التحكيم فى العقود الادارية

الأستاذ الدكتور / محمد رفعت عبد الوهاب
استاذ القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمة عامة

نرى أنه من الملائم قبل الدخول فى جوهر البحث عن العلاقة الجدلية والعضوية بين التحكيم والعقود الادارية ، أن نعرض نظرة موجزة عن كل من الاصطلاحين على انفراد وسنبدأ بنظرة على مفهوم العقد الادارى ، ثم نظرة على فكرة التحكيم .

أولاً : مفهوم العقد الادارى

هو نظام قانونى ينتمى الى القانون العام ، فهو – أى العقد الادارى – أحد الموضوعات الجوهرية فى القانون الادارى الذى يمثل قلب وجوهر القانون العام ، بوصفه قانون السلطة وتحقيق احتياجات المرافق العامة مع احترام الضوابط والقيود الدستورية والتشريعية والقضائية لضمان احترام حقوق وحريات الافراد .

ويمكن أن نقدم تعريفاً للعقد الادارى – رغم عدم تحديده فى معظم كتابات الفقه بصفة تعريف لنظام قانونى معين – بأنه " الاتفاق المبرم بين شخص من اشخاص القانون العام وبين افراد او شركة خاصة ، يصطبغ بطابع السلطة العامة ، ولأجل تحقيق احتياجات المرافق العامة ".

والعقد الادارى بهذا التعريف يختلف عن نظام العقد المدنى المبرم بين الافراد والهيئات الخاصة ، وقد ساهم القضاء الادارى فى فرنسا ومصر بدور انشائى جوهرى فى تحديد النظام القانونى للعقد الادارى فى شروطه وآثاره، بحيث لا يكاد يتعدى دور التشريع إلا مجرد بيان إجراءات وأساليب إبرام العقد كقواعد شكلية وهو ما يعرف بقانون المناقصات والمزايدات . وحتى هذه الاجراءات التشريعية فى ابرام العقد ليست لها فى الجوهر خصوصية قانون عام بالمعنى الدقيق ، لأنها قواعد واجبة التطبيق على كل عقود الادارة وليست العقود الادارية الخاضعة للقانون العام القضائى بل ايضاً عقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية .

ومن خلال التعريف السالف عرضه للعقد الادارى ، نجد أن هناك شروطاً ثلاثة يتطلبها القضاء الادارى فى مصر – وأيضاً فى فرنسا حتى 1956 حيث تطور اجتهاد القضاء الادارى الفرنسى كما سنرى – وهى :-

1- أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ، أى سلطة ادارية تمثل أحد هذه الاشخاص العامة . وقبل وأقر القضاء الادارى فى فرنسا[1] وفى مجلس الدولة المصرى[2] استثناء ظاهرياً فى الواقع ، وهو أنه يمكن اقرار الصفة الادارية للعقد المبرم أحياناً بين شخصين من اشخاص القانون الخاص ، بشرط أن يثبت أن أحد طرفيه ابرم العقد بصفته وكيلاً عن شخص معنوى عام بأن يكون قد ابرمه لحساب الشخص العام بحيث تنصرف آثار العقد سلباً وايجاباً له . بل أن القضاء الادارى الفرنسى – مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص – افترض هذه الوكالة افتراضاً رغم عدم وجودها الحقيقى بشأن قيام شركات الاقتصاد المختلط وهى أشخاص خاصة بإبرام عقود اشغال عامة مع مقاولين من الباطن بشرط أن تكون أشغالاً عقارية كبرى تقع مسئولية اجرائها تقليدياً على عاتق الدولة مثل الطرق الهامة والطرق السريعة فى إنشائها وتسييرها[3].

2- أن يتصل موضوع العقد باحتياجات المرافق العامة ، والمرفق العام عموماً هو كل نشاط أو مشروع تديره سلطة ادارية عامة او تهمين على ادارته بهدف تحقيق اشباع حاجة عامة للمواطنين . وتكفى أى صورة من اتصال العقد بالمرفق العام سواء فى اقوى صورها وهى المساهمة المباشرة بأعمال وخدمات لازمة او مفيدة فى تسييره ونشاطه كعقود التوريد والاشغال العامة او تقديم الخدمات الاستشارية والفنية .

3- أن يتضمن العقد بعض الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص . ولا يشترط أن تكون هذه الشروط محرمة أو باطلة فى

---

(1)C.E.18 déc.1936,prade,Dalloz 1938 p. 370, C.E. 2 juin 1967, Leduc, Rec. P.365, Act. Jur. 1961, P 345.

(2) حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ 7 مارس 1964 ، مجموعة المبادئ لهذه المحكمة ، السنة التاسعة ص 762 .

(3)T.C. 8 juill. 1963, soc. Enterprise Peyrot, Gr. Arrest, 1974, p. 527.

القانون المدنى، بل يكفى أن تكون غريبة على عقود القانون الخاص وغير معتادة أن تتضمنها هذه العقود. مثل اشتراط بنود او كراسة العقد حق الادارة فى توقيع غرامات تهديدية او إكراهية فى حالة تأخير المتعاقد توقع بدون حكم قضائى بل بقرار من الادارة، أو حق الادارة فى فسخ العقد للتقصير الشديد او تنفيذه بواسطة الادارة أو الغير على حساب المتعاقد عند تقاعسه أو انهاء العقد للمصلحة العامة بقرار منفرد من الادارة. ولا يشترط تلك الشروط كلها او تعددها بل يكفى مجرد شرط واحد منها يكون مميزاً على صفة القانون العام .

وحكمة هذه الشروط هى اثبات ارادة الادارة فى استخدام اسلوب السلطة العامة التى هى روح القانون العام . ويمكن ايضاً واستثناء أن تكون هذه الشروط لصالح المتعاقد فى بعضها بشرط أن تكون غير كألوفة كضمان الادارة لحمايته مالياً فى حالة الظروف الطارئة أو اختلال التوازن المالى للعقد عموماً أو منح المتعاقد بعض سلطات ضبطية كتوقيع بعض الغرامات المالية كما فى عقد امتياز المرفق العام .

وقد تطور اجتهاد مجلس الدولة الفرنسى على خلاف الوضع فى مصر بشأن الشرطين الثانى والثالث فى معيار العقد الادارى المشار اليهه اعلاه .

فمنذ عام 1956 صدر حكمان هامان من مجلس الدولة الفرنسى[1] تضمنا تغييراً جوهرياً فى معيار تحديد العقد الادارى ، فلم يعد مجلس الدولة فى فرنسا يتطلب توافر شرطى تعلق العقد بمرفق عام وتضمن شروطاً غير مألوفة مجتمعين (بجانب الشرط البديهى الاول وهو ابرام العقد بواسطة شخص معنوى عام) ، بل أصبحا شرطين تخييريين أى يكفى احدهما لنحقيق الصفة الادارية للعقد . ولكن فى حالة عدم وجود شروط غير مألوفة فى العقود ، يتطلب مجلس الدولة الفرنسى أن تكون علاقة العقد بالمرفق العام على درجة وثيقة وقوية للغاية بحيث يساهم المتعاقد مباشرة فى تنفيذ المرفق العام فى جوهره "l´execution même du service" .

---

(1) C.E.20 avril 1956 , EP. Bertin; C.E.20 avril 1956, Ministre de l´agriculture c/consorts Grimouard, Les Grands Arrêts 1974 ,P. 442 et s.

