

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة التعليم العالي

جامعة قسنطينة -1-

كلية الحقوق

التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام

فرع المؤسسات السياسية والإدارية

إشراف الأستاذ الدكتور

طاشور عبد الحفيظ

إعداد الطالب:

حسان نوفل

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة قسنطينة 1	أستاذة التعليم العالي	أ.د. موسى زهية
مشرفا و مقررا	جامعة قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ.د. طاشور عبد الحفيظ
عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة 1	أستاذ محاضر (أ)	د. بوغناقة السعيد

السنة الجامعية 2013م-2014م



قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴿٣٢﴾

سورة البقرة الآية 32

الإهداء

إلى والديتي.....نبع الحناز

إلى والدي الدكتور حسان الجيلاني نبراس النور

إلى زوجتي.....رفيقة الدرب

إلى إبنتاي.....قرتا العين

إلى إخوتي.....

شكر وتقدير

يقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: (من أسدى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه به، فقولوا له جزاك الله خيرا).

من هذا المنطلق ومن منطلق من لم يشكر الناس لم يشكر الله أشكر جميع من وقف بجاني في إعداد هذه الرسالة، سواء كان بدعائه أو بتقديم معلومة أو فكرة أو كتاب، فجزاهم الله كل خير، وبارك فيهم؛

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذي؛

الدكتور عبد الحفيظ طاشور

الذي تفضل مشكورا بالموافقة على الإشراف على هذه الرسالة، فكان لمساعدته لي الأثر البالغ فجزاه الله كل خير.

وأتوجه بالشكر الخاص للأستاذة الفاضلة موسى زهية على التوجيهات القيمة التي أفادتني بها.

وإلى الأستاذ السعيد بوعناقة الذي تفضل بالموافقة على مناقشة هذه الرسالة.

وجازى الله الجميع كل خير وبارك فيهم....

حسام نوفل

قائمة بأهم الإختصارات

1- اللغة العربية:

ج = جزء

س = السنة

ص = صفحة

ق = سنة قضائية

ط = طبعة

ع = عدد

م = ميلادية

مج = مجلد

هـ = هجرية

2- اللغة الفرنسية:

Art. = Article (s)

Doc. = Doctorat

Ed. = Edition

F = Feuille (s)

N° = Numéro

Op.cit = Ouvrage Précité

P = Page (s)

Rev = Revue

S.d = Sans date

S.ed. = Sans édition

S.l = Sans lieu d'édition

Th. = Thèse

Vol. = Volume (s)

3- اللغة الإنجليزية:

B.O.T = Build Operate Transfer

B.O.O.T = Build Own Operate Transfer

B.L.T = Build Lease Transfer

L.R.O.T= Lease Renwal Operate Transfer

I.C.S.I.D = The International Centre for Settlement of Investment Disputes

I.C.C = International Chamber Of Commerce

C.R.C.I.C.A= Cairo Regional Center For International Commercial Arbitration

مقدمة

إن دراسة العقود الإدارية تحتل مكانا بارزا من بين دراسات القانون الإداري المختلفة، ذلك بأن العقد الإداري يمتاز بطبيعة قانونية خاصة، وبأحكام تختلف عن طبيعة الأعمال الإدارية الأخرى وأحكامها من جهة، وعن طبيعة وأحكام العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص من جهة أخرى.

ففي العقد الإداري تظهر سلطة جهة الإدارة، وهيمنتها في العقد، وعلو إرادتها على إرادة الطرف المتعاقد معها، ويعود السبب في ذلك إلى أن هدفها الأصلي عند إبرامها العقد هو الصالح العام، لذلك وضع القضاء الإداري، قواعد قانونية قائمة بذاتها تحكم العقود الإدارية مختلفة عن القواعد التي تحكم العقود الخاصة، وتتفق مع طبيعة قواعد ومبادئ القانون الإداري، الذي يهدف إلى سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتحقيق التوازن بين مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد، مع الأخذ بعين الاعتبار تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

كذلك فإن العقود الإدارية تختلف اختلافاً جوهرياً عن عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ذلك لأن هذا النوع الأخير من العقود تحكمه من الناحية الموضوعية قواعد القانون الخاص، ويسري عليه -كقاعدة عامة- ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم (العقود المدنية).

لهذه الاعتبارات وغيرها فإن الدول الآخذة بازدياد القضاء خصصت قضاءً إدارياً مختصاً في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بصفة خاصة، والمنازعات الإدارية الأخرى بصفة عامة.

ولا يعتبر القضاء الإداري الوسيلة الوحيدة للفصل في منازعات العقود الإدارية، فهناك أيضاً التحكيم الذي يتم فيه نظر المنازعة والفصل فيها، بتولية المتنازعين حكماً يرتضيانه ليحكم

بينهما، ويعتبر التحكيم قضاء غير رسمي يقف بجانب القضاء، كما أنه يعد تنظيمًا قضائياً تشرف عليه الدول من ضمن تنظيماتها القضائية.

وهو أيضا من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمارات الأجنبية التي تعد ذات أهمية بالغة للدول النامية بالأخص، هذه الاستثمارات تقوم على توافر العديد من الضمانات مثل الاستقرار السياسي والاقتصادي، وكذلك الضمانات التشريعية التي يسعى لها المستثمرون في الدول المستضيفه، والتي تنص عليها قوانين الاستثمار حيث تشمل مزايا كثيرة كالإعفاءات الضريبية وحرية التحويلات المالية، إلا أن المستثمرين يبحثون أيضاً عن توافر الضمانات القضائية والمتمثلة في الوسائل المتاحة في حالة نشوء أي من منازعات الاستثمار نتيجة عدم التزام أحد أطراف النزاع للاتفاق المنصوص عليه أو الاخلال بنص من نصوص العقد المبرم بينهما.

فالأمن القانوني يعني توفير المناخ القانوني السليم للاستثمار وإيجاد الآليات القانونية المحفزة عليه، والمستثمر - الوطني أو الأجنبي - يبحث دائماً عن بيئة مشجعة له من خلال الضمانات التي تكفل الأمن الاقتصادي والقانوني في حالة نشوء أي نزاع عن طريق آليات قانونية تضمن حماية حقوقه، وذلك بمعالجته عن طريق الوسائل الودية أو القضائية، وتمثل الوسائل الودية في التحكيم أو التوفيق أو المفاوضات، وهي المفضلة في أغلب العلاقات التعاقدية الإدارية الدولية، بحكم طابع التسوية العالمي، وفي السنوات الأخيرة أصبح التحكيم يُشكل الوسيلة المثلى لفض المنازعات بين الأطراف وذلك لما يتميز به من سرعة في إصدار الأحكام.

وعندما يرتبط التحكيم وما له من خصوصية بالعقود الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها وما لذلك من ذاتية، يتشكل نظام خاص يستدعي دراسة معمقة مع الأخذ بالمقارنة بين التشريعات الدولية للخروج بصياغة تسمح بمجاراة هذا النظام والاستفادة الكاملة من مزاياه والتقليل قدر الإمكان من عيوبه وآثاره السلبية.

أهمية البحث:

تبرز أهمية التحكيم في منازعات العقود الإدارية لوجود العديد من العقود في الوقت الراهن التي تبرمها جهة الإدارة مع العديد من المتعاقدين الوطنيين أو الأجانب لسير المرافق العامة، خاصة عقود الامتياز مع الشركات الأجنبية، والتي تؤدي دوراً فاعلاً في تنمية الاقتصاد الوطني، حيث أصبحت هذه الشركات في أغلبها تشترط على الإدارة إدراج شرط التحكيم من أجل إبرام العقد.

كما أن موضوعه يعتبر من الموضوعات المستحدثة، والتي أصبحت ذات أهمية بالغة على صعيد سن القوانين، حيث أن أغلب قوانين التحكيم العربية قد تغيرت كلها منذ سنة 1983، وعلى المستوى الفقهي خاصة فقه القانون الإداري الذي أخذ يبلور نظرية التحكيم في العقود الإدارية، وكذلك الحال في أحكام القضاء الإداري والتي صارت تراعي أهمية التحكيم في العقود الإدارية.

ومن الأمور التي تبرز أهمية هذا الموضوع أن التحكيم في هذا العصر قد تطور بصورة كبيرة فلم يعد حاله كالسابق في نظر المنازعة من قبل شخص أو أكثر بل ظهرت العديد من الأشخاص المعنوية على شكل هيئات وغرف تحكيمية لها كياناتها المستقلة ونظامها الخاص مهمتها فقط الفصل في النزاعات.

إشكالية البحث

إذا كانت النظرية العامة للعقود الإدارية تعطي للإدارة عدة سلطات تمثل امتيازات لها في مواجهة المتعاقد معها، فقد طرح إشكال بخصوص جواز التحكيم في منازعات هذه العقود على اعتبار أن التحكيم من جهة يحرم الإدارة العامة من امتيازاتها ويساويها بالطرف المتعاقد ومن جهة أخرى يجرمها من اللجوء إلى قضاء الدولة حيث يرى الطرف المتعاقد أن هذا القضاء غير محايد فيما ترى الدولة أن عدم اللجوء إلى قضائها فيه مساس بسيادتها ومن ثم ظهر تباين في

الآراء الفقهية والقضائية ما بين معارض للتحكيم الإداري ومؤيد له، ومن خلال هذا البحث سوف نجيب على التساؤلات التالية:

- ما هو مفهوم العقود الإدارية، ماهي أركانها، وماهي صورها؟
- ما هو التحكيم، وما أنواعه وصوره وماهي خصائصه ومميزاته؟
- ما موقف كل من التشريع والفقه والقضاء في فرنسا ومصر وبعض الدول العربية من مسألة إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية؟
- كيف نظمت القوانين والاتفاقيات الدولية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية.

غير أن الإشكالية الأساسية والضمنية للبحث هو كيفية تحقيق التوازن القانوني في نظام التحكيم بين متعاقد غالبا ما يكون مستثمرا أجنبي يسعى لتحقيق أعلى نسبة من الأرباح وبين دولة غالبا ما تكون نامية تتخلى عن كل امتيازاتها سعيا منها لتحقيق التنمية الاقتصادية، هذا التوازن لا يحققه إلا تقنين محكم ينظم التحكيم في العقود الإدارية، وعليه لابد من إعداد قانون يكفل التوازن في هذه المعادلة الصعبة.

صعوبات البحث:

أهم صعوبات بحث ودراسة هذا الموضوع هو ندرة الكتب والمراجع التي تتناول التحكيم في العقود الإدارية نظرا لحدثة الموضوع سواء في مجال البحث العلمي أو القوانين والتشريعات وحتى الأحكام القضائية.

وقد أثبت الواقع العملي من خلال الدعاوى التي يرفعها المستثمرون ضد الدول العربية عدم وجود كفاءات عربية قادرة على التعامل مع الثغرات التي يضمنها بعض المستثمرين عقودهم بهدف استغلال الجهل بالاتفاقيات والقوانين لدى المحكمين العرب والحصول على أموال تعويضات قد تفوق في كثير من الأحيان نسبة ما أستثمر فعليا من خلال استثمارات وهمية.

منهج البحث:

لقد اعتمدنا في الجانب الأكبر من هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي⁽¹⁾ في دراسة وتحليل مختلف قوانين التحكيم وكذا الأحكام القضائية والآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع، كما اعتمدنا في جانب من الدراسة على المنهج المقارن من أجل تقييم التشريعات واستخلاص أهم المميزات ومكامن الضعف والقوة فيها.

أهداف البحث:

صياغة مقترح مواد خاصة بتنظيم التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ومن أجل ذلك لا بد من الإحاطة المعمقة بكل من التحكيم والعقود الإدارية ودراسة قوانين التحكيم العربية وتقييمها من أجل الخروج بتوصيات تسمح لنا بصياغة هذا القانون.

خطة البحث

ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين، خصصنا أولهما للتمهيد للموضوع الأصلي، فكان من المنهجي تعريف العقد الإداري في المبحث الأول بيان ماهيته في المطلب الأول وأركانه في المطلب الثاني وصور العقود الإدارية في المطلب الثالث، وكذلك بالنسبة للتحكيم فقد خصصنا له المبحث الثاني، فكان تعريفه في المطلب الأول، أنواعه في المطلب الثاني، وخصائصه في المطلب الثالث، وفي المطلب الرابع أردنا ربط التمهيد بالموضوع فارتأينا دراسة تطور العلاقة بين العقود الإدارية والتحكيم في فرنسا وفي مصر.

(1) يعتبر المنهج الوصفي التحليلي طريقة منتظمة لدراسة حقائق راهنة، متعلقة بظاهرة أو موقف أو أفراد أو أحداث أو أوضاع معينة، بهدف اكتشاف حقائق جديدة أو التحقق من صحة حقائق قديمة، وآثارها والعلاقات المتصلة بها، وتغيرها، وكشف الجوانب التي تحكمها، أنظر حسان (الجيلاني) وسلطنية (بلقاسم)، المناهج الأساسية في البحوث الإجتماعية، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012، ص133.

أما الفصل الثاني الموسوم بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية فقد قسمناه إلى مبحثين أولهما خصصناه لحكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث أدرجنا في المطلب الأول موقف التشريعات من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وفي الثاني موقف القضاء وفي الثالث موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

أما المبحث الثاني فخصصناه للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية حيث أدرجنا في المطلب الأول التنظيم القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية وفي المطلب الثاني التنظيم الدولي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية وفي المطلب الثالث التنظيم الإجرائي للتحكيم في العقود الادارية الدولية.

الفصل الأول

العقد الإداري

و

ماهية التحكيم

الفصل الأول العقد الإداري وماهية التحكيم.

سنتناول إن شاء الله في هذا الفصل تعريف العقود الإدارية وماهية التحكيم وتطور العلاقة بينهما، بحيث يكون فصلاً تمهيدياً نوضح من خلال المبحث الأول مفهوم العقد الإداري سواء في الفقه أو القضاء ومن ثم الأركان الأساسية للعقد الإداري ونعدد صور العقود الإدارية.

وفي المبحث الثاني سندرس الأسس العامة للتحكيم فنتناوله بالتعريفات المختلفة سواء في اللغة والاصطلاح والفقه والقانون المقارن وفي بعض أحكام القضاء ثم نتطرق لأنواع التحكيم ومن ثم نتناول خصائص التحكيم فنعدد مزاياه وعيوبه ونقوم بعد ذلك بدراسة ما يميز التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات.

وفي المبحث الأخير من هذا الفصل سنتناول تطور العلاقة بين التحكيم والعقود الإدارية في كل من فرنسا على اعتبارها مهد القانون الإداري ومصر باعتبارها قطعت شوطاً مهماً في مجال العقود الإدارية.

المبحث الأول: العقد الإداري.

تقوم الإدارة في سبيل ممارسة مهامها بإبرام عقود مع الغير، وهذه العقود لها صفة مميزة، ذلك أن طرفي العقد ليسا على قدم المساواة، حيث تعتمد الإدارة على سلطتها العامة وتستند إلى تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يجعل العقد الإداري يكتب ذاتية خاصة، وليتسنى لنا التوسع في مدلول العقد الإداري والإحاطة بجميع جوانبه قمنا بتقسيم المبحث الأول إلى ثلاث مطالب نتناول في الأول مفهوم العقد الإداري في الفقه والقضاء وفي الثاني أركان العقد الإداري الثلاث وهي وجود شخص معنوي عام كطرف في العقد وأن يكون محل العقد مرفقاً عام وأن يتضمن

العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة، وفي المطلب الثالث ندرس أهم صور العقود الإدارية المتمثلة في عقد إلتزام المرفق العام (عقد الإمتياز) وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد والعقود الإدارية الحديثة (B.O.T)

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري.

يختلف العقد الإداري عن أنواع العقود الأخرى فهو عقد يتوفر على مجموعة من الخصائص المترجمة لمكانة الإدارة في علاقتها مع المتعاقد معها، وأهم هذه الخصائص هي خاصية المصلحة العامة وخاصية السلطة العامة ومن الواضح اختلاف المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة، ذلك أن الأولى هدفها التأسيس والتنظيم، بينما الثانية تهدف للربح والبحث عن مكاسب شخصية، وعلى هذا الأساس كان من المنهجي من أجل الإحاطة بمفهوم العقد الإداري التطرق إلى مفهوم العقد بصفة عامة ومن ثم التخصص في دراسة نوع خاص من العقود ألا وهو العقود الإدارية ودراسة مختلف تعريفاته سواء الفقهية أو القضائية.

الفرع الأول: تعريف العقد.

اختلفت وتعددت تعريفات العقد حسب منطلق التعريف، غير أن المتفق عليه أن العقد هو اتفاق بين طرفين يتضمن وعود متبادلة، ولعرض مختلف التعريفات فقد خصصنا هذا الفرع للتمهيد لمفهوم العقد بصفة عامة حيث سندرس مختلف تعريفات العقد في اللغة وفي الفقه سواء الإسلامي أو القانوني وأيضا في القانون المقارن وفي القضاء، وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: العقد في اللغة.

ذكر علماء اللغة أن لفظ العقد يرد على عدة معانٍ منها الشد، والربط، والعهد، والضمان، والجمع، والعزم، والتأكيد، والإحكام، والتوثيق⁽¹⁾، وقال ابن فارس: "العين والقاف والبدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها، وعاقدته مثل عاهدته، وهو العقد والجمع عقود⁽²⁾، وقال الراغب في مفردات القرآن: "العقد الجمع بين أطراف الشيء ويستعمل في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك في المعاني نحو: عقد البيع والعهد وغيرهما فيقال: عاقدته وعقدته وتعاقدنا"⁽³⁾.

الفقرة الثانية: العقد في الفقه.

يختلف تعريف العقد من الفقه القانوني إلى الفقه الإسلامي وعليه سوف نتناول في تعريفنا للعقد بداية الفقه الإسلامي ومن ثم نرجع على الفقه القانوني:

أ - الفقه الإسلامي.

ينصرف معنى العقد لدى علماء الفقه الإسلامي بمعناه العام إلى كل ما عزم المرء على فعله، وقد عرفه الحنفية على أنه: تعليق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره

(1) العَقْد نقيض الحَلِّ عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا وَتَعْقِدَادًا ويقال عقدت الحبل فهو معقود ومنه عَقْدَةُ النكاح وانعقدَ عَقْدُ الحبل انعقاداً فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق والمعاهدة المعاهدة وعاقده عهده وتعاقد القوم تعاهدوا، أنظر: ابن منظور جمال الدين (محمد)، لسان العرب، ط 1، بيروت، دار صادر، الجزء 3، ص 296، وأنظر الفارابي أبو ابراهيم (إسحاق)، ديوان الأدب، ط 1، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، 2003، ص 426.

(2) (عقد) العين والقاف والبدال أصل واحد يدل على شدّ وشِدَّةٌ وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها، وعاقدته مثل عاهدته، وهو العَقْد والجمع عُقُود. قال الله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة 1]، أنظر: ابن فارس أبو الحسين (أحمد)، معجم مقاييس اللغة، ط 1، بيروت، دار الجليل، المجلد الرابع، 1991، ص 86.

(3) الأصفهاني (الراغب)، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، تحقيق صفوت عدنان داوودي، ط 2، دمشق، دار القلم والدار الشامية، 1418هـ، ص 576.

في المحل، وعرفه المالكية أنه: كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، وعرفه الشافعية بقولهم: هو ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي، أما الحنابلة فعرفوه بأنه: المعاملة التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول.⁽¹⁾

ب) - الفقه القانوني.

يذهب بعض الفقهاء إلى أن "العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه، وهذا التعريف يصدق بالنسبة إلى العقود الإدارية، كما هو الشأن بالنسبة للعقود المدنية"⁽²⁾.

إلا أن للعقود الإدارية خصائصها التي تميزها عن العقود الأخرى، لذا فإن فقهاء القانون ورجال القضاء قاموا بصياغة تعريف للعقد الإداري ليميز به عن العقود الأخرى.

الفقرة الثالثة: تعريف العقد في القانون المقارن.

ينص القانون المدني الجزائري في المادة 54 على أن "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخريين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما"⁽³⁾.

ونص القانون المدني المصري الصادر في 16 جويلية 1948 في المادة 89: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"، ونصت المادة (1/127) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م على أن: "العقد وهو تلاقي إرادتين بأي صفة كانت وتنشأ عنه المسؤولية العقدية".

(1) أوهاب (نذير)، نظرية العقود الإدارية، السعودية، مركز البحوث، 2006، ص13.

(2) الطماوي سليمان (محمد)، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، القاهرة، مطبعة عين شمس، 1991، ص408.

(3) الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم .

الفقرة الرابعة: تعريف العقد في القضاء.

استقرت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن " ...العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين.."(1)

وجاء في محكمة النقض المصرية أن: "العقد على ما جرى به قضاء هذه المحكمة يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني، فإن إسباغ وصف المتعاقد ينصرف إلى من يفصح مع إرادة أخرى على إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه"(2).

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري في الفقه.

ولئن كانت العقود بصفة عامة تتفق في جوهرها وأركانها، فكل عقد ما هو إلا توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، إلا أن العقود الإدارية لها أحكام وقواعد مخصوصة، فقد عرّف بعض فقهاء القانون العقد الإداري أنه العقد: "الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام، أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام"(3).

ومنهم من عرّفه بشيء من التفصيل على أنه: العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام من مرافق الدولة أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ومناط ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في إدارة وتسيير المرفق العام"(4).

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1383 لسنة 35 ق، جلسة 1995/01/08.

(2) حكم محكمة النقض المصرية، النقض رقم 794 لسنة 52 ق، جلسة 1975/03/31.

(3) حلمي (محمود)، العقد الإداري، ط2، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977م، ص4.

(4) التحويوي السيد (محمود)، إلتحاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختباري في العقود الإدارية، ط1، القاهرة، دار الفكر

الجامعي، 2007 - ص59.

وهناك من عرّفَ العقد الإداري مُظهرًا في تعريفه دور الشخص العام عند إبرامه للعقد، فعَرَفَهُ بأنه: "العقد الذي تبرمه جهة الإدارة بوصفها سلطة عامة بقصد تسيير مرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص".

كما عرّفَ العقد الإداري بتفاصيل فيها بيان لطبيعة القانون الذي يحكم العلاقة بين الشخص العام والطرف الآخر في العقد، فعَرَفَ بأنه: "كل اتفاق بين طرفين، أحدهما شخص من أشخاص القانون العام يهدف إدارة، أو تنظيم، أو استغلال مرفق عام من مرافق الدولة، بحيث يظهر في العقد نية تطبيق أحكام القانون العام باحتوائه على شروط غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة، ويتحقق ذلك بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد في نطاق العقود المدنية، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية، في مواجهة الغير، لا يتمتع بها في حالة ما لو تعاقد مع غيره من الأفراد" (1).

الفرع الثالث: تعريف العقد الإداري في القضاء.

أوردت عدة أحكام قضائية تعريفًا للعقد الإداري، حيث استقر قضاء محكمة القضاء الإداري في مصر أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية بل إن المعيار المميز لهذه العقود -عما عداها من عقود القانون الخاص- ليس في صفة المتعاقد، بل في موضوع العقد، متى اتصل بمرفق عام من مرافق الدولة من حيث تنظيم المرفق، أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركًا في ذلك -وعلى درجة متساوية - بظهور نية الشخص المعنوي في أن يأخذ في العقد بأسلوب القانون العام، وأحكامه، فيتضمن العقد شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص (2).

(1) الخضير بن عبدالله (خالد)، التحكيم في العقود الإدارية، القاهرة، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، 2009، ص35.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 779 لسنة 10 في جلسة 24 فبراير سنة 1957.

أما المحكمة الإدارية العليا بمصر، فذكرت أن العقد الإداري هو "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽¹⁾.

كما تبنت المحكمة الدستورية العليا في مصر الاتجاه ذاته، حيث قضت بأنه: "يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره، أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام، فيما تضمنته من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"⁽²⁾.

ونصت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في الفتوى رقم 637 بتاريخ 1956/10/22: إن العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص⁽³⁾ بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ إذ يجب أن يراعى فيها دائماً تغليب الصالح العام على الصالح الخاص⁽⁴⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 576 لسنة 11ق، جلسة 30 ديسمبر سنة 1967، والقضية رقم 2128 لسنة 35ق جلسة 1995/01/24، والقضية رقم 1383 لسنة 35ق، جلسة 1995/01/08.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 1 لسنة 12ق، جلسة 1991/01/05.

(3) لا يمكن الجزم بأن كل عقد إداري لابد أن يبرم بين شخص عام وآخر خاص فمن الممكن أن يكون الطرفان من الأشخاص العامة، حيث نص قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 في المادة رقم 38 على أنه: "يجوز للجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الإتفاق المباشر...".

(4) الطماوي سليمان (محمد)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص63.

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتصل بإدارة مرفق عام من أو يبرم بمناسبة وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص يبدو فيها مركز الإدارة المتميز ومظاهر سلطتها التامة التي لا يتمتع بها المتعاقد العادي"⁽¹⁾.

ووفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإنه تعتبر عقوداً إدارية تلك التي: "يرمها شخص معنوي عام، بقصد سير مرفق عام، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو السماح للمتعاقد بالاشتراك مباشرة في تسيير المرافق العامة"⁽²⁾.

وعرّف ديوان المظالم السعودي⁽³⁾ العقد الإداري بأنه العقد: "الذي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه بوصفها سلطة عامة وأن يتعلق النزاع بمال مملوك للدولة"⁽⁴⁾. وعليه فإن العقد الإداري هو العقد الذي يكون طرفه شخصاً عاماً، ويتصل بمرفق عام، وتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في إطار القانون الخاص⁽⁵⁾.

(1) حكم محكمة النقض المصرية، النقض رقم 269 لسنة 49ق، جلسة 1984/01/09، والنقض رقم 459 لسنة 58ق جلسة 1990/03/11.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1912/07/03، أنظر في عرض الحكم: الطماوي سليمان (محمد)، مبادئ القانون الإداري، ط10، القاهرة، دار الفكر العربي، الكتاب الثالث، 1979، ص305.

(3) ديوان المظالم هو هيئة القضاء الإداري بالمملكة العربية السعودية تم إنشاؤه بموجب المرسوم الملكي رقم م/78 بتاريخ 1428/9/19هـ كما نصت على ذلك المادة الأولى بأن: "ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة، ترتبط مباشرة بالملك" عُهد إليه النظر والفصل في المنازعات العقدية التي تكون الإدارة طرفاً فيها سواء كانت عقوداً إدارية أم عقود إدارة خاصة.

(4) حكم صادر من هيئة تدقيق القضايا التابعة لديوان المظالم (الدائرة الأولى) رقم 189/ت/1 لعام 1418هـ، أنظر في عرض الحكم الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص76.

(5) محي الدين مصطفى (علاء)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص64.

المطلب الثاني: أركان العقد الإداري.

تختلف العقود الإدارية في طبيعتها عن العقود المدنية، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام، وشخص من أشخاص القانون الخاص، بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ، إذ يجب أن يراعى فيها دائماً تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره، وعليه فأركان العقد الإداري تختلف عن أركان العقود المدنية، وسنتعرض في هذا المبحث أركان العقد الإداري والتي تميزه عن العقود المدنية، فلا يكتسب العقد الصفة الإدارية إلا إذا انطوى على ثلاثة أركان تكاملية فيما بينها، بحيث لو تخلف أحدها انحسرت عن العقد الصفة الإدارية⁽¹⁾ وهي:

1. أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً.

2. أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً.

3. أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة.

وسنتناول بالدراسة كل شرط على حدى في شكل فرع على النحو التالي:

الفرع الأول: أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً.

إن ضرورة كون الإدارة طرفاً في العقد أمر يبرره أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة، ومن ثم فإن العقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد عقداً إدارياً⁽²⁾، فالعقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً بحال من الأحوال⁽³⁾.

(1) في فرنسا يعتبر العقد إدارياً رغم أنه لا يتعلق بتنفيذ مهمة مرفق عام ولا يتضمن شروطاً استثنائية، إذا أبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام، راجع في ذلك الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص30.

(2) نصار حاد (جابر)، مرجع سابق، ص33.

(3) الطماوي سليمان (محمد)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص63.

ومع ذلك فقد اعترف القضاء الفرنسي بالصفة الإدارية لبعض العقود التي ليس من بين أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وذلك في الحالات التالية :

- تعلق العقد بأشغال بطبيعتها تخص الدولة *des travaux appartenant par nature à l'état* ففي حكم "peyrot" قضت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية بأن عقود الأشغال التي أبرمتها شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز إنشاء واستغلال طريق سيارات سريع تعتبر عقودا إدارية أبرمت لحساب الدولة حيث جاء في نصها : "إن بناء الطرق العمومية له صفة الأشغال العامة، وينتمي بطبيعته للدولة...."
- عقود شغل المال العام بحيث يعتبر العقد إداريا إذا كان موضوعه استغلال مال عام وأبرم بين صاحب امتياز وأحد أشخاص القانون الخاص.
- التفويض الصريح أو الضمني بحيث يعهد صاحب سلطة اتخاذ القرار إلى المفوض إليه بمهمة التصرف باسمه في إبرام بعض العقود، وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية وجود تفويض ضمني⁽¹⁾.

وتنقسم أشخاص القانون العام إلى:

- أشخاص إقليمية : كالدولة، والمحافظات⁽²⁾، الولايات، البلديات⁽³⁾.
- أشخاص مصلحة : كالمديريات والإدارات والهيئات العامة.
- أشخاص مهنية : كالتقانات... حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التقانات المهنية وإن كانت لا ينطبق عليها وصف المؤسسات العامة إلا أنها تعتبر من أشخاص القانون

(1) الحلو راغب (ماجد)، العقود الإدارية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص17-21.

(2) تنص المادة 61 من الدستور المصري على أن "تقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية هي المحافظات والمدن والقرى..."

(3) تنص المادة 15 من الدستور الجزائري على أن : "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية، البلدية هي الجماعة القاعدية".

العام لأنها تزاوّل إلى جانب نشاطها نشاطاً آخر من جنس النشاط الذي تزاوّلته السلطات العامة، فاعترف لها بالشخصية المعنوية العامة وذلك في حكمي " - bougven monpeurt"⁽¹⁾، كما منحت المحكمة الإدارية العليا في مصر للنقابات المهنية - كمنقابة المحامين والأطباء والمهندسين - الشخصية المعنوية العامة⁽²⁾، واعترف القضاء الإداري في مصر بالشخصية العامة لبعض المؤسسات ذات الطابع الديني كبرطخانة الأقباط الأرثوذكس والمجلس الصوفي الأعلى⁽³⁾.

وقد تأكد مبدأ وجود أحد أشخاص القانون العام كطرف في العقد لاعتباره عقداً إدارياً في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية حين ذهب في حكم لها بتاريخ 1991/01/05 أنه: يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً عاماً، ويتعاقد بوصفه سلطة عامة..."⁽⁴⁾.

وفي هذا الصدد تقر المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 1994/1/18 بأن: "... العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية هو كون الإدارة طرفاً فيها أمر طبيعي، لأن العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام فإنه لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً..."⁽⁵⁾، وتقول أيضاً: "... إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار

(1) " Dans ses arrêts "Monpeurt" en 1942, et "Bougvent" en 1943, consacrés l'un à un comité d'organisation, l'autre à l'Ordre des Médecins, le conseil d'Etat a reconnu que ces organismes participaient à l'exécution d'un service public et que leurs décisions constituaient des actes administratifs; il leur a toutefois expressément dénié la qualité d'établissement public."

PASCAL.(M), La Décentralisation Administrative, Genève, librairie Droz, 1985, P73

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 1513 لسنة 27ق، جلسة 1981/06/11.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 3450 لسنة 42ق، جلسة 1991/01/16.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 1 لسنة 12ق، جلسة 1991/01/05.

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 1386 لسنة 33ق، جلسة 1994/1/18.

العقد من عقود القانون الخاص، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي....." (1).

ويطلق على هذا العنصر (المعيار العضوي) (2) لأنه يتعلق بأطراف العقد، غير أنه لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد حتى يكون إدارياً، بمعنى آخر لا يكون العقد إدارياً إلا إذا أبرمته الإدارة بوصفها سلطة عامة، أما إذا أبرمت الإدارة عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية تخضع لسلطات القانون المدني، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تنفرع عنها (3).

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث جاء في حكم لها بتاريخ 1995/01/08 أن طرفي العقد الإداري: "... أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإداريين بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة....." (4).

ونحن بصدد البحث حول الإدارة كطرف في العقد الإداري استوقفنا إشكالتان أولهما المشروعات المؤتممة، هل يرتب التحول في ملكية هذه المشروعات اكتساباً للشخصية المعنوية العامة؟ والثانية تعاقد شخص عادي لحساب شخص معنوي عام بصفته وكيلاً عنه، هل يعد هذا عقداً إدارياً؟

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 154 لسنة 34ق، جلسة 1997/1/2.

(2) التحيوي السيد (محمود)، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص338.

(3) نصار جاد (جابر)، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص36.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 1383 لسنة 35ق، جلسة 1995/01/08، وفي حكم سابق (جلسة 1987/02/21) قضت بأن تعاقد وزارة الأوقاف مع مقال مبابي لا يسبغ على العقد الطابع الإداري طالما أنها لم تتعاقد كسلطة عامة وإنما بوصفها ناظرة على وقف، أي كشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص.

بالنسبة للمشروعات المؤممة وعلى اعتبار التأمين عملا من أعمال السيادة تنقل به الدولة الملكية الخاصة إلى ملكيتها العامة، حيث استقر العرف الدولي على تقرير حق الدولة في نزع ملكية الاجانب من أجل المنفعة العامة بعد تعويض عادل⁽¹⁾، فقد سلك المشرع المصري اتجاهين بحيث أضفى على بعض هذه المشروعات -وفقا للقانون الصادر سنة 1975- الشخصية المعنوية صراحة والبعض الآخر أعطاهما صورة شركة عامة مساهمة، فاحتدم الجدل الفقهي⁽²⁾ حول الطبيعة القانونية لهذه الشركات، ليفصل القضاء في الأمر، ففي فتوي أصدرتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في 10 مارس 1965 نصت على أن: "الشركات التي أمتت، وأصبحت تابعة للمؤسسات العامة، لازالت رغم تأميمها وانتقال ملكيتها إلى الدولة، شخصا من أشخاص القانون الخاص ولو اتخذت شكل شركة مساهمة تمتلك الدولة جميع أسهمها ..."⁽³⁾.

وفي حكم للمحكمة الإدارية المصرية العليا⁽⁴⁾ يوم 1967/04/08 أكدت فيه أن: "تأميم البنك العربي المصري بمقتضى القانون 117 لسنة 1961 ليس من شأنه تحويله إلى مؤسسة عامة"⁽⁵⁾.

-
- (1) لقد تضمن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 3281 لسنة 1974 في مادته الثانية أن لكل دولة الحق في تأميم أو مصادرة أو نقل أو تحويل ملكية الاموال الاجنبية مع وجوب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها ولوائحها، والمثال الواقعي على ذلك تحكيم Texaco، ففي عام 1955 منحت الحكومة الليبية للشركتين: California Asiatic oil company – Texaco overseas pétcoleum company امتيازاً في مجال استخراج البترول، وفي عامي 1973، 1974 قامت الثورة الليبية بتأميم هاتين الشركتين على مرحلتين فأمتت بالقانون رقم 66 لسنة 1973 الصادر في 1973/09/01، 51% من الشركتين وبالقانون رقم 11 لسنة 1974 الصادر في 1974/12/11 أمتت بموجبه جميع الشركتين، أنظر في تفصيل ذلك: الحداد السيد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص372.
 - (2) حلمي (محمود)، العقد الإداري، ط 2، القاهرة، دار الفكر العربي، 1977، ص16-21.
 - (3) الطماوي سليمان (محمد)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص67.
 - (4) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1967/04/08 للسنة القضائية 12.
 - (5) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص87.

أما بالنسبة للوكالة فهناك إجماع فقهي وقضائي على أن العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون الخاص لحساب شخص معنوي عام هو عقد إداري إذا توافرت فيه باقي العناصر الأخرى، وجاء القضاء ليؤكد ذلك، حيث حكم مجلس الدولة الفرنسي باعتبار العقد الذي أبرمته إحدى الجمعيات التعاونية للبناء مع أحد المقاولين إداريا لأنه تم لحساب إحدى البلديات، بل وذهب مجلس الدولة الفرنسي أبعد من ذلك حين اعترف بإمكانية التوكيل الضمني، حيث حكم في دعوى تتعلق بشركة اقتصاد مختلط مكلفة من قبل إحدى البلديات بإنجاز أشغال عامة وحدث نزاع بينها وبين بعض المقاولين من الباطن على اعتبار وجود توكيل ضمني من البلدية لهذه الشركة وعليه اعتبر العقد إداريا⁽¹⁾، وعلى ذلك استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث ذهبت: "...من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصالحها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري ..."⁽²⁾.

الفرع الثاني: أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً.

انقسم فقهاء القانون في تعريفهم للمرفق العام إلى فريقين:

يذهب الفريق الأول إلى التعريف العضوي الذي ينص على أن: "المرفق العام هو منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة، وتخضع في إدارتها لها، وتتولى جزءاً من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات أو إشباع حاجات عامة"⁽³⁾.

أما الفريق الثاني فيتبنى التعريف الموضوعي الذي ينص على أن: "المرفق العام وفق هذا المعيار هو كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه بقصد الوفاء

(1) أنظر: الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص20، ونصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص37، وخليفة عبد المنعم

(عبد العزيز)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص57

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 1557 لسنة 7ق، جلسة 1964/03/07.

(3) أوهاب (نذير)، مرجع سابق، ص35.

بحاجات ذات نفع عام"، وقد تبنت محكمة القضاء الإداري المصري هذا الاتجاه حين ذهبت في حكمها الصادر في 1993/01/06 أن قرار مجلس الوزراء الصادر في 1950/05/17 بشأن مكافحة الغلاء بالاستعانة بالجمعيات التعاونية في توزيع السلع الضرورية على المستهلكين بأسعار التكلفة هو في حقيقته إنشاء لمرفق عام لمكافحة الغلاء⁽¹⁾.

