التحكيم في مجال العقود الإدارية
دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري

الدكتور
شريف يوسف خاطر
مدرس القانون العام بكلية الحقوق جامعة المنصورة

مقدمـــــــة :

العقد الإداري هو العقد المبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة أو تسيير مرفق عام علي أن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

لقد أشارت العديد من الأحكام القضائية في مصر إلى التعريف السابق للعقد الإداري، سواء القضاء الإداري أو العادي أو الدستوري.

حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن " العقد الإداري – حسبما استقرت عليه أحكام القضاء والفقه الإداري – هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تسمي شروطاً غليظة"[1].

---

[1] محكمة القضاء الإداري، ١٩٦١/٦/٢٥، دعوى رقم ١١٨٤-١٤ق؛ انظر أيضاً محكمة القضاء الإداري، ١٩٥٦/١٢/١٣، دعوى رقم ١٢٢- ١٠ق،٢٦ جلسة /١٩٥١/١٢؛ دعوى رقم ٢١٣-٤ق، جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٣.

ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى نفس المعني في حكمها الصادر في ٣١ مارس عام ١٩٦٢ حيث قضت بأن " العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصا معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص بنظرة القضاء الإداري بحسب ولايته المحددة"[٢].

ولقد أتيح للمحكمة الدستورية العليا أن تعرض لمعيار تميز العقد الإداري في حكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٨٠ حيث أكدت على أنه " يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصا معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطباع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص"[٣]. ولقد قضت محكمة النقض في كثير من أحكامها بنفس المعني في تعريف العقد الإداري[٤].

يتضح من التعريفات السابقة أن القضاء المصري اشترط لاعتبار العقد إدارياً توافر ثلاث معايير: المعيار الأول إبرام العقد بواسطة أحد الأشخاص المعنوية العامة، المعيار الثاني تعلق العقد أو ارتباطه بالمرفق العام، المعيار الثالث أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، على العكس من ذلك نجد أن القضاء الفرنسي اشترط توافر معيارين فقط لاعتبار العقد إدارياً: إبرام العقد بواسطة

---

[٢] المحكمة الإدارية العليا،٣١ مارس ١٩٦٢، طعن رقم ١٨٨٩-٦ ق؛ أنظر أيضاً نفس المحكمة في ٢٤ مارس ١٩٦٨،طعن رقم ٥٥٩-١١ق .

[٣] المحكمة الدستورية العليا، ١٩ يناير١٩٨٠، القضية رقم ٧ لسنة ١ق، المجموعة، ص ٢٤٤.

[٤] محكمة النقض، ١٧ ديسمبر ١٩٨٩، طعن رقم ٢٢١٦ لسنة ٥٣ ق؛ ٥ فبراير ١٩٩٠، طعن رقم ٣١٦ لسنة ٥٤ ق.

شخص معنوي عام وتعلق العقد بإدارة أو تيسير مرفق عام أو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

والعقد الإداري بالصورة السابق ذكرها يختلف في طبيعته ومضمونه وأطرافه عن العقد المدني حيث يتعلق بتنظيم وتسيير مرفق عام ويتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص ويكون أحد أطرافه شخص معنوي عام. ومن ثم فإن اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسا أصبحت مسألة استثنائية فلا يجوز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا وجد نص خاص أو اتفاق دولي يجيز ذلك، ومن ثم فإن المبدأ العام هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في عقودها الإدارية ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي تجيز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية (الفصل الأول).

أما في مصر، ظلت المسألة خلافية في الفقه والقضاء في الفترة السابقة علي صدور قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. ورغم صدور هذا القانون، إلا أنه لم يتضمن نص صريح يجيز التحكيم في العقود الإدارية مما أدي إلي استمرار تردد الفقه والقضاء حتى تدخل المشرع وعدل القانون السابق بمقتضي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وأجاز صراحة اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص مع عدم جواز التفويض في ذلك (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مدي جواز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا

المبدأ العام في فرنسا هو حظر لجوء الأشخاص العامة إلي التحكيم. ولكن هذا المبدأ يرد عليه عدة استثناءات تتعلق بوجود نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية[٥].

ولذلك فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلي مبحثين: نتناول في الأول منه مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في العقود الإدارية، وسوف نخصص الثاني لدراسة الاستثناءات الواردة علي هذا المبدأ.

المبحث الأول

مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في العقود الإدارية

إذا لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز اللجوء إلي التحكيم، فإن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلي التحكيم في عقودها الإدارية.

في حقيقة الأمر، هذا المبدأ يجد أساسه التشريعي في المادتين ٨٣ و١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر عام ١٨٠٦ والمادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في ٥ يوليو عام ١٩٧٢ المعدل في ٩ يوليو عام ١٩٧٥.

(5) A. SIALI, *Le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage*, Th., Bourgogne, 1998 ; Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997, p. 16 ; M. STORME, « L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé », Rev. arb. 1978, p. 113.

حيث تقضي المادة ١٠٠٤ بأنه لا يجوز أبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط فيها القانون تبليغها إلي النيابة العامة وتستلزم حضورها فيها. أما المادة ٨٣ فقد ذكرت هذه المنازعات ومن بينها المنازعات التي تتعلق بالنظام العام والمنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة. ونتيجة لإلغاء هذه المواد، فقد صدر القانون المدني الفرنسي الجديد وتتضمن مادتين وهما ٢٠٦٠ و٢٠٦١.

