر، فلا يتصور أن يطبق على العقد الإداري قواعد قانونية خلاف تلك التي تحكمه بأن يعود العقد إلى سابق تنظيمه الأول وإخضاعه لمبادئ القانون الخاص، وهذا يدعو جهة الإدارة إلى أن تكون حريصة تماما إذا ما اختارت أسلوب التحكيم بصدد عقودها الإدارية أن تراعى الأمور الآتية:

- ١ - أن تبين بوضوح في صلب العقد المبادئ القانونية للعقد الإداري حتى تكون واضحة أمام هيئة التحكيم وقد يكون من بين أعضائها من لم يألّف هذه القواعد وإنما يكون ملتزما بها على أساس مبدأ شريعة المتعاقدين.
- ٢ - هذا بالإضافة إلى العناية الكبرى التي يجب أن تتوافر عند اختيار المحكم من ناحيتها بأن تتوافر فيه الخبرة بمبادئ القانون العام والألفة بالقواعد المتميزة للعقود الإدارية، ولهذا يفضل اللجوء إلى اختيار قضاة أو مستشارين لهم دراية كاملة بطبيعة المنازعات الإدارية. ويفضل أن يكون المحكم الخارجي من أعضاء إدارة الفتوى والتشريع بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على الإذن لقيامهم بهذه المهمة.
- ٣ - لا شك أن رقابة إدارة الفتوى والتشريع سوف تكون سابقة على إبرام أي عقد يدرج فيه شرط التحكيم وفقا لما نصت عليه المادة الخامسة من قانون ١٢ لسنة ١٩٦٠ التي قررت «تختص إدارة الفتوى والتشريع بمراجعة العقود التي تبرمها الحكومة مع الشركات والمقاولين والأفراد وبإبداء الرأي في المسائل التي تنجم عن تنفيذ هذه العقود ولا يجوز لأية دائرة أو مصلحة أو صلح أو تحكيم في موضوع تزيد قيمته على مليون روبية بغير استفتاء الإدارة».
- ٤ - الجهة الإدارية ملزمة باللجوء إلى إدارة الفتوى والتشريع للقيام بمهمة الدفاع عن مصالحها حيث نصت المادة ٨ من قانون ١٢ لسنة ١٩٦٠ على أن «تتولى إدارة الفتوى والتشريع الدفاع عن مصالح الخزانة العامة في جميع القضايا التي ترفع أمام المحاكم على الحكومة أو منها» وفي تقديره أن هذا الالتزام يمتد إلى الدفاع عن مصالح الخزانة العامة سواء في صورة تمثيل أمام القضاء أو صورة تحكيم أمام هيئة التحكيم.