وعرفته محكمة القضاء الإداري المصري بأنه: "كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين في إنشائه وتسييره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة"⁽²⁾، ولا يهدف هذا المشروع إلى تحقيق ربح من وراء تزويده للمتعاملين معه بالحاجات العامة بل يقصد المساهمة في حماية النظام العام وخدمة المصالح العامة في الدولة⁽³⁾.

وعليه فإن المعيار المميز للعقود الإدارية ليس في صفة المتعاقد فحسب، بل أيضا في موضوع العقد نفسه، متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه⁽⁴⁾، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي الصفة الإدارية للعقد إذا كان موضوعه تنفيذ مرفق عام في أحد أحكامه الهامة التي أرست بعض مبادئ القانون الإداري في قضية Thérond عام 1910⁽⁵⁾.

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية أكدت أنه: "إنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره،

(1) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 67.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، جلسة 1957/06/02، سنة 6ق.

(3) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم 353، جلسة 1965/03/31.

(4) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، رقم 779، جلسة 1957/02/24، سنة 10ق.

(5) أبرم عقد بين السيد Thérond ومدينة مونبلييه Montpellier يتعلق بجمع أو التقاط الحيوانات النافقة والكلاب الضالة من الأماكن العامة فحدث نزاع بين المتعاقد والمدينة، فحاء في الحكم أن المتعاقد بممارسته لهذا النشاط إنما يساهم في تأمين الصحة العامة وبالتالي فإن المهمة التي يقوم بها يمكن تكليفها بأنها مهمة مرفق عام، وحيث أن العقد المبرم مع شخص عام ويتضمن مثل هذه المهمة فإنه يعتبر إذا عقدا إداريا، أنظر الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص 42.

وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة...⁽¹⁾

ويأخذ اتصال العقد بالمرفق العام صوراً متعددة فمن العقود ما يتصل بإنشاء المرفق كعقد الأشغال العامة، ومنها ما يتصل بتنظيمه وإدارته كعقود الالتزام ومنها ما يتصل بتسييره وضمان انتظامه واطراده مثل عقود التوريد وقد اشترط الفقه ضرورة أن يصل اتصال العقد بالمرفق العام درجة من المتانة تكفي لإضفاء الصفة الإدارية عليه⁽²⁾.

فإذا انقطعت الصلة بين العقد وبين المرفق العام فقد صفتة الإدارية وأصبح عقداً من عقود القانون الخاص ولو كان أحد أطرافه شخصاً من الأشخاص العامة، ويستثني القانون الوضعي الفرنسي من هذه القاعدة حالات معينة كعقود الأشغال العامة والعقود التي تتعلق بشغل الدومين العام الفرنسي، فهذه العقود تعتبر إدارية رغم احتمال عدم ارتباطها بتسيير مرفق عام، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1966/03/22 في قضية تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة إلى أحد الأفراد لإقامة مصنع عليها بأن العقد لا يعتبر من قبيل العقود الإدارية⁽³⁾.

غير أنه هناك من العقود ما يعتبر إدارياً باستمرار لأن القانون قد افترض فيه هذه الصفة، حيث جعل المشرع الاختصاص بهذه العقود باستمرار للقضاء الإداري، ومن هذه العقود في القانون الإداري الفرنسي : عقد الأشغال العامة وعقد بيع أملاك الدولة وعقد طلب المعاونة والعقود التي تتضمن شغلاً للدومين العام وعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة⁽⁴⁾.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 780 لسنة 5 ق بتاريخ 1956/12/09.

(2) حلمي (محمود)، مرجع سابق، ص 25.

(3) التحويوي السيد (محمود)، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 345.

(4) زيدان (علي الدين) والسيد (محمد)، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، القاهرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، الجزء الرابع: نظرية العقود الإدارية، 2005، ص 28.

الفرع الثالث: أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة.

يعد احتواء العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد في نطاق القانون الخاص هو العنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري عن العقد المدني، حيث أن من شأن انطواء العقد على تلك الشروط التضحية بمصلحة المتعاقد مع الإدارة على سبيل تحقيق المصلحة العامة التي قصد بالتعاقد تحقيقها، ولهذا فإن هذه الشروط غير مألوفة في العقود المدنية التي تقوم على أعمال مبدأ المساواة والتوازن بين طرفيها⁽¹⁾.

حاول فقهاء القانون الوضعي المقارن وضع مفهوم محدد لفكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، فذهب رأي إلى أن : الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا نجدها عادة في عقود الأفراد لأنها ستكون باطلة بسبب مخالفتها للنظام العام، لأنها أدرجت في العقد من قبل السلطة الإدارية لاعتبارات الصالح العام والتي هي غريبة عن الأشخاص الخاصة عند إبرام عقودها⁽²⁾.

وذهب البعض في تعريفه للشروط الاستثنائية بأنها: "تلك الشروط التي تنطوي على عنصر السلطة العامة، وتعد أحد مظاهر تلك السلطة ومن ثم فإن هذه الشروط يستحيل تحقيقها في عقود الأفراد لأنها تستمد وجودها من وجود السلطة العامة كطرف في العقد⁽³⁾."

وعرف آخرون الشرط الاستثنائي بأنه: "ذلك الشرط الذي يعد باطلا، إذا أدرج في عقد من عقود القانون الخاص، لمخالفته النظام العام في القانون الوضعي"⁽⁴⁾، ويقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي ترسم صورة الحياة الإنسانية

(1) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص33.

(2) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص74.

(3) تعرف السلطة العامة على أنها مجموعة من الامتيازات تتمتع بها الإدارة وتستخدمها في تنفيذ أحكام القانون العام وإشباع الحاجات الجماعية، أنظر أوهاب (نذير)، مرجع سابق، ص39.

(4) التحيوي السيد (محمود)، مرجع سابق، ص353.

المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان أو عملاً منفرداً من ناحية، وعدم جواز التزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى⁽¹⁾.

وقد ذهب آخرون إلى أن الشروط الاستثنائية هي: "تلك الشروط التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد المدنية والتجارية ليس بسبب مخالفتها للنظام العام، أو استحالتها، ولكن لأنها تتسم بطابع السلطة العامة بالنسبة لما إعتاده الأفراد في عقود القانون الخاص"⁽²⁾.

ويرى الدكتور محمد سليمان الطماوي أن هناك أفكاراً أساسية وقرائن يمكن الاستدلال منها على الشروط الاستثنائية، مثل الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، وكذلك الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، أو الإحالة إلى دفاتر شروط معينة، والتي تتضمن شروطاً استثنائية في مواجهة الغير، أو اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام، أو شرط جعل الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الإداري إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة، وهذا الشرط يعتبر العامل الحاسم في إبراز صفة العقد الإدارية⁽³⁾.

وفي تعريف القضاء للشروط الاستثنائية ذهبت محكمة النزاع الفرنسي "بأنها تلك الشروط المختلفة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يتضمنها عقد مشابه في القانون الخاص"⁽⁴⁾.

(1) سلامة (محمود)، الموسوعة الشاملة في التحكيم والحكم، ط1، القاهرة، دار مصر للموسوعات القانونية، المجلد الأول، 2007، ص37.

(2) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص75.

(3) الطماوي سليمان (محمد)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع السابق، ص92.

(4) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص51.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنها: "تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله إلتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري⁽¹⁾."

فيما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في جلستها بتاريخ 1963/02/25 إلى أنها: "الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة⁽²⁾".

والشروط غير المألوفة التي تحتويها العقود الإدارية لا يمكن حصرها مقدماً، غير أنه يمكن ردها إلى قسمين رئيسيين:

- شروط لها طابع السلطة العامة: قد تتضمن امتيازات للإدارة في مقابل الطرف المتعاقد معها مثل الشروط التي تحتفظ الإدارة بمقتضاها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها -سواء بالنقص أم بالزيادة- وحقها في الإشراف والرقابة كذلك حق توقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته كالوضع تحت الحراسة والحلول محل المتعاقد ووقف العقد في حالة التقصير وحق الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة⁽³⁾، وقد تخول هذه الشروط المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، مثل ما يرد في عقود الامتياز من بنود تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات الشرطة أو حق نزع الملكية، أو حق اقتضاء رسوم من المنتفعين بالمرفق العام وما يرد في عقود الأشغال العامة كمنح المقاول سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات⁽⁴⁾.

- شروط ترتبط بمبادئ القانون العام: فهي وإن كانت لا تتضمن أي مظهر من مظاهر السلطة

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1950/10/20:

"clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales"

(2) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص62.

(3) النحيوي السيد (محمود)، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص355.

(4) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص76.

العامه للإدارة كطرف في العقد فإنها مع ذلك تمثل وضعاً غير مألوف في عقود القانون الخاص، مثل الشروط المتعلقة بإعادة التوازن المالي، نظرية الظروف الطارئة، الإحالة إلى دفاتر شروط معينة⁽¹⁾.

هذه هي الشروط الأساسية التي يجب توافرها في العقد، حتى يمكن اعتباره عقداً إدارياً وهي شروط يتفق عليها غالبية فقهاء القانون الوضعي الإداري المقارن⁽²⁾.

المطلب الثالث : صور العقود الإدارية.

تبرم الإدارة أنواعاً مختلفة من العقود الإدارية حيث تتعدد صور العقود الإدارية بتعدد موضوعاتها، ومن أمثلتها: عقد إلتزام المرفق العام (عقد الامتياز) وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد النقل، عقد التوظيف، عقد تقديم المعاونة، عقد مساعدة المشروعات، عقد شغل المال العام وعقد القرض العام، وهناك عقوداً أخرى كثيرة تبرمها الإدارة، حسب الحاجة، وحسب تطور المجتمع، وهي لا تقع تحت حصر، وتعتبر العقود الثلاثة الأولى أهم العقود الإدارية لذلك فسوف نتناولها إن شاء الله في هذا المطلب، بالإضافة إلى الصور الحديثة للعقود الإداري وهي عقود B.O.T، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول : عقد إلتزام المرفق العام (عقد الإمتياز⁽³⁾).

عقد الإمتياز أو إلتزام المرافق العامة هو عقد إداري يتولى الملتزم -فرد أو شركة- بموجبه إدارة واستغلال مرفق عام ذي صبغة إقتصادية على مسؤوليته لمدة معينة مقابل رسوم

(1) التحوي السيد (محمود)، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص358.
(2) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص27-48 والتحوي السيد (محمود)، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص336-360 ومحي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص64-77 وخليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص12-43.
(3) الإمتياز هو من أعمال السيادة التي تقوم بها الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها وبموجبه بمنح شخص ما - طبعي أو معنوي - حقاً دون سواه ويسمى هذا الشخص بصاحب الإمتياز.

يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق، وقد ظهر عقد امتياز المرفق العام أول مرة في فرنسا عندما منحت الحكومة للأخوين بيرييه امتياز توزيع المياه في العاصمة باريس عام 1782، وتم منح أول امتياز في مصر للمهندس الإنجليزي جورج سنيفسون لإقامة أول خط سكة حديد يربط بين الإسكندرية والقاهرة والسويس عام 1851 وبعدها بثلاثة أعوام جاء امتياز حفر وتشغيل قناة السويس عام 1854⁽¹⁾.

وعرفه القانون المدني المصري في المادة 668 بالآتي: "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة إقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".

كما عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: "ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح"⁽²⁾.

فالتزام المرفق العام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، ذلك أنه يتضمن نوعين من الشروط إحداها تعاقدية والأخرى لائحية، فالشروط التعاقدية يجري الاتفاق عليها بين الملتزم والإدارة وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وغالبا ما تتعلق بالجوانب المالية للعقد ومن أمثلتها الشروط المتعلقة بمدة الالتزام والمزايا المالية التي تمنحها الإدارة للملتزم، أما الشروط اللائحية فهي التي تتصل بإدارة المرفق العام وتنظيمه وتشغيله على وجه معين، فالأصل أن الإدارة هي التي تقوم بذلك، فإذا كان عقد الالتزام يخول لها أن تتخلى عن ذلك للملتزم، فإن ذلك لا يكون إلا وفق الشروط والقيود التي تحددها هي والتي لا تخضع للمساومة أو المفاوضة بينها وبين الملتزم،

(1) نظام الامتياز لا يصلح إلا للمرافق الاقتصادية التي يدفع المنتفع بها مقابلا لانتفاعه فهو لا يتلاءم مع المرافق الإدارية أو المرافق المجانية التي تقدم خدمة للجمهور دون مقابل (إلا إذا تحملت السلطة العامة دفع المقابل)، أنظر الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص 193.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، جلسة 1956/03/25 لسنة 10 ق.

وللإدارة دائما حق تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق العام وضرورة انتظامه واطراده في أداء الخدمة، ومن أمثلتها شروط استغلال المرفق ورسوم الانتفاع، ومعيار التفرقة بينهما أن الشروط التعاقدية لا تدعو الحاجة إلى وجودها لو أن الإدارة استغلت بنفسها المرفق العام استغلالا مباشرا والشروط اللائحية هي تلك التي لا بد من توافرها حين تستغل الإدارة المرفق العام بنفسها⁽¹⁾.

وقد نصت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن: "...المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد إلتزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الإلتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم..."⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن وجود الشروط اللائحية يشكك في فكرة العقد ذاتها غير أن القانون الوضعي الفرنسي والمصري يعتبره عقدا رغم احتوائه على هذه الشروط، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 146 لسنة 6 ق يوم 11/03/1956 بأن: "عقد الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة هو من العقود الإدارية ذات الطابع الخاص، إذ أنها تتعلق بنشاط السلطة العامة في إدارة هذا المرفق، وما من شك في أن الترخيص في هذه الحالة يتضمن شروطا لائحية، وهو بهذه المثابة يعد من العقود الإدارية"⁽³⁾.

غير أنه وإن كان من حق الجهة المانحة للإلتزام تغيير الشروط اللائحية أو تعديلها بدافع تحقيق المصلحة العامة، فإن تحقيق هذا الهدف لا يبرر التضحية الكلية بالمصلحة الخاصة للملتزم، وعليها تعويضه عما يصيبه من أضرار نتيجة تعديل الشروط اللائحية على أساس مبدأ إلتزام الإدارة بتحقيق التوازن المالي في العقد الإداري⁽⁴⁾.

(1) حلمي (محمود)، مرجع سابق، ص156.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 110 من سنة 13 ق بتاريخ 1977/12/30.

(3) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص194.

(4) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز) ، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص71.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المبدأ حين ذهبت في جلسة 1977/12/30 إلى أنه: "...وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريفة أو خطوط السير لصالح المنتفعين، إلا أن إثثار الصالح العام على حساب الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة، بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار فإذا ترتب على مثل هذا التعديل أضرار بالملتزم، فعلى مانح الالتزام أن يعرضه بما يجبر هذه الأضرار..." ويتم التعويض على أساس ما فات الملتزم من كسب وما لحق به من خسارة.

وللإدارة المانحة حق الرقابة على تسيير المرفق فلها أن تجبره على تنفيذ شروط الالتزام، حيث نصت المادة السابعة من قانون التزامات المرافق المصري رقم 129 لسنة 1947 على أن: "المانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية..." وينبغي أن تكون الرقابة في حدود ما يتطلبه ضمان حسن تنفيذ العقد، فلا يجوز لجهة الإدارة في إطار تمسكها بحق الرقابة، التدخل في عقود الملتزم مع الغير⁽¹⁾.

وللإدارة أن توقع على المتعاقد الجزاءات المناسبة في حالة إخلاله بالتزاماته ومن بين هذه الجزاءات :

- الغرامات المالية، وهي مبالغ محددة جزافا في العقد كجزاء لإخلال المتعاقد بشروط من شروطه ولو لم يتحقق ضرر، فهي تختلف عن التعويض الذي يلزم المتعاقد بدفعه دون أن يكون محمدا في العقد لجبر الضرر المترتب عن إخلال المتعاقد بالتزاماته⁽²⁾.
- الوضع تحت الحراسة، وذلك بوقف الملتزم المقصر عن العمل لتحل الإدارة محله -بنفسها أو بواسطة غيرها- في تشغيل المرفق على نفقته ومسؤوليته.
- الفسخ أو العزل، ويكون بحرمان الملتزم نهائيا وبدون تعويض من حقوقه المستمدة من العقد، ونظرا لخطورته فقد أوجب القانون الفرنسي استصدار حكم قضائي بناء على طلب من

(1) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص74.

(2) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص198.

الإدارة، بينما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 11 لسنة 13 ق يوم 1977/12/30 إلى إمكانية توقيع هذا الجزاء دون حاجة لاستصدار حكم قضائي متى ثبت للإدارة ارتكاب الملتزم مخالفات جسيمة أدت إلى اختلال المرفق جزئيا أو كلياً أو تكرار إهماله أو عجزه عن تسيير المرفق بانتظام ولكن بعد إنذاره.

- حق تعديل النصوص اللائحية بالإرادة المنفردة، حيث تنص المادة 5 من القانون المصري رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرفق العامة، على: "لما منح الالتزام دائما متى اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله...".

- حق استرداد المرفق قبل نهاية مدته ولو لم يخل المتعاقد بأي التزام من إلتزاماته، ومن أمثله استرداد مرفق قناة السويس المصرية بالقانون رقم 275 لسنة 1956 قبل سنوات من انتهاء المدة المحددة في العقد وهو ما تسبب في العدوان الثلاثي عليها في أكتوبر 1956، ولكن نظرا لما تتسم به عقود الامتياز من طبيعة خاصة حيث ينفق الملتزم فيها استثمارات ضخمة فإن سلطة الدولة في استرداد المرفق لا بد وأن تحقق توازنا بين مصلحة الإدارة والملتزم هو ما يرتب للملتزم حق التعويض⁽¹⁾.

كما أن للملتزم عند قيامه بإدارة المرفق عدة حقوق منها رسوم الانتفاع فالهدف الأساسي الذي يسعى إليه الملتزم هو تحقيق الربح، فالسائد في الفقه والقضاء والتشريع أن الشروط المتعلقة برسوم الانتفاع لا تعتبر من الشروط التعاقدية رغم أهميتها البالغة للملتزم وإنما تعد من الشروط اللائحية التي يجوز للإدارة تعديلها، ولا يحق للملتزم زيادة رسوم الانتفاع إلا بالاتفاق مع الإدارة، وقد يتدخل المشرع لحماية المنتفعين بوضع حد أقصى لنسبة أرباح الملتزم⁽²⁾.

(1) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص76.

(2) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص200.

وللملتزم حق الحصول على المزايا التي تقررها السلطة مانحة الالتزام، قد تكون مزايا مالية تتعلق بتقديم قروض أو تسهيلات ائتمانية أو تقديم قطعة أرض لبناء المرفق، وقد تمتعه ببعض امتيازات السلطة العامة كترع الملكية للمنفعة العامة والضبط الإداري، وله أيضا الحق في ضمان التوازن المالي للعقد⁽¹⁾ وبالتالي التعويض المناسب في حالة الأضرار الناتجة عن تغيير الجهة المانحة للالتزام للشروط اللائحية، وله طلب الفسخ إذا اختل التوازن المالي والاقتصادي للعقد إخلالا جسيما يفوق إمكانيات الملتزم الاقتصادية أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة⁽²⁾.

وللأفراد أيضا حق الانتفاع بخدمات المرفق ما دامت شروط الانتفاع متوفرة فيهم على أساس من المساواة بين المنتفعين وعدم المغالاة في أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق تحت إدارة الملتزم⁽³⁾.

الفرع الثاني : عقد الأشغال العامة.

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعي أو معنوي يتعهد بمقتضاه أن يقوم ببناء أو ترميم أو صيانة عقار تحت مسؤوليته ولحساب شخص من أشخاص القانون العام، مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه وفقا لشروط التعاقد، وذلك بقصد تحقيق منفعة عامة⁽⁴⁾.

(1) أهم تطبيقات التوازن المالي للعقد تنجلي في نظريتين أولهما نظرية فعل الأمير، وطبقا لها يعاد التوازن المالي للعقد إذا نشأ الخلل نتيجة السلطة مانحة الالتزام بتعديل تنظيم المرفق موضوع الامتياز أو باتخاذ إجراء عام يمس أحد عناصر العقد ويؤدي الملتزم بصورة خاصة، والنظرية الثانية هي نظرية الظروف الطارئة ووفقا لها يعوض الملتزم جزئيا إذا قلبت اقتصاديات العقد نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة أو نتيجة قرار عام تتخذه السلطة المانحة أو سلطة عامة أخرى، أنظر الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص201.

(2) حلمي (محمود)، مرجع سابق، ص161.

(3) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص83.

(4) ليس هناك ما يمنع قانونا من أن يكون الأجر مقابل غير نقدي، مثال ذلك اتفاق محافظة الجيزة المصرية مع إحدى المؤسسات وهي وكالة الأهرام للإعلان -بوصفها أحد المقاولين- بنص على القيام بتجميل شارع الهرم مقابل أجر توديه المحافظة يتمثل في الترخيص للمؤسسة في استغلال الشارع إعلانيا لمدة محددة، أنظر الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص212.

وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد⁽¹⁾ .

وعرفته المادة 646 من التقنين المدني المصري بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

من هذه التعريفات نتبين الخصائص المميزة لعقد الأشغال العامة:

- محل عقد الأشغال عقار، فهو لا يأتي على منقول، إنما يتعلق بعقار بناء أو ترميما أو صيانة، ويستوي أن يرد على عقار بطبيعته أو على عقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء وقد أكد القضاء الإداري في مصر أن فكرة الأشغال العمومية تتصل اتصالا وثيقا بالعقارات، وتوسع القضاء الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة فلم يقصرها على أعمال البناء والترميم بل اعتبر العقد إداريا إذا تعلق بنقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال⁽²⁾ .

- يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام، سواء كان هذا الشخص العام مالكا للعقار موضوع عقد الأشغال أم لا⁽³⁾ .

- هدف الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع عام، كإنشاء المستشفيات والمدارس..⁽⁴⁾ .

وتلتزم الإدارة في عقد الأشغال العامة بتسليم الموقع المزمع إقامة الأشغال عليه في الوقت المناسب، حيث يعد التأخر في تسليم موقع الأشغال عن الحد الزمني المعقول إخلال جسيما

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 284 لسنة 8 ق جلسة 1956/12/23.

(2) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص27.

(3) حلمي (محمد)، مرجع سابق، ص163.

(4) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص118.

بالتزامات الإدارة العقدية مما يستحق معه المتعاقد تعويضا عما أصابه من أضرار وهو ما نصت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 862 لسنة 9 ق جلسة 1967/06/03⁽¹⁾.

ويكون التسليم خاليا من العقوبات والموانع التي قد تحول دون التنفيذ، وتقدم الثمن حسب الدفعات المتفق عليها دون تأخير، فالتأخر في صرف قيمة المستحقات للمتعاقد في المواعيد المقررة يعد خطأ عقديا من جهة الإدارة، ولا يقدر في ذلك ادعاؤها بعدم وجود اعتمادات مالية، وقد درج القضاء الإداري المصري على تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار المادية التي أصابته جراء تأخير صرف المستخلصات⁽²⁾.

وتلتزم باستلام موقع الأعمال في الوقت المحدد، فالأصل أن المتعاقد مع جهة الإدارة في عقد المقاولة بحاجة إلى تسليم العمل المتفق عليه ليتسلم بقية مستحقاته المالية، ولينتقل بعماله وآلاته إلى مواقع أخرى، وتأخر الإدارة في تسليم الموقع سيسبب بالتأكيد أضرارا للمقاول، ولها في المقابل أن تعدل في تصميمات العمل ومواصفاته، أن تأمر بوقف العمل مؤقتا، أن توقع على المقاول غرامات تأخير العمل، وإمكانية سحب العمل منه في حالات معينة⁽³⁾، وبالمقابل يلتزم المقاول بالتنفيذ الشخصي للعقد، وعلة ذلك أن الدولة في عقود الأشغال العامة تعتمد على أن

(1) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 162-163.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 3213 لسنة 44 ق جلسة 1995/05/21.

(3) هذه الحالات هي :

- إذا تأخر في البدئ في العمل أو أظهر بظاً في سيره لدرجة ترى معها الإدارة أنه لا يمكن اتمامه في المدة المحددة.
 - إذا أوقف العمل كلياً لمدة تزيد عن خمسة عشر يوماً.
 - إذا انسحب من العمل أو تركه.
 - إذا أخل بشروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته، ولم يصلح ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره كتابة.
 - إذا استعمل الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة.
 - إذا شرع بنفسه أو بواسطة غيره في رشوة أحد العاملين بجهة الإدارة المتعاقدة.
 - إذا أفلس المقاول أو أعسر.
- أنظر حلمي (محمود)، مرجع سابق، ص 167.

يضطلع بتنفيذ العقد مقاول بعينه لتوافر صفات جوهرية فيه تتعلق بخبرته وكفاءته المهنية والمالية، وهو ما يسمى بمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري⁽¹⁾.

ويجب على المقاول أن يقوم بالتنفيذ بحسن نية، وهو ما أقرته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في نصها: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية..."⁽²⁾، وتطبيقا لمبدأ حسن النية في مجال عقد الأشغال العامة فقد نصت المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 970 لسنة 9 ق جلسة 1964/01/04 أن المقاول لا يجوز له التوقف عن تنفيذ العقد بمجرد الخلاف على بعض الأمور أو على تفسير بعض الشروط، بل إن المقاول لا يجوز له التوقف عن أداء العمل بحجة أن الإدارة لم تصرف له مستحقاته عن الأعمال التي انتهى منها⁽³⁾.

وعلى مسؤوليته، ويلتزم باحترام القواعد واللوائح والنظم المحلية، وتسليم الأعمال في الموعد المحدد دون تأخير، وغاية ذلك هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وإذا تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية في المدة المتفق عليها جاز للسلطة المختصة إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبارا من بداية هذه المهلة⁽⁴⁾، وليس له - في ذلك - أن يتحجج بعدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها التعاقدية المالية، غير أنه إذا ما قدرت جهة الإدارة أن عدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية لعدم توافر الاعتماد المالي، يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة، فلها أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلا وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقد⁽⁵⁾.

(1) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 174.

(2) موسى إبراهيم (عبد الغفار)، موسوعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، القاهرة، دار الكتب القانونية، الجزء الثاني، 2001، ص 581.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 5959 لسنة 7 ق.

(4) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص 213.

(5) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 180-181.

وللمقاول الحق في اقتضاء المقابل المالي بحيث يصرف له دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل، وله الحق في الفروق الناتجة عن زيادة أسعار المواد المستخدمة في المشروع، وذلك في الحالات التالية:

- ألا يكون المقاول متراجحاً في تنفيذ العقد.
- أن تكون الزيادة في الأسعار قد تمت بقرار سيادي.
- ألا يلتزم المقاول بتنفيذ العقد بسعر قطعي (أي لقاء مبلغ إجمالي ونهائي)⁽¹⁾.

الفرع الثالث : عقد التوريد.

يعرف عقد التوريد بأنه عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يورد للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معين (كالمواد الغذائية ومواد الوقود والأدوات المكتب والأجهزة الطبية)، وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها بتاريخ 1952/12/02 بأنه: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"⁽²⁾.

وعلى خلاف عقدي الأشغال العامة والتزام المرافق العامة فإن عقد التوريد لا يرد إلا على منقول، وهو -بخلافهما- ليس عقداً إدارياً باستمرار، فقد يكون مدنياً إذا انعدمت شروط العقد الإداري، حيث نصت المادة 10 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على أن: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر"، هذه المادة لم تحدد العقود الإدارية على سبيل الحصر أو بحكم القانون وإنما وفقاً للمعيار الذي اسقر عليه القضاء الإداري، فعقد الالتزام وعقد الأشغال العامة يعتبران دائماً من العقود الإدارية، نظراً لتعلق الأول بإدارة مرفق عام

(1) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 56-57.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، جلسة 1952/12/02 سنة 7ق.

ولصلة الثاني الوثيقة بالمنفعة العامة، أما عقد التوريد فقد يكون إداريا وقد لا يكون كذلك، فإذا لم تتوفر فيه شروط العقد الإداري كان مدنيا⁽¹⁾.

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها رقم 316 لسنة 54 ق جلسة 1990/02/05 حيث نصت أن: "عقد التوريد ليس عقدا إداريا على إطلاقه بتخصيص القانون، وإنما يشترط لإسباغ هذه الصفة عليه أن يكون إداريا بطبيعته وخصائصه الذاتية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أبرم مع إحدى الجهات الإدارية بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام واحتوى شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، أما إذا كان التعاقد على التوريد لا يحتوي على هذه الشروط التي يتسم بها العقد الإداري، ويجب توافرها لتكون مفصحة عن نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام في التعاقد، فإنه لا يكون من عقود التوريد الإدارية التي يخص القضاء الإداري دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عنها".

ويلتزم المورد في عقد التوريد بتسليم الأصناف المتعاقد عليها وفقا لشروط ومواصفات العقد في المواعيد المحددة، وسحب الأصناف التي رفضتها لجنة الفحص وتوريد بديل لها⁽²⁾، وله اقتضاء ثمن الأصناف الموردة، ولجهة الإدارة في حالة تأخر المورد في سحب الأصناف المرفوضة بيع هذه الأصناف لحساب المورد وتحمله غرامة تأخير وغرامة تخزين، ولها أيضا إذا تأخر المورد في توريد كل أو جزء من الكميات المطلوبة عن الميعاد المحدد أن تمنحه مهلة إضافية مع غرامة تأخير، وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في المهلة الإضافية فللإدارة أن تقوم إما بشراء الأصناف التي لم يتم المورد بتوريدها من غيره وعلى حسابه أو تقوم بإهاء العقد دون حاجة لحكم قضائي⁽³⁾.

(1) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص15.

(2) إذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وُجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة طلب من المتعهد سحبها وتوريد بدلا، أنظر حلمي (محمود)، مرجع سابق، ص175.

(3) دويب صابر (حسين)، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، أبوظبي، 2008.

الفرع الرابع : العقود الإدارية الحديثة.

تطورت العقود الإدارية في الآونة الأخيرة وتفرعت أشكالها لتأخذ صورة عقود مركبة لا تتوقف عند البناء والتشييد كعقود الأشغال العامة التقليدية وإنما يحوي العقد الواحد بناء وتشغيل وتحويل مرفق عام وهو ما يعرف بعقود B.O.T⁽¹⁾.

يقصد بمشروعات البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات - وطنية كانت أو أجنبية- سواء كانت شركة قطاع عام أو خاص لإنشاء مرفق عام على حسابها وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية⁽²⁾.

وهناك من الفقه من يعرفها بأنها نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية⁽³⁾ حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بموجب اتفاق تلتزم الشركة بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص للشركة بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص، وتلتزم الشركة بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص⁽⁴⁾.

وفي حكم تحكيم صادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي جاء فيه: "بداية فهذا العقد ليس كمثل من عقود المقاولات بل هو عقد يعتبر خليطا بين عقد المقاوله والذي يؤدي فيه المقاول عملا مقابل أجر ولكن هذا الأجر مؤجل السداد، وعقود إلتزام المرافق

(1) اصطلاح البوت BOT هو اختصار لكلمات الإنجليزية ثلاث B = Build ومعناها البناء، O = Operate وتعني التشغيل، T = Transfer أي نقل الملكية.

(2) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص86.

(3) مشروعات البنية الأساسية هي تلك المشروعات المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساسا ومن أمثلتها: المطارات، الطرق، محطات الكهرباء والطاقة، الأنفاق، السكك الحديدية...

(4) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص53.

العامّة التي تمثّل الجانب الأكبر من هذا التعاقد وعقود الاستثمار والتمويل فمفهوم نظام البناء والتشغيل هو شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه الحكومة ولفترة محدودة من الزمن أحد الاتحادات الماليّة الخاصّة، والتي تكون شركة امتياز لدراسة وتنفيذ وتشغيل مشروع معين تقترحه الحكومة، وعندئذ تقوم الشركة بتصميمه وبنائه وتملكه وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنوات تسترد خلالها الشركة تكاليف البناء إلى جانب تحقيق ربح مناسب من العائدات المتتالية من تشغيل المشروع واستغلاله، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل الملكية أو حق امتياز المشروع إلى الحكومة المانحة دون مقابل.."⁽¹⁾.

وتتبدى المميزات الأساسيّة لنظام عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية **B.O.T** في أنه يقدم حلاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسيّة دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو تحميل الموازنة العامّة مزيداً من الأعباء⁽²⁾، ولهذا التمويل الخاص أثر كبير على الدول النامية فهو يكفل قصور التمويل الحكومي، ويوفر العملة الأجنبيّة ويحقق التنمية الاقتصاديّة والاجتماعيّة المنشودة، ونقل التكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة مع رفع كفاءة التشغيل والخدمات الفنيّة للمرفق وخلق فرص عمل للأفراد والشركات الوطنيّة⁽³⁾.

وبما أن عقود البوت هي عقود مركبة فإنه بتغيير تركيبة العقد يتغير شكله، وقد أفرز الواقع العملي صوراً جديدة ومختلفة في أشكالها، ومن هذه الصور:

- البناء والتشغيل والتحويل **B.O.T**.

وفيها تتولى شركة القطاع الخاص تمويل وتشيد المرفق لجهة حكومية تملكه من البداية، ثم تقوم الشركة الخاصّة بتشغيله على أساس تجاري لفترة معينة ويحصل في مقابل ذلك على عائد يتفق عليه ثم تحول أصوله إلى الجهة المالكة⁽⁴⁾.

(1) حكم تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية رقم 387 لسنة 2004 جلسة 2004/10/28.

(2) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص 87.

(3) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 54.

(4) القاضي محمد (خالد)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط 1، القاهرة، دار الشروق، 2002، ص 43.

- البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T⁽¹⁾ .

ووفقا لهذا النظام فإن الدولة تقوم بمنح أحد الأشخاص الخاصة ترخيصا لإقامة مرفق عام وتملك أصوله وتشغيله وصيانته، ويتحمل المستثمر كافة المخاطر التجارية للمشروع طوال مدة الترخيص التي يقوم خلالها بتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد ما أنفقه على المشروع ولتحقيق هامش ربح معقول، وعند نهاية مدة الترخيص يلتزم المستثمر بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة⁽²⁾ .

- البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T⁽³⁾ .

وفي هذه الصورة تقوم الشركة ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم تؤجره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها أو عن طريق آخرين⁽⁴⁾ .

- الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.R.O.T⁽⁵⁾ .

تقوم الشركة باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية ثم تجدده وتحديثه وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية⁽⁶⁾ .

ويتضح أن هذه الصور تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فضلا عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير، وهي تقوم في مجملها على فكرة أساسية هي أن يتحمل القطاع الخاص عبء التمويل والإنشاء والتجديد والتشغيل للمرافق العامة ثم إعادة ملكيتها للدولة⁽⁷⁾ .

(1) Build = B ومعناها البناء، Own=O ومعناها التملك، Operate =O وتعني التشغيل، Transfer =T أي نقل الملكية.

(2) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص60-61.

(3) Build = B وهي البناء، Lease = L أي الإيجار، Transfer = T أي نقل الملكية.

(4) نصار حاد (جابر)، مرجع سابق، ص95.

(5) وهي اختصار لجملة : Lease Renwal Operate Transfer.

(6) نصار حاد (جابر)، مرجع سابق، ص95.

(7) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص52-72.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي قد أضاف نوعاً جديداً من العقود الإدارية يسمى عقود الشراكة " les contrats de partenariat "، وذلك بموجب المرسوم رقم 559-2004 الصادر في 17 يونيو 2004، ويقوم عقد الشراكة على فكرة أساسية مؤداها أن يعهد أحد أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، القيام بمهمة إجمالية خلال فترة محدودة، بتمويل الاستثمار الخاص بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارتها واستغلالها وصيانتها، وتأدية الخدمات للمرفق، والمساهمة في أداء وظيفته التي هي في الأصل منوط بها الشخص العام، وفي المقابل يلتزم الشخص العام بأداء قيمة مالية معينة للمتعاقد خلال فترة التعاقد⁽¹⁾.

المبحث الثاني: الأسس العامة للتحكيم.

بعد أن تطرقنا لمفهوم العقد الإداري، سوف نركز في هذا المبحث على مفهوم التحكيم بشكل عام، حيث يعد التحكيم من الموضوعات التي تثار بشأنها جدل فقهي وقانوني واسع، وتأتي حساسية التحكيم من ضرورة التوفيق بين اعتبارين، أولهما إطلاق حرية الخصوم في الاتفاق على التحكيم وتنظيم إجراءاته بما يخدم مصالحهم، وثانيهما إحاطة تلك الحرية بحد أدنى من القيود لاتقاء ما قد يصاحب استعمالها من آثار سلبية.

وقد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح والفقهاء والقانون والقضاء كمطلب أول فأنواعه وصوره من تحكيم حر ومؤسسي، وتحكيم بالقانون وآخر طليق وأيضاً تحكيم وطني ودولي، كمطلب ثاني ثم خصائصه التي تميزه عن غيره من وسائل فض النزاعات في مطلب ثالث.

(1) Audit.(M), le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, Revue de l'arbitrage, 2004, P.541.

المطلب الأول: تعريف التحكيم.

يعتبر التحكيم وسيلة فعالة وسريعة لحل المنازعات التي تنار بين الخصوم، وقد ازدهر التحكيم بازدهار التجارة الدولية والنشاط التجاري وازدهار عقود الاستثمار وحرية انتقال الاشخاص ورؤوس الأموال وعقود نقل التكنولوجيا وعقود النقل والتأمين وتطور المنظومة المصرفية ووسائل الاتصال، حتى أصبح منظما على شكل هيئات ومراكز دولية.

ومن حيث مفهوم التحكيم فإن له تعريفات متعددة، تختلف بين التعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهية وتعريف القانون المقارن والقضاء وهو ما سنبينه على النحو التالي:

الفرع الأول : التحكيم في اللغة والاصطلاح.