أما المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الجديد، فإنها قد ذكرت الحالات التي لا يجوز فيها اللجوء إلي التحكيم والتي من بينها المنازعات التي تكون الجماعات العامة والمؤسسات العامة طرفا فيها، حيث نصت في فقرتها الأولي علي أنه لا يجوز اللجوء إلي التحكيم بشأن مسائل الحالة وأهلية الأشخاص، أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق وبالانفصال الجسدي، أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل التي تتعلق بالنظام العام[٦].

كما تقضي المادة ٢٠٦١ من القانون المدني الجديد ببطلان شرط التحكيم طالما لم يوجد نص قانوني يجيزه[٧]. ولقد اعتبر القضاء أن هذا البطلان من النظام العام[٨] وذلك في حالة وجود شرط التحكيم[٩] أو مشارطة التحكيم[١٠].

---

[6] L'article 2060 du Code civil français dispose que «on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public»

[7] Aux termes de l'article 2061 du code civil «la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi».

[8] C.E., 19 mai 1893, Ville d'Aix-les-Bains, Rec., p. 442 ; C.E., avis, 6 mars 1986, Section des travaux publics n° 339710, GACE, 2e éd., Dalloz, 2002, n° 15, p. 175 ; dans le même sens, E. GUILLAUME, concl. sur C.E., Sect., 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, Rec., p. 69.

[9] C.E., 22 janvier 1904, Ducastin, Rec., p. 45.

وهذا الحظر التشريعي أيده الفقه والقضاء الفرنسي. حيث ذهب بعض الفقه الفرنسي إلي القول بأن الأشخاص المعنوية العامة ليس لها الحق في اللجوء إلي التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية وذلك استنادا إلى وجود قضاء وطني مختص بنظر هذه المنازعات وهو قضاء مجلس الدولة[١١].

ونفس الاتجاه أيده جانب من مفوضي الدولة، حيث أكدوا علي أنه إذا ابرم عقد إداري بين أحد أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص أو العام الأخرى، فلا يجوز اللجوء إلي التحكيم لفض النزاع الناشئ عن هذا العقد وإنما يجب اللجوء إلى القاضي الإداري المختص قانونا بنظر النزاع[١٢].

كما أيد موقف الفقه العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي تؤكد دائما علي حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة – كمبدأ عام– إلي التحكيم في عقودها الإدارية. وأصدر مجلس الدولة العديد من الأحكام التي تؤكد هذه الوجه من النظر سواء في القرن التاسع عشر[١٣] أو في القرن العشرين[١٤].

وفي ٦ مارس عام ١٩٨٦ صدرت فتوى عن مجلس الدولة الفرنسي تؤكد

(10) C.E., 17 juillet 1946, ministre des Travaux publics, Rec., p. 473.

(11) E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1er éd., t. II, Paris, 1888, p.145 ; 2e éd., t. II, Paris, 1896, p. 152 ; L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 3e éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 294.

(12) ROMIEU, concl. sur C.E.17 mars 1893, Société des chemins de fer du Nord de l'Est et autres, S. 1894, III, p. 119 ; GAZIER, concl. sur C.E., Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, JCP 1958, II, n° 10800.

(13) Par exemple, C.E., 19 février 1823, Héritiers Guérard c. Le Trésor, Rec., p. 103 ; C.E., 17 novembre 1824, Ouvrard c. Ministre de la Guerre, Rec., p. 631 ; C.E., 13 juillet 1825, Lesage c. Ville de Besançon, Rec., p. 410.

(14) Par exemple, C.E., 8 juillet 1959, Secrétaire d'Etat aux Forces armées c. Sieur Houseaux, Rec., p. 438 ; C.E., 8 mars 1961, Société Air-Couzinet Transocéanic, Rec., p. 162 ; C.E., Sect., 20 mai 1966, Sieur Meunier, Rec., p. 343 ; voir, G. MATTEI-DAWANCE, « L'arbitrage en droit public », Gaz. pal. 1987 (1er sem.), p. 470.

علي مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة إلي التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية طالما لم يوجد نص قانوني أو تفاق دولي يجيز ذلك. واعتبر مجلس الدولة أن مبدأ الحظر من المبادئ العامة في القانون ويترتب علي مخالفته بطلان شرط أو مشارطة التحكيم بطلانا مطلقا لتعلق هذا الحظر بالنظام العام[١٥].

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة علي مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية

لقد أورد المشرع الفرنسي عدة استثناءات علي مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية. وهذه الاستثناءات إما أن ترجع إلي وجود نص قانوني يجيز اللجوء إلي التحكيم في بعض العقود الإدارية، وإما أن يتدخل المشرع وينص صراحة علي جواز لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلي التحكيم، وإما أن يأتي النص عليها في اتفاق دولي يجيز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي.

الاستثناء الأول: اللجوء إلي التحكيم في بعض منازعات العقود الإدارية الوطنية

لقد صدر قانون في ١٧ إبريل عام ١٩٠٦ وجاء النص في المادة ٦٩ منه علي جواز التحكيم لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد (هذا النص يقابل نص المادة ١٣٢ من تقنين الأشغال العامة الجديد)[١٦]. وكان

(15) C.E., avis, 6 mars 1986, Section des travaux publics n° 339710, commentaire, D. Labetoulle, GACE, 2e éd., Dalloz, 2002, n° 15, p. 175.

(16) L'article 132 du nouveau Code des marchés publics dispose que «conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses

السبب في إصدار هذا القانون هو مواجهة المشكلات المالية التي نتجت عن المعرض العالمي الذي أقيم في عام ١٩٠٠ والمشكلات الناتجة عن العقود التي أبرمتها شركة Chemin de fer.