(وواضح أن الحكمين صدرا فى ذات اليوم)

ثانياً: مفهوم التحكيم :-

يعنى التحكيم " اتفاق طرفى النزاع (أو اطرافه عند تعددهم) على طرح ذلك النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة "[1] . وهو ذات التعريف الذى اخذت به المحكمة الادارية العليا[2] . وقد اضافت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى تعريف التحكيم بعداً هاماً واساسياً وهو إلزامية قرار أو حكم المحكم للخصوم الذين اتفقوا على التحكيم ، وهكذا عرفت الجمعية العمومية التحكيم بأنه " الاتفاق على عرض النزاع امام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به ، وذلك بحكم ملزم للخصوم "[3] .

فالتحكيم يقوم على اتفاق الاطراف على إحلال محكم أو محكمين للفصل فى منازعتهم بديلاً عن قضاء الدولة ، وبحيث يقوم حكم المحكم محل حكم المحكمة المختصة ادارية كانت أم مدنية حسب طبيعة المنازعة . كما يتأسس التحكيم بجانب ارادة اطراف النزاع واتفاقهم على أساس آخر ضرورى هو إجازة المشرع فى الدولة لهذا الاتفاق على التحكيم أى إجازة هذا الأسلوب البديل . لأن الاصل هو أن حق الالتجاء الى القضاء وهو دستورى متعلق بالنظام العام ، ومن هنا أيضاً تترتب نتيجة هامة هى أن المحتكمين الاطراف لا يتنازلون عن هذا الحق الدستورى لأن مثل هذا التنازل غير جائز ، ومن ثم إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأى سبب من الاسباب عادت سلطة الفصل فى النزاع الى المحكمة المختصة أصلاً ، فالتحكيم لم يسقط أو ينزع الاختصاص نهائياً لهذه المحكمة وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى طالما بقى شرط التحكيم قائماً[4] .

وهكذا من نتائج عقد التحكيم أنه يؤدى أولاً الى منع عرض النزاع على القاضى المختص أصلاً بنظره ، ومن ناحية مقابلة يخول المحكمين سلطة القضاء فى المنازعات موضوع التحكيم بأحكام تتمتع بقوة الأحكام القضائية

---

(1) الدكتور أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية 1987 ص 15 .

(2) المحكمة الادارية العليا ، حكم بجلسة 1994/1/18 فى الطعن رقم 886 لسنة 30ق .

(3) الفتوى رقم 661 فى 1989/7/1 ص 138 ، مجموعة المبادئ فى العقود الادارية فى أربعين عاماً ص 143 .

(4) انظر حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم 886- 30 بتاريخ 1994/1/18 ، سابق الاشارة اليه ، انظر الدكتور ماجد الحلو ، العقود الادارية 2007 ، دار الجامعة الجديدة ص 247 .

ومنهية للمنازعات نهائياً كأصل عام ، إلا إذا طعن فيه بالبطلان لاخلال حكم التحكيم للضمانات الاساسية كحق الدفاع واتخاذ الاجراء فى مواجهة الخصم مثل أى حكم نهائى. وأخيراً عقد التحكيم يترك المجال لطرفى الخصومة سلطة تحديد القواعد الموضوعية والاجرائية التى تطبق فى المنازعات الخاضعة للتحكيم[1]. وربما هنا اساساً تبدو خطورة التحكيم لو أحال منازعة عقد ادارى مع طرف اجنبى الى قانون او نظام لا يعترف بامتيازات الادارة فى العقد الادارى ويهبط به الى نظام العقد المدنى حيث تتساوى السلطة الادارية الوطنية مع الشركة الاجنبية فى عقد هو أصلاً عقد ادارى دولى[2]، وتكون السلطة الوطنية مضطرة عملاً لذلك لاحتياجات التنمية والمشروعات الضرورية للبنيات الاساسية للاقتصاد الوطنى .

مبررات الالتجاء الى شرط التحكيم :-

وقد يكون هذا الاعتبار العملى فى نظام التجارة الدولية هو أحد المبررات الهامة فى اضطرار الدولة الوطنية لقبول شرط التحكيم عملاً برغم ماله من بعض المخاطر والتأثير السلبى على المصالح العامة ، ولكن هناك وسائل سنشير اليها فيما بعد للاقلال من هذا الخطر . وهناك بالطبع اعتبارات ومبررات أخرى للتحكيم من ابرزها سرعة الفصل فى المنازعات لتلافى بطء اجراءات قضاء الدولة وطول أمد الفصل فى المنازعة ، وقلة التكاليف ، وميزة الطابع السرى لأهميته فى نطاق التجارة الدولية ، وقد يكون التحكيم مفيداً للدولة لتشجيعه للشركات الكبرى وطنية وأجنبية للتقدم للمناقصة أو المزايدة ، بالاضافة الى أن شروط التحكيم فى العقود الكبرى تسمح لتحقيق رغبة الشركات الاجنبية فى ادراج شرط الثبات التشريعى كما فى عقود البترول وغيرها من مصادر الطاقة ، واخيراً الصفة الفنية التى تتطلب خبرات تخصصية متميزة مما يكون من الاوفق نظام التحكيم لحسم المنازعات ذات الصلة بالمقارنة بالقضاء الوطنى[3] .

---

(1) راجع: الدكتور ماجد الحلو ، العقود الادارية ،2007 ، المرجع السابق ص 249-250 .

(2) انظر : الدكتور جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ص 185 وما بعدها .

(3) راجع : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى ، دار النهضة العربية ، عام 2000 ص 41 وما بعدها .

شرط التحكيم ومشارطة التحكيم :-

شرط التحكيم هو نص وارد ضمن نصوص عقد معين ، يقر فيه الاطراف اللجوء الى التحكيم كأسلوب لحل المنازعات المستقبلية التى قد تثور بينهما حول تفسير العقد او تنفيذه . اما مشارطة التحكيم فهو اتفاق لاحق على إبرام العقد الاصلى ، ويتفق فيه الطرفان على الالتجاء الى التحكيم لفض نزاع معين وبذاته قام بينهما أثناء تنفيذ العقد ، فهو قاصر أصلاً على هذه المنازعة التى حدثت[1] .

وفى كل الاحوال يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً لجذب اهتمام طرفى النزاع الى خطورة التحكيم كوسيلة لحل خلافات العقد دون قضاء الدولة الاصلى بالإضافة إلى سهولة إثبات مبدأ التحكيم[2] . ونص قانون التحكيم المصرى رقم 27 لعام 1994 على اشتراط كتابة التحكيم سواء فى محرر موقع منهما داخل العقد الاصلى أو خارجه ، أو حتى إذا ورد صراحة الاشارة اليه فيما يتبادله الطرفان من رسائل او برقيات .

تقسيم البحث

وفيما يلى نقسم هذه الدراسة الى مبحثين لعرض الاختلافات التى ثارت فى كل من فرنسا ومصر ، حول مشروعية الالتجاء الى التحكيم فى العقود الادارية سواء وطنية أو داخلية وسواء عقود ادارية دولية . وذلك حتى تطور الوضع التشريعى الفرنسى نحو الاستثناء من الحظر التشريعى ، أى باجازة التحكيم فى العقود الادارية بشروط محددة . وفى مصر ثار خلاف أكثر شدة فى الفترة السابقة على القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994 الذى أجاز التحكيم فى العقود الادارية ، إلا أن الاختلاف استمر رغم ذلك فى الفقه والقضاء الادارى المصرى إزاء بعض الغموض حول صياغة قانون 1994 ، لأنه لم يتضمن إجازة واضحة وصريحة . واستمر الوضع حتى أصدر المشرع المصرى

---

(1) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ص 26- 27 . وقد اقر قانون التحكيم المصرى الجديد رقم 27 لسنة 1994 هاتين الصورتين للتحكيم فى الفقرة الثانية من المادة العاشرة .

(2) الدكتور ماجد الحلو ، المرجع السابق ص 254 .