الفكرة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم هي حق الأطراف في الاتفاق فيما بينهم على اخضاع منازعاتهم لقضاة يختارونهم بأنفسهم ويرضون طوعا بأن يفرض عليهم ما يصدره أولئك القضاة من أحكام، وللإحاطة الجيدة بمفهوم التحكيم لابد من التطرق لتعريف التحكيم في اللغة ومن ثم في الإصطلاح وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: التحكيم في اللغة.

الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع، وأوّل ذلك الحُكْم، وهو المنع من الظلم⁽¹⁾، ومصدر كلمة التحكيم في اللغة هي حَكَمَ : حَكَّمَهُ في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحَكَّمُوهُ بينهم أمره أن يَحْكَمَ ويقال حَكَّمْنَا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حُكْمَهُ بيننا⁽²⁾،

(1) ويقال حُكْمَ فلانٍ في كذا، إذا جعل أمره إليه. والحكْم: الشيخ المنسوب إلى الحكمة، أنظر: ابن فارس أبو الحسين (أحمد)، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، الجزء الثاني، باب الحاء والكاف وما يثلثهما.

(2) ابن منظور جمال الدين (محمد)، لسان العرب، ط 1، بيروت، دار صادر، الجزء 12، ص 140.

وتحاكمنا إليه واحتكمننا، وهو يتولّى الحكومات ويفصل الخصومات⁽¹⁾، فالتحكيم في اللغة هو التفويض، أي جعل الأمر إلى الغير ليحكم ويفصل فيه.

الفقرة الثانية: تعريف التحكيم في الاصطلاح.

احتكم الناس إلى فلان أي رفعوا خصومتهم إليه ليقضي بينهم، وتحاكم الطرفان إلى فلان أي إلتجأ إليه، رفعا الأمر إليه ليقضي بينهما فالتحكيم هو ما يقوم به أطراف متنازعة من عرض مسألة النزاع ليتم الحكم فيها من فرد محايد أو مجموعة من الأفراد، فهو تسوية نزاع بين فريقين على يد فرد يكون حكما أو هيئة محكمة⁽²⁾.

فالتحكيم اصطلاحا هو اتفاق أطراف النزاع -اتفاقا يجيزه القانون- على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلا من القضاء المختص وقبول قراره بشأنه⁽³⁾.

الفرع الثاني : تعريف التحكيم في الفقه.

يختلف تعريف التحكيم بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي حيث يركز تعريف فقهاء القانون للتحكيم على اعتباره نظام قضاء خاص فيما يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن التحكيم تولية شخص ليحكم بين خصمين، وعليه سوف نتناول في تعريفنا للتحكيم بداية الفقه الإسلامي ومن ثم نعرض على الفقه القانوني:

الفقرة الأولى : الفقه الإسلامي.

عرّف فقهاء المذاهب الأربعة التحكيم بصياغات مختلفة تؤدي جميعها لمعنى واحد، والمتأمل في تعاريفهم يجدها موافقة للمعنى اللغوي للتحكيم.

(1) الزمخشري أبو القاسم (محمود)، أساس البلاغة، تحقيق: محمود محمد شاكر، القاهرة، مطبعة المدني، 1991، ص337.

(2) مختار عمر (أحمد)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، القاهرة، عالم الكتب، المجلد الأول، 2008، ص537-538.

(3) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص233.

فَعَرَّفَ علماء الحنفية التحكيم بأنه: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما⁽¹⁾، وعَرَّفَهُ علماء المالكية بأنه: تولية الخصمين حاكماً يرتضيانه ليحكم بينهما⁽²⁾، أما علماء الشافعية فَعَرَّفُوا التحكيم بأنه: تولية خصمين حاكماً صالحاً للقضاء ليحكم بينهما⁽³⁾، وعَرَّفَ علماء الحنابلة التحكيم بأنه: تولية شخصين حاكماً صالحاً للقضاء يرتضيانه للحُكم بينهما⁽⁴⁾.

ومن التعاريف المعاصرة ما ورد في مجلة الأحكام العدلية السعودية في المادة (1790) بنصها الآتي: "التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها، ولذلك يقال حكم بفتحتين، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة"⁽⁵⁾.

الفقرة الثانية: تعريف التحكيم عند فقهاء القانون.

ذهب بعض فقهاء القانون إلى تعريف التحكيم بأنه نظام للقضاء الخاص، ينظمه القانون، ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي، لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم كقاعدة ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات⁽⁶⁾.

وعرفه آخرون بأنه اتفاق علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تنور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين⁽⁷⁾.

-
- (1) ابن نجيم بن إبراهيم (زين الدين)، البحر الرائق، ط2، بيروت، دار المعرفة، الجزء 7، 1413هـ، ص24.
 - (2) المواق أبو عبد الله (محمد)، التاج والإكليل، ليبيا، مكتبة النجاح، الجزء 6، 1329هـ، ص112.
 - (3) النووي أبو زكريا (محي الدين)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، دار المعرفة، ص 147.
 - (4) المرادوي أبو الحسين (علاء الدين)، التنقيح المشيع لتحرير أحكام المقنع، القاهرة، دار العروبة، 1381هـ، ص298.
 - (5) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص98.
 - (6) مطاوع حسان (أحمد)، مرجع سابق، ص20.
 - (7) معوض (عبد التواب)، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1997، ص11.

وعرفه جانب من الفقه بأنه أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها، يبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع⁽¹⁾.

وذهب آخرون إلى أنه نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات سواء كانت مدنية أو تجارية، عقدية أو غير عقدية⁽²⁾.

وذهب البعض إلى تعريف التحكيم بأنه منظمة العدالة الخاصة بفضها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام، لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة قضائية⁽³⁾.

كما نحى البعض في تعريفه بأنه تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، والذي يتولاه شخص أو أكثر يسمى محكما أو محكمون يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة⁽⁴⁾.

كذلك ذهب آخرون في تعريفهم للتحكيم بأنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر من المحكمين⁽⁵⁾.

فهو كما يرى البعض اتفاق الأطراف بهدف الوصول إلى تسوية قضائية ملزمة لمنازعة ما حالة أو مستقبلية⁽⁶⁾.

(1) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص 219.

(2) سلامة (محمود)، الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، ط 1، القاهرة، دار مصر للموسوعات القانونية، المجلد الأول، ص 11.

(3) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 360.

(4) مخلوف (أحمد)، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط 2، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص 8.

(5) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 12.

(6) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 365.

وهو أيضا الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدلا عن الطريق القضائي العام⁽¹⁾.

من حصاد ما تقدم من تعريف فقهاء القانون للتحكيم بعدة تعاريف نجدها قد اختلفت عباراتها وتوحد معناها في أن التحكيم هو: اتفاق وطريقة وأسلوب لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع معين عن طريق أفراد عاديين يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلا من فصلها عن طريق القضاء المختص.

الفرع الثالث: تعريف التحكيم في القانون المقارن.

أما في النصوص القانونية فالمادة العاشرة من قانون التحكيم المصري⁽²⁾ نصت على أن التحكيم:

1-...اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

2- ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين.... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية..."

ويتميز اتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً قانونياً بأنه يجمع بين وصف كل من الالتزام المنجز والالتزام المعلق، فهو إلتزام منجز إذا تم الاتفاق عليه بعد نشوء النزاع وهو ما يطلق عليه فقهاء القانون "مشاركة التحكيم"، حيث يتم تنفيذ الاتفاق مباشرة باتخاذ إجراءات التحكيم، وهو إلتزام معلق إذا تم الإتفاق عليه قبل نشوء النزاع وهو "شرط التحكيم" وفي هذا الأخير يكون

(1) التحيوي السيد (محمود)، إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص37.

(2) قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م المنشور في الجريدة الرسمية العدد 16 في 1994/4/21م.

الالتزام معلقا على شرط واقف "Condition suspensive" هو حصول النزاع وهو أمر قد يقع وقد لا يقع، وتختلف المشاركة بهذا المعنى عن شرط التحكيم، فإذا كان الأخير يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع ويأتي في الغالب كبنود من بنود العقد، فإن المشاركة يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، كما أن المشاركة تتضمن الموضوعات التي تطرح على التحكيم بشكل دقيق وتفصيلي، وبعبارة أخرى فإن المشاركة تواجه نزاعا حالاً قائما موجودا عكس الشرط الذي يواجه نزاعا محتملا قد يثور وقد لا يثور في المستقبل .

كما نصت المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري⁽¹⁾ بأن : "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006⁽²⁾ أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

ويجري الشراح تفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم فالأول يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية - قبل نشوب أي نزاع - على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم، أما اتفاق التحكيم فهو تصرف قانوني مستقل، يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون.

وعرف قانون التحكيم اليمني⁽³⁾ في مادته الأولى بنصه : "التحكيم هو اختيار الخصمين

(1) قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 .
(2) نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 08 - 09 : "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتهما الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".
(3) قانون التحكيم للجمهورية العربية اليمنية الصادر بموجب القرار الجمهوري رقم 22 لسنة 1992 بتاريخ 31 مارس 1992.

برضاها شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة"، كما أن القانون السوري⁽¹⁾ والليبي⁽²⁾ والبحريني⁽³⁾ نصوا على جواز اشتراط المتعاقدين عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع على محكم أو أكثر، ولم تقم باقي قوانين التحكيم العربية الأخرى بوضع تعريف للتحكيم.

وقد عرّف التشريع الفرنسي شرط التحكيم في قانون الإجراءات المدنية في المادة (2/1442) بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم" وجاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة بخصوص مشاركة التحكيم بأنها "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر"⁽⁴⁾.

أما التشريع الهولندي فقد نص في المادة 1020 الفقرة 1 من قانون التحكيم لسنة 1986 على أنه: "اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي تنشأ أو قد تنشأ مستقبلاً نتيجة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية إلى التحكيم"، وعرفت المادة (7) من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽⁵⁾ والذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

(1) المادة 506 من قانون أصول المحاكمات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 في 1953/09/21.

(2) المادة 739 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي الصادر في 1954/02/20.

(3) المادة 233 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحرين الصادر بالمرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971.

(4) Art. 1442 du Code de procédure civile français n° 2011-48 :

"La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage."

(5) قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالصيغة التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

الدولي في 21 جوان 1985، وعدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 جويلية 2006.

الدولي⁽¹⁾ بالنص أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية".

الفرع الرابع: تعريف التحكيم من بعض أحكام القضاء.

أما عن تعريف القضاء للتحكيم، فقد عرّفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بأنه: "...عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المملأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.."⁽²⁾ فالتحكيم هو: "نظام بديل عن القضاء فلا يجتمعان، ذلك أن مقتضاه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها - استثناء من أصل خضوعها لولايتها- وعلى تقدير أن المحكمين يستمدون ولايتهم إما من اتفاق يكون سابقاً على قيام النزاع، أو لاحقاً لوجوده".

(1) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هي هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة، وهي تؤدي دوراً هاماً في تحسين الإطار القانوني للتجارة الدولية من خلال إعداد نصوص تشريعية دولية لكي تستخدمها الدول في تحديث قانون التجارة الدولية، ونصوص غير تشريعية لكي تستخدمها الأطراف التجارية في التفاوض على المعاملات، أما النصوص التشريعية فتتناول البيع الدولي للبضائع، وتسوية النزاعات التجارية الدولية، بما في ذلك كل كم التحكيم والتوفيق، والتجارة الإلكترونية، والإعسار، بما في ذلك الإعسار عبر الحدود، والنقل الدولي للبضائع، والمدفوعات الدولية، والإشراء وتطوير مشاريع البنية التحتية، والمصالح الضمانية، وأما النصوص غير التشريعية فتشمل قواعد تتعلق بالاضطلاع بإجراءات التحكيم والتوفيق، ومذكرات بشأن تنظيم الإجراءات التحكيمية والاضطلاع بها، ودليل قانوني بشأن عقود المنشآت الصناعية والتجارة المكافئة، أنظر موقع أمانة الأونسيترال: <http://www.uncitral.org>.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 104 لسنة 20 ق، جلسة 1999/07/03 وحكمها رقم 65 لسنة 18 ق جلسة 2001/01/06 وحكمها رقم 13 لسنة 15 ق، جلسة 1994/12/17.

وعرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه: "الاتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والتزول على حكمهم"⁽¹⁾، وبأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"⁽²⁾.

وفي حكم لها أقرت محكمة إستئناف القاهرة أن التحكيم: "عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أساسه أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون كما هو الحال بالنسبة لقضاة المحاكم وإنما يستمدها من اتفاق الخصوم على تحكيمه، ذلك الاتفاق الذي أجاز له المشرع ليغني الخصوم بالتحكيم من الالتجاء إلى القضاء وما يقتضيه ذلك من وقت وجهد ونفقات..."⁽³⁾.

وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن التحكيم: "هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة - إن الاتفاق على التحكيم ليس معناه التزول عن حق الالتجاء للقضاء ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام - الاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع..."⁽⁴⁾.

كما عرّف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه: "يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"⁽⁵⁾.

-
- (1) حكم محكمة النقض المصرية، القضية رقم 935 لسنة 44ق، جلسة 1980/06/10.
 - (2) حكم محكمة النقض المصرية، القضية رقم 275 لسنة 36ق، جلسة 1971/02/16 وهو نفس ما أقرته محكمة استئناف القاهرة في حكمها في القضية رقم 2240 لسنة 111ق، جلسة 1995/02/22.
 - (3) حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم 5 لسنة 122ق، جلسة 2005/06/29.
 - (4) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 886 لسنة 30ق، جلسة 1994/01/18.
 - (5) أنظر في عرض حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1943/04/21، القاضي محمد (خالد)، مرجع سابق، ص 86.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم.

إذا كان التحكيم نظام يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإدارة بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة، وعلى ذلك فهو نظام مرن لفض المنازعات و يخضع لإرادة الأطراف دوماً و تنظمه القوانين المختلفة محلياً و إقليمياً و دولياً، فإنه يأخذ عدة صور تختلف باختلاف معيار التقسيم، فمن حيث تنظيمه ينقسم إلى حر ومؤسسي، ومن حيث مدى تقيد المحكم بقواعد القانون الساري في بلد التحكيم إلى تحكيم طليق و تحكيم بالقانون، وبالنظر إلى معيار دوليته فنجد تحكيم داخلي و تحكيم دولي .

الفرع الأول : التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

نظراً لأهمية التحكيم وتزايد انتشاره خاصة في مجال التجارة الدولية، فقد فرض الواقع العملي إنشاء مؤسسات، غالباً ما تكون من القطاع الخاص، تقوم بوضع قواعد خاصة للتحكيم، تتعلق بإجراءات التحكيم بما فيها تعيين هيئات التحكيم، وفق شروط وأحكام معينة نصت عليها تلك القواعد والهدف منها تسهيل العملية التحكيمية، غير أن الأصل في التحكيم يبقى الحرية، وستتناول التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي على النحو التالي:

الفقرة الأولى: التحكيم الحر⁽¹⁾.

هو التحكيم الذي يتولاه محكم أو محكمون يختارون لتزاع معين يلتزمون بما يتفق عليه الأطراف من قواعد إجرائية أو موضوعية، فهو يتم تحت إشراف وإدارة الأفراد ومندوبيهم،

(1) هناك من الفقهاء من يطلق عليه اسم التحكيم العرضي، أنظر مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص49 ومنهم من يطلق عليه التحكيم الخاص أنظر اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص372 ومنهم من يسميه التحكيم بالمناسبة، أنظر قادري (عبد العزيز)، الإستثمارات الدولية، ط2، الجزائر، دار هومة، 2006، ص229 ومنهم من يطلق عليه اسم التحكيم الاختياري أنظر عمر (سعد الله)، قانون التجارة الدولية، ط1، الجزائر، دار هومة، 2007، ص276.

وهذا النوع غالبا ما يخضع لقواعد اليونيسترال للتحكيم⁽¹⁾، أو في بعض الأحيان قد يخضع لقواعد موضوعة بواسطة الأطراف أو محكمة التحكيم أو كلاهما معا⁽²⁾.

وبالتالي فإن الأطراف يتولون تنظيمه بأنفسهم دون الاستعانة بخدمات أي مركز تحكيم دائم، ولهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق بشأن هذا النزاع⁽³⁾.

الفقرة الثانية: التحكيم المؤسسي.

هو التحكيم الذي تتولاه منظمة أو مركز أو هيئة من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة⁽⁴⁾، وفي هذا التحكيم النظامي يكون فض المنازعة وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا لحكم عمل هذه الهيئات⁽⁵⁾.

(1) قواعد اليونيسترال للتحكيم (Uncitral Arbitration Rules): قامت لجنة الأمم المتحدة بإصدار قانون اعتبرته نموذجيا للتحكيم الدولي سنة 1985 ومرجعا أساسيا لقياس تشريعات التحكيم المناسبة، تطبقه حاليا أكثر من 40 دولة، راجع موقع أمانة الأونسيترال: <http://www.uncitral.org>

(2) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 373.

(3) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص 240.

(4) من أهم مراكز التحكيم الدائمة:

- غرفة التجارة الدولية بباريس (International Chamber Of Commerce (ICC)

- جمعية التحكيم الأمريكية (American Arbitration Association (AAA)

- لجنة التحكيم التجاري الأمريكية (IACAC)

The Inter-American Commercial Arbitration Commission

- المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار الدولية (ICSID)

The International Center of the Settlement of Investment Disputes

- محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي (The London Court of International Arbitration (LCIA)

- غرفة ستوكهولم للتجارة (The Stockholm Chamber of Commerce (SCC)

- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)

Cairo Regional Center For International Commercial Arbitration

(5) القاضي محمد (خالد)، مرجع سابق، ص 117.

ومن أهم مميزات هذا النظام هو ضمان حسن سير التحكيم نظرا للكفاءة المهنية لمركز التحكيم المتخصص الذي يتولى أمره، أضف إلى ذلك تيسير اختيار المحكمين المتخصصين من بين قوائم معدة سلفا، أيضا اتباع اجراءات التحكيم الخاصة بكل مركز ويمكن إعفاء الأطراف منها في حالة الاتفاق المسبق⁽¹⁾.

ومع أن التحكيم الخاص قد سبق في الظهور تحكيم الهيئات الدائمة إلا أن هذا النوع من التحكيم قد أفل نجمه وأصبح على حد تعبير أحد الفقهاء (مماثلة القريب الفقير) إلى جانب التحكيم المؤسسي الذي أصبح متسقا مع ظروف التجارة الدولية، ورغم ذلك فإن التحكيم الخاص لم يفقد تماما الدور الذي يقوم به في هذا المجال إذ كثيرا ما يلجأ إليه الخصوم لما يحققه من السرية المطلوبة في بعض المجالات التي تكثر فيها المنافسة مثل التحكيم بين الشركات وفي عقود نقل التكنولوجيا وبراءات الاختراع⁽²⁾.

الفرع الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق.

وينظر للتحكيم بهذا التقسيم من معيار مدى تقييد المحكم في النزاع بقواعد القانون الساري في دولة التحكيم أو عدم تقييده به، وهو المعيار في هذا الفصل، فإذا ما كان المحكم ملزما بالفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون فإننا نكون بصدد تحكيم بالقانون، ونكون بصدد

(1) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص240.

(2) عقد نقل التكنولوجيا هو كل اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، أنظر: المنجي (ابراهيم)، عقد نقل التكنولوجيا، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002. ونصت المادة 73 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أن: "عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استخراج السلع، ولا بيع العملات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد تكنولوجيا، أو كان مرتبطا به"، أنظر مطاوع حسان (أحمد)، المرجع السابق، ص50.

تحكيم طليق عندما يكون المحكم معنيا من إتباع القانون، فالأساس يكمن في مدى ما يتمتع به المحكم أو المحكمون من سلطات، ومقدار ما يرد عليهم من قيود، سواء كانت قيوداً قانونية أو اتفاقية⁽¹⁾.

الفقرة الأولى: التحكيم بالقانون.

ويطلق عليه أيضاً اسم "التحكيم بالقضاء" كما نص على ذلك حكم محكمة النقض المصرية حيث جاء فيه ما يلي: "إذا لم ينص في مشاركة التحكيم على تفويض المحكمين بالصلاح فإنهم يكونون محكمين بالقضاء.."⁽²⁾، ويرى آخرون أنه من الأنسب أن يسمى "التحكيم المقيد" حيث أن هيئة التحكيم تكون مقيده بالقانون⁽³⁾، وقد يطلق عليه اسم "التحكيم العادي" كما ورد في المادة (775) من قانون التحكيم اللبناني (قانون أصول المحاكمات المدنية)⁽⁴⁾ ويطلق عليه البعض اسم التحكيم البسيط⁽⁵⁾.

ويقصد به التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في النزاع المعروض عليه متقيداً في حكمه بقواعد القانون، وقد يكون هذا القانون هو المتفق عليه بين الأطراف، وقد يكون هو القانون الذي تخضع له العلاقة موضوع النزاع، وقد يكون هو القانون الذي يراه أكثر ملاءمة لحكم النزاع المعروض⁽⁶⁾.

(3) ترك عبد الفتاح (محمد)، شرط التحكيم بالإحالة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، الصفحة 39.

(2) حكم محكمة النقض المصرية، القضية رقم 60 لسنة 70 ق، جلسة 1965/06/28.

(3) سالم إبراهيم (علي)، ولاية القضاء والتحكيم، رسالة دكتوراه، القاهرة، كلية الحقوق لجامعة عين شمس، 1997، ص 19.

(4) نصت المادة 775 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بموجب مرسوم اشتراعي رقم 90 بتاريخ 1983/9/16 على ما يلي: "يجوز أن يتفق الخصوم في البند التحكيمي أو في عقد التحكيم أو في عقد مستقل على أن يكون التحكيم عادياً أو مطلقاً كما يجوز تفويض المحكم أو المحكمين التوفيق بين الخصوم".

(5) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص 31.

(6) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص 237.

فهيئة التحكيم تلتزم بقانون معين ليس لها الخروج عنه، وإلا كان حكمها عرضة للطعن أمام القضاء، بحيث يحق للأطراف الطعن في حكم المحكمين لمخالفته قواعد القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: التحكيم الطليق.

ويطلق عليه غالبية الفقهاء تسمية التحكيم بالصلح (أو مع التفويض بالصلح) حيث نصت المادة 39 الفقرة 4 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضهما بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"، ويعني أن يفوض أطراف عقد التحكيم هيئة التحكيم، في الحكم في النزاع بما تراه عادلا دون التقيد بأحكام قانون معين إلا ما تعلق منها بالنظام العام⁽²⁾.

فهيئة التحكيم لا تتقيد بأحكام القانون وإنما تفصل المنازعة على أساس ما تتحقق به العدالة، حتى لو كان الحكم الذي يصل إليه المحكمون مخالف لحكم القانون فيما لو عرض الأمر على القضاء، وليس للطرفان الطعن على حكم هيئة التحكيم الطليق لمخالفته لقانون معين، لأن هيئة التحكيم في الأصل ليست مقيدة بقانون في حكمها إلا في حالة مخالفة حكمها لقاعدة قانونية ثابتة أو مخالفة للنظام العام⁽³⁾.

ولا يعني ذلك أن المحكم في التحكيم الطليق محروم من تطبيق قواعد القانون، إذ يمكنه تطبيقها إذا وجد فيها معيارا كافيا للعدالة والإنصاف⁽⁴⁾.

(1) الخضير بن عبد الله (خالد)، مرجع سابق، ص 141.

(2) الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص 237.

(3) الخضير بن عبد الله (خالد)، مرجع سابق، ص 143.

(4) عمر (سعد الله)، مرجع سابق، ص 279.

إلا أن إعطاء الحرية للمُحكِّمين أو لهيئة التحكيم للفصل في المنازعة دون التقييد بقانون معين ليس معناه الانفلات عن تطبيق القواعد والمبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمها احترام حقوق الدفاع، بل يجب عليها التقييد بها باعتبار التحكيم قضاءً يلزمه أن يتقيد بالمبادئ العامة للتقاضي⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.

من المسائل الشائكة في فقه التحكيم وضع معيار مميز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي وتحديد صفة دولية التحكيم، هذه الصفة تنطوي على أهمية بالغة وجوهرية، تظهر بصفة خاصة عند معرض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁽²⁾.

وتلخص الدراسات الفقهية القانونية إلى وجود ثلاث معايير للتمييز بين التحكيم الوطني والأجنبي⁽³⁾:

1- المعيار الجغرافي: ويتعلق بمكان التحكيم وجنسية أطرافه ومحل إقامتهم، وقد أخذ بهذا المعيار قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1979 وذلك في المادة الثالثة الفقرة 7 والتي نصت على: "يقصد باتفاق التحكيم الداخلي، الاتفاق الذي لا ينص صراحة أو ضمناً على التحكيم في دولة غير المملكة المتحدة وأن لا يكون من بين أطرافه عند انعقاده شخص لا يكون مقيماً أو من مواطني دولة غير المملكة المتحدة، أو شخص معنوي تم تأسيسه أو كان مركز إدارته أو يتم

(1) وهوما أكده حكم محكمة النقض المصرية رقم 77 لسنة 40 جلسة 1976/12/16، أنظر مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص45.

(2) في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال تام عن العقد محل النزاع، كما يصح (في بعض التشريعات) للدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة الالتجاء للتحكيم الدولي دون أن يتعارض ذلك مع النظام العام، كذلك فإن عدم تسبب أحكام التحكيم الدولية لا يشكل - كقاعدة - عائقاً أمام الأمر بتنفيذها، أنظر في ذلك اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص377.

(3) قادري (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص224-225.

الإشراف عليه في دولة أخرى غير المملكة المتحدة"، غير أن قانون التحكيم الإنجليزي الجديد 1996/06/16 ألغى التمييز بين التحكيم الوطني والدولي⁽¹⁾.

كما أخذ بهذا المعيار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006⁽²⁾.

2- المعيار القانوني: ويرتكز على مدى اتصال التحكيم بأكثر من نظام قانوني واحد، فإذا كانت العناصر التالية: مكان إجراء التحكيم، جنسية الأطراف، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع، تتصل بدولة معينة كان التحكيم وطنياً، أما إن اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة كان التحكيم دولياً⁽³⁾.

3- المعيار الاقتصادي: ويتعلق بارتباط العقد موضوع النزاع بالتجارة الدولية، وقد أخذ التشريع الفرنسي بهذا المعيار في قانون الإجراءات المدنية الصادر بالمرسوم رقم 81-500 بتاريخ 1981/05/12 في المادة 1492 وكذا قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 2011 في

(1) Arbitration Act 1979 of United Kingdom Art.3 S7:

"In this section "domestic arbitration agreement" means an arbitration agreement which does not provide, expressly or by implication, for arbitration in a State other than the United Kingdom and to which neither- an individual who is a national of, or habitually resident in, any State other than the United Kingdom, nor a body corporate which is incorporated in, or whose central management and control is exercised in, any State other than the United Kingdom, is a party at the time the arbitration agreement is entered into".

(2) نصت المادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن: "يكون أي تحكيم دولياً:

- (أ) إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين، أو
- (ب) إذا كان احد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:
 - مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.
 - أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أو وثق صلة به، أو
 - (ج) إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة".

(3) عباس وليد (محمد)، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010،

ص88.

المادة 1504 بنصه على أن: "يكون التحكيم دولياً إذا تضمن مصالح متعلقة بالتجارة الدولية"⁽¹⁾.

كما تأثر التشريع المصري بالفرنسي في الأخذ بالمعيار الاقتصادي في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في المادة (3) والتي جاء نصها: "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية" غير أنه أخذ أيضاً بالمعيار الجغرافي عندما خصص بعض الحالات المعينة ليكون التحكيم دولياً وذلك بنصه في بقية المادة الثالثة على: "... وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفاً التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

(1) Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, Art.1504 du Code de procédure civile français :

"Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international."

أما التشريع الجزائري فقد اعتمد معيارا واحدا يجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 حيث نصت المادة 1039 على أنه: " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".
فهذا التعريف يتجاوز المعيار الاقتصادي (مصالح التجارة الدولية) ويتجاوز المعيار القانوني⁽¹⁾.

الفقرة الأولى : التحكيم الوطني.

يمكن القول - بصفة عامة - بأن التحكيم يكون وطنيا إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها (موضوع النزاع - جنسية الخصوم - جنسية المحكمين القانون واجب التطبيق - المكان الذي يجري فيه التحكيم)، فهو يرتبط بعلاقة وطنية داخلية بعيدة عن مصالح التجارة الدولية⁽²⁾، وعليه فإن التحكيم الوطني هو التحكيم الذي يتعلق بمعاملات وطنية خالصة بين وطنيين ويفصل بينهم محكمون وطنيون ويطبق عليهم القانون الوطني وينفذ حكمه في ذات الدولة⁽³⁾.

الفقرة الثانية : التحكيم الدولي.

أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر سواء تعلق هذا العنصر بموضوع النزاع أو جنسية الأطراف أو موطنهم أو المحكمين أو قانون إجراءات التحكيم أو مكان صدور الحكم أو تعلق بمصالح التجارة الدولية، كما يكتسب التحكيم صفة الدولية بالتبعية للعقد منشيء النزاع، فإذا كان العقد دوليا يكون التحكيم دوليا بالتبعية، ويكون العقد دوليا إذا تجاوز الإطار الاقتصادي الداخلي، أي حين يتضمن انتقالا للأموال والسلع والخدمات

(1) الأحذب (عبد الحميد)، بحث بعنوان "قانون التحكيم الجزائري الجديد" منشور في مجلة التحكيم، العدد 2، نيسان (أفريل) 2009، ص 44

(2) عمر (سعد الله)، مرجع سابق، ص 279.

(3) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 58.

عبر الحدود الجغرافية للدول⁽¹⁾، أو على حد تعبير الفقه الفرنسي وجود مد وجزر للقيم أو الخدمات أو الأموال فيما وراء الحدود⁽²⁾ أو بعبارة أخرى حين يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية⁽³⁾.

وتكمن أهمية تحديد دولية التحكيم في أن بعض التشريعات تضع قواعد خاصة للتحكيم التجاري الدولي لا تنطبق على غيره، ومنها القانون الفرنسي الذي نظم التحكيم الدولي في مواد خاصة (المواد 1504 إلى 1527 من قانون الإجراءات المدنية الجديد رقم 48-11 بتاريخ 2013/01/13) وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث خص التحكيم الدولي بفصل خاص (الفصل السادس من المادة 1039 إلى 1061 من القانون رقم 08-09 في 2008/02/25)⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: خصائص التحكيم

يمكن تفسير اللجوء المتزايد للتحكيم في الآونة الأخيرة لبعض المزايا التي يجد فيها الأطراف ضالتهم بالوصول إلى حل النزاع بعيداً عن متاهات القضاء الوطني، حيث يتمتع التحكيم بجملة

(1) وهو ما قضت به محكمة الاستئناف في بيروت - الغرفة الثالثة- قرار رقم 2008/767 بتاريخ 2008/05/20 حيث جاء في الحكم: "... وحيث من الواضح من طبيعة التحكيم وفرقائه وما تضمنه العقد الموقع بينهم أن التحكيم هو تحكيم دولي نظراً لما يترتب عن العقد من حركة انتقال للبضائع والخدمات والأموال عبر الحدود.."، أنظر مجلة التحكيم، العدد الأول، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، كانون الثاني (يناير) 2009، ص219.

(2) "... un mouvement de flux et reflux au-dessus des frontières, et des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre".

Maen.(Q), L'exécution De Contrat De Vente Internationale De Marchandises, Thèse de Doctorat, Université De Reims Champagne Ardenne, Fr, 2007, P24.

(3) حكم محكمة النقض المدني الفرنسي، القضية رقم 1930/29 بتاريخ 1931/01/30.

(4) فيما لا تفرق بعض التشريعات بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي فتضع قواعد موحدة ومن هذه التشريعات: القانون الألماني الصادر في 1986/07/25 معدلاً للمواد من 1025 إلى 1048 من قانون الإجراءات المدنية، وقانون المرافعات الهولندي الصادر في 1986/12/01 معدلاً للمواد 1020 إلى 1076، وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 (ورغم ذلك فقد غاير بين التحكيم الداخلي والدولي فيما يخص المحكمة المختصة بالمسائل التي يحيلها التحكيم لقضاء الدولة - المادة 9).

من الخصائص التي تميزه عن غيره من وسائل فض النزاعات، سنعرض في هذا المبحث لأهم مميزات التحكيم وهي قلة الشكلية وسرعة الفصل في النزاع والسرية وحرية انتقاء هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع وكذا اجراءات الخصومة، ومن ثم نعرض لبعض الانتقادات التي وجهت إليه والتي من أهمها التكلفة المادية الباهظة وعدم حياد وموضوعية المحكم كما أن هناك من يرى أن التحكيم من آليات النظام الرأسمالي العالمي.

الفرع الأول: مزايا التحكيم.

تبرز أهمية التحكيم بصفة عامة ولا سيما في المعاملات التجارية وخاصة الدولية منها، في أن طبيعة هذه المعاملات تتسم وتستوجب السرعة والثقة واليسر في الإجراءات والسرية، حفاظا على خصوصية التعامل والعلاقة التي تجمع الطرفين، ولأن عنصر الوقت يكون مؤثرا جدا بالنسبة للتكلفة المادية حيث أن الوقت جزء من الحق وهو يعني المال في عصر السرعة، هذه المميزات وجدت في نظام التحكيم بخلاف القضاء.

الفقرة الأولى: قلة الشكلية وسرعة الفصل في النزاع.

تعتبر أهم ميزة للتحكيم وأهم عامل لتفضيله على القضاء الذي يعاني من البطء⁽¹⁾، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلال التحكيم تعدد درجات التقاضي وإضاعة الوقت أمام القضاء لمدد قد تصل في بعض الأحيان إلى عدة سنوات، إلى جانب نهائية الحكم التحكيمي وعدم جواز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن، الأمر الذي يؤدي إلى الحصول على عدالة خاصة سريعة قدر الإمكان، والثابت أيضا أن العديد من النظم القانونية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي تحرص على وجوب حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة بحيث لا تتعدى الستة أشهر من تاريخ توقيع الخصوم على وثائق التحكيم⁽²⁾.

(1) عبد القادر (ناريمان)، اتفاق التحكيم، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997، ص 68.

(2) هشام (خالد)، التحكيم التجاري الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007، الصفحة من 99 إلى 151.

حيث تنص المادة 18 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في فقرتها الأولى على: "تحدد المهلة التي يجب على المحكم إصدار الحكم خلالها بستة أشهر..." وهو ما تقرره المادة 7 من لائحة مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، وتنص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في بابه الثاني والمتعلق بالتحكيم على أنه: "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم".

فيما تحدد المادة (45) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في فقرتها الأولى المدة كالآتي: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك".

ونصت المادة 31 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والتي تم التوقيع عليها خلال الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب التي عقدت في عمان خلال الفترة من 11-14/4/1987 في فقرتها الثانية على: "يصدر القرار بالاتفاق أو بالأكثرية خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ إحالة الملف على الهيئة"⁽¹⁾.

ومن الأسباب التي أدت إلى الالتجاء إلى التحكيم والعزوف عن القضاء، طول أمد التقاضي أمام المحاكم وتأخر الفصل في المنازعات التي تعرض عليها نتيجة ازدياد عدد المنازعات بزيادة عدد السكان، وبالتالي زيادة معدل التعامل بينهم زيادة لا تقابلها زيادة موازية في عدد القضاة، فالدعوى أمام القضاء العام في الدولة الحديثة تمر بمراحل متتالية، بين المحكمة الابتدائية،

(1) أنظر في ميزة سرعة الفصل في النزاع:

- هشام (خالد)، مرجع سابق، الصفحة 32.

-Yves Guyon, L'arbitrage, Economica, Paris, 1995, P8

والمحكمة الاستئنافية، ومحكمة النقض (المحكمة العليا)، وربما استخدمت إشكالات التنفيذ كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء (قد تنتهي معها الخصومة بوفاة أحد الخصمين قبل أن يحصل على ما كان يندش)، وعلى العكس من ذلك، فإن نظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات، هي العرض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم⁽¹⁾.

في حين تشترط غرفة التجارة الدولية بباريس على الطرفين التنازل عن كل طرق الطعن وذلك في المادة 28 من نظام تحكيم الغرفة في فقرتها السادسة حيث نصت على أن: "يكون كل حكم تحكيمي ملزماً للأطراف، ويتعهد الأطراف لدى إحالتهم النزاع إلى التحكيم وفقاً لهذا النظام، بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعتبرون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانوناً".

كذلك كثرة القيود الزمنية التي يفرضها سير إجراءات الخصومة، فقد يطول نظام التقاضي داخل الدولة بشكل لا تحتمله طبيعة التجارة، والتي تحسب حسبنا لثمن الساعة، والدقيقة والثانية، فالحاكم القضائي في الدول المختلفة تكتظ جداول جلساتها بأعداد كبيرة من القضايا التي قد يتأخر الفصل فيها لسنوات، مع ما يترتب على هذا التأخير من تعطيل للأموال المتنازع عليها، وعلة ذلك أن المحكم يكون عادة متفرغاً للفصل في النزاع مما يساعده على حسم موضوعه في أقل وقت ممكن دون أن تكون هناك مزاحمة من قضايا أخرى⁽²⁾.

غير أن هناك من الفقهاء من يرى أن التحكيم قد يؤدي على العكس من ذلك إلى إطالة أمد النزاع، ذلك أن الواقع العملي أثبت أنه غالباً ما يلجأ المحكمون بعد صدور حكم التحكيم، إلى المحاكم منازعين في صحة التحكيم أو طاعنين في عمل المحكمين لتجاوزهم حدود ولايتهم أو غير ذلك من الأسباب⁽³⁾.

(1) التحيوي السيد (محمود)، إتجاه الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 18.

(2) هشام (خالد)، المرجع نفسه، ص 38، 41.

(3) عرفة السيد (محمد)، مرجع سابق، ص 478.

الفقرة الثانية: السرية.