ويقتصر نطاق تطبيق المادة ٦٩ من القانون السابق ذكره علي عقود الأشغال العامة وعقود التوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والبلديات. ولقد أضاف المرسوم الصادر في ٢٥ يوليو عام ١٩٦٠ في المادة الأولي والمادة ٢٥ منه النقابات المختلطة والمناطق الحضرية والمؤسسات العامة التابعة للمحافظات والمقاطعات[١٧].

أما عن شروط تطبيق المادة ٦٩ من قانون ١٧ إبريل عام ١٩٠٦ والتي تقابل المادة ١٣٢ من التقنين الجديد للأشغال العامة، نجد أن المشرع الفرنسي اشترط أن يتم اللجوء إلي التحكيم من خلال مشارطة التحكيم أي بعد قيام النزاع، ومن ثم لا يصح اللجوء إلي التحكيم بإدراج ذلك الشرط في العقد الأصلي قبل نشوء النزاع. كما اشترط المشرع أن يتم اللجوء إلي مشارطة التحكيم في المنازعات التي تتعلق بتصفية النفقات الناشئة عن عقود الأشغال العامة وعقود التوريد، ومن ثم فإن المنازعات الناشئة عن أي عقد أخر وإن كانت تتصل بتصفية النفقات لا تخضع

---

de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau Code de procédure civile. Pour l'Etat, ce recours doit être autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie». Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004, p. 37003.

(17) أنظر المناقشات الفقهية والقضائية حول مشروعية المرسوم الصادر في ٢٥ يوليو عام ١٩٦٠ والذي وسع من نطاق تطبيق المادة ٦٩ من قانون ١٩٠٦:

A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, t. II, LGDJ, 1983, p. 945 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, Traité de contentieux administratif, t. I, 3e éd., LGDJ, Paris, 1984, n° 24, p. 50 ; J. PUISOYE, «Les juridictions arbitrales dans les contentieux administratif», AJDA 1969, p. 277 ; A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Th. Paris II, , LGDJ, 1997, p. 139.

للتحكيم. كما يقتصر اللجوء إلي التحكيم علي عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والمحليات فقط. كما اشترط المشرع للجوء إلي التحكيم موافقة مجلس الوزراء بمرسوم موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص حسب الأحوال. وفيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها المديريات، فإنه يجب عرض الأمر علي مجلس المديرية للمناقشة ويجب موافقة الوزير المختص عليه، أما بالنسبة للعقود المبرمة بواسطة البلديات، فإنه يجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة.

ونجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر اللجوء إلي مشارطة التحكيم استنادا إلي المادة ٦٩ من القانون ١٩٠٦ استثناء لا يجوز التوسع فيه[١٨]، واعتبر الشروط التي نص عليها المشرع في هذه المادة شروط جوهرية يترتب علي مخالفتها بطلان مشارطة التحكيم[١٩].

الاستثناء الثاني: لجوء بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلي التحكيم

في الفترة السابقة علي صدور قانون ٩ يوليو عام ١٩٧٥، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلي القول بأنه يجوز للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية اللجوء إلي التحكيم في منازعاتها العقدية وذلك استنادا إلي المادة ٦٣١ من قانون التجارة التي تجيز اللجوء إلي التحكيم في جميع المنازعات التجارية والصناعية التي تنشأ بين جميع الأشخاص[٢٠]. ومن ثم يجوز للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية التي تمارس

(18) C.E., 8 février 1935, Ville de Saint-Servan, Rec., p. 173 ; C.E., 1er février 1946, Office d'H.B.M. de Marseille, Rec., p. 35.

(19) C.E., 27 janvier 1928, Bardot et Verboom, Rec., p. 137 ; C.E., 15 janvier 1937, Debachy, Rec., p. 93 ; C.E., 5 juillet 1950, Société français de construction, Rec., p. 416 ; C.E., 13 juillet 1961, Commune de Thuir, Rec., p. 484.

(20) J. ROBERT, note, D. 1958, p. 699 ; J.-M. AUBY, «L'arbitrage en matière administrative», AJDA 1955, p. 85 ; P. STILLMUNKES, *L'arbitrage en droit*

نشاط تجاري أن تلجأ إلي التحكيم في منازعاتها العقدية أو غير العقدية، وذلك استنادا إلي عمومية نص المادة ٦٣١ من قانون التجارة الفرنسي[٢١].

ولكن مجلس الدولة الفرنسي رفض هذا الاتجاه الفقهي وأصدر حكمه في ١٣ ديسمبر عام ١٩٥٧ يقضي فيه بأن مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم يشمل المؤسسات العامة الصناعية والتجارية طالما أن المشرع لم يستثنيها بنص خاص[٢٢].

وأمام هذا الخلاف الفقهي والقضائي، فقد تدخل المشرع الفرنسي وأصدر قانون في ٩ يوليو عام ١٩٧٥ ونص في المادة السابعة منه علي تكملة المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الجديد بأنه يجوز اللجوء إلي التحكيم لبعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية التي يصدر بتحديدها مرسوم[٢٣]. وظل هذا الوضع معلق علي صدور مرسوم يحدد المؤسسات العامة الصناعية والتجارية التي يجوز لها اللجوء إلي التحكيم، إلا أن هذا المرسوم لم يصدر إلا مؤخرا في ٨ يناير عام ٢٠٠٢ وحدد المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء إلي التحكيم ومن بينها شركة غاز فرنسا وشركة كهرباء فرنسا.[٢٤] وصدرت عدة تشريعات خاصة تجيز لبعض المؤسسات العامة اللجوء إلي التحكيم في كافة المنازعات التعاقدية أو غير التعاقدية وسواء تعلق

---

administratif, Th., Paris, 1960, p. 45 ; H. MOTULSKY, «L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public», Rev. arb. 1956, p. 38.