القانون رقم 9 لسنة 1997 ونص صراحة على خضوع العقود الادارية للتحكيم .

ولا شك أن هذا الاخلاف مبعثه وسببه الاساسى هو خطورة الالتجاء الى التحكيم فى العقود الادارية التى تستهدف تحقيق المصلحة العامة للمرافق العامة ، وأداء الخدمات الضرورية للمواطنين . سيما وأن القضاء الادارى ممثلاً فى مجلس الدولة الفرنسى أساساً ومجلس الدولة المصرى قد شيدا نظاماً قانونياً متكاملاً للعقود الادارية فى ظل مبادئ قضائية متكاملة تستهدف دوام سير المرافق العامة ، مع عدم اهدار حقوق المتعاقدين مع الادارة من شركات وأفراد . ففى مقابل كل ذلك هناك الخطر من أى يؤدى التحكيم الى تطبيق نظام قانونى أجنبى لدولة أخرى أو نظام قانونى دولى لا يعرف التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . وهو أمر وارد حيث أن نظم القضاء المزدوج لا تمثل أغلبية فى دول العالم ، وبالذات لا يعترف بها فى ظل نظم التحكيم الدولية واتفاقيات التجارة العالمية .

ولعرض الخلاف الذى ثار فى فرنسا ثم فى مصر ازاء عدم وجود نصوص صريحة تجيز التحكيم فى العقود الادارية إلا حديثاً ، فإننا سنعرض هذا الخلاف فى مبحثين كما يلى :-

- المبحث الاول : التحكيم فى العقود الادارية فى فرنسا .
- المبحث الثانى : التحكيم فى العقود الادارية فى مصر .

المبحث الاول
التحكيم فى العقود الادارية فى فرنسا

تميز موضوع التحكيم فى العقود الادارية فى النظام الفرنسى باتجاه عام نحو عدم مشروعيته على مستوى التشريع والقضاء ، فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية . ثم تدخل المشرع الفرنسى مؤخراً لإجازته ومشروعيته بضوابط محددة . ونعالج هاتين المرحلتين فى المطلبين التاليين .

المطلب الاول
الاتجاه العام نحو عدم مشروعية التحكيم الادارى عدا بعض الاستثناءات

أولاً : المبدأ العام بعدم مشروعية التحكيم الادارى:

ظل الوضع العام على مستوى التشريع الفرنسى فى اتجاه عدم مشروعية التحكيم فى المنازعات الادارية ، وبالذات العقود الادارية التى غالباً ما تثور مشكلة التحكيم بشأنها . فقد نص قانون الاجراءات المدنية الفرنسى لعام 1806 فى المادتين 83 ، 1004 منه على حظر التحكيم فى المنازعات التى تكون فيها الدولة والاشخاص المعنوية العامة الاخرى طرفاً فيها . واستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسى منذ العشرينات من القرن التاسع عشر على البطلان المطلق لشرط التحكيم فى منازعات العقود الادارية استناداً للنصين المشار اليهما من قانون الاجراءات المدنية لعام 1806 معتبراً أن اختصاصه بنظر منازعات الاشخاص العامة من النظام العام [1] .

وفى معرض تأكيد الحظر على مخالفة ولاية مجلس الدولة فى المنازعات الادارية ، نجد أن مفوض الحكومة الشهير Romieu يقول فى تقريره عن أحد القضايا فى نهاية القرن التاسع عشر " إن الوزراء لا يستطيعون أن يتركوا الى المحكمين حل منازعة تتعلق بسلطة ادارية ، لأنهم لا يستطيعون الافلات من ولاية الهيئات القضائية القائمة "[2] . ويلاحظ اشارة مفوض الدولة الى تعلق الاختصاص بالقضاء وحده كمسألة تعتبر من النظام العام لا تقتصر على المنازعات الادارية الخاضعة للقانون العام ، بل حتى تلك المتعلقة بعقود مدنية للادارة خاضعة للمحاكم المدنية والتجارية . كذلك للدلالة على تأصل عدم مشروعية التحكيم فى العقود الادارية ، نجد أن مفوض الدولة " Gazier " وهو أيضاً ذا شهرة عالمية هو الآخر يقول فى أحد القضايا المعروضة على مجلس الدولة أن تحريم التحكيم فى منازعات أشخاص القانون

---

(1) أنظر الاحكام المشار اليها فى كتاب الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ص 167 هامش (1) .

(2) conclusions Romieu , sous C.E. 27 mars 1893 chemins de fer du Nord , Sirey 1894 . P. 119 et suiv .

العام يمثل فى ذاته مبدأ قانونياً عاماً ملزماً ، وبغير حاجة الى اسناده الى نصوص المادتين 83 ، 1004 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسى[1] .

ويلاحظ أن حظر التحكيم فى المنازعات الادارية ومنها منازعات العقود الادارية ، قد أكدته لاحقاً المادة 2060 المعدلة فى القانون المدنى الفرنسى بناء على القانون الصادر فى 5 يوليو 1972 . واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى بإصرار على تحريم وبطلان أى شرط تحكيمى فى العقود الادارية ، باعتبار ذلك يمثل مبدأ قانونياً عاماً وكأصل عام .

ولكن فى مقابل ذلك ، نجد أن محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لعقود الادارة الخاصة لم تساير التحريم المطلق من جانب مجلس الدولة كقضاء ادارى، فنجدها قد اعترفت للدولة وللمؤسسات العامة الفرنسية بإمكانية التحكيم فى منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية ، وذلك فى حكمين متتاليين[2] . واستندت محكمة النقض الفرنسية فى الحكم الاول على اعتراف القانون الاجنبى بصحة شرط التحكيم [3] . وفى حكمها الثانى استندت على أساس أكثر عمومية ، فأكدت استقلالية عقود الادارة ذات الطابع الدولى وعدم تطبيق مبدأ حظر التحكيم عليها ، وهى تعنى بذلك بالطبع عقود الادارة الخاضعة للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادى [4] .

وكان من الممكن لمجلس الدولة الفرنسى أن يأخذ بنفس الحل الذى اعتنقته محكمة النقض الفرنسية بإجازة التحكيم لأحتياجات التجارة الدولية ، سيما وأن نظام العقد الادارى لا يتعارض مع الصفة الدولية للعقد مع وجود طرف أجنبى متعاقد مع شخص معنوى عام وطنى بما يستتبعه ذلك من ضرورة مراعاة أعراف ونظم التجارة الدولية . ولكن بقى مجلس الدولة على موقفه المتحفظ الرافض للتحكيم [5] .

---

(1) Conclusion Gazier . sous C.E. 13 déc . 1957 . Société nationale de vente des surplus, Dalloz 1958, p. 517.

(2) الدكتور ماجد الحلو ، المرجع السابق ص 262 .

(3) Cass. Civ .I. 14 Avril 1964, Capitaine de San Carlo, Dalloz 1964, P. 637.

(4) Cass . Civ . I. 2 Mai 1966, Galloz 1966, P. 575.

(5) راجع الدكتور ماجد الحلو ، المرجع السابق ص 262 .