إن المبدأ العام في التشريعات الحديثة ينص على علنية الجلسات⁽¹⁾ فيما تذهب غالبية تنظيمات التحكيم إلى اعتبار السرية مبدأ عام يجوز للأطراف الخروج عنه، منها نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي (L.C.I.A)، حيث نصت المادة 30 منه على ما يلي: "1- بإحالتهم منازعة التحكيم وفقا لنظام محكمة لندن للتحكيم الدولي ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على خلاف ذلك كتابة، يوافق الأطراف على المبدأ العام الذي يقضي بالمحافظة على سرية الأحكام التحكيمية بالإضافة إلى كافة المستندات الأخرى المقدمة من طرف آخر خلال الإجراءات والتي ليست معروفة من العموم، وذلك مع مراعات حق الإعلان عنها إذا لزم الأمر...."

2- تكون مداوالات المحكمة التحكيمية سرية أيضا....

3- تعتمد محكمة لندن للتحكيم الدولي سياسة عدم نشر أي حكم تحكيمي أو جزء منه دون أخذ الموافقة المسبقة الخطية من كافة الأطراف ومن المحكمة التحكيمية."

كما نصت المادة 40 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي: "

1- ما لم يتفق الأطراف صراحة وكتابةً على غير ذلك، يتعهد الأطراف بالمحافظة على سرية جميع أحكام التحكيم والقرارات وكذلك جميع المستندات المقدمة من الأطراف أثناء إجراءات التحكيم، وذلك ما لم تكن تدخل في العلم العام وباستثناء وفي حدود ما قد يكون متطلبا من أحد الأطراف بموجب واجب قانوني لحماية أو متابعة أو تنفيذ أو الطعن على حكم التحكيم. بمقتضى إجراءات قانونية أمام سلطة قضائية. ويسري هذا التعهد أيضا على المحكمين والخبراء المعينين من قبل هيئة التحكيم وعلى أمانة هيئة التحكيم والمركز.

(1) نص قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 09/08 لسنة 2008 في المادة السابعة منه على: "الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة."

2- تكون مداولات هيئة التحكيم سرية بإستثناء وفي حدود ما قد يكون مطلوباً الإفصاح عنه بموجب قرار من سلطة قضائية.

3- يتعهد المركز بعدم نشر أي قرار أو حكم تحكيم أو جزء منه بما يكشف عن شخصية أي من الأطراف بدون الموافقة الكتابية المسبقة من جميع الأطراف.

ونصت المادة السادسة من القانون الأساسي لهيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس على: " يكتسي عمل الهيئة طابع السرية ويتعين على كل من يشارك في عملها، بأي صورة كانت، مراعاة ذلك، وتحدد الهيئة قواعد حضور أشخاص من الخارج اجتماعات الهيئة واجتماعات لجائها وحق هؤلاء في الاطلاع على المواد المقدمة للهيئة ولأمانتها العامة.. " ونصت المادة 7/20 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس على: " يجوز لمحكمة التحكيم أن تتخذ أية تدابير لحماية الأسرار التجارية أو المهنية والمعلومات ذات الطابع السري "، ونظمت المادة الأولى من النظام الداخلي لنفس الهيئة على طابع السرية لأعمال الهيئة.

ولعل أهم ما يجدر ذكره في هذا الصدد هو ما يحققه التحكيم للخصوم من التجار ورجال الأعمال والمستثمرين من سرية عزيزة عليهم، حقيقة أن العلنية التي تحيط القضاء العادي من ضمانات العدالة ولكنها تنقلب وبالا على التجار، إذا كان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرا مكتوما⁽¹⁾، فتعد السرية إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة ذات السمعة العالمية، حيث تعتمد هذه الشركات في معاملاتها على الثقة والبعد عن المشاكل التي قد تمس بسمعتها التجارية، وإعلان الأحكام القضائية يسبب لها أضرار بالغة⁽²⁾، وكم من مستثمر يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار تجارية تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله في الدعوى، ومن المعاملات الدولية المعاصرة ما تعتبر سرية بياناتها ومفاوضاتها هي كل رأس مالها، من ذلك عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية في

(1) هشام (خالد)، مرجع سابق، الصفحة 68.

(2) التحيوي السيد (محمود)، إتجاه الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 19.

مجالات تصنيع الدواء وتصميم الأقمار الصناعية ونظم الحاسبات الإلكترونية، ومعالجة البيانات وتخزينها في بنوك المعلومات، فنظام التحكيم يكفل قدرا كبيرا من الخصوصية خاصة في المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية، ولا شك أن التحكيم التجاري الدولي يفقد الكثير من أنصاره إذا تجرد من طابعه السري⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: الحرية.

يتيح نظام التحكيم للأطراف المتحكمن حرية انتقاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع القائم بينهم، ممن لديهم الخبرة الكافية والمهارة المتميزة والتكوين المهني والتخصص في نوع النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، فغالبا ما تكون هيئة التحكيم متخصصة في المنازعة المطلوب الفصل فيها، ولديها من الخبرة ما يمكنها من ذلك دون الحاجة إلى انتداب الخبراء⁽²⁾.

فالقاضي في محاكم الدولة قد يكون فقيها بارعا، ولكن قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية فيتعزز عليه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بالاستعانة بخبير يرشده ويكشف له ما استغلق عليه من جوانب النزاع، فإذا اقتضى الأمر تعيين خبير وإضاعة الوقت في انتظار تقريره، أفلا يكون من الأجدي أن يلجأ الخصوم إلى الخبير مباشرة وإقامته محكما ليفصل في النزاع⁽³⁾.

الأمر الذي أدى إلى حلول الخبير محل القاضي من الناحية العملية للفصل في الدعوى خلافا للواقع النظري الذي يقضي بأن رأي الخبير استشاري، وفي هذا الصدد يقرر البعض أن المستثمرين ينظرون إلى رجال القضاء العادي على أنهم هواة في مجال المنازعات الدولية، فهم يطلبون البحث في أشياء يراها المستثمرون من الأمور البديهية⁽⁴⁾.

(1) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 366.

(2) التحيوي السيد (محمود)، إتجاه الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 21.

(3) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 635.

(4) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 12-13.

فالمحكّم على خلاف القاضي، لا يلزم أن يكون رجل قانون، فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فقد يكون مهندسا أو طبيا أو رجل أعمال مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك طبيعة النزاع، وقد حذا الأمر ببعض مراكز ومؤسسات التحكيم إلى إنشاء لجان متخصصة كالتحكيم المصرفي، التحكيم الهندسي⁽¹⁾.

ويقوم التحكيم أساسا على إرادة الأطراف، فهم وحدهم الذين يقررون اللجوء إليه لحل المنازعات التي تثور بينهم، كما تلعب إرادتهم دورا هاما في تنظيم التحكيم بدءا من الاتفاق عليه ومرورا ببيان الموضوعات التي تحل بالتحكيم وانتهاء بالقانون الذي يحكم النزاع شكلا وموضوعا، وقد نصت المادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول لعام 1965 على حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يخضع له التحكيم: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان"⁽²⁾.

وللأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق سواء على العقد موضوع النزاع أو على إجراءات التحكيم أو القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم لحل النزاع، فقد يقوم أطراف النزاع بوضع اجراءات التحكيم بأنفسهم وقد يتفقون على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم، كما قد يتفقون على تطبيق القانون الوطني أو قانون أجنبي⁽³⁾، وقد يرغب الطرفان في إعمال قواعد قانون التجار (lex mercatoria) وهو مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات والأعراف المستمدة من الأوساط التجارية الدولية⁽⁴⁾.

(1) هشام (خالد)، المرجع السابق، الصفحة 77-87.

(2) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 14.

(3) القاضي محمد (خالد)، مرجع سابق، ص 250-254.

(4) مخلوف (أحمد)، مرجع سابق، ص 182-207.

وقد لا يرغب الأطراف في الخضوع لنظام قانوني معين، بل يريدون أن يتم حسم النزاع وفقاً لمقتضيات العدالة والإنصاف، فيجدون المجال رحباً لاختيار المحكم الصالح والقواعد المناسبة والمكان القريب، حيث تنص غالبية التنظيمات الداخلية والدولية المتعلقة بالتحكيم على مبدأ حرية اختيار مكان ولغة التحكيم، كما تعقد جلسات التحكيم على حسب الأوقات المناسبة للأطراف خلافاً لمواعيد المحاكم التي يتم تحديدها وفقاً لظروف العمل بالمحكمة⁽¹⁾.

أضف إلى تلك المميزات أن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، يحافظ على العلاقة بين أطراف النزاع، فهو قضاء العلاقات المتصلة، يجيء إليه الخصمان والعلاقة قائمة بينهما وينصرفا ولا تزال العلاقة قائمة وقد انقشع ما أسدل عليها من خلاف، مما يحافظ على حسن العلاقات بينهما، فهو ليس طريقاً هجومياً وإنما هو أقرب إلى التفاهم، لأن الخصوم قد اتفقوا على اللجوء إليه بإرادتهم الحرة، وقبلوا مقدماً ما يصدره من قرارات، ويقومون بتنفيذها طواعية واختياراً، وهذا يجعل حكم المحكم وكأنه صادر من مجلس عائلي، ومن ثم يترتب عليه إحلال الوئام محل الخصام، وبما يفيد أن صدور الحكم التحكيمي، لن يؤدي بحال إلى قطع أواصر الود والصدقة بين الخصمين، المحكوم له والمحكوم ضده، والواقع أن هذه الميزة يفتقدها اللجوء للقضاء، حيث

(1) حيث جاء في قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (بالصيغة التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985، وعدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 جويلية 2006) في المادة 20 المتعلقة بمكان التحكيم: "للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم..." والمادة 22: "للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم..."

- وجاء في قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 16: "إذا لم يتفق الطرفان على مكان إجراء التحكيم، تتولى هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم..." والمادة 17: "مع مراعاة ما قد يتفق عليه الطرفان، تبادر هيئة التحكيم إثر تشكيلها إلى تحديد اللغة..."

- وكذا نصت قواعد غرفة التجارة الدولية في المادة 14 على: "تحدد الهيئة مكان التحكيم إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا عليه..."، والمادة 16: "في غياب اتفاق الأطراف فيما بينهم تعين محكمة التحكيم لغة أو لغات التحكيم..."

- ونص قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 28 على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها..." والمادة 29: "يجرى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان..."

أن الحكم القضائي يصدر في ظل العداء التام والكيد المطلق، ومحاولة كل طرف من أطراف الخصومة الحصول على الحكم ضد خصمه حتى ولو كان مجافيا للحقيقة، لذا فإن الحكم القضائي لا يخفف من حدة العداء بينهم، بل يزيدها حدة وضراوة⁽¹⁾.

والتحكيم بخلاف القضاء العادي الذي يعتبر قضاء العلاقات المحطمة، حيث يحتكم إليه أطراف النزاع فيغلب ادعاء أحدهما على ادعاء الآخر ثم يصرفهم غمراء هذا رابح وذاك خاسر، حتى أصبح يقال إن الأطراف المتنازعة تتوجه إلى ساحة القضاء العام في الدولة الحديثة وهم ينظرون إلى الورا، بينما يتوجهون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام⁽²⁾.

كما أن التحكيم يوفر لأطراف المتنازعة الثقة والطمأنينة والرضا بالحكم الصادر من المحكمين، حيث أنهم قد اختاروا من يثقون في حكمهم وفي علمهم وصلاحياتهم للنظر في المنازعة⁽³⁾.

الفرع الثاني: عيوب التحكيم.

نظام التحكيم كغيره من الأنظمة وبما له من مزايا، لا يخلو من العيوب، لعل أهمها التكلفة المادية الباهظة أضف إلى ذلك عدم حياد وموضوعية بعض المحكمين وهو ما أثبتته الواقع العملي، حيث تكبدت مصر خسائر بلغت **180** مليون دولار في قضايا تعويضات، كما أن هناك من يرى أن التحكيم آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: التكلفة المادية الباهظة.

يكلف التحكيم الخصوم تكلفة باهظة حيث يدفع الخصوم أتعاب المحكمين ومصاريف انتقلهم وإقامتهم ورسوم مراكز التحكيم⁽⁴⁾، غير أن هناك من يرى عكس ذلك فالتحكيم

(1) محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص470.

(2) معوض (عبد التواب)، مرجع سابق، ص12.

(3) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص221.

(4) عبد القادر (تاريمان)، المرجع السابق، الصفحة 65.

قليل النفقات، حيث أنه لا يتطلب رسوما أو أتعاب محامين، ويعتبرون بأن مصروفات التحكيم زهيدة مقارنة بتلك التي يتم إنفاقها على الخصومة ومتابعتها لدى محاكم الدولة، فينفق الخصوم أموالا كثيرة على الرسوم القضائية وأتعاب المحامين والخبراء ومصروفات استحضار الشهود وغيرها، كما أن نظر الدعوى أمام القضاء يتم عادة على درجتين أو أكثر من درجات التقاضي مما يترتب عليه زيادة حدة الإنفاق عليها، وهذا على عكس التحكيم الذي يكون غالبا على درجة واحدة⁽¹⁾.

وهناك من يرى أن التحكيم أيا كانت تكاليفه فهو أقل من نفقات التقاضي وذلك لأن التحكيم يكون عادة في عقود الاستثمار الكبرى أو في عقود الإنشاءات الدولية، فإذا عرض الأمر على القضاء فإن رأس المال الذي يبلغ الملايين يمكن أن يجمد لعدة سنوات حتى يفصل القضاء في النزاع وفي هذه الحالة سوف يخسر المستثمر مبالغ طائلة توازي أضعاف أتعاب المحكمين⁽²⁾.

غير أن الثابت أن الخصوم في المنازعات القضائية المطروحة أمام محاكم الدولة، لا يقومون بدفع رواتب القضاة الذين يفصلون في الخصومة، في حين أطراف الخصومة التحكيمية، يقومون بسداد نوعين من النفقات: أولا أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم، فلا يمكن لأحد أن ينكر ضخامة المبالغ التي يتحملها المحكمون في المنازعة التحكيمية⁽³⁾.

ويرى البعض أن مراكز التحكيم أصبحت مكلفة للغاية، حيث توصف غرفة التجارة الدولية بأنها أسوأ الجهات التي يمكن أن يتم فيها التحكيم، فقد أصبحت تستغل التحكيم لأغراض ربحية بحتة، حيث ورد في مقالة للأستاذ أحمد القشيري بعنوان التحكيم في عقود الدولة

(1) عرفة السيد (محمد)، مرجع سابق، ص 470.

(2) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 16

(3) هشام (خالد)، مرجع سابق، ص 325.

ذات العنصر الأجنبي، أن "غرفة التجارة الدولية بباريس من أسوء الجهات التي يمكن أن يتم فيها التحكيم ليس فقط لأنها مكلفة وباهظة التكاليف، لأن هناك ما يمكن أن نسميه - واعذروني في هذا التعبير- نوع من المافيا الدولية فيما يتعلق بالمحكمن، أصبحت المسألة مربحة جدا فما يستطيع أن يحصل عليه مستشار في مجلس الدولة طول حياته الوظيفية، قد يحصل عليه محكم في قضية تستغرق منه ثلاثة أيام، لأن بعضهم يأخذ 50 ألف، 100 ألف دولار في قضية كمحكم واحد فيها"⁽¹⁾، وفيما يلي بيان مصاريف وأتعاب المحكمن لغرفة التجارة الدولية بباريس⁽²⁾:

نصت المادة 1/1 من الملحق رقم 3 المتعلق بمصاريف وأتعاب التحكيم لغرفة التجارة

الدولية بباريس:

"1- يجب أن يرفق كل طلب للتحكيم وفقا للنظام مبلغ يدفع مقدما قيمته 2500 دولار

أمريكي، غير قابل للرد...."

و نصت المادة 4 منه على جدول حساب المصاريف الإدارية وأتعاب المحكمن:

أتعاب المحكمن			المصاريف الإدارية	
حد أقصى	حد أدنى	قيمة النزاع بالدولار	النسبة	قيمة النزاع بالدولار
18,02%	\$3000	حتى 50000	\$ 3000	حتى 50000
13,57%	2,65%	من 50001 إلى 100000	4.73%	من 50001 إلى 100000
7,69%	1,43%	من 100001 إلى 200000	2.53%	من 100001 إلى 200000
6,84%	1,37%	من 200001 إلى 500000	2.09%	من 200001 إلى 500000
4,03%	0,95%	من 500001 إلى 1000000	1.51%	من 500001 إلى 1000000
3,60%	0,69%	من 1000001 إلى 2000000	0.95%	من 1000001 إلى 2000000
1,39%	0,38%	من 2000001 إلى 5000000	0.46%	من 2000001 إلى 5000000
0,91%	0,13%	من 5000001 إلى 10000000	0.25%	من 5000001 إلى 10000000
0,24%	0,06%	من 10000001 إلى 30000000	0.10%	من 10000001 إلى 30000000
0,23%	0,06%	من 30000001 إلى 50000000	0.09%	من 30000001 إلى 50000000
0,16%	0,03%	من 50000001 إلى 80000000	0.01%	من 50000001 إلى 80000000
0,12%	0,02%	من 80000001 إلى 100000000	0.0035	من 80000001 إلى 100000000
0,06%	0,01%	من 100000001 إلى 500000000	\$ 113.215	من 500000001 إلى 1000000000
0,04%	0,01%	أكبر من 500000000		أزيد من 500000000

(1) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 643.

(2) أنظر موقع غرفة التجارة الدولية: <http://www.iccwbo.org>

كما حدد الفصل الخامس من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي مصاريف التحكيم حيث نصت المادة 43 على ضرورة سداد رسم تسجيل طلب التحكيم الذي يقدر بـ (\$500) خمسمائة دولار أمريكي عند إيداع الإخطار بالتحكيم للمركز وهو غير قابل للرد، كما نصت المادتين 44 و45 على المصاريف الإدارية وأتعاب المحكمين، ونصت المادة 48 على: "بالإضافة إلى المصاريف الإدارية وأتعاب هيئة التحكيم، يحدد المركز مبلغاً لتغطية نفقات السفر أو أية نفقات أخرى مشار إليها في البنود...." (1)

الفقرة الثانية: التحكيم من آليات النظام الرأسمالي العالمي

هناك من يرى أن التحكيم ليس إلا آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي يستخدمها لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم على الدول النامية واستمرار تبعيتها الاقتصادية لها على الدوام، فهناك من يرى أن ما يسمى بقانون التجارة الدولية، وكل القواعد والأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو تكرسها هيئات ومراكز التحكيم الدائمة هي من صنع الدول المتقدمة، وقد أسهمت وتسهم في تكوين أدبيات وفقه التحكيم وقضائه، الشركات متعددة الجنسيات التي تمسك بزمام التجارة الدولية وترسي ما يطلق عليه أعراف وعادات التجارة الدولية، ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية، والتحكيم ليس إلا آلية من آليات هذا النظام (2).

أضف إلى ذلك أن المحكم لا يلتزم بتطبيق قانون معين، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم تطبيق القوانين الوطنية للدول النامية، والتي غالباً ما تكون الطرف الضعيف في العلاقة القانونية نظراً لظروفها الاقتصادية المتردية، وما قد يحيق بها من ضرر نتيجة تطبيق قوانين غير قوانينها

(1) أنظر موقع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: <http://www.crcica.org.eg>

(2) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 640.

الوطنية، الأمر الذي قد يرتب نتائج غير متوقعة وفقا للمجرى العادي للأمر، وربما يتعذر تداركها في الكثير من الأحيان (1).

فالمقصود أساسا من التحكيم هو منع القضاء الوطني من النظر في منازعات عقود التنمية الاقتصادية (التي تعتبر عصب الاقتصاد الوطني للدول) لعدم تعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفا هاما في هذه العقود لتطبيق القانون الوطني، خوفا من تأثير القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح بلاده الاقتصادية، مما قد يؤدي إلى تشويه تفسير هذه العقود وانحياز القضاء انحيازاً يهدد مصالح المستثمر (2).

فهو وسيلة تمكن وحدات هذا النظام وهي الشركات العابرة للقارات من الإفلات من التقاضي أمام القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، والذي مهما كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة، ودرء انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لمصالحها، لن يكون إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء محايد هو قضاء التحكيم، وهو الهدف الذي تتمسك به الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه ولو على حساب عدم إتمام العقد، مما يجعل الطرف الضعيف أي الدول النامية ومشروعاتها تحت رحمة "المحكم" الذي لا يمكن أن يتوفر فيه الحياد والموضوعية (3).

ولقد رد الدكتور اسماعيل عبد المجيد محمد على هذا الأمر بقوله: "أما ما يوجه للتحكيم من أنه أحد آليات سيطرة النظام الرأسمالي على الدول النامية وضمان تبعية هذه الدول للدول

(1) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 367.

(2) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 640.

(3) الحداد السيد (حفيظة)، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون واجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 7.

الرأسمالية وما قد يسببه اللجوء إلى التحكيم خلافا للقضاء الوطني من تطبيق قانون غير قانون الدول النامية، فيرد على ذلك أنه بتدريب الكوادر الفنية تدريباً عالياً متخصصاً، وإفهامهم بعملية التحكيم بجميع أبعادها وتداعياتها وإلمامهم باللغات الأجنبية فسيكون ذلك رادعاً لمثل هذه المحاولات...⁽¹⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن إصدار التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم أصبح أمراً مفروضاً على الدول النامية وإلا وجدت نفسها محرومة من المعونات الدولية، ومن مؤازرة المؤسسات الدولية المنوط بها مساعدة هذه الدول كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي وكافة الوكالات التابعة للأمم المتحدة⁽²⁾.

الفقرة الثالثة: عدم حياد وموضوعية المحكم.

إن اختلاف التشريعات من بلد لآخر واختلاف الأيديولوجيات قد يؤثر في قناعة وتفكير المحكم الذي غالباً ما يكون أسيراً لثقافة دولته واتجاهها السياسي والاجتماعي مما يؤثر بالتالي على في نتائج حكمه دون النظر إلى سياسة وظروف الدولة الطرف في النزاع، وعليه فقد يصعب على المحكم في بعض الأحيان أن يصدر حكماً مناسباً وعادلاً⁽³⁾، وهو ما أدى إلى تطبيق قانون أجنبي بدل القانون الوطني بالرغم من الاتفاق على إخضاع التحكيم للقانون الوطني كما حدث في النزاع الذي أثارته قضية أرامكو ARAMCO⁽⁴⁾

(1) اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص 370.

(2) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 641.

(3) عرفة السيد (محمد)، مرجع سابق، ص 477.

(4) نشأ نزاع بين السعودية وشركة ARAMCO (Arabian American Oil Company) صاحبة امتياز استغلال البترول، وأحيل الموضوع على التحكيم، ونص اتفاق التحكيم في مادته الرابعة على أن تتولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع طبقاً للقانون الساري في المملكة العربية السعودية (الذي ينصرف إلى الشريعة الإسلامية تبعاً لتفسير مدرسة أحمد ابن حنبل)، وانتهت محكمة التحكيم إلى أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام وأن الفقه الحنبلي لا يتضمن أية قاعدة محددة تعلق بالامتيازات المتعلقة بالبترول، مما حداً بها لتطبيق القانون الدولي العام، أنظر الحداد السيد (حفيظة)، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون واجب التطبيق، مرجع سابق، ص 464-467.

وقضية تكساكو TEXACO⁽¹⁾.

وعلى المستوى العملي نجد أن القضايا المتعلقة بالدول النامية، يندر أن ينتهي الحال من الناحية الواقعية على حكم عادل بالنسبة لها، فدائما الدولة النامية هي الخاطئة وهي التي يوجد بها البيروقراطية والفساد والفوضى⁽²⁾.

الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم وغيره من وسائل فض المنازعات.

إن الاختلاف والتعدد الذي تعرفه الوسائل البديلة لحل النزاعات يعطي لكل منها ميزة تجعلها تنجح في مجال دون آخر، فإذا كان التحكيم -كوسيلة شبيهة بالقضاء - ينجح في نزاعات معينة، فلا شك أنه قد لا ينجح أو لا يفضل في جميع القضايا مما يفسح المجال لباقي الوسائل البديلة لفض النزاعات حسب طبيعة موضوع النزاع، ومن أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات نجد الصلح الذي لا يختلف كثيرا عن التحكيم وكذا التوفيق، وخلال هذا الفرع سنحاول تحديد أهم نقاط الاختلاف بين التحكيم و الصلح وبين التحكيم والتوفيق على النحو التالي:

الفقرة الأولى: التحكيم والصلح.

عرفت المادة 549 من القانون المدني المصري الصادر في 16 يوليو 1948 الصلح بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه"، وبنفس العبارات تقريبا جاء نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري رقم 75-58 لسنة 1975 في تعريفه للصلح، أما القانون المدني الفرنسي فقد

(1) بعد إبرامها لعقود امتياز لصالح شركة (Texaco Overseas Petroleum Company)، قامت الحكومة الليبية بتأميم الشركة، ورفع الأمر للتحكيم، وقام المحكم المفرد، أستاذ القانون الدولي العام بجامعة نيس René Jean Dupuy باستبعاد القانون الليبي وتطبيق القانون الدولي العام.

(2) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 642.

نصت المادة 2044 منه على تعريف الصلح بأنه: "اتفاق يتزل بمقتضاه كل طرف عن جزء من ادعاءاته بمقابل"⁽¹⁾.

ونصت المادة (668) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 على تعريف الصلح بأنه: "عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءه".

ويُعرّف الصلح فقهاً، بأنه عقد رضائي، أو إجراء غير رسمي يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو من يمثلونهم ويستدعون بواسطة طرف ثالث ويقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم على وجه التقابل عن بعض ما يطالب به، وللأطراف الحرية بقبول الصلح أو رفضه⁽²⁾.

ويتفق كل من التحكيم والصلح في أنهما وسيلتان بديلتان يلجأ إليهما الأطراف بدلا من اللجوء إلى القضاء لفض المنازعات التي نشبت بينهما⁽³⁾.

– أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح:

الصلح يقتضي التنازل عن كل أو بعض ما يتمسك به طرفاً عقد الصلح، أما في التحكيم فلا يتنازل الخصوم عن كل أو بعض ما يتمسكون به، بل يحكم المحكم في النزاع، ويكون حكمه ملزماً لمن صدر ضده، ومن ثم فإنه قد يقضي بكل الحق لخصم واحد، وقد حكم القضاء البلجيكي بأنه يعد من قبيل الصلح لا التحكيم، نزول جميع الخصوم بأنفسهم عن بعض ما

(1) اعترف التقنين المدني الفرنسي في المادة 2045 منه، صراحة للبلديات والمؤسسات العامة بإمكانية الصلح، وهناك مثل فرنسي شهير يقول: "تصالح سيء خير من تقاضي جيد"

" Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès"

(2) يختلف الصلح عن الترتك، فالترتك نزول أحد الطرفين عن كل ما يدعيه ولا يتزل الآخر عن شيء مما يدعيه لا يعتبر صلحاً، ولا يشترط في الصلح أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة أو متساوية في الأهمية، أنظر الخضير بن عبد الله (خالد)، مرجع سابق، ص118.

(3) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص26.

يدعونه، بتضحية من جانب كل منهم مع تكليف أحد الخبراء بتقدير التعويض على أساس يتم تحديده بدقة من جانبهم⁽¹⁾، ويعتبر القرار الصادر من التحكيم ملزماً لطرفيه، يتمتع بحجية في مواجهتهما، فهو بمثابة قضاء، أما الصلح فليس ملزماً لهما إلا برضاهما وقبولهما له⁽²⁾.

كما أن المصالح يمارس عملاً توفيقياً، فيعرض ما لديه من اقتراحات لتسوية النزاع على الطرفين كل على حدة، ويناقشها مع كل واحد منهما، وينقل النتيجة من طرف لآخر، ويمارس دور الإقناع مع كل طرف لقبول المقترح والحل الوسط، ويسعى إلى التقريب بين وجهات النظر، وعند التوصل إلى اتفاق يأخذ صورة عقد الصلح، أما المحكم فيمارس دوراً قضائياً، يقوم على المستندات والأدلة والبراهين ثم يصدر حكمه الذي يتمتع بخصائص الأحكام القضائية، ويعتبر سنداً تنفيذياً⁽³⁾.

إن تمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه، هو المعيار الحاسم في التمييز بين التحكيم والصلح⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: التحكيم والتوفيق.

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 على ما يلي: "الأغراض هذا القانون، يقصد بمصطلح التوفيق أي عملية - سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل - يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين "الموفق"، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لتزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا

(1) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 25.

(2) الحضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص 122.

(3) عرفة السيد (محمد)، مرجع سابق، ص 37-38.

(4) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 26.

يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للتزاع على الطرفين" (1).

وقد عُرف نظام التوفيق كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية في فرنسا، ففي 1981 صدر قرار من وزارة الأشغال العامة بإنشاء اللجنة الوطنية الاستشارية لتسوية المنازعات وديا، وهي لجنة ذات طابع وزارى ولا تنظر المنازعات إلا بعد نهاية الأعمال، أما أثناء التنفيذ فإن الوزير فقط يختص بالتسوية أو الممثل القانونى للمنشأة، وفي مصر فقد صدر قانون رقم 2000/7 بتنظيم عملية التوفيق كوسيلة لحل منازعات العقود الإدارية، فنصت المادة الأولى: "على أن يُنشأ في كل وزارة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات والعاملين بها أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة"، ولعل الحكمة التي أرادها المكنن في القوانين المعاصرة من التوفيق لحل منازعات العقود الإدارية، هي تقليل عدد المنازعات أمام القضاء، والتخفيف عن كاهله، والسرعة في فض المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، والذي يؤدي البطء في عدم الفصل فيها إلى زوال واضمحلال المصالح التي من أجلها رفعت الدعاوى (2).

فالتوفيق طريق ودي لفض المنازعة الناشئة بواسطة موفق، أو عن طريق لجنة موفقين من الأشخاص أو المنظمات، مهمتها التمهيد لحل النزاع وذلك بحصر وفحص الوقائع موضوع النزاع من أجل اقتراح التسوية المناسبة (3).

وتطبيقاً عادة ما يطلب الموفق من أطراف النزاع ما إذا كانوا مستعدين لمحاولة التوصل لحل ودي، وعند حصوله على رد إيجابي منهم يقوم بتقريب وجهات النظر بين المتنازعين بحيث

(1) نص دليل اشتراع واستعمال قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي 2002 على أن تعبير "التوفيق" يُستخدم في القانون النموذجي كمفهوم عريض يشير إلى الإجراءات التي يقوم فيها شخص ما أو فريق من الأشخاص بمساعدة الطرفين في سعيهما للتوصل إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهما.

(2) الخضير بن عبد الله (خالد)، مرجع سابق، ص126.

(3) القاضي محمد (خالد)، مرجع سابق، ص128 و الخضير بن عبد الله (خالد)، مرجع سابق، ص124.

يجعلهم يشتركون معه للوصول إلى حل مُنهِ للخصومة غير ملزم ويحرر في محضر رسمي موقع منهم ومن الموفق بينهم⁽¹⁾.

– أوجه الاختلاف بين التحكيم والتوفيق:

للمحكم دور قضائي، أما الموفق فهو شخص يسعى لتقريب وجهات نظر الأطراف، ويقترح اتفاقا يرى أنه يحقق حلا وسطا، وقد حرصت الإتفاقيات الدولية التي أخذت بالتوفيق كوسيلة لتسوية المنازعات على توضيح مهمة الموفق⁽²⁾، حيث جاء في دليل اشتراع واستعمال قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر في 2002 في الفقرة السادسة منه على ما يلي: "يتميز التوفيق بسمة أساسية هي أنه يقوم على طلب موجه من طرفي النزاع إلى طرف ثالث، أما في التحكيم، فيعهد الطرفان بمهمة تسوية النزاع إلى هيئة التحكيم التي تفرض قرارا ملزما على الطرفين، وهو يختلف عن التحكيم لأن الطرفين في عملية التوفيق يحتفظان بالتحكم التام في العملية ونتيجتها وهذه العملية الإجرائية تتم دون صدور حكم من محكمة. والموفق في عملية التوفيق، يساعد الطرفين على التفاوض على تسوية يقصد بها أن تفي باحتياجات ومصالح الطرفين المتنازعين ذلك أن عملية التوفيق هي عملية توافقية كليا، يحدد فيها طرفا النزاع كيف يجدر بهما تسوية النزاع، بمساعدة طرف ثالث محايد، وليس للطرف الثالث المحايد أي سلطة لفرض حل للنزاع على الطرفين".

كما أن الحل المقترح بواسطة الموفق لا يلزم الأطراف المعنية، فقد يوافقون عليه فيحل النزاع، وقد يعترضون عليه ويشرعون في البحث عن وسيلة أخرى لفرض النزاع، بينما الحكم

(1) قادري (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص232 ومخلوف (أحمد)، مرجع سابق، ص18.

(2) نصت المادة 1/17/ب من اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي على أنه: "تقتصر مهمة الموفق على التقريب بين وجهات النظر المختلفة وإبداء المقترحات الكفيلة بوضع حل ترتضيه الأطراف المعنية، وعلى الموفق أن يقدم خلال المدة المحددة لمهمته تقريرا عنها يبلغ للأطراف المعنية، ولا يكون لهذا التقرير أية حجية أمام القضاء لو عرض عليه النزاع".

الصادر من المحكم هو حكم ملزم للأطراف ويحوز قوة الشيء المقضي (1).

والمحكم يصدر حكما تراعى فيه مقتضيات العدالة، لذلك فقد يلي فيه كل طلبات أحد الأطراف، ويرفض طلبات الطرف الآخر، أما الموفق فيقوم بالبحث عن حل وسطي وتوفيق بين الطرفين (2).

وأخيرا فإن التحكيم يتم فيه الفصل في النزاع لصالح أحد الطرفين أما في التوفيق فيتم الفصل في النزاع في المنازعة عن طريق تخلي كل طرف عن جزء من مطالبه، أي عن طريق تنازلات متبادلة، فإذا أصر كل طرف على موقفه وتمسك بكل مطالبه دون تنازل فلن يكون هناك توفيق (3).

المبحث الثالث: تطور العلاقة بين العقود الادارية والتحكيم.

يعد التحكيم من العناصر الهامة في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر، والذي يدخل ضمن المناخ القانوني المحفز للاستثمارات، بل وقد أصبح التحكيم معيارا لقياس مدى جاذبية نظام قانوني لدولة معينة.

غير أن العقود الإدارية تتميز بخاصية فريدة تتمثل في وجود الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها، وما لذلك من تأثير على التوازن العقدي، والذي يبرره سعي الإدارة لتحقيق المصلحة العامة.

والسماح بالتحكيم في العقود الإدارية قد يضع الدولة أو أجهزتها في مساواة مع المتعاقد معها، ويضرب عرض الحائط المصلحة العامة، كما أنه يفرض نظر النزاع الناشئ عن هذه العقود لمحكمين أجنب لا يهمهم المصلحة العامة للدولة، ومن هنا نشأ نوع من التنافر بين

(1) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص 27.

(2) عرفة السيد (محمد)، مرجع سابق، ص 41.

(3) الحضير بن عبد الله (خالد)، مرجع سابق، ص 129.

التحكيم والعقود الإدارية بدا جليا في فرنسا، حيث كانت تمنع بتاتا التحكيم في العقود الإدارية، وكذا الأمر في مصر، إلا أن التطور الذي فرضته مقتضيات التجارة الدولية، حتم على هذه الدول السماح باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، غير أنها أحاطته بما استطاعت من ضمانات.

وعليه فقد ارتأينا تقسيم المبحث إلى مطلبين لدراسة تطور العلاقة بين العقود الإدارية والتحكيم في كل من فرنسا ومصر على اعتبارهما مهد القانون الإداري والعقود الإدارية.

المطلب الأول: تطور العلاقة بين العقود الادارية والتحكيم في فرنسا.

اتخذت فرنسا في البداية موقفا عدائيا ضد ادراج شرط التحكيم في المنازعات التعاقدية التي تكون في الدولة الفرنسية أو أحد أجهزتها طرفا فيها، هذا الموقف تجلى في التشريعات وأيدته الآراء الفقهية وكذا الأحكام القضائية، حتى تم تأسيس مبدأ عام يقضي بحظر لجوء الدولة ومؤسساتها للتحكيم :

(le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques)

غير أن حالات الضرورة في التطبيق العملي جعلها تخفف من شدة العدائية، فعندما أرادت فرنسا التعاقد مع الشركات الامريكية لإنشاء مدينة يورو ديزني في باريس أصر المستثمرون على إدراج شرط التحكيم في حين أصرت فرنسا على رفضه لمدة خمس سنوات إلى أن أذعنت وأقر البرلمان الفرنسي في عام 1992 إمكانية إدراجه.

وستناول في هذا المطلب تطور العلاقة بين العقود الإدارية والتحكيم في فرنسا حيث ترسخ في البداية مبدأ حظر لجوء الدولة أو أحد مؤسساتها للتحكيم ثم ومع التطبيق العملي وردت عليه عدة استثناءات، وذلك من خلال فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول : مبدأ حظر لجوء الدولة أو أحد مؤسساتها للتحكيم.

بعد قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 حدث تغير سياسي واجتماعي وقانوني لاسيما تجاه التحكيم في مجال القانون العام، فقد كان التحكيم قبل الثورة الوسيلة الأفضل لفض المنازعات، لعل ذلك يرجع إلى نظرة الشك والريبة وعدم الثقة في القضاء الذي كان يوسم بالفساد والتعسف والبطء في الفصل في القضايا، غير أن الوضع تغير بعد قيام الثورة، فلم تلقى فكرة التحكيم في منازعات القانون العام ترحيبا من قبل المشرع الفرنسي، فرجال الثورة قد فسروا مبدأ فصل السلطات على نحو مؤداه استقلال السلطة الإدارية عن السلطة القضائية وهذا يقتضي أن تستقل الإدارة بالفصل في قضاياها⁽¹⁾، ثم عهدوا إلى كبار رجال الإدارة بالفصل في قضايا الإدارة وهو ما عرف وقتها بنظام "الإدارة القاضية" "l'administration juge" ثم تطور الوضع فيما بعد إلى أن تم إنشاء مجلس الدولة بموجب المادة 52 من دستور السنة الثامنة⁽²⁾.