(21) L. MAZEAUD et G. VEDEL, «Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ?», CJEG 1950, p. 224 et s.

(22) C.E., Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Rec., p. 678 ; AJDA 1958, p. 91, chro. J. Fournier et G. Braibant ; D. 1958, p. 517, concl. F. Gazier, note J. L'Huillier ; JCP 1958, II, n° 10800, note H. Motulsky.

(23)L'article 2060 du Code civil a été complété par l'article 7 de la loi du 9 juillet 1975, selon lequel «toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre».

(24) A. H. « De nouveaux établissements publics autorisés à compromettre », Rev. arb. 2002, n° 1, p. 249.

النزاع بعقد إداري أو بأي عقد أخر، ومن هذه المؤسسات العامة:

Société Nationale de chemins de fer[25], La Post et France Télécom[٢٦].

الاستثناء الثالث: اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الدولية[٢٧]

في الفترة السابقة علي إصدار قانون ١٩ أغسطس عام ١٩٨٦ الذي أجار التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي، ثار خلاف بين الفقه والقضاء حول مدي جواز اللجوء إلي التحكيم في العقود الدولية.

حيث ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في ١٠ أبريل عام ١٩٥٧ إلي القول بأن حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في عقودها الإدارية يقتصر فقط علي العقود الإدارية الوطنية، ومن ثم لا يشمل الحظر المنصوص عليه في المواد ٨٣ و١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم العقود الدولية سواء

---

(25) L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs prévoit que la Société nationale des chemins de fer «dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage», en dérogation à la prohibition de l'article 2060 du Code civil.

(26) La loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 a créé deux personnes morales de droit public dénommées La Poste et France Télécom. Selon l'article 28 de la loi du 2 juillet 1990 : «La Poste et France Télécom disposent de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage».

(27) V. Ch. CARABIER, «L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des Etats et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit privé», Rev. arb. 1967, p. 49 ; P. LEVEL, «La réforme de l'arbitrage international», JCP 1981, I, n° 9899 ; J. ROBERT, «L'arbitrage en matière international», D. 1981, chro., p. 209 ; J. RIBS, «Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français», JCP 1990, I, n° 3465 ; D. LAMETHE, «L'arbitrage commercial international : choix et contraints», CJEG février 1995, chro., p. 45 ; G. TEBOUL, «Arbitrage international et personnes morales de droit public», AJDA 1997, p. 25 ; B. PACTEAU, «Arbitrage en droit administratif», JC proc. civ. 1998, fasc. 1048 ; S. PAUTOT, *L'arbitrage international dans les marchés de travaux publics internationaux*, Th., Aix, 1976.

كانت لإدارية أو مدنية[٢٨].

كما أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام تؤكد فيها أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام والشركات الأجنبية يجوز اللجوء فيها إلي التحكيم[٢٩].

ولقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه القضائي حيث أجاز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي[٣٠].

ونتيجة لرغبة الدولة في التعاقد مع شركة أمريكية لإقامة ملاهي في باريس علي نسق ملاهي والت ديزني في الولايات المتحدة الأمريكية، أبرمت عقد مع هذه الشركة لإقامة ملاهي ايروز ديزني لاند في باريس إلا أن الشركة المتعاقدة اشترط أن يتضمن الاتفاق شرط اللجوء إلي التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بينهما. وأمام إصرار الشركة علي ذلك، أحال الوزير المختص الأمر إلي مجلس الدولة الفرنسي لإبداء الرأي حول تضمين العقد المزمع ابرامه شرط اللجوء إلي التحكيم.

وأصدر مجلس الدولة رأيه الشهير في ٦ مارس عام ١٩٨٦ برفض اللجوء إلي التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن العقد المبرم بين الدولة والشركة الأمريكية، وذلك استنادا إلي أن العقد المبرم بينهما عقد إداري يختص بنظر النزاع بشأنه

(28) CA de Paris, 1er ch., 10 avril 1957, Société Myrtoon Steamship c. ministre de la Marine marchande, JCP 1957, II, n° 10077, note H. Motulsky ; D. 1958, II, p. 702, note J. Robert.

(29) Cass. civ., 1er ch., 14 avril 1964, O.N.I.C. c. Capitaine du S.S. San Carlo, D. 1964, II, p. 637, note J. Robert ; JCP 1965, II, n° 14406, obs. P.L ; Cass. civ. 1er ch., 2 mai 1966, Trésor public c. Galakis, D. 1966, II, p.575, note J. Robert ; JCP 1966, II, n° 14798, obs. Ph. Ligneau.

(30) H. MOTULSKY, note sous CA de Paris, 1er ch., 10 avril 1957, Société Myrtoon Steamship c. ministre de la Marine marchande, JCP 1957, II, n° 10077.

(30) G. VEDEL, «Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé», Rev. arb. 1961, p. 117 ; voir aussi, O. FILLE-LAMBIE et J.-M. LONCLE, « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public : Aspects de droit français et de droit OHADA », RDAI, n° 1, 2003, p. 3.

القاضي الإداري. فلا يجوز اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا إذا وجد نص خاص يجيز ذلك[٣١].