ودليل ذلك أنه قضى ببطلان شرط التحكيم فى عقد أشغال عامة ابرم بين شركة اقتصاد مختلط تتولى امتياز اشغال عامة لأحد الطرق السريعة ، وبين مجموعة من المشروعات . وهو يعتبر عقداً إدارياً بناء على اجتهاد حكم Peyrot بناء على وكالة مفترضة من صاحب الامتياز عن الدولة . ولكن مجلس الدولة أبطل العقد لوجود شرط تحكيم استناداً الى المادة 2060 المعدلة من القانون المدنى الفرنسى التى تحظر التحكيم فى المنازعات الادارية [1] . أيضاً عندما طلبت الحكومة استشارة مجلس الدولة فى اختصاصه الافتائى بشأن إمكانية الموافقة على شرط التحكيم فى مشروع عقد انشاء مدينة " ديزنى لاند " فى ضواحى باريس ، بقى المجلس على تحفظه وجاءت فتواه بتاريخ 6 مارس 1986 ضد صحة شرط التحكيم فى العقود الادارية كمبدأ عام . وسنرى أن مشروع هذا العقد وهذه الفتوى كانا المناسبة التى استصدرت فيها الحكومة من البرلمان الفرنسى قانوناً فى ذات عام 1986 ، لإجازة التحكيم فى العقود الادارية كما سنرى فيما بعد .

ثانياً : بعض الاستثناءات على مبدأ حظر التحكيم فى العقود الادارية :

قبل قانون 1986 الذى أجاز التحكيم فى العقود الادارية ذات الصفة الدولية بشروط خاصة كما سنرى ، عرفت فرنسا تشريعين أجازا التحكيم بصورة استثنائية محدودة بمجال معين كما يلى :-

1- قانون 17 أبريل عام 1906 الذى أجاز التحكيم فى المنازعات المتعلقة بتصفية عقود الاشغال العامة والتوريد تحديداً . وهذا هو الاستثناء الاول ، وهو محدود من عدة نواحى : فمن ناحية أولى كان مجاله قاصراً على تصفية نفقات الاشغال العامة والتوريد وحدهما ، ومن ناحية ثانية لم يجز التحكيم فى كافة منازعات هذين العقدين بل بتصفية نفقاتهما فقط ، ومن ناحية ثالثة فإن تطبيقه كان قاصراً على الدولة والادارة المحلية (المحليات) دون المؤسسات العامة .

2- قانون 9 يوليو عام 1975 سمح أيضاً من قبيل الاستثناء المحدود بالالتجاء للتحكيم فقط لبعض طوائف المؤسسات العامة الصناعية والتجارية ، فى شأن عقودها الخاضعة لأحكام القانون الخاص دون العقود الادارية . وواضح أن هذا الاستثناء محدود : أولاً فهو قاصر

(1) C.E. 3 Mars 1989 . Rec. p. 69 ذكره الدكتور ماجد الحلو ص 262 .

علـى المؤسسـات العامـة التجاريـة والصـناعية دون المؤسسـات العامـة الادارية ، وحكمة ذلك أن تلك الاخيرة عقودها عادة ادارية ولهذا لم يشملها الاستثناء . ومن ناحية ثانية الاستثناء لا يشمل كل المؤسسات العامة التجارية أو الصناعية بل بعض مجموعاتها ويناط ذلك بمرسوم حكومى يحددها . ومن ناحية ثالثة الاستثناء قاصر على عقودها العادية المدنيـة والتجاريـة ، ولـيس عقودهـا الاداريـة التـى قـد تتـولى ابرامهـا أحيانـاً . ومـن الناحيـة العمليـة قلمـا لجـأت هـذه المؤسسـات لاسـتخدام التحكيم [1] .

وهكذا ، الاستثناءان التشريعيان السابقان محدودان فى الإطار والنطاق ، فهما يؤكدان فى الحقيقة الاصل العام وهو حظر التحكيم فى العقود الادارية . وظل الوضع هكذا حتى صدور قانون 1986 الذى نعالجه فى المطلب الثانى الذى سجل التحول نحو إجازة التحكيم فى العقود الادارية ولكن كما سنرى بشروط محددة .

المطلب الثانى
إجازة التحكيم فى العقود الادارية الدولية (قانون 1986)

أخيراً حدث التحول فى التشريع الفرنسى من الاتجاه العام لحظر التحكيم فى العقود الادارية الى الاتجاه العام العكسى نحو إجازة التحكيم فى العقود الادارية . ولكن يجب أن نشير فوراً أن هذا الاتجاه الجديد للسماح قاصر على العقود الادارية الدولية . وهى لها أصلاً سمات وخصائص العقد الادارى من ابرامه بواسطة شخص معنوى عام ، واتصاله بخدمة مرفق عام وتضمنه بعض الشروط غير المألوفة فى العقود المدنية [2] . وصفتها الدولية تأتى حسب المعيار الراجح ، وهو ما يسمى المعيار الاقتصادى ، بأنها تبرم مع طرف أجنبى عادة شركات كبرى أجنبية وتتضمن انتقالاً للخبرات والخدمات وبالذات انتقال رأس المال [3] ، مثل عقود الـB.O.T وغيرها . وهذه العقود ادارية عادة

(1) أنظر : الدكتور ماجد الحلو ، العقود الادارية ، 2007 ، المرجع سالف الذكر ص 264 ، الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ، المرجع السابق ص 168 .
(2) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، ص 150- 151 .
(3) انظر : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ص 113- 114 .

لو تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة ، كما هو المفروض وإلا صارت مدنية خاضعة لنظام القانون الخاص ، فهى فى الجانبين أى بعضها لصالح الدولة المتعاقدة والمرفق العام وأيضاً لصالح المستثمر الاجنبى لتشجيعه على المشاركة الايجابية [1] . ويطول المجال إذا خضنا فى النظام القانونى للعقود الدولية سواء كانت ادارية ، وأحياناً وربما غالباً غير ادارية وإنما تخضع لنظم قانونية تنتمى للقانون الخاص .

ما يهمنا هو هذا التطور الاخير فى التشريع الفرنسى الجديد الصادر بتاريخ 19 أغسطس 1986 ، والذى أجاز التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى أى التى ابرمتها سلطة عامة وطنية مع شركات أجنبية وتبدو فيها اعتبارات مصالح التجارة الدولية .

الخلفية التاريخية للقانون الجديد :

لفهم روح وابعاد هذا القانون الجديد الذى أجاز من حيث المبدأ التحكيم فى العقود الادارية وإن كانت الدولية وليس الوطنية الخالصة ، لا بد من عرض المناسبة التاريخية لتوجه فكر الحكومة الفرنسية نحو تحقيق هذا التطور التشريعى:

فقد حدث فى بدايات عام 1986 أن اردات الحكومة الفرنسية أن تتعاقد مع شركة أمريكية كبرى لإقامة مدينة ملاهى ، على نسق " والت ديزنى " الشهيرة فى الولايات المتحدة الامريكية . وجرياً على نظام التجارة العالمية الذى بدأ يغزو العالم ويكرس اسلوب التحكيم فى العقود الدولية لتسويات منازعاتها أصّرت الشركة الامريكية على تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذا العقد . وعرضت الحكومة الفرنسية المشكلة امام قسم الفتوى بمجلس الدولة الفرنسى ، الذى رفض اقرار شرط التحكيم فى العقد واعتبره مخالفاً للنظام العام [2] .

مضمون قانون 19 اغسطس 1986:

وهكذا سعت الحكومة لاستصدار قانون من البرلمان الفرنسى يجيز التحكيم فى العقود الادارية ، وكانت هذه الخلفية التاريخية السابق عرضها –

(1) المرجع السابق ص 150- 151 .
(2) انظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المرجع سالف الذكر ص 156 .