وقد كان اختصاص مجلس الدولة في بادئ الأمر وفقا لنص المادة 52 من دستور سنة 1799 محصورا في إعداد مشروعات القوانين واللوائح الإدارية واقتراح الحلول على الإدارة لحل المنازعات الإدارية، وهو ما أطلق عليه الفقهاء الفرنسيون إسم "القضاء المحجوز" "La Justice Retenue"، وفي عهد الجمهورية الثالثة صدر قانون 24 ماي 1872 أعطى لمجلس الدولة سلطة الفصل في المنازعات الإدارية لينتقل إلى مرحلة القضاء المفوض، غير أنه كان لا

(1) ترجمت هذه الفلسفة بحظر السلطة القضائية من التعرض للقضايا الإدارية عن طريق المادة 13 من القانون الفرنسي رقم

16-24 الصادر في أغسطس 1790 والتي جاء نصها كالتالي:

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

(2) الطماوي سليمان (علي)، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، 2013، ص266.

ينعقد الإختصاص لمجلس الدولة إلا بعد لجوء صاحب الشأن إلى الوزير المختص، وهو ما عرف بنظرية الوزير القاضي، وقد كان محظوراً على الوزير بوصفه قاضياً في نطاق المنازعات الإدارية، أن يفوض سلطاته القضائية إلى محكمين، مما يؤدي إلى زعزعة نظام التقاضي، غير أن مجلس الدولة قرر في حكمه بتاريخ 13 ديسمبر 1889 إمكانية رفع الدعاوى الإدارية مباشرة دون اشتراط إذن الوزير، وفي عام 1945 صدر مرسوم 31 جويلية وأسبغ على مجلس الدولة صفة القاضي العام في المنازعات الإدارية⁽¹⁾.

وعليه كان منطوقاً عند صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1806 أن ينص فيه على حظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص المعنوية العامة، حيث نصت المادة 1004 منه على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يجب إبلاغها للنيابة العامة⁽²⁾، ونصت المادة 83 على المنازعات الواجب إبلاغها للنيابة العامة وهي تلك المتعلقة بالنظام العام والدولة والدومين والبلديات والمؤسسات العامة⁽³⁾.

وقد لقي الأمر إجماعاً من المشرع والقضاء والفقهاء، حتى أن أحد الفقهاء (إدوارد لافيريير) تساءل مستنكراً: "كيف يمكن للدولة أن تسمح بقبول محكمين في دعاوى غير مسموح

(1) نصت المادة 32 من المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 31 جويلية 1945 على :

"Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative, il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ; il est juge d'appel des décisions rendues par les juridictions administratives de premier ressort ; il connaît des recours en cassation dirigés contre des décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort".

أنظر عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 124.

(2) نصت المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1806 على :

" On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public"

(3) نصت المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1806 على :

" celles qui concernent l'ordre public, l'état, le domaine, les communes, les établissements publics "

للقضاء المدني بالتصدي لها!"⁽¹⁾.

واعتبر غالبية الفقهاء الفرنسيين أن قواعد توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام، وهذه القواعد تعطي قيمة إجبارية لاختصاص القضاء الإداري، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، أضف إلى ذلك أن السماح بالتحكيم في العقود الإدارية يؤدي إلى ضعف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، لأن المحكم لا يستطيع ممارسة رقابة فعالة على أعمال الإدارة كتلك التي يمارسها القاضي الإداري⁽²⁾.

كما أن الروابط القانونية التي تكون الدولة وسائر أشخاصها العامة طرف فيها تتعلق بالنظام العام، حيث أن العقود الإدارية ترمي إلى تحقيق الصالح العام من خلال إشباع الحاجات العامة للمواطنين، وقاعدة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة من أساسيات النظام العام، وعليه فإن التحكيم غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام⁽³⁾.

أضف إلى ذلك اعتبار أن التحكيم يؤسس دائما على مبدأ حرية الإرادة، وإن كان هذا المبدأ يجد صداه في القانون الخاص، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية، فالتعبير عن الإرادة في هذه العقود له قواعد أخرى، حيث أن الموظف المختص لا يتصرف في مال مملوك له، ومن ثم فإن إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود

(1) "Comment admettre, en effet, que l'État puisse accepter des arbitres dans des affaires où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils? " Laferrière.(E), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^{em}édition, paris, berger-levrault, 1896, p152.

(2) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص127.

(3) وفي هذا الصدد يذكر الفقيه foussaed:

"Certes, et pour faire bref, on sent bien l'existence d'une réticence, dès lors que l'administration est en charge de l'intérêt général. Mais c'est un intérêt général atténué qui est en cause..."

Foussard.(D), L'arbitrage En Matière Administrative,(Histoire, Hasard, Préjugés, Raison), La Revue Des Juristes, Trimestre N°2, Avril 2010, p31.

يعتبر أمرا بالغ التعقيد⁽¹⁾.

ومن هنا تقرر مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية وبصدور حكم مجلس الدولة بتاريخ 13 ديسمبر 1957 في قضية الشركة الوطنية S.N.V.S ضد شركة TANGER⁽²⁾، تجلى بوضوح مدى تشدد مجلس الدولة في مسألة حظر التحكيم في العقود الإدارية⁽³⁾.

وعقب ذلك صدر القانون المدني الفرنسي الجديد عام 1972، حيث ألغيت المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية بموجب نص المادة 2060 مدني التي حلت محلها، ونصت على أنه : "لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، وفي مسائل الطلاق والانفصال الجسدي، وفي المنازعات المتعلقة بوحدات الإدارة العامة، أو

(1) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص200.

(2) تتلخص وقائع القضية في أن الشركة الوطنية S.N.V.S قد باعت في عام 1947 كمية من الأنابيب لشركة مقرها في TANGER في الولايات المتحدة الأمريكية، وطبقا لنص المادة العاشرة من المرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1946 فإنه يحق لرئيس مجلس إدارة شركة S.N.V.S عندما يتعاقد مع إحدى الشركات الخاصة أن يتفق معها على اللجوء إلى التحكيم، وبناء على ذلك أورد الطرفان شرط التحكيم في العقد المبرم بينهما، ولما ثار خلاف بين الطرفين تم اللجوء إلى قضاء التحكيم وصدر الحكم لصالح الشركة الأمريكية، طعن شركة S.N.V.S في هذا الحكم وتمسكت بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية وفقا لنص المواد 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية، وأخذ مجلس الدولة بهذا الرأي وأوضح أن أساس حظر التحكيم على أشخاص القانون العام لا يكمن في النصوص التشريعية في قانون الإجراءات المدنية فحسب بل إنه مبدأ قانوني وقضائي ثابت ومستقر في القانون العام الفرنسي، أنظر محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص215.

(3) جاء في نص حكم مجلس الدولة بتاريخ 13 ديسمبر 1957 في قضية الشركة الوطنية S.N.V.S:

".....Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 24 août 1946 portant création de la Société nationale de vente des surplus, ladite société est un établissement public ; qu'en vertu des dispositions combinées des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile et sauf lorsqu'une disposition législative les y autorise spécialement les établissements publics ne peuvent pas compromettre..."

Conseil d'Etat du 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, règlement n° 19.654.

بالمؤسسات العامة، وبوجه عام جميع الموضوعات التي تمس النظام العام⁽¹⁾.

وعلى غرار مجلس الدولة فإن القضاء العادي لم يتردد هو الآخر في تأييد مبدأ الحظر الذي فرضته النصوص القانونية، ويتضح ذلك من خلال عدة أحكام صدرت عنه، ومنها قضية "san carlo" حيث انتهت محكمة "aix-en-provence" إلى أن الحظر المفروض على الدولة والأشخاص القانونية العامة بعدم اللجوء إلى التحكيم يطبق بدون أي جدل أو نقاش، وهو الإتيان الذي أيده محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾.

وظل الأمر كذلك على ثبات مبدأ الحظر إلى أن تم إحياء النقاش الفقهي عقب صدور حكم مجلس الدولة في 06 مارس 1986 في مدى إمكانية إدراج شرط التحكيم في تعاقده الحكومة الفرنسية مع شركة ديزني لاند العالمية لإنشاء مدينة ملاهي أوروديزني بفرنسا⁽³⁾.

(1) نصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر بالقانون رقم 626-72 بتاريخ 5 جويلية 1972 على:

"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".

(2) تتلخص وقائع القضية أنه بتاريخ 20 أبريل 1952 أبرمت إحدى المؤسسات العامة الفرنسية O.N.I.C عقدا مع قبطان السفينة الإيطالية SAN CARLO وقد تضمن العقد نصا يقضي بأن تحال المنازعات الناشئة عنه إلا ثلاث محكمين، وبالمخالفة لأحكام العقد أقامت مؤسسة O.N.I.C دعوى أمام محكمة مرسيليا المدنية ابتغاء الحكم لها بالتعويضات اللازمة عن الأضرار التي لحقت ببضاعتها كان ينقلها قبطان السفينة من إثيوبيا إلى مرسيليا، وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة مرسيليا المدنية، دفع قبطان السفينة الإيطالية بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع لوجود شرط التحكيم في العقد، إلا أن محكمة مرسيليا رفضت الدفع وقضت باختصاصها بنظر المنازعة مستندة في ذلك إلى بطلان هذا الشرط لمخالفته أحكام قانون الإجراءات المدنية الذي يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، وقام القبطان بالاستئناف أمام محكمة aix-en-provence والتي قررت في حكمها بتاريخ 05 ماي 1959 بأن الحظر المفروض على الدولة وسائر أشخاصها العامة بعدم اللجوء إلى التحكيم ينطبق بدون أي جدل أو نقاش، أنظر عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص323.

(3) الطماوي سليمان (علي)، مرجع سابق، ص269.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الحظر.

بعد التطور الذي شهده مبدأ حظر لجوء الدولة للتحكيم، اتجه الموقف الفرنسي نحو التخفيف من حدة الحظر رويدا رويدا⁽¹⁾، وذلك عن طريق تقرير بعض الاستثناءات التشريعية والتي تهدف إلى تخفيف تكديس القضايا لدى القضاء الإداري، كما أن ضغط الاحتياجات العامة وحالات الضرورة في التطبيق العملي أجبرت المشرع الفرنسي - أكثر من مرة- على التدخل لتقرير اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية⁽²⁾.

ومن التشريعات التي أجازت استثناء لبعض الجهات الحكومية الفرنسية، فض منازعات عقودها الإدارية بطريق التحكيم، التشريعات التالية⁽³⁾:

• قانون 17 أبريل 1906 الذي رخص للدولة والمحافظات تصفية المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد بطريق التحكيم، حيث تقدم بتاريخ 23 مارس 1906 السيد Morlot عضو مجلس النواب بطلب تعديل في مشروع الميزانية طالباً فيه السماح للدولة والمقاطعات والبلديات باللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات مبرراً قوله بأن متوسط المدة التي يتم فيها الفصل في القضايا عن

(1) وقد وصف الاستاذ FOUSSARD مبدأ الحظر المفروض على التحكيم في العقود الإدارية بأنه ظاهرة بدأت تتآكل: "A l'origine absolu, le principe de la prohibition du recours à l'arbitrage a subi une sorte d'érosion"

وأن هذا المبدأ محكوم عليه بالاضمحلال:

"Il est interdit aux personnes morales de droit public – Etat, collectivités territoriales, établissements publics – de recourir à l'arbitrage. Tel est, gravé dans l'airain, et en l'état, le sens du droit positif. Qu'elles interviennent sous l'autorité du droit public ou qu'elles empruntent les procédés du droit privé, peu importe, la voie de l'arbitrage leur est fermée. Il est permis de penser que cette règle est l'effet d'une malchance, et que si elle a été érigée en un dogme, certes assorti de compromis, elle est devenue au fil du temps contestable et qu'elle est, par suite, vouée au dépérissement, et dès lors sans avenir".

FOUSSARD.(D), L'arbitrage En Matière Administrative, op cit, p29-p31.

(2) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص 226 .

(3) أنظر في عرض هذه التشريعات:

PATRIKIOS(A), L'arbitrage en matière administrative, Paris, L.G.D.A, 1997, p135

طريق التحكيم في المحاكم التجارية لا تتعدى 53 يوما، في حين أن القضايا التي رفعتها الدولة أمام القضاء الإداري استغرقت مدة الفصل فيها عشر سنوات ونصف، وتمت الموافقة على المقترح بعد إدراج عدة ضمانات حيث قيد نطاق أعمال هذا القانون بعدة شروط وهي :

- أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشاركة تحكيم، فلا يصح إدراج شرط تحكيم ابتداء من العقد.

- موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية والوزير المختص فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

- إذا تعلق الأمر بعقود المديرية، فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص.

- إذا تعلق الأمر بالبلديات، فإنه يجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 69 منه على جواز التحكيم وفقا لأحكام الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية (حاليا الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية رقم 975-2006)⁽²⁾.

• قانون 09 جويلية 1975 الذي نص على جواز اللجوء إلى التحكيم للهيئات ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري عن طريق مرسوم يرخص لها ذلك⁽³⁾.

(1) نصار جاد (حابر)، مرجع سابق، ص226.

(2) Article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906: " Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'État, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du code de procédure civile".

(3) L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, alinéa 2 de l'article 2060 du Code civil: « Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. »

- لقد وقف المشرع الفرنسي بهذا القانون إلى جانب أنصار المذهب العملي (pragmatisme) الذين رأوا أن الطابع العملي لهذه المؤسسات لا بد أن يسمح لها باللجوء للتحكيم للاستفادة من المزايا التي يقدمها هذا النظام، أنظر عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص159.

- قانون 15 يوليو سنة 1982 الذي أجاز التحكيم في المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ عقود البحث العلمي المبرمة بين الحكومة الفرنسية والهيئات الأجنبية⁽¹⁾.
- قانون 30 ديسمبر سنة 1982 الذي سمح لهيئة السكك الحديدية بالالتجاء للتحكيم⁽²⁾.
- قانون رقم 86/972 الصادر في 19 أغسطس 1986 الذي أجاز في مادته التاسعة⁽³⁾ إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة أو الأشخاص المحلية أو المؤسسات من ناحية والأشخاص الأجنبية من ناحية أخرى وذلك للنفع العام، وقد صدر هذا القانون الشهرير بمناسبة تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة ديزني لاند العالمية لإنشاء مدينة ملاهي أوروديزني بفرنسا على غرار مدينة والت ديزني في الولايات المتحدة الأمريكية، وأصرت الشركة على ضرورة تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين أطرافه، وعرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي الذي رفض إقرار شرط التحكيم وأفتى بعدم جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم إلا في ظل نص تشريعي يجيز ذلك، وأمام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم، لم يجد المشرع الفرنسي مناصاً من إصدار هذا القانون، واشترط لتطبيقه :

✓ أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية (عقد دولي)

✓ أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء للتحكيم.

✓ صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم⁽⁴⁾.

(1) وهو قانون خاص بحالته فقط، أنظر الطماوي سليمان (علي)، مرجع سابق، ص 278.

(2) أنشأت الشركة الوطنية للسكك الحديدية عام 1937 على شكل شركة تجاري لذا كان من الطبيعي ألا يسري عليها مبدأ الحظر، وفي عام 1982 تم تحويلها من شركة تجارية إلى مؤسسة عامة ذات طابع صناعي وتجاري بموجب القانون رقم 82-1153 والذي احتفظ لها بموجب المادة 25 بحق اللجوء للتحكيم، أنظر عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 161.

(3) Article 9 de la Loi n° 86-972 du 19 août 1986: "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 compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats."

(4) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص 228.

- قانون 2 يوليو 1990 الذي رخص هيئة البريد وفرنس تيليكوم والمؤسسات الصناعية والتجارية اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾.
- القانون الصادر في الأول من أغسطس سنة 2000 الذي رخص للمؤسسات العامة التعليمية والثقافية اللجوء إلى التحكيم بغرض تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة مع المنظمات الأجنبية في إطار المهام الخاصة بها⁽²⁾.
- المادة 10/523 من قانون أملاك الدولة التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في مجال التنقيب عن الآثار⁽³⁾.

و بموجب المرسوم رقم 599-2004 الصادر في 17 يونيو 2004 ظهر نوع جديد من العقود الإدارية في القانون الفرنسي وهو عقود الشراكة والتي حسب نص المادة 11 منه يجب أن تتضمن بالضرورة شرطا يتعلق بطرق تسوية المنازعات، وإذا اقتضت الضرورة يمكن اللجوء إلى التحكيم، مع تطبيق أحكام القانون الفرنسي⁽⁴⁾.

ويرى الفقهاء أن هذا الاستثناء من أهم وأوسع الإستثناءات التي قررها المشرع الفرنسي على مبدأ حظر التحكيم على أشخاص القانون العام، كما أنه يعتبر نقطة تحول من نظرة الشك

(1) Art. 28 de la Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications:

"La Poste et France Télécom disposent de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage"

(2) Art. 2 du Décret n°2000-764 du 1 août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage:

"Les établissements mentionnés à l'article 1er du présent décret sont autorisés à conclure des conventions d'arbitrage en vue du règlement de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers dans le cadre de leurs missions".

(3) Art.523-10 du Code Du Patrimoine :

"Lorsque aucun autre opérateur ne s'est porté candidat ou ne remplit les conditions pour réaliser les fouilles, l'établissement public mentionné à l'article L. 523-1 est tenu d'y procéder à la demande de la personne projetant d'exécuter les travaux. En cas de désaccord entre les parties sur les conditions de réalisation ou sur le financement des fouilles, le différend est réglé selon une procédure d'arbitrage organisée par décret en Conseil d'Etat.

(4) Art.11 de l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat :
Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française".

والريبة التي ينظرها القانون الإداري الفرنسي للتحكيم⁽¹⁾.

وبالنظر إلى كم الإستثناءات التي أدخلها المشرع الفرنسي على القاعدة التي أشاد بها منذ القرن التاسع عشر، يحظر التحكيم على الأشخاص القانونية العامة، يمكن استنتاج أن قاعدة حظر التحكيم في العقود الإدارية في سبيلها إلى الإختفاء.

المطلب الثاني: تطور العلاقة بين العقود الادارية والتحكيم في مصر.

عرف النظام القانوني المصري التحكيم منذ زمن بعيد، على أن أهمية التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات لم تجد مكانتها إلا أوائل الثمانينات، ولعل أبرز المشكلات التي واجهت التنظيم القانوني المصري كانت تلك المتصلة بالتحكيم في العقود الإدارية، وبغياب النص التشريعي الذي ينظم التحكيم في العقود الإدارية اختلف الفقه وتضاربت أحكام القضاء حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية.

وقد مرت مصر في تنظيمها للتحكيم في العقود الإدارية بعدة مراحل، تبدأ أولى هذه المراحل قبل صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 والتي تميزت بصمت المشرع عن تقرير جواز التحكيم من عدمه في منازعات العقود الإدارية، وتبدأ المرحلة الثانية بعد صدور القانون المذكور حيث اختلف الفقه والقضاء في تفسيره، إلى أن تدخل المشرع بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 ليحسم الخلاف وينتصر للإلتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية، وسنعرض في هذا المطلب لهذا التطور على النحو التالي:

(1) الطماوي سليمان (علي)، مرجع سابق، ص 281.

الفرع الأول : مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 27 لسنة 1994.

ساد في تلك المرحلة خلاف شديد بين القسم القضائي لمجلس الدولة وعلى رأسه المحكمة الإدارية العليا وبين القسم الاستشاري للفتوى والتشريع وعلى رأسه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وتباينت الأحكام والفتاوى بين الجواز والحظر للتحكيم في العقود الإدارية، وكذلك الأمر على المستوى الفقهي، حيث تشعبت الآراء وانقسمت إلى مؤيد ومعارض، بينما ذهب اتجاه ثالث إلى عدم جواز التحكيم الداخلي في العقود الإدارية وإجازة التحكيم الدولي.

جرى تنظيم موضوع التحكيم بصفة عامة في مصر في إطار قوانين المرافعات المتعاقبة، فمنذ صدور أول تقنين لقانون المرافعات المختلط سنة 1875 وقانون المرافعات الأهلية سنة 1883 كان المبدأ العام المقرر هو حظر التحكيم في قضايا الحكومة، واستمر الوضع كذلك لغاية صدور القانون رقم 25 لسنة 1912 والذي أجاز للحكومة ومصالحها، اللجوء إلى التحكيم في منازعات الأشغال العمومية والتوريدات والامتيازات على وجه العموم⁽¹⁾.

وعقب إنشاء مجلس الدولة المصري سنة 1946 صدر قانون المرافعات الموحد رقم 77 لسنة 1949 وجرى تنظيم التحكيم في 33 مادة غير أنها لم تفرد نصا يفيد إجازة أو حظر التحكيم في عقود الدولة⁽²⁾.

وبصدور قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 والذي نصت المادة 501 منه على أنه: "يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، فأجاز هذا النص الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، يستوي في ذلك أن

(1) نصت المادة 792 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1912 على: "...ومع ذلك يجوز للحكومة ومصالحها أن تشتترط التحكيم كما هو منصوص عليه في المواد الآتية من هذا الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود المختلطة بالأشغال العمومية والتوريدات والامتيازات التي تعطيها على وجه العموم"

(2) الطماوي سليمان (علي)، مرجع سابق، ص 297.

يكون عقدا مدنيا أو إداريا⁽¹⁾.

وقد استند بعض الفقهاء على نص المادة 172 من الدستور المصري لحظر التحكيم، والتي تقضي بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، يختص بالنظر في المنازعات الإدارية، وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى، غير أن هناك من يرى أن هذا لا يعني عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، بل يهدف النص إلى تقرير ضمان استقلال مجلس الدولة بنص دستوري يغل يد المشرع العادي عن النيل من هذا الإستقلال⁽²⁾.

كما أن القانون رقم 47 لسنة 1972 قد نص في مادته العاشرة على أن تختص محاكم مجلس الدولة "دون غيرها" بالفصل في المسائل الآتية:
"...."

(حادي عشر)... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد وبأي عقد إداري آخر".

وقد تمسك البعض بهاتين المادتين للدفاع عن عدم إمكانية قبول شرط التحكيم، لا من قبل الدولة ولا من قبل أجهزتها العامة، لأن الإختصاص المنعقد لمجلس الدولة يعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته لسلب الإختصاص منه ومنحه للتحكيم⁽³⁾.

حيث كان تفسير الفقه لعبارة "دون غيرها" هو أن يمتنع كل قضاء بخلاف القضاء الإداري عن نظر تلك العقود سواء كان القضاء العادي أو قضاء التحكيم، كما أنه لا يجوز

(1) وقد كان العمل يجري أن الإدارة تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد... وعند حدوث نزاع تلجأ للقضاء الإداري زاعمة أن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية، فيقضي باختصاصه بنظر النزاع، أنظر نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص233-234.

(2) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص238.

(3) الحداد السيد (حفيظة)، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص36. وهناك من يرى بأن التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لم يكن له صدى في وعي المشرع المصري حين إصدار قوانين مجلس الدولة، ومنها القرار بالقانون رقم 47 لسنة 1972، أنظر نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص239.

تعديل قواعد اختصاص مجلس الدولة إلا بأداة قانونية مساوية في القوة والمرتبة للأداة التي نظمت اختصاصه، وبالتالي لا تستطيع أي أداة قانونية أقل من ذلك كمرسوم مثلاً أو عقد من باب أولى أن يعدل هذا الإختصاص، وتطبيقاً لذلك فإن التحكيم يعتبر سلباً لاختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية والذي قرره الدستور ونص عليه مجلس الدولة⁽¹⁾.

وفي نفس الفترة صدر قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة رقم 43 لسنة 1974، حيث أجازت المادة الثامنة منه الإتفاق على أن تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام ذلك القانون بطريق التحكيم⁽²⁾.

وإزاء هذا التناقض القانوني وما لحقه من اختلافات فقهية وقضائية أصدر المشرع المصري بتاريخ 18 أبريل 1994 قانون رقم 27 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية في محاولة تشريعية لحسم الخلاف حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: صدور القانون رقم 27 لسنة 1994.

نصت المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 على : "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية

(1) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص212.

(2) هذا القانون استبدل حالياً بالقانون رقم 8 لسنة 1997 المتعلق بضمانات وحوافز الاستثمار والذي ينص في مادته السابعة على: "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ احكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر؛ كما يجوز الاتفاق بين الاطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في اطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في اطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الاخرى التي انضمت اليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 90 لسنة 1971- وذلك بالشروط والايضاح وفي الاحوال التي تسرى فيها تلك الاتفاقيات - أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي".

التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

إلا أن هذا النص قد جاء عاماً ، لذلك فإنه لم يحسم الخلاف بصفة قطعية، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخارقة للشريعة العامة وهي قواعد القانون الإداري ، ومن ثم يصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التي وردت في المادة الأولى من هذا القانون⁽¹⁾.

كما صدرت فتوى جديدة عكسية من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ 1996/12/18 تفيد عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية جاء في نصها ما يلي: "... وأن شمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية ابرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو ما لغيره، والأصل -عند عدم النص- عدم صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله وأنه إذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتماله وصيا ومحكمة فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية هنا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن بها في أية حالة مخصوصة، وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلقاً بالإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام".

وإزاء هذا الخلاف في الرأي فقد ارتأى المشرع المصري التدخل بتعديل تشريعي ينص

صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية، وصدر بتاريخ 13 ماي 1997 قانون رقم 9

(1) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص 243 .

يحتوي مادتين جاء نصه كالآتي⁽¹⁾:

"المادة الأولى: تضاف إلى المادة (1) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر

بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية نصها الآتي:

«وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص

أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك».

المادة الثانية: ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره

ييصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية في 6 المحرم سنة 1418هـ (الموافق 13 مايو سنة 1997م)."

وبهذا تم حسم الخلاف بنص فاصل لا تتوزع معه الآراء وتستقر عنده كل الاتجاهات.

(1) جاء على لسان السيد وزير العدل آنذاك بأن هذا النص هو نص تفسيري وليس تعديلا للقانون السابق، وأن الإضافة هي لتحديد الجهة المختصة بالموافقة على مشاركة التحكيم وهي الوزير المختص، والحقيقة أن واقع الأمر يدل على أن النص المذكور هو تعديل صريح للقانون وليس مجرد تفسير له، وهذا ما يتفق عليه معظم الفقه المصري، أنظر مخلوف (أحمد)، التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 373.

الفصل الثاني

التحكيم في منازعات

العقود الإدارية

الفصل الثاني التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

لقد تعاضم الاهتمام بالتحكيم في الآونة الأخيرة كأسلوب لحسم المنازعات الإدارية الدولية سواء على صعيد التشريعات الوطنية أو على صعيد الاتفاقيات الدولية؛ ويعزى ذلك إلى ما يعرفه عالمنا المعاصر من تحولات اجتماعية واقتصادية تدعو بشكل استعجالي إلى التفكير في مستقبل العدالة، وتوسيع المنظور إليها، لكي تأخذ بعدا جديدا يتجاوب مع التواتر في ارتفاع عدد القضايا وتحسين جودة الخدمات، والتفكير في إيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات، رغم ما يمنحه القضاء من سيادة القانون وإشاعة الثقة والأمن القانوني وتخفيز التنمية والاستثمار، وإذا كانت النظرية العامة للعقود الإدارية تعطي للإدارة عدة سلطات تمثل امتيازات لها في مواجهة المتعاقد معها، فإن الإشكال الرئيسي يطرح بخصوص جواز التحكيم في منازعات هذه العقود. ومن ثم ظهر تباين في الآراء الفقهية والقضائية ما بين معارض ومؤيد إلى أن تدخل المشرع في عدة دول وحسم الخلاف سواء بإجازة التحكيم في العقود الإدارية أو بعدم إجازته؛ وفي الدول التي أجازته، لم تستبعد تدخل قضاء الدولة بصفة نهائية بالأخص عند طلب تذييل حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية .

فإلى أي حد تباينت آراء الفقه والقضاء والتشريع في مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم؟ وكيف نظمت القوانين والاتفاقيات الدولية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية؟. ولمعالجة هذا الموضوع، سنتناول إن شاء الله في هذا الفصل الدراسة المعمقة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بحيث نوضح من خلال المبحث الأول المواقف المتباينة لكل من التشريعات والقضاء والفقه من إمكانية لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم. وفي المبحث الثاني نخصه للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية حيث ندرس التنظيم القانوني والتنظيم الدولي والتنظيم الإجرائي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

المبحث الأول: حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود

الإدارية.

تباينت آراء الفقه وأحكام القضاء وكذا النصوص التشريعية حول مسألة مدى إمكانية جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وفي إطار البحث عن حكم لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، ارتأينا تقسيم الدراسة على النحو التالي:

في المطلب الأول نبين موقف التشريع من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ونخصص في الفرع الأول التشريع الفرنسي وفي الثاني التشريع المصري ثم بعض التشريعات العربية اخترنا منها دول شمال افريقيا (تونس والجزائر والمغرب) كفرع ثالث، وفي المطلب الثاني ندرس موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، القضاء الفرنسي في الفرع الأول وفي الثاني القضاء المصري، أما المطلب الثالث فتم تخصيصه لموقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث نجد رأيين أولهما معارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية والثاني المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، بحيث خصصنا لكل رأي فرعا خاصا.

المطلب الأول: موقف التشريع من اللجوء إلى التحكيم في منازعات

العقود الإدارية.

اختلفت مواقف التشريعات والقوانين من السماح للدولة والأشخاص المعنوية العام باللجوء إلى التحكيم، فمنهم من اتخذ موقفا مساندا ومنهم من أبدى رفضه التام، ولعل ذلك يرجع إلى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها العقود الإدارية نظرا لارتباطها بسيادة الدولة بصورة مباشرة أو بتعلقها بالثروات الطبيعية للدولة، ولأنها يمكن أن تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي ونظر

المنازعة من طرف محكمين أجاناب، ولهذا الأسباب اختلفت مواقف التشريعات حول مدى اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بين مؤيد ومعارض.

وقد ارتأينا اختيار التشريع الفرنسي على اعتباره مهد تطوير القانون الإداري الحديث، وكذا التشريع المصري باعتباره قطع شوطا كبيرا في هذا المجال ثم تشريعات بعض الدول العربية (تونس-الجزائر-المغرب).

الفرع الأول : التشريع الفرنسي.

تبين لنا فيما سبق أن القانون الفرنسي تبني في بداية الأمر موقفا عدائيا بصدد إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، فالمبدأ العام كان حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات الدولة والأشخاص القانونية العامة، ويستند مبدأ الحظر هذا على أساس تشريعي يتمثل في المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر عام 1806م، حيث أن المادة 1004 تحظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي يجب إبلاغها إلى النيابة العامة، أما المادة 83 فقد أدخلت ضمن المنازعات التي يجب إبلاغها للنيابة العامة تلك التي تتعلق بالنظام العام، أو بالدولة، أو بوحدات الإدارة المحلية، أو بالمؤسسات العامة⁽¹⁾.

وجاءت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 5 جويلية 1972 لتنص صراحة على أنه: " يحضر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات العامة"، ومن بين أسباب هذا المنع أن المحاكم الإدارية قد أنيطت بصلاحيات حصرية للنظر في نزاعات الدولة والمقاطعات والبلديات⁽²⁾.

(1) العصار محمد (يسري)، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، 2010، ص84.
(2) « À la lecture de l'article 2060 du code civil, on en déduit que les conventions d'arbitrage, de droit interne, auxquelles serait partie une personne publique, sont par principe prohibées. La disposition serait justifiée par la crainte que les intérêts des personnes publiques soient moins bien protégés par des arbitres que par des juridictions étatiques »
JESTIN.(K), Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal, Analyse comparée France-États-Unis, paris, Rev.Jurisdiction, n° 2, 2009, P82.

وقد شمل هذا الحظر كل المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة التي تختص بها المحاكم المدنية أو التجارية، واعتبر هذا الحظر متعلقا بالنظام العام لا يجوز مخالفته⁽¹⁾.

ولكن مبدأ حظر التحكيم في المجال الإداري دخل عليه بعض الاستثناءات تهدف إلى تخفيف تكس القضايا لدى القضاء الإداري، كما أن حالات الضرورة في التطبيق العملي أجبرت المشرع الفرنسي على التدخل للسماح باللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية⁽²⁾.

ولقد صادقت فرنسا على معاهدة جنيف المبرمة في 21 أبريل 1961 والمتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث أقرت في مادتها الثانية بجواز أن يكون أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا في التحكيم، كما صادقت بتاريخ 22 ديسمبر 1965 على اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول المبرمة في 18 مارس 1965 والتي تنظم التحكيم في منازعات الاستثمار عن طريق مركز ICSID⁽³⁾ والتي

(1) وهو نفس الموقف الذي تبنته الحكومة الليبية فقد حضرت في التشريع الصادر عام 1970 اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة حيث نصت المادة الأولى على بطلان كل شرط يرد في عقود الوزارات أو المصالح الحكومية أو المؤسسات العامة إذا كان هذا الشرط يقضي بتسوية المنازعات المتعلقة بها عن طريق اللجوء إلى التحكيم أو أية سلطة قضائية أخرى ما عدا السلطة القضائية الليبية، غير أنه وبمرور فترة زمنية قصيرة بدأت الآثار السلبية لهذا التشريع تظهر على الاقتصاد الليبي، حيث رفضت الكثير من المشروعات الأجنبية التعاقد مع ليبيا بدون وجود شرط التحكيم، وهو ما أدى إلى إرتفاع ثمن المنتجات والخدمات التي تعاقدت عليها هذه الدولة مع قليل من المشروعات التي قبلت الاستغناء عن هذا الشرط، وهو ما دفع بليبيا إلى التدخل من أجل تعديل التشريع السابق بإضافة فقرة إلى المادة الأولى يسمح بإلغاء الحظر في حالة موافقة مجلس الوزراء على ذلك بعد اقتراح من الوزير المختص، غير أن هذا التعديل لم يجد نفعاً نظراً لطول فترة الحصول على طلب الإعفاء، فإزداد الأمر سوءاً، وهو ما دفع بليبيا لإلغاء التشريع برمته في 15/10/1972، أنظر نعيمة (فوزي)، التحكيم التجاري الدولي ودوره في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 12، أكتوبر 2011، مرجع سابق، ص202.

(2) نصار حاد (جابر) ، مرجع سابق، ص226.

(3) The International Centre for Settlement of Investment Disputes : أنشئ مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي بموجب اتفاقية واشنطن عام 1965 في وقت كانت فيه قضية التنمية للعالم الثالث في حاجة ماسة إلى الاستثمارات الأجنبية، وقد وقع عليها 154 دولة أودعت 140 منها وثائق تصديقها حتى نهاية نوفمبر 2003، أنظر موقع مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي : <https://icsid.worldbank.org>

أجازت ذات ما أجازته معاهدة جنيف⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن فرنسا تشهد منذ سنة 2006 حراكا كبيرا في مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة، ففي 7 أبريل 2006 طلب وزير العدل الفرنسي من نائب رئيس مجلس الدولة تشكيل مجموعة عمل لتقديم مشروع قانون بشأن التحكيم في المنازعات الإدارية، وبتاريخ 13 مارس 2007 قدمت مجموعة العمل تقريرها وأررفت به مشروع قانون يتضمن أربعة عشر مادة⁽²⁾، حيث أجازت المادة الأولى من هذا المشروع لجوء كافة أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعاتها العقدية باستثناء عقود إيجار الخدمات⁽³⁾.

غير أن هذا المشروع لم يصدر به قانون حتى كتابة هذه الرسالة، ولكن في حال صدوره، سيصبح هذا القانون ثورة حقيقة في مجال التحكيم في العقود الإدارية، ويصبح المبدأ العام قابلية التحكيم للأشخاص المعنوية العامة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : التشريع المصري.

كما أشرنا سابقا فقد أجاز نص المادة 501 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، وظاهر نص المادة يجيز التحكيم في جميع العقود، غير أن المادة 172 من الدستور المصري تقضي بأن مجلس الدولة يختص وحده بالنظر في المنازعات الإدارية.

(1) اسماعيل عبد الحميد (محمد)، مرجع سابق، ص 391-392.

(2) تم إدراجه كملحق لهذه الرسالة أنظر الصفحة 213.

(3) Le recours à l'arbitrage est rendu possible pour tous leurs litiges contractuels, à l'exception de ceux nés de contrats de louage de services. (Groupe de travail sur l'arbitrage).

(4) الطماوي سليمان (علي)، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، 2013، ص 472.

أضف إلى ذلك أن نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 والذي يؤكد أن محاكم مجلس الدولة تختص "دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد وبأي عقد إداري آخر، وكذا نص المادة الثامنة من قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة رقم 43 لسنة 1974، التي أجازت الإتفاق على أن تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام ذلك القانون بطريق التحكيم.

وإزاء ذلك التناقض القانوني والذي أفضى إلى خلافات فقهية وقضائية، أصدر المشرع المصري بتاريخ 18 أبريل 1994 قانون رقم 27 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي أجازت مادته الأولى اللجوء إلى التحكيم أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية⁽¹⁾.

وقد كان يرجى من هذا القانون أن يحسم قضية التحكيم في العقود الإدارية، غير أن عموم نص المادة الأولى من هذا القانون أثار الكثير من الجدل الفقهي والقضائي، حيث صدرت فتوى من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في 18/12/1996 ذهبت إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية⁽²⁾، وبعد ذلك صدر حكم محكمة استئناف القاهرة يميز التحكيم في منازعات العقود الإدارية⁽³⁾.

وإزاء هذا الخلاف فقد ارتأى المشرع المصري التدخل بتعديل تشريعي ينص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية، وصدر بتاريخ 13 ماي 1997 قانون رقم 9 يحوي مادتين، نصت المادة الأولى على: "تضاف إلى المادة (1) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية

(1) نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 على ما يلي: "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

(2) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، القضية رقم 339/1/54 بتاريخ 18/12/1996 بين المجلس الأعلى المصري للأثار وشركة جلتسير سلفرنايت.

(3) حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 63 تجاري، جلسة 19/03/1998.

الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية نصها الآتي: "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"، و المادة الثانية: " ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره".