وأمام هذا الموقف الرافض من جانب مجلس الدولة، تدخل المشرع الفرنسي وأصدر القانون رقم ٨٦-٩٧٢ في ١٩ أغسطس عام ١٩٨٦ وأجاز المشرع في المادة التاسعة منه اللجوء إلي التحكيم في المنازعات ذات الطابع الدولي[٣٢].

ويشمل نطاق هذا القانون كل أنواع العقود التي تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة سواء كانت عقود إدارية أو مدنية أو غير ذلك من العقود.

ويشترط لتطبيق أحكام قانون ١٩ أغسطس عام ١٩٨٦ أن يكون العقد مبرم بين أحد أشخاص القانون العام وشركة أجنبية من أجل تحقيق مشروع ذات نفع عام، كما يجب أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة علي شرط اللجوء إلي التحكيم، ويجب أخذ هذه الموافقة في كل حالة علي حدة.

الخلاصة

المبدأ العام في فرنسا هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز ذلك.

---

(31) C.E., avis, 6 mars 1986, Section des travaux publics n° 339710, GACE, 2e éd., Dalloz, 2002, n° 15, p. 175.

(32) Aux termes de l'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales : «Par dérogation à l'article 2060 du Code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats».

الفصل الثاني

مدي جواز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية في مصر

نجد أن المشرع المصري نظم قواعد التحكيم، لأول مرة، في المواد من ٧٠٢ إلي ٧٢٧ من قانون الإجراءات المدنية الصادر في ١٣ نوفمبر عام ١٨٨٣. وفي عام ١٩٤٩، تمت إعادة تنظيم التحكيم في المواد من ٨١٨ إلي ٨٥٠ من قانون الإجراءات المدنية. وأخيرا تم إعادة تنظيم التحكيم في المواد من ٥٠١ إلي ٥١٣ من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام ١٩٦٨.

وحتى أواخر القرن العشرين، ظل تنظيم التحكيم ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولم يفرد له المشرع المصري قانون خاص إلا في عام ١٩٩٤ وذلك بمقتضي القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بمقتضي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

في الفترة السابقة علي صدور قانون التحكيم عام ١٩٩٤، تباينت أراء الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض حول مدي جواز اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية (المبحث الأول). وظل هذا الخلاف قائما بعد صدور قانون التحكيم عام ١٩٩٤ نظرا لأن المشرع لم ينص صراحة علي جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، مما أدي إلي تدخل المشرع المصري وقام بتعديل قانون التحكيم بمقتضي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ونص فيه صراحة علي جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع مراعاة بعض الشروط (المبحث الثاني).

المبحث الأول

موقف الفقه والقضاء في الفترة السابقة علي القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

لقد تباينت أراء الفقه وأحكام القضاء بين مؤيد ومعارض للجوء الأشخاص العامة إلي التحكيم في مجال المنازعات الإدارية.

أولا: الاتجاه المعارض للتحكيم في مجال العقود الإدارية

ذهب جانب من الفقه المصري إلي القول بأنه لا يجوز اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك لأن اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات جاء النص عليه بمقتضي المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ومن ثم لا يجوز تعديل هذا الاختصاص إلا بقانون مثله وليس بقرار أو بعقد أي لا يجوز تعديل اختصاص مجلس الدولة بمقتضي اتفاق بين الطرفين باللجوء إلي التحكيم بدلا من اللجوء إلي مجلس الدولة[٣٣].

كما استند هذا الجانب من الفقه إلي نص المادة ١٧٢ من الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر عام ١٩٧١ والتي تقضي بأن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى". واستنادا إلي هذا النص نجد أن اختصاص مجلس لدولة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية اختصاص أصيل بنص الدستور والقانون ولا يجوز تعديل هذا الاختصاص بإرادة الأطراف بل يجب تدخل السلطة التشريعية

(33) أ.د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤، ص ١٧٠.

وتنص علي إمكانية لجوء الأشخاص العامة إلي التحكيم في عقودها الإدارية[٣٤].

كما استند هذا الجانب من الفقه علي فكرة النظام العام كأساس لحظر اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية. حيث تقوم فكرة النظام العام في القانون الإداري علي تغليب المصلحة العامة علي المصلحة الخاصة، وأن العقود الإدارية تختلف بطبيعتها عن العقود المدنية، بما تتضمنه من نظريات لا يوجد مثلها في القانون الخاص مثل سلطة التعديل من جانب واحد وسلطة توقيع جزاء علي المتعاقد وسلطة فسخ العقد لاعتبارات المصلحة العامة، ونتيجة لاختلاف العقد الإداري عن العقد المدني فلا يجوز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية إلا بنص خاص وصريح من المشرع[٣٥].

وتأكيدا لموقف الفقه السابق، قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه لا يجوز اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية لأن ذلك يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات وذلك طبقا للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢. حيث قضت بأنه "يتعين تفسير شرط التحكيم في عقد الالتزام بما لا يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن - أساس ذلك - أن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي بينما منح التزام المرافق العامة من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية و هذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع و إن كانت

---

(34) د./ محمد كمال منير، مدي جواز الاتفاق علي الالتجاء إلي التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق علي حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، مجلة العلوم الإدارية ١٩٩١، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٣٠ وما بعدها.

(35) د./ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٦٣.