كما ذكرنا – مجرد مناسبة لتحقيق ذلك . وأسفرت مناقشات البرلمان عن اقرار القانون الذى صدر فى 19 اغسطس 1986 والذى أجاز للاشخاص المعنوية العامة (الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة) أن تقبل شرط التحكيم فى العقود الادارية المبرمة مع شركات أجنبية ، وذلك بالشروط التالية [1] :-

1- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية ، أى يكون للعقد صفة العقد الدولى ومتصلاً بالتالى بنظام التجارة الدولية . ومن ثم فإن إجازة التحكيم لا تشمل العقود الادارية الوطنية حيث يكون المتعاقد معه شركة فرنسية .
2- أن يحقق العقد مصلحة مشروع ذا نفع قومى .
3- يجب فى كل حالة على حدة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم . وهذا يعنى أن التحول الجديد نحو إجازة التحكيم هو نسبى فى الواقع بالنظر لهذا القيد او الشرط ، سيما وأن شرط موافقة السلطة المركزية على كل عقد على حدة يجب أن يكون فى المستوى الاعلى وهو مرسوم من الحكومة أى مجلس الوزراء ، وليس مجرد الوزير المختص كما سنرى فى مصر بشان القانون 9 لسنة 1997 بإجازة التحكيم فى العقود الادارية .

وهكذا فى خاتمة نظام التحكيم فى العقود الادارية فى فرنسا ، نستطيع أن نلمس أن الاتجاه الاخير بالقانون الصادر 19 أغسطس 1986 جاء نحو إجازة التحكيم فى العقود الادارية . ولكن يجب أن نعترف فى ذات الوقت أنه بالنظر لهذه الشروط ، وبالذات الشرط الاول وهو أن يكون العقد الادارى دولى الطابع ، وكذلك الشرط الثانى وهو اشتراط الاتصال بمنفعة قومية ، والشرط الثالث وهو مرسوم حكومى لكل عقد على حدة بإجازة شرط التحكيم . نجد أن الوضع الفرنسى بالنظر لهذه الشروط الشديدة لا يمثل فى رأينا المرحلة النهائية فى التطور ، وأن المبدأ العام بإجازة التحكيم فى العقود الادارية مازال يحتاج الى تدعيم أفضل واقوى . ويكفى أن هذا القانون لعام 1986 استبعد تماماً بصورة مؤكدة من نطاق التحكيم العقود الإدارية الوطنية التى مازال حظر التحكيم يبقى قائماً بالنسبة إليها . وسنرى أن الوضع المصرى سيفوق التطور الفرنسى ، حيث انتهى منذ عام 1994 بإصدار قانون التحكيم فى المواد المدنية

(1) الدكتور جابر جاد نصار ، المرجع السابق ص 156- 157 .

والتجارية وتكملته بالقانون رقم 9 لسنة 1997 ، انتهى الى اجازة التحكيم فى عموم العقود الادارية ليست الدولية فقط بل أيضاً الوطنية .

المبحث الثانى
التحكيم فى العقود الادارية فى مصر

وسنعالج الموقف فى مصر – على غرار ما فعلناه بالنسبة للوضع الفرنسى – فى مطلبين حيث نبين فى المطلب الاول اختلاف الفقه والقضاء الادارى حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية ، ثم فى المطلب الثانى نعالج تدخل المشرع المصرى لإجازة التحكيم فى العقود الإدارية .

المطلب الاول
اختلاف الفقه والقضاء الادارى المصرى حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية

حينما صدر قانون المرافعات المصرى الحالى لعام 1968 نظم التحكيم عموماً ف الباب الثالث منه ، ونصت المادة 501 من هذا القانون على إجازة الاتفاق على التحكيم فى العقود بقولها " يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين ..." . ولكن لم يشر النص الى العقود الادارية تحديداً ولم يجز بشأنها الالتجاء الى التحكيم لفض منازعاتها . ولا يمكن القول بأن عموم النص على إجازة التحكيم فى العقود يتضمن نظرياً أيضاً العقود الادارية لسببين : الاول هو أن عنوان قانون المرافعات يبين بوضوح أنه خاص بالمسائل المدنية والتجارية ، رغم احالة قانون مجلس الدولة كقضاء ادارى لقواعد قانون المرافعات عند عدم وجود نص اجرائى خاص فى قانون المجلس . لأن مثل هذه الاحالة اجرائية ولا تتصل بموضوع وجوهر القواعد ، ثم إن أحكام المحكمة الادارية العليا استقرت واطردت باستمرار على أن احالة قانون مجلس الدولة الى قانون المرافعات المدنية والتجارية مشروطة بعدم تعارض مثل هذه القواعد الاجرائية مع طبيعة المنازعات الادارية بين الادارة

والافراد فى اطار نشاط المرافق العامة . والسبب الثانى لعدم إمكانية امتداد جواز التحكيم فى قانون المرافعات للعقود الادارية هوان نظام ومبادئ هذه العقود الادارية المتصلة بالقانون العام هى من صنع مجلس الدولة كقضاء ادارى ، ولم يكن ممكناً له وهو قضاء المصلحة العامة والسلطة ولم يكن ممكناً أيضاً لفقهاء القانون العام أن يقبلوا التحكيم فى العقود الادارية مثل المدنية تحت ستار العبارة العامة للمادة 501 مرافعات .

وهكذا ازاء عدم وجود نصوص صريحة فى مصر تجيز التحكيم فى العقود الادارية الخاضعة لنظام القانون العام ، اختلف الفقه المصرى بين معارض ومؤيد للتحكيم الادارى كذلك تعارضت اتجاهات مجلس الدولة القضائية أو على مستوى الفتوى فى مدى جواز التحكيم فى العقود الادارية . وهو مانعالجه فى الفرعين التاليين :-

الفرع الاول
اختلاف الفقه المصرى

أولاً : الفقه المعارض للتحكيم فى العقود الادارية :-

استند الفقه المعارض للتحكيم الى حجتين اساسيتين كما يلى :-

(أ) الحجة الاولى - التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة : وذلك من ناحيتين :-

الناحية الاولى أن التحكيم يعتبر فى حقيقته سلباً وعدواناً على اختصاص القضاء الوطنى الذى يمثل مظهراً أساسياً لسيادة الدولة . ومن ناحية ثانية أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطنى ويؤدى الى تطبيق القانون الاجنبى .

ويمكن الرد على هذه الحجة بأن سيادة الدولة ليست حاسمة فى هذا المجال ، لأن أمر السماح بالتحكيم دون اختصاص قضاء الدولة وتحديداً القضاء الادارى مرده فى النهاية الى المشرع الوطنى لأن إجازة التحكيم فى العقود الادارية يعود الى نص القانون الصريح ، وهو ما حدث فى مصر فيما بعد كما سنرى . كذلك إنه مع إجازة المشرع للتحكيم فإن صلة القضاء الوطنى تبقى قائمة ، لأن المشرع يحرص على تدخل القضاء الوطنى فى عدد من الامور المتصلة بالتحكيم كالمساعدة فى اختيار المحكم عند عدم ذكره فى شرط

التحكيم أو اتخاذ اجراءات تحفظية بناء على طلب الأطراف المتنازعين ، والرقابة على احترام الضمانات الاساسية للتقاضى وفى تنفيذ حكم المحكم .

ومن ناحية أخرى ، فإن الاشخاص العامة عند ابرامها للعقود الادارية مع ادراج شرط التحكيم تستطيع أن تشترط تطبيق القانون الوطنى أو مبادئه العامة[1] .

(ب) الحجة الثانية – جواز التحكيم فى العقود الادارية يمثل عدواناً على اختصاص القضاء الادارى بنظر منازعات هذه العقود .

وتدعيماً لتلك الحجة يشير الفقه المناهض للتحكيم فى العقود الادارية الى أمرين : من ناحية اولى المادة 172 من دستور 1971 نصت على اختصاص مجلس الدولة " بالمنازعات الادارية والدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى " . ومن ناحية أخرى نص قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 فى مادته العاشرة على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها فى المسائل الآتية : (حادى عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الاشغال العامة أو التوريد وبأى عقد إدارى آخر .