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون في تبرير هذا التدخل التشريعي: "...وعندما صدر قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 نص في مادته الأولى على... وكان المأمول من هذه العبارة أن تشكل سندا لا يختلف عليه حول سريان أحكام هذا القانون على منازعات العقود الإدارية، بحيث يكون جائزا قانونا الاتفاق على حسم هذه المنازعات بطريق التحكيم، خاصة وأن الأعمال التحضيرية لذلك القانون تكشف عن هذا المعنى وتشهد عليه، ورغبة في حسم هذا الخلاف بنص فاصل لا تتوزع الآراء معه، وتلتقي عنده وتستقر كل الاتجاهات..."

ويلاحظ أن النطاق الموضوعي لهذا القانون قد اتسع ليشمل كافة منازعات العقود الإدارية سواء كانت في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من آثار، كما يشمل كافة أنواع العقود الإدارية سواء الوطنية أو ذات الطابع الدولي⁽¹⁾.

ويرى أستاذنا الدكتور جابر جاد نصار أن ما ذهب إليه المشرع المصري في هذا القانون من جواز التحكيم في العقود الإدارية دون أن يستتبع ذلك إلى تحديد نطاق موضوعي لتطبيقه أمر قد يؤدي إلى إهدار مصالح عليا للدولة، فالتحكيم مهما قيل عن مميزاته فإنه في نطاق العقود الإدارية الدولية يضع المنازعات في جل الحالات - إن لم نقل كلها- بين يدي محكمين أجنبى يطبقون قانونا أجنبيا، وهو يصبح أكثر خطرا عندما يتعلق الأمر بعقود تتصل باستغلال الثروات الطبيعية أو عقود الامتياز التي تتعلق بها والتي تمتد سنين وتنصرف آثارها لأجيال مقبلة، أو عقود تمس الأمن القومي مثل عقود التنمية ونقل التكنولوجيا، ففي كل هذه الحالات يعتبر اللجوء إلى

(1) الطماوي سليمان (علي)، مرجع سابق، ص398.

التحكيم خطرا لا يتناسب مع الفائدة التي يمكن أن ترحى منه، ذلك أنه إذا كان التحكيم يستهدف تشجيع الاستثمار فلا يمكن أن يكون ذلك على حساب المصالح العليا للدولة⁽¹⁾.
ويتبين أن المشرع المصري في هذا القانون قد أكد على جواز التحكيم في العقود الإدارية لأول مرة بنص صريح، وأضاف ضابطين شكليين يتمثل الأول في تحديد السلطة المختصة بالموافقة على إبرام اتفاق التحكيم والثاني يتمثل في حظر التفويض⁽²⁾.
أضف إلى ذلك أن مصر وقعت عدة اتفاقيات في مجال التحكيم لعل أهمها اتفاقية نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958، واتفاقية واشنطن بتاريخ 11 نوفمبر 1971.

الفرع الثالث : بعض التشريعات العربية.

لقد استوحت غالبية الدول العربية قوانين تحكيمها من القانون النموذجي لليونيسترال، غير أنه من المتعارف عليه أن قوانين دول شمال إفريقيا قد استوحت ولا تزال، تشريعاتها من القانون الفرنسي، وقد صدرت قوانينها المتعلقة بالتحكيم متأثرة بصورة كبيرة بقانون التحكيم الفرنسي الذي وضع قاعدة عامة تتلخص في عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم لفض منازعاتهم فيما يخص العقود الإدارية التي يبرموها، وهو ما انتهجته تشريعات كل من تونس والجزائر والمغرب مع بعض الاختلافات التي فرضها الواقع الاقتصادي لهاته الدول، وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى : التشريع التونسي.

لقد حجر المشرع التونسي في ظل مجلة المرافعات المدنية⁽³⁾ على الدولة والمؤسسات العمومية الإلتجاء إلى التحكيم بصفة مطلقة ضمن الفصل (260 خامسا) منها وهي حالات

(1) نصار حاد (حابر)، مرجع سابق، ص247.

(2) أنظر في تفصيل هاذين الضابطين، الطماوي سليمان (علي)، مرجع سابق، ص418.

(3) تم بمقتضى القانون رقم 42/1993 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 إعادة تنظيم التحكيم في إطار مجلة مستقلة منشورة في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1993، ص580.

عدم جواز التحكيم أو المحظورات في التحكيم، وقد نص الفصل المذكور على أنه "لا يجوز التحكيم في النزاعات الواجب عرضها على النيابة العمومية" والتي من بينها طبقا لمقتضيات الفصل 251 من ذات المجلة، النزاعات التي تهم الدولة أو الهيئات العمومية.

كما أن الفصل 7 من مجلة التحكيم نص على أنه لا يجوز التحكيم:

"(.....)"

خامسا: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة.

وبالتالي فإن التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها لا يجوز إلا ما كان منه تحكيما دوليا، ولا يجوز استعمال التحكيم الداخلي من طرف الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

الفقرة الثانية: التشريع الجزائري.

لقد مر القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم بعدة مراحل :

• صدر الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 جوان سنة 1966

تضمن قانون الإجراءات المدنية جاء في نص المادة (442):

- يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.
- ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.
- ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم.

هذا القانون حضر على الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾.

• وفي سنة 1993 صدر المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413

الموافق لـ 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 جاء فيه مايلي :

"المادة الأولى : تلغى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وتستبدل بالأحكام التالية:

- يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.
- ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.
- ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

هذا القانون قد أدخل الجزائر ميدان التحكيم التجاري الدولي من بابه الواسع⁽²⁾.

• في سنة 2008 صدر قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25

فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس، حيث جاء في نص المادة 1006 :

- يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.
- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

(1) كان قانون التحكيم الجزائري لسنة 1966 متأثرا بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي لم يكن على وفاق مع التحكيم، وكان يحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم ولكنه لم يبين قاعدة حظر التحكيم في الحقل التجاري كما قضى القانون الفرنسي بذلك بل أحازه في الحقل المدني أيضا (المادة 442) أنظر الأحذب (عبد الحميد)، موسوعة التحكيم-التحكيم في البلدان العربية، ط 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ملحق الكتاب الأول، 2009، ص7.

(2) أنظر :

- عليوش قربوع (كمال)، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط3، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص25.

- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم-التحكيم الدولي، ط3، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الكتاب الثاني، 2008، ص133.

- ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية⁽¹⁾.

بهذا القانون أضاف المشرع الجزائري مجالا آخر للدولة والأشخاص العامة أن تطلب فيه التحكيم وهو مجال الصفقات العمومية، فأصبحت هناك إمكانية التحكيم الدولي والداخلي، غير أنه يؤخذ على التشريع الجزائري عدم إيراد نص قانوني يبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية.

ونص القسم الأول من الفصل الثاني والمتعلق بالإجراءات في المادتين 975 و976 على

مايلي :

المادة 975 : " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه⁽²⁾ أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

المادة 976 : "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

- عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

- عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

(1) صدر هذا القانون متأثرا بقانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981 وهو الاتجاه الذي سلكه المغرب وتونس ولبنان بينما سلكت باقي الدول العربية اتجاه قانون الأونيسترال النموذجي، أنظر الأحمد (عبد الحميد)، موسوعة التحكيم-التحكيم في البلدان العربية، مرجع سابق، ص8.

(2) نصت المادة 800 على: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

- عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

فقيدها المشروع الجزائري بهذه المادة الأخيرة الحرية التي كانت ممنوحة للدولة والأشخاص العامة في ممارسة التحكيم، فإذا كان التحكيم متعلقاً بالدولة فلا يكون إلا بمبادرة من الوزير المعني، وهي الطريقة التي اتبعتها أغلب التشريعات، هدفاً منه لكبح جماح المحكم الأجنبي وتقليل المخاطر التي قد يسببها التحكيم الإداري بالأخص إذا كان دولياً.

وعلى الرغم مما يظهر من تشدد المشروع الجزائري في التحكيم المتعلق بالدولة من حيث اشتراط مبادرة الوزير المعني إلا أننا نرى أن القانون الجزائري أكثر مرونة من غيره من القوانين ولاسيما القانون الفرنسي الذي اشترط بموجب القانون الصادر في 19/08/1986 ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسي موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: التشريع المغربي.

• صدر بتاريخ 28 أيلول 1974 قانون المسطرة (الإجراءات) المدنية⁽²⁾، والذي نص في الباب الثامن منه على التحكيم، غير أن هذا القانون لم ينص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بل نص صراحة في الفصل رقم 306 على عدم إمكانية الإتفاق على التحكيم في "النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه

(1) وهو ما اشترطه قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني المعدل بالقانون رقم 440 بتاريخ 29/07/2002 في المادة 762 منه: "يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه.

- يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم، اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي.

- لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام".

(2) صدر قانون المسطرة المدنية المغربي رقم 1.74.447 بموجب الظهير الشريف بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق لـ 28 سبتمبر 1974 ونشر في الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 الموافق لـ 30 سبتمبر 1974.

القانون العام" حيث ورد النص كما يلي:
"يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون
التصرف فيها.

غير أنه لا يمكن الإتفاق عليه :

- (...)

- في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة.

✓ النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام.

✓ (...).

• وفي سنة 2005 صدر القانون رقم 05/08 تحت عنوان "التحكيم والوساطة الإتفاقية" نص
الفصل رقم 308 على ما يلي: "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة، سواء
أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم...."

ونص صراحة في الفقرة الثالثة من الفصل 310 على إمكانية التحكيم الإداري بنصه:
"...يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل
اتفاق تحكيم.."

وفي الفقرة الثانية من الفصل 311 أجاز المشرع المغربي للمؤسسات العامة التحكيم
الإداري بنصه: "...يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط
المحددة من لدن مجالس إدارتها، وتكون الإتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة
خاصة يجريها مجلس الإدارة".

وبالتالي فإن المشرع المغربي بهذا القانون يكون قد فتح الباب على مصراعيه للتحكيم الإداري
الداخلي والدولي دون وضع شروط أو قيود كالتّي وضعها القانون الجزائري أو التونسي عن
طريق تحجيم نطاق المادة غير التحكيمية وتقليص عدد المواد غير القابلة للتحكيم (1).

(1) مصباحي (عبد الرحمان)، تعليق على قانون التحكيم المغربي الجديد رقم 05-08، بحث منشور في مجلة التحكيم،
لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد 03، تموز (يوليو) 2009، ص112.

المطلب الثاني: موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات

العقود الإدارية.

تبعاً لاختلاف مواقف التشريعات والقوانين من السماح للدولة والأشخاص المعنوية العام باللجوء إلى التحكيم، ونظراً لغموض بعض النصوص أو صمت المشرع أحياناً عن النص، فقد اختلفت وتباينت مواقف القضاء بين مؤيد ومعارض، فلم يجرؤ مجلس الدولة الفرنسي على السماح للدولة باللجوء للتحكيم إلا إذا صدر نص قانوني يجيز ذلك، رغم أن القاعدة العامة تنص على أن الأصل في الأمور الإجازة إلا ما حرم بنص، فإذا كان هناك نص آذن بالتحكيم في العقد الإداري فإن للجهة الإدارية والمتعاقد معها الخيار بين الالتجاء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع أمام التحكيم ويكون الالتجاء إلى أحد الطرفين مستقطاً للآخر⁽¹⁾.

غير أن الترابط الوثيق بين القانون الإداري والقضاء الإداري نتيجة النشأة القضائية للقانون الإداري أدت إلى بزوغ قاعدة عامة تقضي بأن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل للبت في المنازعات الإدارية، وعليه فإن الاتفاق على حسم هذه المنازعات بالتحكيم من شأنه أن يمثل اعتداء جسيماً على اختصاص القضاء الإداري وعلى مبدأ الفصل بين السلطات القضائية، أما القضاء المصري فقد تذبذب بين أحكام أيدت التحكيم الإداري وأخرى عارضته، نظراً لغموض النص القانوني المحدد لهذه الأحكام، وقد ارتأينا اختيار القضاء الفرنسي والمصري للأسباب السالفة الذكر، وذلك لدراسة تطبيق هذه التشريعات عملياً في قضايا واقعية على النحو التالي:

(1) مرغني علي (شمس)، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، القاهرة، كلية الحقوق لجامعة عين شمس، 1973م، ص9.

الفرع الأول: القضاء الفرنسي.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ بداية القرن العشرين على فكرة عدم جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية حيث لا يجوز سلب اختصاص القضاء الإداري في شأن تلك المنازعات استناداً إلى مبررات النظام العام من ناحية ومن ناحية أخرى طبقاً لنص

المادتين **83 و1004** من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾.

بل اتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفاً أكثر تشدداً عندما ذهب إلى أن حضر التحكيم على أشخاص القانون العام يعتبر مبدأ قانونياً وقضائياً مستقراً، ومن المبادئ القانونية التي أقرها قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال التحكيم الإداري هو مبدأ عدم جواز التحكيم إلا بنص تشريعي وتشدد في تطبيق هذا المبدأ حيث نص على: "إن قانون 17 أبريل 1906 لم يرخص باللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد إلا بالنسبة للدولة والمحافظات، ومن ثم فإنه لا يجوز للهيئات العامة أن تحل منازعاتها المنصبة على تحديد قيمة المبلغ المالي الواجب الأداء لعدم شمولها بالنص التشريعي الذي يجيز ذلك"⁽²⁾.

ونص مبدأ آخر على أن "إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويعد هذا البطلان من النظام العام فيجوز لأي من أطراف الدعوى التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما أن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه" (حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1959/07/08)، هذا البطلان لا يقف عند حد بطلان الشرط فحسب، وإنما

(1) أنظر:

- محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 215.

- FOUSSARD (D), L'arbitrage en droit administrative, Rev arb, 1990, p8.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1950/12/26 في قضية Hospices de marseille، أنظر في عرضه عكاشة ياسين (حمدي)، العقود الإدارية في التطبيق العملي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص 131.

ينصرف كذلك إلى مشاركة التحكيم (حكم مجلس الدولة في 1957/12/31)، كما أن إدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية لا يشكل عائقاً أمام إتجاه الأطراف إلى القضاء الإداري مباشرة (حكم مجلس الدولة في 1961/07/13)، وامتناع المحكوم عليه في التحكيم عن تنفيذ حكم المحكمين المبني على شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم في عقد إداري هو امتناع مشروع ولا يمكن اعتباره مخطئاً (حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1966/05/20)⁽¹⁾.

وفي القضية الشهيرة Euro Disneyland، انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وأردف رأيه هذا بعدة مبادئ وهي:

- أن الاتفاق على التحكيم في علاقات النظام القانوني الوطني يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام ما لم تكن ثمة نصوص تشريعية صريحة أو اتفاقات دولية اندرجت تحت مظلة القانون الداخلي تسمح بمثل هذا التحكيم.

- أن اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي تتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لا تمنح أشخاص القانون العام في فرنسا حق اللجوء إلى التحكيم، استناداً إلى أن هذه الاتفاقية معنية ببيان وسائل تسوية المنازعات التي يقرر الأطراف إخضاعها للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وقد جاء في الفتوى أنه إذا كانت هناك ضرورة تختمها المصلحة الوطنية لهذا الشرط، فيجب أن يصدر به ترخيص خاص من المشرع، وهذا ما حدث بالفعل، إذ أصدر البرلمان الفرنسي القانون رقم 86/972 في 19 أوت 1986 رخص فيه للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة بشرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لتنفيذ عملياتهم

(1) عكاشة ياسين (حمدي)، مرجع سابق، ص 132-133

المصلحة الوطنية وذلك استثناء من حكم المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي (1).

وقد تعرضت هذه الفتوى لانتقادات فقهية حادة من بينها :

- أن مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب إلى تكييف هذا العقد على أنه من العقود الإدارية الداخلية على الرغم من وجود عنصر أجنبي فيه وهو الشركة الأمريكية وقد كان من الواجب على المحكمة في هذه الحالة أن تطبق أيا من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي أو اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار وكلتا الاتفاقيتين تنص صراحة على صحة اتفاق تحكيم الأشخاص المعنوية العامة ولهما مرتبة أسمى من مرتبة التشريع الداخلي وفقا لنص المادة 55 من الدستور الفرنسي (2).

- لقد كان أمام مجلس الدولة تطبيق قانون المرافعات الفرنسي الذي يتضمن بابا خاصا عن التحكيم الدولي، وباستقراء نصوص مواد هذا القانون (1492-1507) لا يوجد أي نص يمنع الأشخاص العامة من الإتفاق على التحكيم، لذلك فقد كان غريبا أن يستند مجلس الدولة إلى نص وارد في القانون المدني (2060) لمنع التحكيم الدولي في العقود الإدارية.

والخلاصة أن مجلس الدولة الفرنسي حريص على عدم سلب اختصاصاته بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بل إنه يسعى دائما لإبطال شرط التحكيم فيها إذا لم يكن له سند تشريعي (3).

(1) مخلوف (أحمد)، مرجع سابق، ص352.

(2) Art. 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 :

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.»

(3) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص217.

الفرع الثاني: القضاء المصري.

اختلف موقف القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم 9 لسنة 1997 بين الإجازة والرفض، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الشهير في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي في الدعوى رقم 5429 لسنة 43 ق، جلسة 1991/01/20 إلى أن شرط التحكيم في منازعات العقد الإداري لا يقوى على سلب مجلس الدولة اختصاصه بنظر تلك المنازعات التي حددها قانون مجلس الدولة ويتعين الالتفات عنه، وجاء في نص الحكم أن "محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهذا الإختصاص يكون واردا- كقاعدة عامة- في قانون موضوعي، وعلى ذلك، فلا يجوز أن يخالف العمل الإداري أحكام القانون الوضعي المصري"⁽¹⁾.

فيما ذهبت في حكم آخر في الدعوى رقم 476 لسنة 39 ق، جلسة 1976/05/18 إلى إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية بإقرارها طلب الشركة على تطبيق البند الخامس من

(1) تلخص وقائع القضية فيما يلي:

بتاريخ 1975/10/08 تم توقيع العقد بين كل من شركة المقاولون العرب وسير ويليان هالكور وشركاؤه للقيام بأعمال التصميم والإنشاء، وبتاريخ 1976/03/11 تم توقيع العقد بين وزارة الإسكان والتعمير بصفتها المالك ورب العمل وبين الإتحاد المكون من كل من شركة المقاولون العرب وشركة تارماك الإنجليزية عبر البحار المحدودة وذلك بقصد القيام بعمل محدد وهو إجراء أعمال أبحاث التربة اللازمة والتصميم والتنفيذ والصيانة لنفق الشهيد أحمد حمدي، تم التسليم الابتدائي للنفق في 1982/03/31 والنهائي بعد إنتهاء فترة الصيانة في 1983/06/30 وتم نقل تبعية النفق بمشتملاته من وزارة التعمير إلى هيئة قناة السويس التي تبين لها اكتشاف عيوب في جسم النفق تهدد سلامته وعمره نتيجة تأثير الأملاح المحيطة بالنفق والمتسربة بداخله، وأن مسؤولية ضمان الأعمال تقع على عاتق المدعى عليهم شركة المقاولون العرب والاتحاد المكون منها وشركة تارماك الإنجليزية، وكذا الممثل القانوني للشركات المصممة والمشرفة على التنفيذ باعتبارهم قاموا بأعمال المهندس والمقاول، فأقامت ضدّهم دعوى، إلا أن المدعين دفعوا بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم في المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد، كما دفعوا بعدم اختصاص القضاء الإداري بنظر الدعوى، فتصدت محكمة القضاء الإداري للدفع بعدم الاختصاص الولائي وبعدم القبول لوجود شرط التحكيم فرفضته في حكمها الصادر بجلاسة 1991/01/20 وأكدت بطلان هذا الشرط ووجوب الإلتفات عنه لعدم جوازه في ظل وجود نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، أنظر في تفصيل وقائع القضية عكاشة ياسين (حمدي)، مرجع سابق، ص 143.

الإتفاق المبرم بينها وبين وزارة الإسكان المصرية والذي يحوي شرط تحكيم⁽¹⁾.

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد ذهبت في حكم هام لها بتاريخ 20 فيفري 1990 إلى عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث ارتأت أن تفسير شرط التحكيم في عقد الإلتزام لا يجب أن يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة، وجاء منطوق الحكم كالآتي:

"يتعين تفسير شرط التحكيم في عقد الإلتزام بما لا يتعارض مع إختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن - أساس ذلك - أن إختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي بينما منح إلتزام 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 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 و إن 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"⁽²⁾.

(1) تخلص وقائع القضية فيما يلي:

ابرم بتاريخ 14/04/1955 اتفاق بين وزارة الإسكان والشركة المصرية المساهمة للتعمر والإنشاءات ونص البند الخامس من هذا الإتفاق على أن " كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الأحكام التي تضمنها الإتفاق...يفصل فيه ثلاثة أعضاء يختار كل من الطرفين عضوا عنهم ويتولى هذان العضوان اختيار العضو الثالث وتكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون"، وقد ثار نزاع بشأن عقد الإمتياز الخاص باستصلاح وتعمر منطقة جبل المقطم بين الشركة ووزارة الإسكان حول طلب الشركة مد مدة الإمتياز لمدد توقف فيها عمل الشركة لظروف غير متوقعة إلا أن الوزارة رفضت الإستجابة لذلك وطلبت الشركة من الوزارة إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم وفق البند الخامس من الإتفاق، وقامت الشركة بتعيين المحكم الخاص بها إلا أن الوزارة امتنعت عن تعيين محكمها ورفضت مد مدة الإمتياز فأقامت الشركة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري وطلبت فيها إلزام وزير الإسكان بتعيين محكم وفي 18/05/1976 حكمت المحكمة بإحابة الشركة إلى طلبها وإلزام المدعى عليه بتعيين محكم عنه إعمالا لما ارتضاه الطرفان في البند الخامس من الإتفاق.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 3049 لسنة 32 ق، جلسة 1990/2/20.

وفي حكم آخر لا يقل أهمية عن الحكم الأول أرست المحكمة الإدارية العليا مبدأ هاماً أجازت من خلاله الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأكدت في هذا الحكم رقم 886 لسنة 30 قضائية الصادر في جلسة 1994/01/18 على أن التحكيم لا يترع الإختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً، وجاء في الحكم أن: "الاتفاق على التحكيم ليس معناه التزول عن حق الإلتجاء إلى القضاء، أساس ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام، فالإتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحتكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع..." (1).

وقد سبق للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أن أفتت في العديد من المرات بجواز التحكيم في العقود الإدارية مستندة إلى عدة أسباب، فقد جاء في الفتوى رقم 661 جلسة 1989/05/17: "حيث أحيل موضوع عقد أبرم بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية وبين مجموعة العمارة والخطيط ورد شرط التحكيم في المادة العاشرة منه، إلى الجمعية العمومية التي فصلت في القضية بإجازة التحكيم في هذا العقد الإداري.

وجاءت فتوى أخرى تحت رقم 307/1/54 جلسة 1993/02/07 بمناسبة طلب رأي الجمعية العمومية في مدى جواز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصدد عقد أبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم يحوي شرط تحكيم وانتهت الجمعية العمومية في هذه الفتوى إلى أن صحيح الرأي وصائب الإفتاء بجواز الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

واستندت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في الفتاوى المجيزة للتحكيم بالأسانيد التالية:

- نصوص المواد 167-172 من دستور جمهورية مصر والتي تحدد الهيئات القضائية

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 886 لسنة 30 جلسة 1994/01/18.

واختصاصها وتنظيم طريقة تشكيلها وشروط واجراءات تعيين أعضائها، فقد نصت المادة 172 من الدستور على أن: "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

- المواد 501-502-506-507 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 والخاصة بالاتفاق على التحكيم بصفة عامة وإجراءاته وشروطه العامة.

- المادة 58 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 التي أجازت إلتجاء جهة الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية فنصت الفقرة الثالثة منها على "...ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى الخاصة"، فلو كان التحكيم أمراً محظوراً على جهة الإدارة ما كان المشرع ألزمها بعرضه على مجلس الدولة للمراجعة.

- عدم وجود نص تشريعي خاص بتنظيم التحكيم في منازعات العقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها سواء المدنية أو الإدارية.

وعليه يتعين الرجوع إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة في قانون المرافعات.

غير أنها عادت وأفتت في حكم شهير في 18/12/1996 بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية مستندة إلى عدة حجج (1) لعل أهمها أن المادة الأولى (2) من القانون رقم 27 لسنة 1994 لم

(1) أنظر في تفصيل الحجج التي استندت إليها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في حكمها الصادر بتاريخ 18/12/1996: اسماعيل عبد المجيد (محمد)، مرجع سابق، ص406 وعكاشة ياسين (حمدي)، مرجع سابق، ص150.

(2) تنص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري الصادر في 18 أبريل 1994: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون."

تكن قطعية الدلالة على شمولها للعقود الإدارية، وهو ما حدى بالمشرع المصري إلى التصدي لمسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية لحسم الجدل بإدراج نص صريح في قانون رقم 9 لسنة 1997 في المادة الأولى حيث نص على: "تضاف إلى المادة (1) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية نصها الآتي: وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

المطلب الثالث: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات

العقود الإدارية.

إن عدم النص الصريح في القوانين والتشريعات بخصوص إمكانية لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم فتح المجال واسعا أمام التأويلات الفقهية حيث تكون فريقين أحدهم مؤيد والآخر معارض ولكل أسانيده وحججه، فالإتجاه المؤيد ركز على إيجابيات التحكيم ومزاياه والإتجاه المعارض عدد عيوب التحكيم وتأثيره السلبي على العقود التي تبرمها بالخصوص الدول النامية، وسنقوم في دراسة هذا المطلب بإبراز مختلف الأسانيد الفقهية التي قال بها أنصار كلتا الإتجاهين بخصوص إمكانية اللجوء للتحكيم كطريق بديل لفض منازعات العقود الإدارية، على النحو التالي:

الفرع الأول : الرأي المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

يتجه الفقه الفرنسي بإجماع غالب إلى أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم إلا إذا أجاز ذلك نص تشريعي صريح، حيث أنه من المسلم به حسب الفقيه (LAFRIERER) أن الدولة لا تخضع قضاياها لمحكمين، سواء بسبب النتائج المشكوك فيها للتحكيم، أو بسبب اعتبارات النظام العام، التي تقضي بأن الدولة لا يمكن أن تكون موضوعا

للقضاء إلا بواسطة جهات القضاء المنشأة بالقانون" (1).

ويرى الفقيه (DE LAUBADERE) أنه لا يجوز للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم لحسم أية منازعة من المنازعات الإدارية دون وجود تشريع يحول لها الحق بنص صريح (2).

بل واستقر الفقه في فرنسا على اعتبار شرط التحكيم في العقود الإدارية الداخلية باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام (3).

أما في مصر فقد انقسم الفقه قبل صدور القانون رقم 9 لسنة 1997 إلى اتجاهين، ذهب أولهما إلى عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا إذا وجد نص صريح يسمح للجهات الإدارية بالإتفاق على شرط التحكيم في عقودها، حيث اعتبروا أن لفظ العقود الإدارية لم يرد صراحة في المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 كما أن عنوان القانون ذاته يخص المواد المدنية والتجارية فحسب (4)، فيما ذهب الاتجاه الآخر إلى أنه طالما لم يتضمن القانون نصا صريحا مانعا من الإلتجاء إلى التحكيم في تلك المنازعات فإن للإدارة الحق في تضمين عقودها شرط الإلتجاء إلى التحكيم دون أن ينطوي ذلك على مخالفة (5).

الفقرة الأولى : الأسانيد الفقهية للرأي المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

استند الفقه المعارض للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلى العديد من الحجج نلخص أهمها فيما يلي:

(1) LAFERRIERER.(E), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, LTE éd, Tome2, 1888, P145.

(2) DE LAUBADERE.(A) & MODERNE.(F) & DELVOLVE.(P), Traité des contrats administrative, Paris, LGDJ, 1984. 2éd Tome 2, P955

(3) Yves Guyon, op.cit. P18 .

(4) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 211.

(5) عكاشة ياسين (حمدي)، مرجع سابق، 138.

1. مساس التحكيم بسيادة الدولة:

تنهض هذه الحجة على أساسين، أولهما أن التحكيم يعتبر في حقيقته سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي يعتبر مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، أما الثاني فيتمثل في أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطني ويؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁾.

2. اصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية:

من المستقر في القانون الدولي أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، يقوم هذا المبدأ تأسيسا على فكرة السيادة والإستقلال والمساواة بين الدول، وقضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد بمثابة منظمة أجنبية، فهو يجري خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية⁽²⁾.

والواقع أن الدولة قد استطاعت في قضايا عديدة أن تثير الدفع بحصانتها القضائية أمام قضاء التحكيم، على غرار قضاء الدولة الأجنبية، وكان سندها في ذلك أن قضاء التحكيم يعد بمثابة منظمة أجنبية، فهو يجري خارج إقليمها، ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، كما أن المحكمين المنوط بهم سلطة الفصل في النزاع هم أشخاص من جنسيات مختلفة⁽³⁾.

(1) نصار جاد (حابر)، مرجع سابق، ص235.

(2) يعني مبدأ الدفع بالحصانة القضائية أنه لا يجوز لدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني، لأن ذلك يمس سيادة الدولة الأخيرة، فكل دولة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى تحرص على ألا تخضع لغير سلطان القضاء فيها، وإلا كان معنى إجازة خضوعها للقضاء الأجنبي أن تلتزم بتنفيذ الحكم الصادر ضدها، وأن تجبر على تنفيذه إذا رفضته، وهو ما يتنافى تماما مع استقلالها ومساواتها بالدول الأخرى، ولذلك يتعين على قضاء كل دولة إذا حدث وقام الأفراد بمقاضاة الدولة الأجنبية أمامه، أن يقضي بانتفاء الولاية عنه بنظر الدعوى، وإلا كان من حق الدولة الأجنبية أن تدفع بحصانتها القضائية للإفلات من الخضوع لهذا القضاء، أنظر محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص214

(3) مخلوف (أحمد)، مرجع سابق، ص306.

3. التحكيم ينطوي على سلب للاختصاص القضائي:

من المسلم به أن وجود شرط تحكيم عام في عقد من العقود يتضمن تنازل أطراف العقد عن الإلتجاء إلى القضاء في المنازعات المتعلقة بذلك العقد ومن ثم فهو ينشئ دفعا بعدم إختصاص المحكمة يجوز إبدائه ممن رفعت عليه الدعوى أمام القضاء، وهذا ما يعد مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الإختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية والذي يهدف لمنع القضاء العادي من نظر المنازعات الإدارية أو التدخل فيها، فكيف يتصور أن الدولة ترفض منح القضاء العادي سلطة النظر في المنازعات الإدارية وتمنح ذلك للمحكمن⁽¹⁾.

4. التحكيم في العقود الإدارية مخالف للنظام العام:

لما كان من المسلم به أن العقود الإدارية في حد ذاتها تتصل اتصالا وثيقا بفكرة النظام العام، وإيضاح ذلك أنه من المقرر أن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، والعقود الإدارية تختلف بطبيعتها عن العقود المدنية بهيمنة فكرة الصالح العام عليها، كما أن الإلتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية يعني بدهاة الإلتفاق على تعديل قواعد الإختصاص القضائي والتي تعد من النظام العام⁽²⁾.
فالقواعد المنظمة للاختصاص القضائي قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا تملك الإدارة بقراراتها الإدارية أو باتفاقها مع الأفراد المتعاقدين معها على تعديلها، لأن ذلك القرار أو الاتفاق إنما هو تعديل لقواعد الاختصاص الآمرة بأداة لا تساوي الأداة القانونية التي قررت تلك القواعد، ومن المبادئ القانونية المؤكدة لحقيقة عدم جواز تعديل قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية ومن باب أولى عن طريق الإلتفاق⁽³⁾.

(1) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص213.

(2) مطاوع حسان حافظ (أحمد)، مرجع سابق، ص283.

(3) وهو المبدأ الذي أقره قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ 1949/07/30 حيث نص على: "إن الإدارة لا تستطيع تعديل قواعد الإختصاص القضائي عن طريق القرارات الإدارية، وإنما يتعين أن يتم ذلك بقانون، وكل تعديل للاختصاص بأداة أقل منه يصبح غير مشروع"، أنظر عكاشة ياسين (حمدي)، مرجع سابق، ص139.

الفقرة الثانية : تقييم الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

- أما الحجة الأولى والمتعلقة بمساس التحكيم بسيادة الدولة، فإن جانبا من الفقه يرد على هذه الحجة ويرى أن فكرة سيادة الدولة لا تثور هنا لأن فكرة السيادة تتمتع بها الدولة في مواجهة قضاء دولة أخرى تتساوى معها في السيادة وبالنظر إلى التحكيم فإنه لا يعد قضاء خاضعا لسيادة أي دولة من الدول بل هو قضاء خاص، وعليه فمسألة سيادة الدولة لا محل لإعمالها أمام التحكيم⁽¹⁾، وقد أيد ذلك قضاء التحكيم في أكثر من قضية، ففي قضية الشركات الفرنسية (Framatae) ضد إيران حين قامت المنظمة الإيرانية للطاقة النووية بتاريخ 1977/09/27 بإبرام عقد مع ثلاث شركات فرنسية بغرض إنشاء مفاعل ذري مركزي حيث دفع الطرف الإيراني بعدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع المعروف عليها نظرا لأن الفصل في هذا النزاع سوف يؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية لدولة إيران، غير أن محكمة التحكيم فرقت بين كل ما يتعلق بوجود السياسة في حد ذاتها والتي لا تخضع للتحكيم وبين كل ما يتعلق بممارسة السيادة والتي تشمل التعهدات التي قامت بها الدولة وهذا يكون خاضعا للتحكيم⁽²⁾.

كذلك في قضية شركة (Liamco) ضد الحكومة الليبية التي رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم بحجة أن التحكيم يتعارض مع سيادتها، إلا أن محكمة التحكيم رفضت هذه الحجة وأكدت على الحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية، إلا أن هذا الحق يمارس في حدود احترام الإتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض، وأيضا في المنازعة القائمة بين الحكومة الليبية وبين (B.P) انتهى المحكم إلى أن اجراءات التأميم التي قامت الحكومة الليبية باتخاذها تشكل إساءة في استعمال سلطة السيادة التي تتمتع بها الدولة⁽³⁾.

(1) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص225.

(2) الحداد السيد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص89.

(3) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص226.

فاستخدام مبدأ السيادة في هذا النطاق أمر في غير محله وإن كان مرده خشية الدول النامية ومخاوفها من نظام التحكيم، والتي مدارها الاختلال الواضح وعدم التوازن البين الذي يميز علاقات هذه الدول بالدول الكبرى والشركات الكبرى فيها والتي تحرص على تضمين العقود التي تبرمها مع الدول النامية شرط التحكيم، وذلك لكي تستبعد من خلاله المثل أمام القضاء الوطني والقانون المعمول به في هذه الدول، والدول النامية لا تقدر عن رفض التحكيم جملة وذلك لأنه أصبح مطلباً أساسياً للشركات الأجنبية عند إبرامها للعقود الدولية مع هذه الدول⁽¹⁾.

- وأما عن اصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية فإن هناك إجماعاً بين جمهور فقهاء القانون على أن الدولة التي وافقت على إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بينها وبين طرف خاص يشكل دلالة ملموسة على تنازلها عن الحصانة القضائية، حيث يرى الدكتور أحمد مخلوف أن "هناك سبباً أكثر عمقاً يفسر لماذا تستبعد الحصانة القضائية للدولة من مجال التحكيم، وهو أن المحكم المنوط به سلطة الفصل في النزاع لا يستمد هذه السلطة إلا من خلال اتفاق الأطراف"⁽²⁾، فيما ترى الدكتورة حفيظة الحداد أن "الدولة التي وافقت على إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بينها وبين طرف خاص لا يمكنها الاستفادة من الحصانة القضائية أمام محكمة التحكيم إما لأنها ليس لها الحق أصلاً وهو ما نعتقد فيه وإما لأنها كما يقول جانب آخر من الفقه قد تنازلت ضمناً بقبولها لشرط التحكيم عن التمسك بحصانتها"⁽³⁾، ويرى الدكتور خالد هشام أن "موافقة الدولة على شرط التحكيم إنما يفيد تنازلها ضمناً عن حصانتها القضائية، حيث لا يجوز لها أن تتمسك بها مرة أخرى أمام المحكم

(1) نصار حاد (جابر)، مرجع سابق، ص236.

(2) مخلوف (أحمد)، مرجع سابق، ص306-307.

(3) الحداد السيد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول الأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص278.

المعني، بعد أن تنازلت عنها ضمناً وذلك بموافقتها الخضوع للتحكيم"⁽¹⁾، ويرى الدكتور علاء محي الدين أن "الدولة التي تقبل بمحض إرادتها أن تكون طرفاً في التحكيم لا يمكنها أن تختمى خلف حصانتها للمنازعة في اختصاص محكمة التحكيم"⁽²⁾. وقد جرت هيئات التحكيم الدولية على رفض الدفع بالحصانة في عدة قضايا: ففي إحدى المنازعات التي تم حلها بالتحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية، تمسكت إحدى الدول الإفريقية المتعاقدة مع شركة فرنسية بأنها كدولة تتمتع بالحصانة فلا تخضع لقضاء أجنبي، إلا أن المحكم رفض هذا الدفع نظراً لأن حكومة الدولة قد وقعت اتفاق التحكيم بإرادتها وهذا لا يتعارض مع سيادتها ولا مع الحصانة المقررة لها، فالدولة تملك من البداية أن تمتنع عن ولوج طريق التحكيم وأن تتمسك بسيادتها وبحصانتها فلا يمكن في هذه الحالة إجبارها على المثول أمام هيئة التحكيم، أما تمسكها بالحصانة القضائية بعد قبولها شرط التحكيم فإن ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات الدولية.

وفي قضية هضبة الهرم الشهيرة ضد مصر أكد المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الإستثمار في الحكم الصادر في **1992/05/20** أن تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام المركز بعد قبول شرط التحكيم لا قيمة له لأن قبول هذا الشرط يعني التنازل عن الحصانة القضائية.

وفي نزاع متعلق بأحد عقود إمتياز استغلال حقول البترول بالجمهورية الليبية، قضت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعوى رقم **8035** لسنة **1995** أن الدفع بالحصانة القضائية لا يتفق مع نظام التحكيم الذي يقوم أساساً على تسوية النزاع بشكل رضائي من خلال اتفاق مسبق بين الأطراف بالخضوع إليه⁽³⁾.