تأخذ شكل القانون لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن إرادتها في شكل قانون - مؤدى ذلك :أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون لأنه وإن كانت السلطة التي تصدرهما واحدة فإن القاعدة المقررة في القانون العام أن السلطة التي تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية و إن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى[36]."

ولقد عدلت محكمة القضاء الإداري عن اتجاها السابق[٣٧] واتبعت نفس النهج الذي اتبعته المحكمة الإدارية العليا في رفض التحكيم في العقود الإدارية. ومن ذلك حكمها الصادر في ٩ ديسمبر عام ١٩٩٠[٣٨] وحكمها الصادر في ٣٠ يناير عام ١٩٩١[٣٩].

ثانيا: الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

ذهب جانب من الفقه إلي القول بجواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في العقود الإدارية. وقام بالرد علي حجج وأسانيد الفريق الأول. حيث يري هذا الاتجاه الفقهي أن المشرع لم يقصد من نص المادة ١٧٢ من الدستور ولا من نص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة استبعاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وإنما قصد المشرع مجرد استبعاد اختصاص محاكم

---

[36] محكمة إدارية عليا، ١٩٩٠/٢/٢٠، طعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق. ولكن يلاحظ أن المحكمة الإدارية العليا قد عادت وأصدرت حكما لها في ١٨ يناير ١٩٩٤ أجازت فيه اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ عام ١٩٩٤.

[37] لقد سبق لمحكمة القضاء الإداري بأن أجازت لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلي التحكيم في عقودها الإدارية وذلك في حكم لها في ١٨ يونيو ١٩٨٦ طعن رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق

[38] محكمة القضاء الإداري، ٩ ديسمبر ١٩٩٠، طعن رقم ٥٨٣٧، لسنة ٤٤ ق.

[39] محكمة القضاء الإداري، ٣٠ يناير ١٩٩١، طعن رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ ق.

القضاء العادي من نظر هذه المنازعات الإدارية. كما استند أنصار هذا الاتجاه إلي القول بأن اللجوء إلي التحكيم يوفر الجهد والوقت والمال وخصوصا في المنازعات التي فيها طرف أجنبي حيث تفضل غالبا اللجوء إلي التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الإداري[٤٠].

وتأكيدا لهذا الاتجاه الفقهي ذهبت محكمة القضاء الإداري إلي جواز اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك في قضية تتلخص واقعاتها في إبرام عقد امتياز هضبة المقطم بين شركة أجنبية خاصة ووزارة التعمير والإسكان واتفق علي أن يتم اللجوء إلي التحكيم لفض النزاع الناشئ عن هذا العقد.

ثم ثار نزاع حول هذا العقد، وطلبت الشركة المتعاقدة من الوزارة عرض النزاع علي هيئة التحكيم استناد لما هو منصوص عليه في العقد وطلبت تعيين محكم ينوب عنها، وذلك بعد أن قامت الشركة بتعين محكم الذي سيمثلها في هيئة التحكيم.

ولكن وزارة التعمير والإسكان التزمت الصمت حيال هذا الطلب، وبعد مرور الميعاد القانوني، اعتبرت الشركة المتعاقد عدم رد الوزارة بمثابة قرار ضمني بالرفض. وقامت هذه الشركة برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري تطالب فيها بإلغاء القرار السلبي للوزارة بالامتناع عن إحالة النزاع إلي هيئة التحكيم وتعيين محكم ممثل للحكومة المصرية في هيئة التحكيم.

---

(40) د./ جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٥٧ وما بعدها؛ د./ حبيب سليمان، تعقيب: الاتفاق علي التحكيم في العقود الإدارية جائز، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٧/٦/١٤، ص ٩، مع القانون، مشار إليه في مؤلف د./ جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدي جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٩٣ وما بعدها.

فأصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها في ١٨ مايو عام ١٩٨٦ بوقف تنفيذ القرار السلبي للوزارة، مما يعني أن المحكمة قد اعترفت بحق الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية[٤١].

وبعد أن رفضت المحكمة الإدارية العليا اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية في حكمها الصادر في ١٩٩٠/٢/٢٠، طعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق، عدلت عن ذلك وأجازت اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية في حكمها الصادر في ١٨ يناير ١٩٩٤ وذلك قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. حيث قضت بأن " التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة – الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الالتجاء إلى القضاء – أساس ذلك: أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام. الاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحتكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع. إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة. من المبادئ الأساسية في العقود ومنها عقد التحكيم أنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم. يقتصر التحكيم على ما اتفق بصدده من منازعات. إذا حصل الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره

---

(41) محكمة القضاء الإداري، ١٨ مايو ١٩٨٦، دعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق. (ولكن هذا الحكم تم الطعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا وتم إلغائه وقضت بعد جواز التحكيم في العقود الإدارية. وسارت محكمة القضاء الإداري علي نفس النهج الذي اتبعته المحكمة الإدارية العليا وذلك في أحكامها اللاحقة بأن قضت بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية. من هذه الأحكام حكمها في ٩ ديسمبر ١٩٩٠، طعن رقم ٥٨٣٧، لسنة ٤٤ ق وحكمها في ٣٠ يناير ١٩٩١، طعن رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ ق .(

علي محكمين فإن هذا يشمل كل المنازعات التي بين المتعاقدين بشأن التنفيذ أو التفسير، سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه. الاتفاق على التحكيم لا يترع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقى شرط التحكيم قائما. المنازعة في تفسير عقد إداري يدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ولا يرد عليها وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات الإدارية. يجوز الاتفاق على شرط التحكيم في هذه المنازعة طبقا لنص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.[42]"