وللرد على ماسبق يمكن للقول من ناحية أولى أن نص المادة 172 من الدستور لا تمنع المشرع المصرى ولم تمنعه بالفعل من النص على جواز التحكيم فى العقود الادارية ، كما حدث بصورة صريحة فى القانون رقم 9 لسنة 1997 كما سنرى . وأن الغاية الحقيقة من هذا النص هى ضمان استقلال مجلس الدولة كقضاء ادارى ، حتى لا تسعى السلطة التنفيذية لدى السلطة التشريعية لإصدار قانون يهدم أو يمس استقلاله[2] .

ومن ناحية ثانية ، كذلك نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة حكمته وغايته تحديد اختصاص محاكم مجلس الدولة مستقلاً عن القضاء العادى بالمنازعات الادارية ، ومن ضمنها العقود الادارية . ولكن لا يمكن تحميلها الى أبعد من ذلك .

ثانياً : الفقه المؤيد للتحكيم فى العقود الادارية :

يمكن القول أيضاً بأن هناك حجتين رئيسيتين أيضاً لهذا الفقه المؤيد للتحكيم :-

---

(1) أنظر فى كل ذلك وغيره : الدكتور جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، المرجع السابق ص 164 – 165 .

(2) الدكتور جابر نصار ، المرجع السابق ص 166 .

(أ) الحجة الاولى : أن التحكيم فى العقود الادارية ليس فيه تعارض أو مساس بسيادة الدولة من أى وجه كما أدعى المعارضون للتحكيم . فمن ناحية أولى ليس فى قبول التحكيم سلب واعتداء على قضاء الدولة ، لأنه كما سبق القول وكما يقول المؤيدون للتحكيم أن التحكيم لا يقطع الصلة تماماً بقضاء الدولة قضاء عادى أو ادارى ، لأنه تبقى عدة مواضع للرجوع له ، إما فى مساعدة اطراف العقد فى اختيار المحكم أو المحكمين وإما فى اتخاذ اجراءات تحفظية وقتية للحفاظ على المال وفى تنفيذ حكم المحكمين بل وفى الطعن ببطلان التحكيم لمخالفة قواعد أساسية فى التقاضى أو اصول التحكيم . ومن ناحية ثانية التحكيم لا يتضمن بالضرورة استبعاد القانون الوطنى دائماً ، فكما سبق القول يمكن للدولة وغيرها من الاشخاص العامة أن تشترط بموافقة المتعاقد تطبيق القانون الادارى ، أو بعض المبادئ الاساسية التى ترعى المصلحة العامة ، ويضاف لذلك فى مجال المعاملات الدولية لا تستطيع الدولة كطرف فى العقد الادارى الدولى استبعاد القانون الاجنبى أو الاتفاقيات التى تحكم العلاقات التجارية الدولية[1] .

(ب) حجة أخرى للدفاع عن التحكيم فى العقود الادارية أضافها الفقه المؤيد ، وهى ان المادة 58 من قانون مجلس الدولة نفسه رقم 47 لسنة 1972 أشارت ضمناً الى امكانية وجود تحكيم فى العقد الادارى حينما نصت على أنه " ...ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء ادارة الفتوى المختصة " .

الفرع الثانى
تضارب أحكام مجلس الدولة وفتاوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع

تضاربت واختلفت أحكام القضاء الادارى فى مصر ، وكذلك فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريعى فى مشكلة إجازة أو عدم إجازة التحكيم فى العقود الادارية .

(1) انظر : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى ، المرجع سالف الذكر ص 159 .

أولاً : بالنسبة لأحكام مجلس الدولة كقضاء ادارى :

1- ففى حكم لمحكمة القضاء الادارى بتاريخ 1986/5/18[1] قضت بجواز التحكيم فى العقود الادارية ، وقد تعلق النزاع بعقد مبرم بين وزارة الاسكان والتعمير وبين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والانشاءات السياحية (عقد امتياز هضبة الاهرام) ، ونص العقد المبرم بتاريخ 14 ابريل 1955 فى أحد بنوده على ان كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الاحكام التى تضمنها الاتفاق يفصل عن طريق التحكيم ، وتؤلف هيئة التحكيم من ثلاثة اعضاء يختار كل من الطرفين عضواً عنه ويتولى هذان العضوان اختيار العضو الثالث . إلا أن وزارة الاسكان والتعمير امتنعت عن احالة النزاع الذى حدث بينهما وبين الشركة الى هيئة التحكيم المشار اليها ، مما ادى بالشركة الى رفع دعوى امام محكمة القضاء الادارى مطالبة بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبى الصادر من الوزارة بالامتناع عن احالة النزاع الى هيئة التحكيم . وقد اجابت محكمة القضاء الادارى فى الحكم طلب الشركة وأوقفت تنفيذ القرار السلبى ، مما يوجب على الوزارة احالة النزاع مع الشركة الى هيئة التحكيم احتراماً لأحد بنود العقد . فالحكم إذن أجاز شرط التحكيم فى هذا العقد الادارى .

2- ولكن عندما طعن فى حكم محكمة القضاء الادارى المشار اليه أعلاه بواسطة هيئة قضايا الدولة أمام المحكمة الادارية العليا ألغت الحكم ، وقضت على العكس ببطلان شرط التحكيم فى العقد المبرم بين وزراة الاسكان والشركة مستندة على أن البند الذى أجاز التحكيم فى العقد يجب تفسيره بما لايهدم خصائص العقد الادارى ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات المتعلقة بذلك العقد[2] .

---

(1) فى الدعوى رقم 486 لسنة 39ق .

(2) حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ 1990/2/20 فى الطعن رقم 3049 لسنة 32ق ، مجموعة المبادئ التى قررتها هذه المحكمة والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الادارية فى أربعين عاماً من أول اكتوبر 1955 الى آخر سبتمبر 1995 ص 146 . وانظر فى ذات المعنى الرافض لشرط التحكيم فى العقود الادارية حكم المحكمة الادارية العليا بجلسة 1990/2/20 فى الطعن رقم 397 لسنة 19ق ، وحكمها الصادر بجلسة 1990/3/13 فى الطعن رقم 1675 لسنة 30ق .

ثانياً : على مستوى فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :

1- فى اتجاه إجازة التحكيم فى العقود الادارية ، صدرت فى تاريخ 1989/5/17[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة تجيز التحكيم فى العقود الادارية . ونظراً لأهمية هذه الفتوى فإننا نذكر فقرات مطولة منها كما يلى :-

" أن التحكيم هو اتفاق على عرض النزاع امام محكم أو اكثر ليفصلوا فيه – بدلاً من المحكمة المختصة به – وذلك بحكم ملزم للخصوم ....والتحكيم يقوم على اساسين هما : ارداة الخصوم ، واقرار المشرع لهذه الارادة " .

" لأن التحكيم استثناء من الاصل العام فى التشريع وبالتالى فلا يجوز اجبار شخص على سلوكه وحرمانه من الالتجاء إلى القضاء إلا عن رضا واختيار ، كما أنه لا تكفى ارادة الخصوم وحدها للفصل فى منازعاتهم عن طريق التحكيم ، بل لابد أن يتم ذلك فى حدود القواعد التى يضعها المشرع لتنظيم التحكيم واجراءاته . وقد أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية الاتفاق على التحكيم بالمفهوم السالف ايضاحه مبيناً شروطه واجراءاته وكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها فى المواد من 501 وما يليها . كما أن المادة 58 من قانون مجلس الدولة وردبها ما يقطع صراحة بجواز لجوء جهة الادارة الى التحكيم فى منازعاتها العقدية (ادارية او مدنية) حينما نص بالفقرة الثالثة من المادة المذكورة على إلزام أية وزراة او هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن لا تبرم او تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه ، وذلك بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة . فلو أن الاتفاق على التحكيم امر محظور على جهة الادارة ما كان المشرع ألزمها أصلاً بعرض هذا الاتفاق أو تنفيذ قرار (حكم) المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة . بيد أنه ازاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم فى العقود التى تكون الإدارة احد أطرافها سواء المدنية أو الإدارية فإنه يتعين الرجوع فى ذلك الى الشروط العامة للتحكيم واجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتى لا تتعارض مع طبيعة الروابط الادارية . ولا وجه للقول بأن محاكم مجلس الدولة هى المختصة بالفصل فى منازعات العقود

(1) فتوى رقم 661 فى 1989/7/1 (جلسة 1989/5/17) ، مجموعة مبادئ العقود الادارية فى اربعين عاماً ص 138 .