(1) هشام (خالد)، مرجع سابق، ص 261.

(2) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 222.

(3) أنظر في تفصيل هذه القضايا : عز الدين يوسف (وائل)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، ص 104.

- كما أن التحكيم لا ينطوي على سلب للاختصاص القضائي فالتحكيم لا يختلف عن القضاء الإداري إلا بأن الأطراف يلجؤون إليه باختيارهم، والتحكيم في العقود الإدارية ليس منبت الصلة عن القضاء الإداري، لكون الأخير له سلطة الإشراف عليه وتنفيذ أحكامه، فضلاً عن ذلك فإن هذه الحجة لازمة أن تمنع كافة أنواع التحكيم الأخرى كالتحكيم التجاري والتحكيم العمالي وغيرها؛ لأن من مقتضى هذه الحجة أن اللجوء إلى التحكيم التجاري سلب لولاية القضاء التجاري والقضاء العمالي (1).

- أما الحجة الأخيرة والتي مقتضاها أن التحكيم في العقود الإدارية مخالف للنظام العام، والمتعارف عليه أن النظام العام هو كل ما يكفل إقامة النظام في المجتمع بشكل يضمن استقامة هذا المجتمع واستدامة حالة السلم والأمن والاستقرار فيه اجتماعياً واقتصادياً وسياسياً، والتحكيم لا يسعى إلا لفض نزاع نشأ عن عقد، فهو لا يمس بالنظام العام لا من قريب ولا من بعيد.

الفرع الثاني : الرأي المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

على نقيض الإتجاه السابق فقد ذهب اتجاه آخر إلى إمكانية لجوء أشخاص القانون العام إلى الإتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية التي يبرمونها، واستندوا الجملة من الأسانيد لتبرير موقفهم، لاسيما اعتبار التحكيم وسيلة فعالة لتشجيع الاستثمار ولجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتهيئة المناخ الاقتصادي من أجل إنجاز مشروعات البنية التحتية، ونقل التكنولوجيا، والذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال قبول شرط التحكيم فيما قد ينشأ من منازعات في هذه الأخيرة، بالإضافة إلى المميزات التي يتحلى بها نظام التحكيم، ومن جملة هذه الأسانيد ما يلي:

(1) أنظر الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص 211.

الفقرة الأولى : الأسانيد الفقهية للرأي المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وفي تبريرهم لإمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، استند ذات الإتجاه الفقهي إلى عدة حجج لعل من أهمها:

1. عدم وجود نص يمنع من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية:

ليس هناك أي نص يمنع من لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم لفض منازعاتها المتعلقة في العقود الإدارية، فلا يوجد هناك أي قاعدة أو نص قانوني صريح يمنع من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فالمبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما منع بنص⁽¹⁾.

ويستند الفقهاء المصريون على هذه الحجة في تأييدهم للتحكيم فيرى هؤلاء أن :

- المادة 501 من قانون المرافعات تنص على أنه يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين، فهذا النص وإن لم يواجه أساساً مشكلة التحكيم في العقود الإدارية إلا أنه أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين⁽²⁾.
فكلمة "عقد معين" جاءت عامة غير محددة ما إذا كان يسري على العقود الإدارية أو المدينة، وأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يخصص، الأمر الذي يتعين معه إقرار التحكيم في العقود الإدارية⁽³⁾.

- المادة 58 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 قد نصت بما يقطع صراحة بجواز إتجاء الإدارة للتحكيم في منازعاتها العقدية مدنية كانت أو إدارية، حيث ألزمت الفقرة الثالثة من هذه المادة الوزارات والهيئات العامة ومصالح الدولة باستفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس

(1) الحضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص200.

(2) نصار حاد (جابر)، مرجع سابق، ص239

(3) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص77.

الدولة قبل إبرام أو قبول أو إجازة أي عقد تحكيم أو صلح أو قرار محكمين وذلك في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه⁽¹⁾.

- المادة 10 من قانون مجلس الدولة نصت على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية لا يعني استبعاد إمكانية اللجوء إلى التحكيم، وإنما القصد منها هو التأكيد على استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي في مجال توزيع الاختصاص بين كل من القضاء العادي والقضاء الإداري، فالمشرع أراد أن يقطع الصلة بين القضاء العادي وهذه المنازعات نهائياً، إلا أنه لم ينكر حق الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء في إنهاء منازعاتهم بأي أسلوب يرتضونه، سواء أكان الصلح أو التسوية الودية في ضوء الضوابط التي تراعي حماية ورعاية المال العام، أو بأسلوب التحكيم محلياً كان أم دولياً⁽²⁾.

2. وجود مقتضيات ضرورية للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية:

إن الاعتراف بمشروعية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية يعتبر من مقتضيات الضرورة للأفراد والإدارة في آن واحد، فقصر مدة إنهاء النزاع في العملية التحكيمية بالمقارنة بالمدد الطويلة التي يستغرقها القضاء بسبب تكدس القضايا، وطول مدة التقاضي لدى القضاء، ربما يؤثر بحسن سير المرافق العامة باطراد وانتظام⁽³⁾، كما أن الدولة تقبل على التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع وجذب الاستثمار إلى إقليمها، وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى أن تضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصاً صريحة تفيد قبول التحكيم، واستهداء بسياسة تشجيع الاستثمار فإن المشرع المصري قد نص في تشريعات الاستثمار المصرية المتعاقبة على ضمانات التحكيم وذلك ابتداء من القرار بقانون رقم 65 لسنة 1971، ومروراً بالقانون رقم 43 لسنة 1974 والمعروف بقانون استثمار المال العربي والأجنبي

(1) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 184.

(2) عكاشة ياسين (حمدي)، مرجع سابق، ص 179.

(3) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص 200.

والمناطق الحرة والمعدل بالقانون رقم 32 لسنة 1977، وقانون الاستثمار رقم 230 لسنة 1989، وانتهاء بقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1991⁽¹⁾.

3. المزايا العديدة للتحكيم في العقود الإدارية:

حيث يتم اللجوء للتحكيم نظرا لمزاياه المتعددة ومنها:

- تزايد العلاقات التعاقدية التي فيها طرف أجنبي في ظل فلسفة العولمة، وعدم تفضيل كل طرف فيها الخضوع لقضاء الطرف الآخر.
- رغبة المتعاقدين في استمرار التعامل بينهم بطريقة ودية رغم وجود المنازعات المراد الفصل فيها بعيد عن جفوة الخصومات القضائية.
- تعقد موضوعات المنازعات الحديثة وما تثيره من مسائل علمية وتقنية دقيقة، وإمكان اختيار المحكمين من بين ذوي المكانة العلمية والخبرة التقنية المتصلة بموضوع النزاع بدلا من استشارة القاضي لأهل الخبرة وضياع الوقت والجهد.
- سرعة الفصل في النزاع خلال المدة التي يحددها أطراف التحكيم، وتوفير الوقت الطويل الذي يستغرقه القضاء للفصل في المنازعات بأحكام نهائية.

ويؤكد الواقع العملي أن الفصل في المنازعات الإدارية بصفة عامة وفي منازعات العقود الإدارية بصفة خاصة يستغرق سنوات طويلة قد تتجاوز العشر، وبسبب هذا البطء الشديد في إنزال حكم العدالة وإحقاق الحق بين المتنازعين يقع ظلم شديد على أصحاب الحقوق، وكثيرا ما صدرت الأحكام بعد أن تغيرت الظروف وزالت مصالح المدعين التي ترفعوا إلى القضاء من أجلها، وبعضهم ترك دعواه يأسا فلم يتم الفصل فيها، بل وبعضهم وافته المنية كمدا قبل أن يسمع كلمة القضاء في مظلمته، وصدق الحكم العدل حين يقول في الآية 17 من سورة غافر: "الْيَوْمَ تُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ لَا ظُلْمَ الْيَوْمَ إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ" وهذا يعني أن بطء

(1) الحداد السيد (حفيظة)، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص10.

الحساب أو القضاء ظلم لا شك فيه⁽¹⁾.

الفقرة الثانية : تقييم الإتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وفي نقد للإتجاه المؤيد يرى جانب من الفقه أن عدم وجود نص يمنع من التحكيم حجة ضعيفة لإجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فهذه الأخيرة بما لها من خصوصية ناجمة عن وجود الأشخاص المعنوية العامة كطرف فيها وارتباطها بالمرافق العامة تستدعي تصريحاً خاصاً من المشرع للسماح بإدراج شرط التحكيم فيها، ويستند الفقه المصري في هذا الرأي إلى المبدأ القانوني الذي أقرته الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في جلستها المنعقدة في 1970/01/07 والتي نصت على : "إن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها بكافية لخلقه"⁽²⁾.

كما أن القول بأن التحكيم ضماناً إجرائية لتشجيع الاستثمار أمر فيه نظر، فعلى الرغم من قبول الدولة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، إلا أن معاملتها لشرط التحكيم الذي قبلته ينبىء عن أن قبولها لهذا الشرط قد تم على مضض

(1) تم جمع عشرين قضية بطريقة عشوائية من قضايا القضاء الإداري في مجال منازعات العقود الإدارية، نصفها صدرت فيها أحكام فصلت في الموضوع والنصف الآخر صدرت فيها أحكام لم تفصل في الموضوع كالإحالة إلى خبير، أو الإحالة إلى محكمة أخرى لعدم الاختصاص، أو انقطاع سير الخصومة لوفاة المدعي، أو إثبات ترك الخصومة، وقمنا بدراستها ويمكن إيجاز النتائج فيما يلي :

الأحكام التي فصلت في الموضوع		
متوسط مدة صدور الحكم	9 سنوات	8 سنوات
أقصر مدة لصدور الحكم	6 سنوات	سنتان
أطول مدة لصدور الحكم	14 سنة	11 سنة
متوسط مدة الفوضين	5 سنوات	5 سنوات

أنظر في عرض هذا البحث: الحلو راغب (ماجد)، مرجع سابق، ص 264.

(2) عكاشة ياسين (حمدي)، مرجع سابق، ص 138

نظرا لما يعنيه من حكم ضمني بعدم حياد قضائها من ناحية وعدم استقلاليته وأيضا عدم اختصاصه وهو ما يعني الإنتقاص من القضاء الوطني رمز السيادة الوطنية للدولة، ولذلك فإن الدولة تحاول أن تضع العراقيل أمام شرط التحكيم الذي ارتضته وتحول دون وضعه موضع التنفيذ طمعا منها في إعادة هيبته التي أدى قبولها شرط التحكيم إلى المساس بها (1).

كما أن شرط التحكيم قد قدم للمستثمر الأجنبي الأداة التي يستند إليها في منازعاته مع الدول المضيفة مستفيدا من ساحة مركز تسوية منازعات الاستثمار حيث يورد الدكتور عبد الله الأشعل في هذا الصدد "لقد مثلت مصر أمام محاكم إكسيد ICSID أربع مرات، والواقع أن هذه القضايا كلفت مصر مائتا وأدبيا، حيث دفعت مصر حوالي (54) مليون دولار بخلاف مصاريف الدعاوى، وقد كشفت هذه القضايا أن المستثمر الأجنبي أصبح يتعاقد وعينه على إكسيد أي أنه يراهن على نشأة النزاع وربحية التحكيم أكثر من تركيزه على المساهمة في خطة التنمية (2)".

أما الحجة الأخيرة والتي تقضي باللجوء إلى التحكيم نسبة لمزاياه العديدة فيرى جانب من الفقه أنه يجب أن لا نجوز أو نسمح بأمر ما بناء على أن الإيجابيات الموجودة فيه فقط بل يجب أن يكون هناك توازن بين الإيجابيات والسلبيات وعند تغليب أحد الجانبين على الآخر يصدر الحكم أو الرأي (3).

(1) أنظر في تفصيل العراقيل التي تضعها الدولة أمام أعمال شرط التحكيم، الحداد السيد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص 275.

(2) الأشعل (عبد الله)، مصر ومنازعات التحكيم التجاري الدولي ط 1، القاهرة، مؤسسة الطونجي، 2004-2005، ص 115.

(3) الخضير بن عبد الله (خالد)، مرجع سابق، ص 207.

المبحث الثاني : التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات

الطبيعة الدولية.

بالرغم من الاعتراضات الشديدة التي واجهت فكرة التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن التغيرات والتطورات الاقتصادية الحالية جعلت من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية حتمية لفض المنازعة الناشئة عنها، نظرا لارتباط شرط التحكيم بالعقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية والتي تكون الدولة أحد أطرافها والطرف الثاني شخص أجنبي، هذه العقود تساهم بشكل مباشر في خطط التنمية واحتواؤها على شرط التحكيم عامل تحفيز للاستثمارات الأجنبية وعامل تهيئة للمناخ الاقتصادي الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية والقانونية، حيث يعتبر شرط التحكيم الذي يرمي إلى تسوية المنازعات التي تنور بمناسبة تنفيذ أو تفسير هذه العقود من أهم الضمانات للمستثمر الأجنبي الذي يسعى للاستثمار بمبالغ ضخمة.

إن دراسة التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة الدولية تختم علينا النظر في مختلف مواقف القوانين العربية والدولية وكذا الاتفاقيات الإقليمية والدولية التي نظمت هذا المجال وعليه قسمنا الدراسة إلى ثلاث مطالب، ندرس في المطلب الأول التنظيم القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية حيث نتناول القانون الفرنسي والمصري في الفرع الأول والقانون الجزائري والسوري في الفرع الثاني وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي في الفرع الثالث، وفي المطلب الثاني ندرس التنظيم الدولي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية في الاتفاقيات الإقليمية كفرع أول وفي الإتفاقيات الدولية كفرع ثان، وفي المطلب الثالث نتناول التنظيم الإجرائي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية بحيث ندرس في الفرع الأول إجراءات التحكيم في العقود الإدارية الدولية وفي الفرع الثاني الحكم التحكيمي في العقود الإدارية الدولية.

المطلب الأول: التنظيم القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لقد فرض الواقع العملي في العديد من المرات حتمية السماح بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية الدولية، ولطالما رفضت التشريعات والقوانين ذلك، غير أن تمسك الغالبية العظمى من المستثمرين الأجانب بالتحكيم كضمانة مهمة مع علاقتهم بالدولة صاحبة السيادة مما يعيد بعض التوازن للعقد، اضطرت غالبية التشريعات للسماح بشرط التحكيم في هذه العقود، بل أصبحت بعض الدول تتباهى بنظامها القانوني الذي يعطي العديد من الضمانات للمستثمر، مما يوفر أحسن مناخ اقتصادي وقانوني للاستثمار، وفيما يلي سنقوم في هذا المطلب بدراسة التنظيم القانوني للتحكيم في العقود الإدارية، وقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع تناولنا في الفرع الأول تنظيم التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون الفرنسي والمصري وفي الثاني القانون الجزائري والسوري وفي الثالث قوانين مجلس دول مجلس التعاون الخليجي على النحو التالي:

الفرع الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون الفرنسي

والمصري.

لقد أجمعت مختلف الدراسات أن القانون الإداري ظهر في فرنسا وهو مرتبط بتاريخها ونظام الحكم فيها فهي تعد مهد القانون الإداري ومن ثم القضاء الإداري المتمثل في مجلس الدولة الذي تم إنشاؤه في 12 ديسمبر 1799 حيث كان اختصاص المجلس أول الأمر استشارياً وبصدور قانون 24 مايو 1872 تم منحه اختصاصاً قضائياً مع صلاحية البت النهائي في منازعات الإدارة دون الحاجة إلى تعقيب جهة أخرى، كما أن مصر تعد أول دولة عربية قطعت شوطاً كبيراً في مجال القانون الإداري منذ إنشاء مجلس الدولة المصري عام 1946، وهو ما دعانا لدراسة تنظيمهما القانوني للتحكيم في منازعات العقود الإدارية على النحو التالي:

الفقرة الأولى: القانون الفرنسي.

أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 86/972 الصادر في 19 أغسطس 1986 الذي أجاز في مادته التاسعة⁽¹⁾ إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة أو الأشخاص المحلية أو المؤسسات من ناحية والأشخاص الأجنبية من ناحية أخرى، غير أنه أحاط ذلك بعدة شروط وهي :

- 1- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي أن يكون عقدا دوليا.
- 2- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي.
- 3- أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء الفرنسي للموافقة على إدراج شرط التحكيم.

وفي 13 جانفي 2011 أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 48-2011 والمتعلق بتعديل قانون التحكيم غير أنه لم يشر إلى موضوع التحكيم في العقود الإدارية.

وبتاريخ 7 أفريل 2006 طلب وزير العدل الفرنسي (gard des sceaux) من نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي تشكيل مجموعة عمل تكون مهمتها وضع التصور النهائي لمشروع قانون بشأن التحكيم في المجال منازعات العقود الإدارية، تضم هذه المجموعة نخبة من أساتذة القانون والمحامين وقضاة المحاكم العادية والإدارية وممثل عن وزارة العدل وبتأسيها السيد (Daniel labetoulle) الرئيس الأسبق لدائرة المنازعات بمجلس الدولة الفرنسي، وقد ارتأت اللجنة ضرورة إفساح مجال التحكيم أمام كافة الأشخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم التعاقدية باستثناء المنازعات المتعلقة بعقود إيجار الخدمات⁽²⁾.

(1) Art.9 de la Loi française 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 compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats".

(2) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص174.

وقد أصدرت اللجنة مشروع قانون يحتوي على 14 مادة نصت الأولى على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: القانون المصري.

نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 9 الصادر بتاريخ 13 ماي 1997 على ما يلي: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك"، فجعل المشرع المصري بهذا النص شرطين لإعمال التحكيم في العقود الإدارية أولهما موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وذلك ضمانا لوفاء اتفاق التحكيم باعتبار الصالح العام وثانيهما عدم إمكانية التفويض في ممارسة الإختصاص بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية من أجل حصر المسؤولية.

إن عدم التفويض في مثل هذا الإختصاص مرده من ناحية أولى إلى أهمية العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم فيها بحيث تكون موافقة الوزير على إدراج شرط التحكيم في هذا الصدد ضمانا لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية نظرا لما يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطني والإلتجاء إلى هيئة تحكيم عوضا عن اللجوء إلى قضاء الدولة المختص، ومن ناحية أخرى فإن عدم التفويض يعنى حصر المسؤولية عن تضمين العقد شرط أو مشاركة التحكيم في الوزير المختص أو من يمارس إختصاصاته بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، ولا سيما المسؤولية السياسية وذلك عند إساءة ممارسة هذا الإختصاص بصورة تمس المصالح العليا للدولة⁽²⁾.

(1) تم إدراج مشروع القانون كملحق رقم 03 لهذه الرسالة أنظر الصفحة 233.

(2) نصار حاد (جابر)، مرجع سابق، ص 252.

وفيما أيد بعض الفقهاء المصريين (1) هذه الشروط واستحسنها، فقد رأى بعضهم أن المشرع المصري قد أهدر فرصة كبيرة أتاحت لتنظيم التحكيم في العقود الإدارية، فقد كان يمكن له أن يحيط العقود الإدارية بضمانات أكثر جدية، حيث أستاذنا الدكتور جابر جاد نصار أنه "كان أحرى بالمشرع المصري أن يستشعر خطورة التحكيم في بعض العقود الإدارية وخاصة تلك التي تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعية أو عقود الإمتياز المتعلقة بها وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا وغيرها من العقود التي تتصل بالمصالح العليا للدولة، فقد كان أجدر أن يعمل على إحاطة مثل هذه العقود بضمانات تعزز من قدرة الدولة كطرف أساسي في هذه العقود، ومن هذه الضمانات اشتراط صدور قرار من مجلس الوزراء"(2).

الفرع الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون الجزائري والسوري.

من الأسباب التي دفعت معظم الدول ومن بينها سوريا والجزائر إلى تبني نظام الازدواجية القضائية أنّ القضاء الموحد يتجاهل وضع الإدارة ومقتضيات الصالح العام، على اعتبار أن القاضي العادي إذا تولى الفصل في المنازعة الإدارية، فأنه سيفصل فيها بروح وفلسفة القانون الخاص وآلياته وتقنياته و ليس القانون العام، هذا الأخير الذي يضمن للإدارة مركزا متميزا ولا يجعلها على نفس درجة الأفراد حتى أمام القضاء، فما بالك بالتحكيم الذي يخول الفصل في المنازعة لمحكمين قد يكونون أجانب لا تهمهم مصلحة الدولة بقدر ما يهتمهم تحقيق العدالة بين طرفي العقد محل النزاع، وسنعرض للتنظيم القانوني للتحكيم في العقود الإدارية في كل من الجزائر وسوريا على النحو التالي:

(1) الحداد السيد (حفيظة)، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص46.

(2) نصار جاد (جابر)، مرجع سابق، ص250.

الفقرة الأولى: القانون الجزائري.

في التشريع الجزائري نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية التحكيم في العقود الإدارية بنصه في المادة 1006 في فقرتها الثالثة على أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، كما نصت المادة 975 على أنه لا يجوز للدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، ونصت المادة 976 على أنه "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

- عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.
- عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها.

ومن هذه النصوص نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يذهب بعيدا عما أقره التشريع المصري فقد مهر التحكيم في العقود الإدارية بشرط مبادرة الوزير المعني، غير أنه لم يمنع التفويض في ذلك، كما أن عبارة "مبادرة" تستوجب النظر، فبادر إلى الشيء إذا سبق إليه (1) فهل يعني ذلك عدم إمكانية المبادرة بالتحكيم من قبل الطرف الآخر، فنرى، والله أعلم، أن عبارة "مبادرة" ليست عبارة قانونية رغم أن المقصود منها الموافقة، وقد كان يجدر بالمشرع الجزائري إدراج كلمة "مصادقة" أو "ترخيص" بما لهذه العبارات من ثقل قانوني.

(1) ابن منظور جمال الدين (محمد)، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، المجلد الأول، باب الباء، ص228.

كما يثار هنا تساؤل مهم ناتج عن عدم تقرير المشرع الجزائري لجزء تخلف مبادرة الوزير على اتفاق التحكيم، هل يلحقه جزاء البطلان؟ أم يظل مع ذلك اتفاقا صحيحا منتجا لأثره؟ يرى بعض الفقهاء أن إقدام الشخص المعنوي العام على إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير يمثل خطأ مرفقيا من جانبه يرتب مسؤوليته قبل التعاقد الآخر، وفي هذه الحالة يكون الاتفاق على التحكيم عديم الأثر بالنسبة للوزارة⁽¹⁾.

غير أن أحكام التحكيم أقرت بخلاف ذلك، حيث جاء في حكم صادر من غرفة التجارة الدولية بباريس في دعوى هيئة الطاقة الذرية الإيرانية بتاريخ 1982/04/30 أنه لا يجوز للهيئة العامة بعد أن أبرمت اتفاق تحكيم أن تطعن في إبرامه لعدم حصولها على ترخيص حسبما يقضي به الدستور الإيراني⁽²⁾.

كما قضى مركز القاهرة الإقليمي في حكم صادر في قضية "ماليكورب" بتاريخ 2006/03/07 بوجود مبدأ النظام العام عبر الدولي والذي يقضي بأن الدولة الطرف أو الكيان العام لا ينبغي أن يتذرع بعدم الأهلية وفقا للقانون الداخلي بعد توقيع التزام تحكيم⁽³⁾.

وذهب جانب من الفقه إلى أن تمسك الشخص المعنوي العام بالقيود المفروضة في التشريع الداخلي لا يمثل حجة مقنعة سواء من الناحية القانونية أو العملية، فمن الناحية القانونية فإن الإستناد إلى هذه القيود يخالف مبدأ حسن النية الذي يفرض على كل طرف أن يقوم بتنفيذ

(1) المهدي أمين (محمد) وفوزي عبد الباري (محمود)، الدعوى ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 13، يناير 2012، مرجع سابق، ص35.

(2) تنص المادة 139 من الدستور الإيراني الصادر في 15 نوفمبر 1979 على أن: "المصالحة في الدعاوى المتعلقة بالأموال العامة أو الحكومية أو إناطتها بالتحكيم في كل الأحوال تتم بموافقة مجلس الوزراء، وينبغي إعلام مجلس الشورى الإسلامي بذلك. في الحالات التي يكون فيها أحد أطراف الدعوى أجنبيا، وفي الحالات الداخلية المهمة، تجب موافقة مجلس الشورى الإسلامي عليها أيضًا. يعين القانون الحالات ذات الأهمية".

(3) حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية رقم 382 لسنة 2004 بين شركة ماليكورب وحكومة مصر بتاريخ 2006/03/07.

تعهداته، ومن الناحية العملية فإن أعمال تلك القيود من شأنه أن يؤدي إلى اهتزاز الثقة في اتفاقيات التحكيم الدولية ويلحق الضرر بمعاملات التجارة الدولية⁽¹⁾.

ويبقى الجزاء المترتب على قيام الإدارة بإبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص مجرد جزاء تأديبي ينظمه القانون الذي يحكم العلاقة بين الإدارة والوزير المختص وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية حين اعتبرت بأن مخالفة الإدارة لنص المادة 32 من قانون مجلس الدولة والذي يشترط الحصول على استفتاء الإدارة قبل إبرام اتفاق تحكيم، لا يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق وذلك لعدم وجود نص صريح يقرر ذلك، وبالتالي لا يعدو أن يكون الجزاء المترتب على تلك المخالفة جزاء تأديبي يتحمله الموظف الإداري المعني بالمخالفة⁽²⁾.

الفقرة الثانية: القانون السوري.

صدر قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 ونصت المادة الثانية منه في فقرتها الثانية على أن: "يقتضى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة 66 من نظام العقود الصادر بالقانون رقم 51 تاريخ 2004/12/9"، ونصت المادة 66 منه على أن: "

أ) القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد.

ب) يجوز أن ينص في دفاتر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري، وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة ويختار المتعهد العضو الآخر.

ج) يمكن أن ينص في العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة خلافاً لأحكام البندين (أ و ب) السابقين".

(1) مخلوف (أحمد)، مرجع سابق، ص 375.

(2) حكم محكمة النقض المصرية، القضية رقم 62ق، جلسة 1964/06/24.

وبهذا فقد أضاف التشريع السوري ميزة هامة حيث حصر رئاسة لجنة التحكيم لمستشار من مجلس الدولة، وهو الأمر الذي يراه بعض الفقهاء يتوافق مع اختصاص قضاء مجلس الدولة وينسجم بشكل واضح وطبيعة التحكيم في العقود الإدارية⁽¹⁾.

غير أننا لا نرى بهذا الإتجاه، ذلك أن أهم ميزة في التحكيم هي حياد المحكم واستقلاله عن الأطراف، وهو ما لا نجده في هذه الحالة.

الفرع الثالث: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي.

أما دول مجلس التعاون الخليجي فقد تباينت اتجاهاتها واختلقت مذاهبها ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين ثلاثة اتجاهات: الأول دول صمت قانونها الوضعي عن تقرير جواز أو عدم جواز حسم المنازعات عن طريق التحكيم، ويتمثل هذا الاتجاه في مملكة البحرين ودولة الإمارات⁽²⁾، والثاني دول ساد فيها الاختلاف والتردد بشأن مشروعية التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالرغم من وجود نص قانونية يمكن تفسيره بما يسمح بالجواز، ويتمثل الإتجاه في دولة الكويت وسلطنة عمان، أما الإتجاه الأخير فقد أعلن المشرع فيها صراحة مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية وهي السعودية ودولة قطر⁽³⁾.

(1) عز الدين يوسف (وائل)، مرجع سابق، ص74.

(2) لم يتطرق القانون الاتحادي الإماراتي رقم 1992/11 الصادر في 1992/03/08 وكذا القانون الجديد الصادر في 2008/01/31 إلى أهلية المصالح الحكومية للإحتكام ولكن المطبق عمليا هو أن الدولة الإتحادية والمصالح الحكومية تقبل التحكيم الداخلي قليلا، وكثيرا ما تذهب إلى التحكيم الدولي، أنظر الأحذب (عبد الحميد)، موسوعة التحكيم-التحكيم في البلدان العربية، مرجع سابق، ص213.

(3) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص228.

الفقرة الأولى: القانون الكويتي والعماني.

لم يفصح التشريع الكويتي بجواز التحكيم في العقود الإدارية بنص صريح وقاطع مما فتح المجال لخلاف فقهي وقضائي في هذا الخصوص وتشدد قضائي نحو منع التحكيم في العقود الإدارية، غير أن النظرة المتأنية إلى نصوص القوانين أرقام (26 لسنة 1995، 7 لسنة 2007، 8 لسنة 2001) يتبين لنا أن المشرع الكويتي أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية⁽¹⁾:

- القانون رقم 26 لسنة 1995 الخاص بالمناطق الحرة، فقد نصت المادة 1/14 منه على أنه: "يجوز الإتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بين المشروعات المقامة بالمناطق الحرة أو بينها وبين الجهة التي تتولى إدارة تلك المناطق أو غيرها من السلطات والأجهزة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بالمناطق بطريق التحكيم".

- القانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت حيث نصت المادة 16 منه على أنه: "تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أيا كان، ويجوز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم في هذا النزاع".

- القانون رقم 7 لسنة 2007 الخاص بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم 105 لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة، فقد نصت المادة 15 منه على أنه: "تخضع المشروعات وعقودها لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ولأحكام القوانين السارية في دولة الكويت فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، وينظم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه، ويجوز الإتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم".

(1) عز الدين يوسف (وائل)، مرجع سابق، ص 57.

غير أن محكمة التمييز أصدرت حكماً يؤكد على خروج المنازعة المعروضة وكل منازعة تتعلق بعقد إداري من اختصاص هيئة التحكيم القضائي واندراجها تحت اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيها، وجاء في نص الحكم: "وإذا عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 للدائرة الإدارية وحدها الاختصاص بالمنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر....ومن ثم فإن المنازعة بهذا العقد سواء ما تعلق منها بتفسير نصوصه... أو البحث في مدى مسؤولية الوزارة الطاعنة عن التعويض الذي تطالب به المطعون ضدها، كل ذلك مما ينعقد الإختصاص به للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون سواها..." (1).

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز الكويتية نصت على: "...ان العقد المحرر ووزارة المالية بشأن المستشفى محل النزاع هو من عقود إنشاء مرافق عامة فيعتبر عقدا إداريا، مما يخرج المنازعة المطروحة على هيئة التحكيم من اختصاصها وينعقد الإختصاص بها للقضاء الإداري، في حين أن المشرع خص هذه الهيئة فصل المنازعات الإدارية، وفقا لما تنص عليه المادة الثانية من القانون رقم 11 لسنة 1995... وكان المرسوم بقانون رقم 21 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 قد خص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون غيرها ولاية فصل المنازعات الإدارية...." (2).

وهو الأمر الذي يؤكد أن محاكم دولة الكويت لا تزال أكثر ولاء لنظرية العقود الإدارية وعدم قبول التحكيم فيها، حيث يتطلب الأمر تدخل المشرع الكويتي للفصل في الموضوع (3).

(1) حكم محكمة التمييز الكويتية، القضية رقم 444 تجاري، جلسة 1999/03/14.

(2) حكم محكمة التمييز الكويتية، القضية رقم 2001/782 تجاري، جلسة 2002/10/13.

(3) الزيد غنيم (ناصر)، تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 2000/412 إداري، جلسة 2000/12/04 والمتعلق بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بدولة الكويت، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 16، تشرين الأول أكتوبر 2012، مرجع سابق، ص 467.

وانتهج المشرع العماني نفس المنهج حيث نص في قانون التحكيم الصادر في 28 يونيو سنة 1997 بموجب المرسوم السلطاني رقم 47/97 في المادة (1) على : "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في السلطنة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في السلطنة أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"، لقد خطى المشرع العماني بهذا المرسوم خطوات متقدمة في التحكيم سبق بها كثير من الدول التي سبقت السلطنة في مجال التحكيم، غير أن هذا النص أدى إلى نشوب خلاف فقهي وقضائي ما يستدعى ضرورة تدخل المشرع العماني بموجب نص صريح يخص التحكيم في منازعات العقود الإدارية⁽¹⁾.

وفي يناير 2009 صدر المرسوم السلطاني رقم 2009/03 لتعديل بعض أحكام محكمة القضاء الإداري حيث نصت المادة 6 مكرر منه على: "تسري أحكام قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على الخصومات المتعلقة بالعقود الإدارية، ويكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون المذكور إلى القضاء فيما يتعلق بالعقود الإدارية للدائرة الابتدائية أو للدائرة الاستئنافية أو لرئيس المحكمة حسب الأحوال". وبهذا التعديل لم يعد التحكيم مقصوراً على المنازعات المدنية والتجارية، بل أصبح يشمل حتى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية⁽²⁾.

الفقرة الثانية: القانون السعودي.

وفي النظام السعودي فقد أقر صراحةً بجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك في قانون التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 بتاريخ 1403/07/12هـ—

(1) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 265.

(2) السعيد (عبد الله)، تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الاستئناف رقم 369 لسنة 8 ق.س بتاريخ 5 يناير 2009، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 2، مرجع سابق، ص 286.

الموافق لـ **1983/04/25م** حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه: "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم"، كما جاء في اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم **2021/7م** في **1405/9/8هـ** الموافق لـ **1985/05/28** في المادة الثامنة منه على: "في المنازعات التي تكون جهة حكومية طرفاً فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم، يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع مبيناً فيها موضوعه ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم، لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم، ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها".

فالنظام السعودي جعل موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم شرطاً لازماً، والحكمة من اشتراط الموافقة حتى تكون وسيلة لعدم الإسراف في اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية كما أن هذه الموافقة تعتبر صمام أمان بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي لارتباطها الوثيق بأمور التنمية كما تعد أحد العوامل التي تؤدي إلى تقوية القدرة التنافسية للشركات الوطنية في مواجهة الشركات الأجنبية⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: القانون القطري.

أما في قطر فقد جاء نص المادة العاشرة من قانون المناقصات والمزايدات رقم **26** لسنة **2005** ليسمح بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية نزولاً على مقتضيات تشجيع الإستثمار،

(1) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص371.

فتنص على أنه : "يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف بينهما ناشئ عن العقد، الإتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بعد موافقة وزير المالية مع استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد"، ويلاحظ من هذا النص أن المشرع القطري قد أضاف ضمانات مهمة إلى ضمانات موافقة الوزير المسؤول، وهي استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، هذه الضمانات هدفها دوام السير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التنظيم الدولي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

إن ما يشهده العالم من انفتاح اقتصادي وتجاري لا يبد له من دعامة توفر الأمن القانوني للمستثمرين والمناخ الإقتصادي المناسب، لذلك انصرف التنظيم الدولي في العالم لتنشيط وتحسين التحكيم كوسيلة لحسم خلافات التجارة الدولية عن طريق الاتفاقيات الدولية والإقليمية، وقد أعطى الدستور المصري لسنة 1971 للمعاهدات الدولية قوة القانون حيث نصت المادة 151 منه على أن المعاهدات (..تكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة...) في حين أن دستور الجمهورية الخامسة في فرنسا الصادر في 4 أكتوبر 1958 أخذ بمبدأ سمو المعاهدة على القانون الداخلي، حيث نص في المادة 55 منه على أن الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة أو الموافقة عليها والمنشورة طبقاً للإجراءات القانونية الجاري العمل بها، لها سلطة أعلى من سلطة القوانين الداخلية ولكن شرط تنفيذها من قبل الطرف الآخر كذلك ، وفي هذا المطلب سوف ندرس أهم الإتفاقيات التي نظمت التحكيم في العقود الإدارية الدولية وسنخصص المطلب الأول للإتفاقيات الإقليمية والمطلب الثاني للإتفاقيات الدولية.

(1) عز الدين يوسف (وائل)، مرجع سابق، ص41.

الفرع الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الاتفاقيات الإقليمية.

نظمت الاتفاقيات الإقليمية العربية التحكيم كنظام لفظ المنازعات بين الدول العربية بصفة عامة، ولم تذكر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بصفة خاصة، غير أنه يستقى من مواد الاتفاقيات أنها تشمل هذا النوع من العقود، وفي هذا الصدد نجد اتفاقيتان إقليميتان نظمتا التحكيم في الدول العربية، أولهما اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974 واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى : اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى لعام 1974⁽¹⁾.

تعتبر هذه الاتفاقية اتفاقية ذات إطار إقليمي فهي اتفاقية خاصة بالدول العربية وهي نتيجة جهود مجلس الوحدة الاقتصادية التابع للجامعة العربية، كما أن الاتفاق على حل النزاعات بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني البلاد العربية الأخرى في الواقع تطبيق لاتفاقية واشنطن بالتماشي مع متطلبات الوطن العربي في شتى ميادينه.

وقد حددت المادة الثانية هدف الاتفاقية والمتمثل في: "حل أي نزاع ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية الأطراف المضيفة للاستثمار أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركة التابعة لها أو مواطنيها وبين إحدى الدول العربية الأخرى الأطراف أو إحدى

(1) عندما وقعت أزمة النفط في سنة 1973 وارتفعت أسعاره خطرت للدول العربية المستثمرة فكرة تعريب اتفاقية واشنطن، وتم الانتقال من اتفاقية ذات إطار دولي إلى اتفاقية ذات إطار إقليمي، وقد وقع الاتفاق حول فض النزاعات المتعلقة بالاستثمار في 10/06/1974 كل من الأردن - السودان - سوريا - العراق - الكويت - مصر - اليمن ، وقد انضمت إليها لاحقا ليبيا ودولة الإمارات العربية وصادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية في اجتماعه المنعقد في ديسمبر 1974 ووضع موضع التنفيذ في 20/08/1976.

هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركات التابعة لها أو مواطنيها بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية بصورة متزايدة داخل الدولة العربية".

وتتضمن المادة الثالثة من الاتفاقية أنه: "مع عدم الإخلال بحق المدعي في اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار مباشرة، يكون حل المنازعات عن طريق التوفيق بين الأطراف المتنازعة وفقاً للأحكام المنظمة له فيما بعد، أو التحكيم وفقاً لقواعده المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ويتولى تنظيم قواعد التوفيق والتحكيم ويطبقها المجلس والأمين العام".