وعلي الصعيد الإفتائي، نجد أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أجازت اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية. حيث قررت أن التحكيم هو الاتفاق علي عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم.... وقررت بأن التحكيم يقوم علي أساسين: هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة. ولقد أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية الاتفاق علي التحكيم مبينا شروطه وإجراءاته وكيفيه تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها وذلك في المواد من ٥٠١ وما بعدها. المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء الإدارة إلي التحكيم في منازعاتها العقدية. إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود التي تكون جهة الإدارة طرفا فيها سواء المدنية أو الإدارية يتعين الرجوع في ذلك إلي الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة في قانون المرافعات والتي لا تتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية .[43]

---

[42] محكمة إدارية عليا، ١٨ يناير ١٩٩٤، طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق.

[43] فتوى رقم ٦٦١ في أول يوليو ١٩٨٩، جلسة ١٧ مايو ١٩٨٩، ٤٣ و٣٧٤/١٤٠/٤٤؛ وفتوى رقم ٢١١ في ١٩٩٣/٣/١١، جلسة ١٩٩٣/٢/٢٧، ص ٤٧، مشار إليه في مجموعه المبادئ القانونية التي

الخلاصة

بعد هذا العرض للموقف الفقهي والقضائي والإفتائي في الفترة السابقة علي إصدار قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، نجد أن الفقه اختلف بين مؤيد ومعارض للتحكيم في العقود الإدارية. كما أن أحكام القضاء ترددت حول مدي جواز الالتجاء إلي التحكيم في العقود الإدارية، فتارة تقضي بعدم جواز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية وتارة أخري تقضي بجواز ذلك مما دفع المشرع المصري لإصدار قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

المبحث الثاني
موقف الفقه والقضاء في الفترة اللاحقة علي
قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

أمام تردد الفقه والقضاء حول مدي جواز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية، تدخل المشرع المصري وأصدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ونص في المادة الأول منه علي أنه" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعون عاما من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلي أخر سبتمبر ١٩٩٥، ص ١٣٨ وما بعدها.

رغم صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، إلا أن الفقه تردد أيضا حول مدي جواز اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية وذلك نتيجة لأن المشرع لم ينص علي ذلك صراحة.

وإذا كانت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قررت جواز التحكيم في العقود الإدارية في فتواها رقم ٦٦١ الصادرة في ١٧ مايو ١٩٨٩ وفتواها رقم ٢١١ الصادرة في ٧ فبراير ١٩٩٣، إلا أنها تراجعت عن ذلك في فتواها الصادرة بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ وقررت عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

حيث قررت أن "لجوء جهة عامة للقضاء ذي والولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجوءها في ذلك إلي التحكيم فهو يفيد ألا يتغاض عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام. وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها. وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل المشرع.... ويظهر مما سبق جميعه مدي التباين والتنافي بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم." وأضافت الفتوى بأن قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وضع أساسا لتنظيم التحكيم في شأن المنازعات المدنية والتجارية ومن ثم لا يخضع العقد الإداري لهذا القانون لعدم وجود نص صريح بذلك[٤٤].

ورغم صدور هذه الفتوى التي تقضي بعدم جواز التحكيم في العقود

[44]فتوى بتاريخ ٢٢ فبراير ١٩٩٧، ملف رقم ١٦٠/٣٣٩/٥٤.

الإدارية، أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكما تقضي فيه بصحة شرط التحكيم الوارد في العقد رغم وجود شخص عام كطرف في العقد وذلك في القضية رقم ٦٤ لسنة ١١٣ ق بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧.

وأمام هذا التابين الفقهي والقضائي حول مدي جواز اللجوء إلي التحكيم في منازعات العقود الإدارية رغم صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تقدمت الحكومة بمشروع قانون لتعديل المادة الأولي من القانون السابق ذكره وذلك بمقتضي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وذلك بإضافة النص التالي علي المادة الأولي من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية ونصها كالأتي "وبالنسبة 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 يكون المشرع المصرع قد حسم الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية، بأن أجاز ذلك بنص صريح واشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك. فإذا اتفق علي التحكيم في العقود الإدارية بدون الحصول مسبقا علي موافقة الوزير المختص، كان شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم باطلا.

وبصدور قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أكد المشرع جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث نصت المادة ٤٢ من هذا القانون علي أنه "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق علي تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

الخاتمة

الوضع في فرنسا، المبدأ العام هو عدم جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لإنهاء المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها . ولقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على هذا المبدأ ومن ثم يحظر على الأشخاص المعنوية العامة – كمبدأ عام – اللجوء إلى التحكيم فى مجال المنازعات الإدارية. ولقد صدرت فتوى عن مجلس الدولة الفرنسي في ٦ مارس ١٩٨٦ تقضى بأن حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٠٦٠من القانون المدني الفرنسي تتعلق بالنظام العام الداخلي ومن ثم لا يجوز مخالفة هذا المبدأ إلا إذا وجد نص فى قانون أو اتفاق دولي يجيز اللجوء إلى التحكيم فى المنازعات الإدارية.