الادارية دون غيرها – طبقاً للمادة 10 من قانون مجلس الدولة – وبالتالى فإن الاتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الادارى فى هذا الشأن ، ذلك لأن المقصود من نص المادة 10 هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم كمجلس الدولة ومحاكم القضاء العادى ولا يجوز أن نتجاوز فى تفسير هذا النص قصد المشرع والقول بحظر الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقود الادارية " .

وهذا القول من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع هو دفاع جيد لصالح التحكيم فى العقود الادارية ، فيما عدا حجة الاستناد الى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها قواعد عامة تجيز التحكيم وتضع قواعده وقابلة للتطبيق على العقود الادارية مثل العقود المدنية . وقد سبق لنا تفنيد هذه الحجة على اعتبار عدم وجود نص صريح للتحكيم تحديداً فى العقود الادارية لأن مجال قانون المرافعات بحكم عنوانه المنازعات المدنية والتجارية ، ولأن مبادئ النظام القانونى للعقود الادارية التى شيدها القضاء الادارى بغاية إعلاء المصلحة العامة لسير المرفق العام بانتظام يجب أن تعلو على المصالح الخاصة للمتعاقدين مع الادارة . بالاضافة الى ان نظام العقد الادارى الذى نظمه القضاء الادارى فى أحكامه يتضمن أيضاً التوازن المالى للمتعاقد مع الادارة بنظريات اجتهادية خلاقة أبرزها نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل المير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1] .

2- ولكن مما يدل على تذبذب فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ذاتها ، أنه بعد فتوى 1989 المشار اليها أعلاه ، عادت ذات الجمعية العمومية فى فتوى تالية لها بتاريخ 1993/2/27 لتضع قيوداً على التحكيم [2] .وفى الحقيقة فى هذه الفتوى الثانية لم تعدل تماماً الجمعية العمومية عن فتواها السابقة ، فاستعرضتها فى الفتوى الثانية لعام 1993 وأيدت المبدأ الذى سبق أن أعلنته وهو جواز الالتجاء الى التحكيم فى العقود الادارية . إلا أن الفتوى الثانية هذه أتت بقيد هام على إعمال هذا المبدأ فقالت الجمعية العمومية

(1) أنظر : الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الادارى ، 2009 دار الجامعة الجديدة ، ص610 وما بعدها .

(2) فتوى رقم 211 فى 1993/3/11 – جلسة 1993/2/27 ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والترشيع فى العقود الادارية ، سابق الاشارة اليها ص 141 .

إن المادة 10 من قانون مجلس الدولة لم تنكر حق الاطراف فى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة التحكيم ثم أضافت القيد الجديد بقولها " إذا كان العرض على هذه الهيئة (أى هيئة التحكيم) فى مثل الحالة المعروضة لا يستبعد عند نظر المنازعة إعمال القواعد الموضوعية التى تطبق على العقود الادارية ". وخطورة هذا القيد أنه عاد وربط بين شرعية التحكيم وضرورة تطبيق القواعد الموضوعية التى ترسم النظام القانونى للعقود الادارية التى وضعها القضاء الادارى من خلال أحكامه (مثلما كان متحققاً فى الحالة المعروضة عليها لأخذ الفتوى) . مما يعنى بمفهوم المخالفة لو أن شروط التحكيم استبعدت بعض هذه القواعد الموضوعية لصالح المتعاقد مع الادارة وبما يمس مصلحة الادارة فى علو كفتها فى ميزان العقد ، من الممكن أن يكون التحكيم باطلاً ، أو كما فى حالة ما إذا كان فى قبول الإدارة شروط التحكيم إمكانية تطبيق نظام قانونى أجنبى ومختلف .

3- ونضيف أخيراً بشأن فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى فتوى صدرت منها لاحقة بعد صدور قانون التحكيم فى مصر رقم 27 لسنة 1994 الذى أجاز التحكيم فى عموم المنازعات أيا كانت طبيعتها ، بما يتضمن امكانيته فى العقود الادارية . إلا أن هذا النص – كما سنرى فى الفقرة التالية – قد عابه عدم الصراحة والوضوح المباشر فى إجازة التحكيم فى العقود الادارية ، مما فتح الباب للخلاف من جديد حول المشكلة من اساسها . لذلك فى هذا الاطار نشير الى فتوى ثالثة جديدة من الجمعية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى أعادت التشكيك فى صحة التحكيم فى العقود الادارية ، من منظور الطبيعة القانونية للعقد الادارى ومدى تلاؤمها مع نظام التحكيم أو تنافرها معه ، وقد صدرت هذه الفتوى الجديدة فى 30 اكتوبر 1996[1] . وسنعود اليها فى المطلب التالى الاخير .

(1) انظر : الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى ، المرجع السابق ص 173 – 174 .

المطلب الثانى
إجازة المشرع المصرى للتحكيم فى العقود الادارية
(القانون رقم 27 لسنة 1994 وتعديله بالقانون رقم 9 لسنة 1997)

أولاً : القانون رقم 27 لسنة 1994 والإجازة الضمنية للتحكيم فى العقود الادارية :

بقى اختلاف الفقه والقضاء الادارى حول مشروعية التحكيم على النحو الذى رأيناه ، الى أن اصدر المشرع القانون رقم 27 لسنة 1994 فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . وكانت عقيدة المشرع المصرى كما كشفت عنها مواد القانون وبالذات المادتان الاولى والثانية وكذلك مذكرته الايضاحية ، هى أن يتسع نطاق تطبيقه الى كل تحكيم سواء فى القانون الخاص او القانون العام وسواء كانت المنازعة مدنية او ادارية ، وبهدف تدعيم التنمية الوطنية التى تحتاج الى الاستثمار الاجنبى فى اطار العلاقات الاقتصادية الدولية التى أصبح نظام التحكيم هو الوسيلة الاساسية التى تلبى احتياجات هذه العلاقات ، وتطمئن الشركات الكبرى بقدراتها المالية والاقتصادية والتكنولوجية للمساهمة فى عمليات التنمية والتطوير ، وهو ما يصب فى تحقيق المصالح العامة القومية بالذات لمصر كدولة نامية .

ويؤكد ذلك – كما أشرنا – ما نصت عليه المادة الاولى من هذا القانون إذ نصت على أنه " مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع " وهى عبارات تتضمن منطقياً منازعات التحكيم فى العقود الادارية فأصبحت التحكيمات بشأنها إذن جائزة[1] .

كذلك نصت المادة الثانية من القانون على تعداد لأمثلة عديدة لعمليات وعقود ينتمى كثير منها لحقل القانون العام والعقود الادارية ، إذ نصت هذه المادة على أن " يكون التحكيم تجارياً فى هذا القانون إذ نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية . ويشتمل ذلك على

(1) راجع : الدكتور جابر جاد نصار ، المرجع السابق ص 171 ، الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ص 177 وما بعدها .