واستثناءا من هذا المبدأ يجوز التحكيم فى بعض المنازعات الإدارية إذا جاء النص على ذلك صراحة فى القانون الفرنسي أو اتفاق دولي. وقد حدث ذلك بالفعل في ظل قانون ١٧ إبريل ١٩٠٦ حيث أجاز المشرع للأشخاص المعنوية العامة (الدولة – الجماعات المحلية – المؤسسات العامة المحلية) اللجوء إلى التحكيم فى منازعات الأشغال العامة والتوريد . ولقد جاء النص على ذلك في المادة ١٣٢ من قانون الأشغال العامة الجديد. كما أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إذا كان العقد مبرم مع شركة أجنبية وذلك بمقتضى قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦. ويجوز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لإنهاء المنازعات الإدارية وذلك بالنسبة للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية وكذلك لهيئة سكة حديد فرنسا SNCF ومكتب البريد La Poste وهيئة الاتصالات الفرنسية France Telecom اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المبرمة بوسطها بدلاً من اللجوء إلى

القضاء الوطني لما يحققه التحكيم من مزايا أهمها توفير فى الوقت والجهد والمال .

كما يجوز استثناءا اللجوء إلى التحكيم لإنهاء منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي إذا وجد اتفاق دولي يقضى بذلك .

أما في مصر، في الفترة السابقة علي تدخل المشرع المصري لإجازة التحكيم بمقتضي قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بمقتضي قانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، نجد أن الفقه والقضاء قد تردد بين مؤيد ومعارض حول مدي جواز التحكيم في العقود الإدارية. وكان لكل اتجاه حججه وأسانيده التي تبرر وجه نظره. مما دفع المشرع إلي التدخل لتنظيم التحكيم في المواد المدنية والتجارية بمقتض القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. ولكن هذا القانون لم يتضمن جواز التحكيم في العقود الإدارية صراحة. وظل الفقه والقضاء يتردد إلي تدخل المشرع مرة ثانية لتعديل القانون السابق بمقتضي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لإجازة التحكيم في العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص علي ذلك مع حظر التفويض في هذا الشأن.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

المراجع العربية[٤٥]

جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربيـــة، ١٩٩٧ .

جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدي جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجـــال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

حبيب سليمان، تعقيب: الاتفاق علي التحكيم في العقود الإدارية جـــائز، مقـــال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٧/٦/١٤، ص ٩، مع القانون.

سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤.

عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطـــابع الـــدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

محمد كمال منير، مدي جواز الاتفاق علي الالتجاء إلي التحكـــيم الاختيـــاري في العقود الإدارية، تعليق علي حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، مجلة العلـــوم الإداريـــة ١٩٩١، الـــسنة الثالثـــة والثلاثون، العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٣٠ وما بعدها.

المراجع الفرنسية

A. H. « De nouveaux établissements publics autorisés à compromettre », Rev. arb. 2002, n° 1, p. 249.

AUBY J.-M. et DRAGO R., Traité de contentieux administratif, t. I, 3e éd., LGDJ, Paris, 1984.

(45) مع حفظ الألقاب العلمية.

AUBY J.-M., «L'arbitrage en matière administrative», AJDA 1955, p. 85.
CARABIER Ch., «L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des Etats et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit privé», Rev. arb. 1967, p. 49.
DE LAUBADERE A., F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, t. II, LGDJ, 1983.
FILLE-LAMBIE O. et LONCLE J.-M., « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public : Aspects de droit français et de droit OHADA », RDAI, n° 1, 2003, p. 3.
GAZIER, concl. sur C.E., Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, JCP 1958, II, n° 10800.
GUILLAUME E., concl. sur C.E., Sect., 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, Rec., p. 69.
JARROSSON (Ch.), « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997, p. 16.
LAFERRIERE E., Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1er éd., t. II, Paris, 1888.
LAMETHE D., «L'arbitrage commercial international : choix et contraints», CJEG février 1995, chro., p. 45.
LEVEL P., «La réforme de l'arbitrage international», JCP 1981, I, n° 9899.
MATTEI-DAWANCE G., « L'arbitrage en droit public », Gaz. pal. 1987 (1er sem.), p.470.
MAZEAUD L. et VEDEL G., «Electricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ?», CJEG 1950, p. 224 et s.
MOTULSKY H., «L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public», Rev. arb. 1956, p. 38.
MOTULSKY H., note sous CA de Paris, 1er ch., 10 avril 1957, Société Myrtoon Steamship c. ministre de la Marine marchande, JCP 1957, II, n° 10077.
PACTEAU B., «Arbitrage en droit administratif», JC proc. civ. 1998, fasc. 1048.
PATRIKIOS A., L'arbitrage en matière administrative, Th. Paris II, , LGDJ, 1997.
PAUTOT S., L'arbitrage international dans les marchés de travaux publics internationaux, Th., Aix, 1976.
PUISOYE J., «Les juridictions arbitrales dans les contentieux administratif», AJDA 1969, p. 277.
RIBS J., «Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français», JCP 1990, I, n° 3465.
RICHER L., Droit des contrats administratifs, 3e éd., LGDJ, Paris, 2002.
ROBERT J., «L'arbitrage en matière international», D. 1981, chro., p. 209.
ROMIEU, concl. sur C.E.17 mars 1893, Société des chemins de fer du Nord de l'Est et autres, S. 1894, III, p. 119.
SIALI (A.), Le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage, Th., Bourgogne, 1998 .

STILLMUNKES P., L'arbitrage en droit administratif, Th., Paris, 1960.
STORME M., « L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé », Rev. arb. 1978, p. 113.
TEBOUL G., «Arbitrage international et personnes morales de droit public», AJDA 1997, p. 25.

VEDEL G., «Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé», Rev. arb. 1961, p. 117