سبيل المثال توريد السلع او الخدمات والوكالات التجارية ، وعقود التشييد والخبرة الهندسية او الفنية ، ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا ، والاستثمار ، وعقود التنمية وعمليات البنوك ، والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والانفاق واستصلاح الاراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية " .

وجاءت المذكرة الايضاحية للقانون لتؤكد خضوع منازعت العقود الادارية للتحكيم – بجانب تلك التأكيدات الضمنية التى لا شك فيها من خلال المادتين الأولى والثانية سابق الاشارة اليهما – فتقول المذكرة الايضاحية فى ذات الغاية أن المادة الاولى بالذات قضت بسريان أحكام القانون " على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى مصر ، سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو اشخاص القانون الخاص ، فحسم المشرع بذلك الشكوك التى دارت حول مدى خضوع بعض انواع العقود التى يكون أحد اطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام المشروع ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع " وواضح من هذه العبارات للمذكرة الايضاحية لقانون 1994 أن المشرع أراد حسم مشكلة النزاع حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية نحو الاجازة والمشروعية كأصل عام . ولكن يبقى تساؤل : وإذا كانت هذه عقيدة المشرع كما عبرت عنها مذكرته الإيضاحية ونصوص القانون بالذات المادتان الاولى والثانية ، فالتساؤل هو ولماذا لم يذكر المشرع إذن وبصراحة وبوضوح كامل العقود الادارية باللفظ الصريح وشمول خضوع منازعاتها للتحكيم الذى نظمه هذا القانون ؟

نحن نرى أن ما سبق يدل بوضوح منطقى على حسم مبدأ الجواز ، ولكن عدم التصريح فتح الباب للخلاف الفقهى والقضائى على الاقل لدى البعض كما سنرى الآن .

استمرار الخلاف رغم نصوص قانون 27 لسنة 1994 ومذكرته الايضاحية :

عاد الشك والاختلاف حول مشروعية التحكيم فى العقود الادارية رغم نص المادة الاولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 ومادته الثانية التى أعطت

أمثلة تدخل معظمها فى دائرة العقود الادارية كما راينا . والسبب فى ذلك هو عدم صراحة نص المادة الاولى من قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 فى جواز التحكيم فى العقود الادارية بعبارة صريحة مباشرة .

ولذلك رأينا من قبل كيف أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى فتواها الصادرة بعد قانون 1994 ، فتوى بتاريخ 18 ديسمبر 1996 ، عادت وتشككت فى مشروعية التحكيم فى العقود الادارية سواء بشرط تحكيم أو مشارطة تحكيم ، بسبب عدم اشتمال قانون 27 لسنة 1994 على حكم صريح بخضوع العقود الادارية لهذا القانون المجيز والمنظم للتحكيم . وأكدت الجميعة العمومية فى هذه الفتوى أن الطبيعة القانونية للعقد الادارى لكى تتوافق مع نظام التحكيم يجب توفير الشروط اللازمة لتحقيق هذا التوافق ، ومن هذه الشروط وأولها أن يأتى نص صريح بإجازة التحكيم فى العقود الادارية وهو ما لم يأت به قانون رقم 27 لسنة 1994 ، كذلك من شروط هذا التوافق بين العقود الادارية والتحكيم أن يأتى التشريع بضوابط محددة تحقق اكتمال ارادة الشخص العام فى اجراء التحكيم فى هذه العقود التى تتعلق بالمصلحة العامة والمال العام كأن يفوض القانون جهة عامة عليا للإذن بالتحكيم فى اية حالة خاصة . أما بدون هذه الشروط لا يكون التحكيم جائزاً ويبطل شرط التحكيم[1] .

ونعتقد أن تلك الضوابط التى أشارت اليها هذه الفتوى الهامة هى التى اوحت للمشرع المصرى بتعديل المادة الاولى من قانون 27 لسنة 1994 بالقانون رقم 9 لعام 1997 كما سنرى الآن .

تعديل المادة الاولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 بالقانون رقم 9 لعام 1997:

هذه هى الحلقة الاخيرة فى موضوع التحكيم فى العقود الادارية ، إذ استشعر المشرع المصرى والحكومة عودة الخلاف فى المسألة ، وكانت فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ماثلة فى ذهن الحكومة والمشرع لوضع اللمسة الاخيرة الضرورية لحسم الخلاف . ومن هنا جاء القانون رقم 9 لعام 1997 فى مادته الاولى ليعدل المادة الاولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 ، بإضافة فقرة ثانية الى المادة الاولى من قانون 1994 تنص على ما

(1) انظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المرجع السابق ص 181 وما بعدها ، والدكتور عصمت الشيخ ، المرجع السابق ص 177 وما بعدها

يلـى : " وبالنسـبة الـى منازعـات العقـود الاداريـة يكـون الاتفـاق علـى التحكـيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك " .

ونصـت المـادة الثانيـة مـن القـانون علـى أن " ينشـر هـذا القـانون فـى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره " .

ويلاحظ علـى نطـاق تطبيـق هذا القـانون أنـه أقر صـراحة مبدأ جـواز التحكيم فى العقود الادارية بصورة نهائية ، وهذا يتضـمن كافـة العقـود الاداريـة وطنية أم ذات طـابع دولـى ، كمـا يشمل جميـع منازعـات العقـود الاداريـة سـواء حدثت فى تفسير العقد أو مرحلة ابرامه أو تنفيذه ، وأخيراً جواز التحكيم يشمل وسيلة شـرط تحكيم فـى العقـد الاصـلى أو مشـارطه تحكيم مستقلة فـى مرحلـة لاحقة خاصة بأحد أو بعض منازعات العقد .

يبقـى أنـه مـن خـلال نـص القـانون نجـد أنـه وضـع شـرطاً هامـاً لتطبيـق التجاء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم فـى عقودهـا الاداريـة لضـمان تحقيق المصلحة العامة ، هذا الشرط هو ضرورة الموافقة المسبقة من الوزير المختص او من يملك سلطاته . ومنع القانون الوزير المختص تفويض سلطته في الموافقة على التحكيم فى العقود الادارية . وحكمـة ذلـك خطـورة هذه الموافقـة لاتصـالها بالمصلحة العامة للدولة التى لا يقدرها بالاهمية الواجبة إلا الـوزير المختص او من يملك سلطاته .

كلمة ختامية

وهكـذا وصـل المشـرع المصـرى الـى أبعـد مـن المشـرع الفرنسـى فـى إجازته للتحكيم فـى العقـود الاداريـة . فـإذا كـان فـى الحـالين يجـب موافقـة سلطة مركزية على التحكيم هى فى فرنسا مجلس الوزراء بمرسوم والوزير المختص بقرار منـه فـى مصـر ، إلا أن جـواز التحكيم من حيث المبدأ أوسـع مـدى ، فـى مصـر عنـه فـى فرنسـا طبقـاً لقـانون 19 أغسـطس 1986 الفرنسـى : فالقـانون الأخير لا يسمح بالتحكيم إلا فى العقد الادارى الدولى المبرم مع شركة أجنبيـة ، كمـا أنـه يشـترط أن يحقـق العقـد مصـلحة مشـروع ذى نفـع قـومى . بينمـا فـى التشريع المصرى الحديث جواز التحكيم يشمل كل العقود الاداريـة الوطنيـة أو ذات الطـابع الـدولى ، كمـا لا يشـترط أن يتصـل العقد بمشـروع ذى نفـع قـومى . والواقع أن هذا الشرط الاخير الفرنسى لا معنى له فـي رأينـا لأنـه لا يتصـور أن يبرم عقد ادارى سيما وله طـابع دولـى ويكـون مجـرداً عـن المصـلحة أو المنفعـة القومية .