فالإتفاقية أجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تعقد بين دولة عربية وشخص طبيعي أو شخص معنوي تابع لدولة عربية أخرى، فهذه الاتفاقية أعطت حكماً بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي منذ القدم، وقد نظمت الإتفاقية أحكام تسوية هذه المنازعات عن طريق التحكيم في المواد من 10 إلى 21.

الفقرة الثانية: اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري⁽¹⁾.

تهدف اتفاقية عمان إلى إيجاد نظام عربي موحد ينظم التحكيم التجاري، فقد جاء في ديباجة الاتفاقية ما نصه: "الإيمان بأهمية إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية وحرصاً على تحقيق التوازن العادل في ميدان حل النزاعات التي يمكن أن تتولد عن عقود التجارة الدولية وإيجاد الحلول العادلة لها".

(1) أعدت هذه الاتفاقية من قبل مجلس وزراء العدل العرب بعد إقراره لها في دورته الخامسة بقرار رقم 5/80-1407/8/16هـ-1987/4/14م، وقد أنشأت الاتفاقية مؤسسة دائمة تسمى المركز العربي للتحكيم التجاري مقره القاهرة، تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتلحق إدارياً ومالياً بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، وقد صادقت عليها كل من المملكة الأردنية الهاشمية في 23/09/1988، الجمهورية التونسية في 15/05/1989 - جمهورية السودان في 24/01/1993، الجمهورية العراقية في 26/01/1989 فلسطين في 27/05/1992 - الجمهورية اللبنانية في 18/10/1992 الجماهيرية العربية الليبية في 20/01/1989 - الجمهورية العربية اليمنية في 08/06/1989، ودخلت الإتفاقية حيز النفاذ ابتداء من تاريخ 27/06/1992.

وقد حددت المادة الثانية من هذه الاتفاقية على أطراف المنازعة الخاضعة للتحكيم فنصت على ما يلي: "تطبق الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها".

فالمادة ذكرت أن أحد أطراف النزاع دولة متعاقدة أو أحد أشخاصها المعنويين وهو إقرار بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وكل دولة من الدول العربية الموقعة على هذه الاتفاقية تعتبر مقرة بجواز التحكيم في العقود الإدارية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الاتفاقيات الدولية.

فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية فإن أشهر اتفاقية نظمت التحكيم دوليا هي اتفاقية نيويورك المبرمة سنة 1958م والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وقد انضمت إليها لغاية نهاية سنة 2013 مئة وتسعة وأربعين دولة (149)، وكذا اتفاقية جنيف المبرمة سنة 1961 والتي عقدت برعاية اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة، وأنشئت لتنظيم عملية التحكيم بين الدول الموقعة عليها، وأيضا اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى المبرمة في عام 1965 والتي تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (ICSID)، وستناول كل اتفاقية على حدى وندرس مدى تنظيمها للتحكيم في العقود الإدارية، وذلك على النحو التالي:

(1) الدول الموقعة على اتفاقية عمان هي: المملكة الأردنية الهاشمية- الجمهورية التونسية -جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية -جمهورية جيبوتي- جمهورية السودان-الجمهورية العربية السورية- الجمهورية العراقية-فلسطين- الجمهورية اللبنانية -الجمهورية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية- المملكة المغربية- الجمهورية الإسلامية الموريتانية- الجمهورية العربية اليمنية- جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية.

الفقرة الأولى : اتفاقية نيويورك المبرمة في عام 1958م.

أعدت مشروع هذه الاتفاقية اللجنة المختصة بشئون التحكيم التجاري الدولية في 13 مارس 1953م، ثم تم تقديمه للأمم المتحدة -المجلس الاجتماعي والاقتصادي، وفي المؤتمر الدولي الذي انعقد في نيويورك خلال الفترة 20 مايو إلى 10 يونيو 1958م تمت الموافقة على هذه الاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجانب وتنفيذها من قبل 149 دولة ومجموعة من المنظمات الدولية والحكومية وغير الحكومية⁽¹⁾

واعترافا منها بازدياد أهمية التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، فقد هدفت اتفاقية نيويورك إلى الإعراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، ومن ثم فهي تلزم الدول الأطراف بضمان الاعتراف بتلك القرارات واعتبارها عموما قابلة للتنفيذ في ولايتها القضائية على غرار قرارات التحكيم المحلية.

نصت المادة الثانية من الاتفاقية في فقرتها الأولى على: "تعترف كل الدول المتعاقدة بالاتفاقية الخطية التي يكون الفرقاء التزموا بموجبها أن يخضعوا للتحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ فيما بينهم بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية متعلقة بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم".

فموضوع الاتفاقية الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، والمتعلقة بالنزاعات الناشئة عن تجارة دولية سواء كانت العلاقة تعاقدية، والتي من بينها العقود الإدارية الدولية، أو علاقة غير تعاقدية⁽²⁾.

غير أن هناك من الفقهاء من يرى أن نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى والذي جاء كالاتي: "لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الإخطار بامتداد

(1) أنظر موقع الإتفاقية: <http://www.newyorkconvention.org>

(2) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص265.

تطبيقها عملاً بنص المادة العاشرة أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستقتصر تطبيق الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة كما أن للدولة أن تصرح أيضاً بأنها ستقتصر تطبيق الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني." "قد أعطى للدول المتعاقدة الحق في اشتراط أن يكون النزاع الذي صدر قرار التحكيم بشأنه نزاعاً تجارياً وفقاً للتشريع الوطني⁽¹⁾.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن اتفاقية نيويورك لم يكن لها دور في إزالة الحظر التشريعي بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، ذلك أن تطبيق هذا النص قد أتاح للدول الأعضاء استخدام هذا التحفظ الذي كان من نتيجته تضيق نطاق أعمال هذه الاتفاقية وحصرها في مجال النزاعات التجارية مما يستبعد العقود الإدارية الدولية بشكل خاص.

أضف إلى ذلك نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة الذي ورد كالتالي: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

(أ) أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو؛

(ب) أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد."

والواقع أن هذا الشرط يؤدي إلى التضيق من نطاق تطبيق الاتفاقية، فقد أعطت الفرصة لبعض الدول المنضمة باستبعاد نوعية من العقود والتي لا يجوز فيها التحكيم طبقاً لقانونها الوطني، وكان من بين هذه الدول فرنسا وغيرها من الدول التي استمرت في التمسك بحظر التحكيم في العقود الإدارية.

(1) عز الدين يوسف (وائل)، مرجع سابق، ص 86.

الفقرة الثانية: اتفاقية جنيف الأوروبية المبرمة سنة 1961.

أُبرمت هذه الاتفاقية في 21 أبريل 1961 في جنيف، وقد جرى التحضير لهذه الاتفاقية تحت إشراف اللجنة الاقتصادية الأوروبية في جلسة خاصة لمندوبين تابعين لعدد اثنتين وعشرين دولة أوروبية، وقد توصل المجتمعون إلى ضرورة إيجاد وسيلة ملائمة لفض المنازعات التي تنشأ عن العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية التي ترم بين الدول الأوروبية، وقد كان التحكيم هو الوسيلة المختارة لفض المنازعات الناشئة بينهم، كما أن العضوية في هذه الاتفاقية ليست محصورة على الدول الأوروبية فقط بل هي معاهدة مفتوحة بحيث لأي دولة أن تنضم إلى الاتفاقية.

وقد حددت المادة الأولى من هذه الاتفاقية نطاق سريان أحكامها على الاتفاقات التحكيمية التي تتعلق بالمنازعات الناشئة أو التي يمكن لها أن تنشأ عن عقود التجارة الدولية، والتي تكون بين أشخاص معنوية أو أشخاص طبيعية إذا كان لهم - لحظة إبرام الاتفاقية- محل إقامة عادية أو كانت محل إقامتهم في دول متعاقدة مختلفة.

يرى بعض الفقهاء أن الإتفاقية قد ضيقت من نطاق تطبيقها بهذه المادة حين قصرت تطبيقها على اتفاقات التحكيم بين الاشخاص الطبيعية أو المعنوية بشرط أن يكون لهم محل إقامة أو مقر في دولة متعاقدة ومختلفة، وذلك راجع إلى أن القصد من الاتفاقية هو تقوية أواصر العلاقات الاقتصادية بين أوروبا الشرقية والغربية دون أن تهتم بصفة العالمية في تطبيقها⁽¹⁾.

وقررت المادة الثانية جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في المنازعات الناشئة في علاقاتها ذات الطابع الدولي، بنصها في الفقرة الأولى على: "في الحالات المحددة في الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه الاتفاقية، فإن الأشخاص المعنوية التي تعد وفقا للقانون المطبق عليها من الأشخاص المعنوية العامة، لهم القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة".

(1) خليفة عبد المنعم (عبد العزيز) ، مرجع سابق، ص 147.

كما قررت الفقرة الثانية من نفس المادة للدول المنظمة للاتفاقية أن تحتفظ على المنازعات التي لا تسري عليها الاتفاقية لاحتمال أن يتعارض التحكيم مع القوانين الوطنية للدول الموقعة على الاتفاقية وذلك بنصها: "في لحظة التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية، يمكن لكل دولة أن تصرح بتحديد لها لقدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء للتحكيم ضمن الشروط المحددة في التصريح" والغرض من هذا التقييد رغبة في تلافي رفض الدول التصديق على هذه الاتفاقية⁽¹⁾.

إلا أن هذه الفقرة أعطت للدول المنظمة إليها الحق في أن تحد من قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وهو ما أثبتته الواقع العملي، ففي فرنسا مثلا وهي إحدى الدول المنضمة للاتفاقية، ظل القضاء الإداري الفرنسي يعمل الحظر الوارد على أشخاص القانون العام في إبرام اتفاقات تحكيم في مجال العقود الإدارية استنادا لنص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على الرغم من أن المادة 55 من الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 تقضي بأن الاتفاقيات أو المعاهدات الموقع عليها أو المصدق عليها قانونا يكون لها منذ تطبيقها قيمة أعلى من قيمة القوانين العادية⁽²⁾.

وإذا كان نطاق تطبيق اتفاقية جنيف -على ضوء ما سبق- محدود الأثر من حيث طبيعة المنازعة، حيث أنه لا يمتد مجال إعمالها إلا على المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية⁽³⁾، فإن نطاقها محدود أيضا من الناحية الجغرافية، ذلك أن الدول المنضمة إلى هذه الإتفاقية قليلة العدد بالمقارنة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية الأخرى⁽⁴⁾.

(1) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص 267.

(2) عز الدين يوسف (وائل)، مرجع سابق، ص 88.

(3) وهو ما حدا ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى التشكيك في قدرة هذه الاتفاقية على إزالة الحظر الوارد في القانون الفرنسي، لأنها تعطي للقاضي الإداري سببا لعدم تطبيقها في حال تعلق المنازعة بعقد إداري، أنظر عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 364.

(4) صادقت على هذه الإتفاقية كل من: النمسا، بلغاريا، كوبا، فرنسا، بوركينا فاسو، المجر، بولونيا، ألمانيا، بلوروسيا، أوكرانيا، الإتحاد السوفياتي، تشيكوسلوفاكيا، يوغسلافيا، أنظر عباس وليد محمد، مرجع سابق، ص 365.

الفقرة الثالثة: اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى المبرمة في عام 1965.

تولى البنك الدولي للإنشاء والتعمير إعداد هذه الاتفاقية سنة 1965 وذلك بهدف تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي مما يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية، وعرض مشروع الاتفاقية خلال الاجتماع السنوي لمجلس المحافظين الذي عقد في 1962 على المحافظين، وتم التوصل إلى صيغة مقبولة لاتفاقية دولية متعددة الأطراف تنشيء مركزا للتوفيق والتحكيم في المنازعات بين الدول المتعاقدة بحيث تراعي في صياغتها الموازنة الدقيقة بين مصالح الدول و المستثمرين الأجانب وقد توجت هذه الجهود في 18 مارس 1965 بوضع مشروع اتفاقية متعددة الأطراف أطلق عليها اسم " : إتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الأخرى " والتي دخلت حيز التنفيذ اعتبارا من 14 أكتوبر 1966، وقد أُبرمت الاتفاقية بين الدول الأعضاء في البنك الدولي للإنشاء والتعمير ووقع على هذه الاتفاقية ثماني عشرة دولة أوروبية، وأربع وثلاثين دولة أفريقية، وإحدى عشرة دولة آسيوية، وأربع دول أمريكية، بينها الولايات المتحدة الأمريكية ولا تزال الدول تزداد عاما بعد عام.

لم تكتف الاتفاقية ببيان لكيفية تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات وشروطها، بل نصت على إنشاء مركز لتسوية المنازعات الاستثمار لأطراف هذه الاتفاقية في المادة الأولى منها: "يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار يطلق عليه فيما بعد بالمركز"، كما حددت المادة الخامسة والعشرين في فقرتها الأولى⁽¹⁾ من الاتفاقية اختصاص

(1) نصت المادة (25) من اتفاقية واشنطن:

1- يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الإستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها) وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز . وعندما يعطي الطرفان موافقتهم لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة.

المركز فنصت على أنه يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الإستثمارات، ليس فقط بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة وإنما حتى أحد الأجهزة المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها، وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة بينت الاتفاقية أنه يجب على الطرف الحكومي أن يعين الجهة الإدارية التي يمكن لها اللجوء إلى مركز التسوية المنازعات الناشئة عن العقد الإداري الدولي، وبالتالي فليست لأي جهة حكومية أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة في الدولة المتعاقدة أن تلجأ إلى المركز لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ما لم تكن مسجلة مسبقاً لدى المركز⁽¹⁾.

ويشكك بعض الفقهاء في قدرة هذه الاتفاقية على اختراق مبدأ الحظر الوارد في القانون الفرنسي على اعتبار أن هذه الإتفاقية قد حددت نطاق سريانها على المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، وبالتالي يستطيع القاضي الإداري تجنب إضفاء صفة الاستثمار على العقد المطروح أمامه لكي يبطل شرط التحكيم الوارد فيه، ويرى آخرون أن هذه الاتفاقية لم تؤد الغرض المرجو منها فرغم انضمام فرنسا لهذه الإتفاقية، لم تطبقها لما حصل النزاع بينها وبين شركة ديزني لاند الأمريكية وتمسكت الأخيرة باللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن هذه الاتفاقية لا أثر لها على الحظر المفروض على الدولة وسائر أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم⁽²⁾.

المطلب الثالث: التنظيم الإجرائي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لقد كان من الصعب حتى وقت قريب تصور وقوع العقود الإدارية في شبك التحكيم، إلا أن ذلك أضحي اليوم شيئاً عادياً ومألوفاً، فالعقود الإدارية أصبحت غنيمة هامة بالنسبة للتحكيم، وبخاصة العقود الإدارية الدولية، وأصبح اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة

(1) الخضير بن عبدالله (خالد)، مرجع سابق، ص 269.

(2) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 372.

عن هذه العقود خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية في دول العالم الثالث، فلم يعد في مقدور هذه الأنظمة أن ترفض التحكيم وإلا أصبحت في معزل عن التطورات الاقتصادية العالمية. وتهدف دراسة هذا المطلب إلى عرض مختلف الجوانب الإجرائية التي أتت بها التشريعات المقارنة المنظمة للتحكيم ومدى مواءمة أحكامها مع العقود الإدارية الدولية، حيث تم تقسيم المطلب إلى فرعين خصصنا الأول لإجراءات التحكيم في العقود الإدارية الدولية والثاني للحكم التحكيمي وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: إجراءات التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف الحصول على حكم من هيئة التحكيم يفصل في النزاع القائم بين طرفي النزاع، ونظرا لغياب التنظيم الإجرائي المستقل للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الدولية فإننا سنحاول إسقاط الإجراءات العامة للتحكيم على العقود الإدارية الدولية، والنظر في إمكانية تعديل بعض المواد الإجرائية العامة لتوائم والعقود الإدارية الدولية التي لها ذاتيتها وخصوصيتها، وسنتناول في هذا الفرع تشكيل هيئة التحكيم والشروط الواجب توفرها في أعضاء الهيئة، وإجراءات سير خصومة التحكيم، على النحو التالي:

الفقرة الأولى: هيئة التحكيم.

لقد اتجهت تشريعات الدول الحديثة إلى إعطاء الحرية الكاملة للأطراف في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، وهذا الاتجاه هو نتيجة طبيعية للفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم، فالتحكيم نظام رضائي يعتمد في أساسه على ثقة الأطراف في شخص وعدالة المحكم، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، فقد تدخل المشرع في أغلب الدول ملزما الأطراف بضرورة مراعاة بعض الشروط عند قيامهم باختيار وتشكيل هيئة التحكيم⁽¹⁾.

(1) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 398

ومن بين هذه الشروط نذكر:

• **الأهلية المدنية:** حيث أجمعت التشريعات المقارنة على اشتراط أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، كامل الأهلية المدنية، ويعتبر هذا الشرط من الشروط المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه⁽¹⁾.

• **الاستقلال والحيادة:** تعتبر من المتطلبات الهامة لنجاح عملية التحكيم وخاصة تلك الناشئة عن منازعات العقود الإدارية، فهي تعتبر ضمانا هامة لعدم انحراف المحكم وميله إلى طرف على حساب الآخر، ومن الوسائل الوقائية التي تضمن ذلك، إلزام المحكم بالإفصاح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده، وقد حرصت معظم التشريعات المنظمة للتحكيم⁽²⁾ وكذا الأحكام الصادرة عن القضاء لا سيما القضاء الفرنسي⁽³⁾ وأيضا قواعد مراكز التحكيم المختلفة⁽⁴⁾ على الأخذ به صراحة، ومن الوسائل العلاجية رد المحكم بحيث يتم استبعاده من نظر المنازعة خوفا من تحيزه وعدم استقلاله⁽⁵⁾.

(1) أنظر: المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري والعماني، المادة 206 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات، المادة 174 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة 1/193 من قانون المرافعات القطري، المادة 4 من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، المادة 1/1451 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، الفصل 1/10 من قانون التحكيم التونسي، المادة 741 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، المادة 2/6 من قانون التحكيم اليمني، المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(2) أنظر: المادة 2/1456 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، المادة 3/16 من قانون التحكيم المصري، الفصل 57 من قانون التحكيم التونسي، المادة 1/12 من القانون النموذجي للتحكيم UNCTRAL.

(3) أنظر في عرض الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي والتي أكدت على ضرورة توافر صفتي الاستقلال والحيادة في المحكم واعتبارهما من المتطلبات الهامة في الوظيفة القضائية: عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 404.

(4) أنظر: المادة 2/7 من قواعد غرفة التجارة الدولية (ICC)، المادة 2/6 من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (ICSID)، المادة 19 من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)، المادة 9 من قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار بمركز القاهرة الإقليمي.

(5) وقد أخذت معظم التشريعات بإجراء رد المحكم، أنظر: المادة 1/18 من قانون التحكيم المصري، المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المادة 12 من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني، المادة 4/178 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة 2/194 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، المادة 4/207 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة 12 من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية.

• وترية العدد: لم يلزم التشريع الأطراف باختيار عدد معين من المحكمين، فلهم في ذلك اختيار محكم واحد أو أكثر، والقيّد الوحيد يتعلق بوترية العدد، فتستلزم معظم التشريعات أن يكون العدد فردياً⁽¹⁾.

كما أن هناك شروطاً اختيارية تركت لمطلق تقدير الأطراف ومنها جنسية المحكم، جنسه، خبرته، ديانته، إجادته للغة معينة، غير أن هناك بعض التشريعات ألزمت الأطراف على الأخذ ببعض هذه الشروط الإختيارية، حيث استبعد القانون الكولومبي المحكمين الأجانب من نظر المنازعة إذا تعلق الأمر بعقد إداري أطرافه وطنية⁽²⁾، وهو ما نرى ضرورة العمل به وإعماله في القوانين الوطنية المنظمة لإجراءات التحكيم، ذلك أنه لا وجود لأية حكمة أو دواعٍ للاستعانة بمحكمين أجانب في نزاع كل أطرافه وطنية، كما أنه لا يتأتى منطقياً إخضاع المنازعات التي تنشأ بين الدولة صاحبة السيادة وأحد مواطنيها لقضاة أجانب.

وفي العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أوجبت قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس أن يكون المحكم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف⁽³⁾، وهو ما أخذ به قانون

(1) أنظر: المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المادة 215 من قانون التحكيم المصري، المادة 2/174 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة 2/206 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة 1/234 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، المادة 4 من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، المادة 1/1451 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيث جاء نصها كالتالي:

"Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair "

(2) "L'article 2021 du Code de commerce exigeait que les arbitres soient des citoyens colombiens jouissant de leurs droits civils. La Convention de Panamá de 1975 ratifiée par la loi 44 de 1986 a modifié cette règle : l'article 2 autorise que les parties puissent déterminer librement la nationalité des arbitres dans l'arbitrage international. Cette disposition du Code de commerce a ensuite été remplacée par l'article 8 du décret 2279 de 1989 qui a restreint cette exigence aux seuls arbitres nommés pour résoudre des litiges entre colombiens, aux arbitrages ayant lieu en Colombie, et aux sentences arbitrales qui doivent être exécutées en Colombie. La chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice a déclaré cette norme inconstitutionnelle.."

SALCEDO.(M), L'arbitrage dans les contrats publics colombiens, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, paris, 2012, P304.

(3) نصت المادة 5/13 من قواعد التحكيم والوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس على: "يتعين أن يكون المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسيات الأطراف، ولكن يجوز اختيار المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم من بلد ينتمي إليه أحد الأطراف إذا كان للظروف تبرير ذلك الاختيار وبشرط ألا يعترض على ذلك أحد الأطراف خلال المدة التي حددها المحكمة".

التحكيم الإسباني⁽¹⁾ وكذا التشريع الألماني⁽²⁾.

ولتمام عملية تشكيل هيئة التحكيم لابد من قبول المحكمين لمهمة التحكيم كتابة⁽³⁾، حيث لا يصبح التعيين نهائياً إلا بقبول المحكم لمهمته، غير أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم يمكن للقضاء أن يتدخل وفق شروط معينة للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم في الحالات التالية:

- عدم الاتفاق على اختيار المحكم أو المحكمين.
- امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو عدم اتفاق المحكمين المعيّنين على اختيار محكم ثالث.
- مخالفة أحد الأطراف لإجراءات وشروط اختيار المحكم.
- شغل مكان أحد المحكمين⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: سير خصومة التحكيم.

أخذت غالبية التشريعات بمبدأ سمو سلطان الإرادة في إجراءات سير خصومة التحكيم وفي حالة عدم اتفاقهم فلهيئة التحكيم سلطة وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، وقد قنن المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية⁽⁵⁾، وذات المبدأ اتبعه

(1) Art. 15/6 de la loi espagnole n° 60/2003, du 23 décembre, relative à l'arbitrage : "...S'il faut désigner un seul arbitre ou un troisième arbitre, le tribunal évaluera également l'opportunité de désigner un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties et, le cas échéant, de celle des arbitres déjà désignés, selon les circonstances..."

(2) Section 1035/5 of German Arbitration Law 1998: "The court, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator. In the case of a sole or third arbitrator, the court shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties".

(3) أنظر: المادة 3/16 من قانون التحكيم المصري، المادة 1/178 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة 1/194 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، المادة 1/207 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

(4) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 422-430.

(5) Art.1464 du Code de procédure civile français : "A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques"

المشرع المصري، حيث نص في المادة 25 من قانون التحكيم على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 1043 والتي نصت على: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم".

غير أن سلطة المحكم في وضع وتنظيم وتسيير خصومة التحكيم - في حالة عدم اتفاق الأطراف - ليست سلطة مطلقة، بل تخضع لبعض القيود والضوابط، ومن هذه القيود التي ترد على سلطة المحكم نورد:

- ضرورة الإلتزام باتفاق الخصوم: هذا القيد لا يجد أساسه فقط في النصوص القانونية، ولكنه أثر طبيعي لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر دعامة نظام التحكيم برمته⁽¹⁾.
- احترام المبادئ الأساسية للتقاضي: فإذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي فإنه يتعين عليه أن يلتزم ببعض المبادئ الأساسية التي تحكم سير الدعوى، وعلى رأس هذه المبادئ، حق الدفاع حيث يتم إتاحة الفرصة كاملة لكلا الخصمين في المثول أمام هيئة التحكيم لشرح ادعاءاته وتفنيده مزاعم خصمه، وتمكينه من كل ما من شأنه إثبات أوجه دفاعه⁽²⁾، وأيضاً مبدأ المواجهة، وهو أحد أهم المبادئ الدستورية الذي

(1) يلتزم المحكم أساساً بالإجراءات الإتفاقية وهي الإجراءات والأوضاع و المواعيد التي يتفق عليها الخصوم في عقد التحكيم أو في عقد لاحق ليسير على هديها المحكم، ويحسن اتفاق الخصوم على جزاء البطلان إذا أحل المحكم بالإجراءات الجوهرية، أنظر سلامة (محمود)، مرجع سابق، ص268.

(2) نصت المادة السادسة والعشرون من قانون التحكيم المصري على: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وهما لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه".

يستوجب على المحكم الالتزام به، ويقصد به حق كل خصم في تمكينه من العلم بادعاءات وأوجه دفاع وحجج خصمه، وقد حرصت كل من غالبية القوانين والاتفاقيات الدولية التي نظمت عملية التحكيم على التأكيد على هذا المبدأ لتحقيق صحة وعدالة الإجراءات⁽¹⁾.

- احترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام: فكرة النظام العام مرتبطة بالأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في كل دولة من الدول، فهي تتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، وتأخذ فكرة احترام المحكم للقواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام أساسها من أن سلطة المحكم تتحدد بالأساس بالحدود المرسومة لسلطة الأطراف وهي هنا سلطة مقيدة، إذ لا يملك الأطراف مخالفة هذا النوع من القواعد وذلك تحت طائلة بطلان حكم التحكيم⁽²⁾.

(1) نصت المادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على :

"(...)

Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1".

- في حين نصت المادة 16 والتي أحالتنا إليها المادة 1464 على :

"Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations."

- كما أن المادة 4/1492 رتب على عدم احترام مبدأ المواجهة في إجراءات التحكيم سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم:

Le recours en annulation n'est ouvert que si : (...)

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou (...)

(2) رتب المادة 5/1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على عدم احترام مبدأ احترام قواعد النظام العام في إجراءات التحكيم سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم:

"Le recours en annulation n'est ouvert que si : (...)

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international."

وهو ما انتهجته غالبية التشريعات العربية⁽¹⁾، ونظرا لخصوصية العقود الإدارية، حيث أن التعبير عن رغبة جهة الإدارة للتعاقد يتم في الغالب بعمليات معقدة قد تأخذ عدة مراحل، فقد يضع القانون قيودا إجرائية إضافية لعل أهمها صدور قرارا من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص من أجل إبرام العقد⁽²⁾، كما يمكن للطرفين إحالة اجراءات سير خصومة التحكيم لقانون معين أو لهيئة تحكيمية ل تتم وفق قواعدها.

الفرع الثاني: الحكم التحكيمي في العقود الإدارية الدولية.

بانتها نظر الدعوى التحكيمية تصل اجراءات التحكيم إلى منتهاها وغايتها المرجوة وهي إصدار الحكم التحكيمي، وتحقق بذلك الغاية من عملية التحكيم وهي الفصل في موضوع النزاع، ويعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف.

غير أن هذا الحكم يخضع لرقابة قضاء الدولة المطلوب التنفيذ داخل إقليمها، هذا القضاء قد قرر عدة طرق للطعن ضد الحكم التحكيمي، من بينها الاستئناف والطعن بالبطالان واعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر، وفي حالة تجاوز الحكم التحكيمي هذه المرحلة فلا بد له قبل التنفيذ من إمهاره بالصبغة التنفيذية ليحوز نفس القيمة القانونية للحكم القضائي، وسندرس كل ذلك بشيء من التفصيل فيما يلي:

الفقرة الأولى الرقابة القضائية على حكم التحكيم.

تعتبر جهة القضاء الإداري هي الجهة المنوط بها أعمال الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة عن منازعات العقود الإدارية، وذلك لاعتبارها الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع حال

(1) أنظر: المادة 321 من قانون المسطرة المدنية المغربي، المادة 212 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة 198 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، المادة 182 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة 2/53 من قانون التحكيم المصري، المادة 6/1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(2) وقد أصدر القضاء المصري عدة أحكام تقضي بطلان إجراءات التحكيم لانعدام إثبات موافقة الوزير المختص، أنظر في عرض هذه الأحكام: الطماوي سليمان (علي)، مرجع سابق، ص 579-600.

غياب الاتفاق على التحكيم، فاستنادا لمعيار طبيعة المنازعة الذي يشكل المعيار العام في توزيع الاختصاصات القضائية، فإن القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي لنظر الطعون التي توجه ضد أحكام التحكيم الإدارية، وهو المعيار الذي أخذت به غالبية التشريعات الدولية⁽¹⁾. ولا تختلف طرق الطعن المقررة بالنسبة لأحكام التحكيم عن تلك المقررة للأحكام القضائية، وتتخصص في أربع طرق نوردتها على النحو التالي:

أولا: الإستئناف.

يعتبر من مبادئ نظام التدرج القضائي الذي يهدف إلى تدارك أخطاء القضاء، وقد قيد المشرع الفرنسي الأخذ بنظام الاستئناف كإحدى الوسائل التي يمكن من خلالها الطعن في أحكام التحكيم الوطنية بشرط قبول طرفي التحكيم لسلوك هذا الطريق في اتفاق التحكيم⁽²⁾، أما في مجال التحكيم الدولي فقد سلك المشرع الفرنسي مسلك غالبية التشريعات حيث رسم طريقا واحدا للطعن على أحكام التحكيم الدولية وهو الطعن بالبطالان⁽³⁾ وهو ما سلكته غالبية تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي⁽⁴⁾ بخلاف المشرع القطري الذي أجازته بشروط⁽⁵⁾

(1) أنظر: المادة 19 من نظام التحكيم السعودي، المادة 208 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، المادة 1/187 من قانون المرافعات الكويتي، المادة 2/54 من قانون التحكيم المصري، المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(2) نصت المادة 1489 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

" La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties."

ونصت المادة 1/1490 على :

" L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence".

(3) نصت المادة 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

"La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation"

(4) أنظر: المادة 186 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، المادة 52 من قانون التحكيم العماني، فيما لم تنص باقي قوانين دول مجلس التعاون الخليجي عن إمكانية استئناف حكم التحكيم.

(5) نصت المادة 205 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري على أن: "أحكام المحكمين يجوز استئنافها طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وذلك خلال خمسة عشر يوماً من إيداع أصل الحكم قلم كتاب المحكمة ويرفع الاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة، ومع ذلك لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف إذا كان المحكومون مفوضين بالصلح أو كانوا محكمين في الاستئناف أو كان الخصوم قد نزلوا صراحة عن حق الاستئناف".

وكذا القانون المصري⁽¹⁾، بينما أجاز قانون التحكيم الجزائري إمكانية الاستئناف في التحكيم الوطني⁽²⁾ في حين لم يجزه في التحكيم الدولي⁽³⁾، ويلاحظ عدم إمكانية الطعن بأي طريق في حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، حيث لم تشر المواد المنظمة لطرق الطعن، لإمكانية الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، اقتداء بالمشرع الفرنسي، وذلك مرده تحديد طريق واحد ووحيد لمراجعة القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، وهو استئناف الأمر القضائي الذي يمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من أن الاستئناف يمثل ضماناً هامة للمتقاضين، ويتيح إجراء رقابة فعالة على حكم التحكيم، إلا أننا نرى ضرورة استبعاده من طرق الطعن في المقررة في أحكام تحكيم العقود الإدارية، ذلك أن استئناف أحكام التحكيم تنطوي على سلبات تنعكس مباشرة على الهدف الرئيسي الذي يسعى التحكيم إلى تحقيقه وهو سرعة الفصل في المنازعات، كما أنه يتعارض وإرادة الأطراف في استبعاد القضاء الرسمي للدولة من نظر المنازعة، وعلى اعتبار أن فكرة الاستئناف تجده مهدداً في القانون الفرنسي إلا أن هذا الأخير قد تخلى عليها⁽⁵⁾.

(1) نصت المادة 1/52 من قانون التحكيم المصري على: "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون المطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

(2) نصت المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم".

(3) نظمت المواد من 1055 إلى 1061 من قانون الإجراءات الإدارية الجزائري طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولية، حيث أقر المشرع الجزائري إمكانية الاستئناف ضد الأمر الصادر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها والقاضي برفض الاعتراف أو برفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، بينما لم تتم الإشارة إلى استئناف أحكام التحكيم في حد ذاتها.

(4) الأحذب (عبد الحميد)، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، ملحق الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 154.

(5) تجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 48-2011 بتاريخ 13 يناير 2011 والذي قام بتحديث الإطار التنظيمي لقانون التحكيم الفرنسي من خلال تعديل المواد 1442-1527 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قد قام بقلب القاعدة التي كانت سارية، حيث كان اللجوء إلى الاستئناف هو الأصل بشرط عدم تنازل طرفي التحكيم عن ذلك، في حين نصت المادة 1489 من القانون الجديد على أن الحكم التحكيمي غير قابل للإستئناف، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ثانيا الطعن بالبطلان.

إن غالبية القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية قد رسمت طريقا واحدا للطعن على أحكام التحكيم الدولية أمام القضاء وهو الطعن بالبطلان⁽¹⁾، وقد نظمت المواد من 1491-1493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي طريق الطعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم الوطنية، حيث نصت المادة 1491 على أن طريق الطعن بالبطلان مفتوح أمام الأطراف إلا في حالة اتفاقهم مسبقا على اللجوء للاستئناف⁽²⁾، في حين حددت المادة 1492 شروط اللجوء إلى الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الوطنية⁽³⁾.

وبخصوص أحكام التحكيم الدولية والتي قسمها المشرع الفرنسي حسب مكان إصدارها إلى قسمين، الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في فرنسا والأحكام الصادرة خارج فرنسا فقد وحد وسائل الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في فرنسا في طريق واحد وهو طريق الطعن بالبطلان⁽⁴⁾، فيما منع إمكانية الطعن بأي وسيلة ضد أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج فرنسا، ويمكن فقط استئناف الحكم الصادر برفض الاعتراف أو رفض تنفيذ

(1) محي الدين مصطفى (علاء)، مرجع سابق، ص 379.

(2) نصت المادة 1491 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

"La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties".

(3) نصت المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

"Le recours en annulation n'est ouvert que si:

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou

5° La sentence est contraire à l'ordre public ou

6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.

(4) نظمتها المواد من 1518-1524 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ونصت المادة 1518 على:

"La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation"

حكم التحكيم الدولي⁽¹⁾.

في حين لم يعتد المشرع الجزائري بطريق الطعن بالبطلان في الاحكام التحكيمية الوطنية، وكذا الدولية الصادرة بالخارج، فقد سمح بها على سبيل الحصر في الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر وفق شروط معينة، حيث نصت المادة 1058 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، ونصت المادة 1056 على ما يلي:

" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

- 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،
- 2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،
- 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،
- 4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،
- 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

أما دول مجلس التعاون الخليجي فقد أخذت غالبيتها بهذا الطريق⁽²⁾، وكذا المشرع المصري حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون التحكيم على أنه: "يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين"، ونصت المادة 53 على:

(1) نصت المادة 1523 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على:

"La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale international rendue en France est susceptible d'appel"

(2) أنظر: المادة 3/186 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة 207 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، المادة 2/52 من قانون التحكيم العماني، المادة 34 من قانون التحكيم البحريني.

1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يوجد إتفاق تحكيم أو كان هذا الإتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بإنتهاء مدته.

(ب) إذا كان أحد طرفي إتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

(ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين.

(و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

(ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

2- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ثالثاً: اعتراض الغير.

يعد هذا الطريق من طرق الطعن غير العادية، وبمقتضاه يجوز أن يقدم كل شخص لم يكن طرفاً في الخصومة اعتراضاً على الحكم الصادر والذي يعرضه للضرر⁽¹⁾، وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الطريق بخصوص أحكام التحكيم الوطنية في المادة 1501 من قانون الاجراءات

(1) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص574.

المدنية⁽¹⁾، كما أخذ بهذا الاتجاه التشريع الجزائري في الطعن على أحكام التحكيم الوطنية حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 1032 على: " يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم " ولكنه لم يأخذ به في الطعن على أحكام التحكيم الدولية.

غير أن المشرع المصري وكذا دول مجلس التعاون الخليجي، لم يأخذوا بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وهو الاتجاه الذي نؤيده، حيث لا نرى مجالاً لتطبيقه في منازعات العقود الادارية، مرجع ذلك أن ذاتية نظام التحكيم في العقود الادارية لا تتطلب تنوع طرق الطعن في الاحكام الصادرة في ظله بطريقة قد تشمل من فاعليته، أضف إلى ذلك أن هذه الوسيلة تعطي صلاحيات لمحكمة قضائية تابعة للدولة بالنظر في أساس النزاع، وهو الأمر الذي يرغب الأطراف في التحكيم الدولي منذ البداية تجنبه.

رابعاً: إلتماس إعادة النظر.

أجاز المشرع الفرنسي في المادة 1502⁽²⁾ من قانون الإجراءات المدنية طريق الطعن في أحكام التحكيم الوطنية بالتماس إعادة النظر، وباستقراء نصوص قوانين التحكيم لدول مجلس

(1) نصت المادة 1501 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

"La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588"

ونصت المادة 588 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

"La tierce opposition incidente à une contestation dont est saisie une juridiction est tranchée par cette dernière si elle est de degré supérieur à celle qui a rendu le jugement ou si, étant d'égal degré, aucune règle de compétence d'ordre public n'y fait obstacle. La tierce opposition est alors formée de la même manière que les demandes incidentes.

Dans les autres cas, la tierce opposition incidente est portée, par voie de demande principale, devant la juridiction qui a rendu le jugement".

(2) نصت المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

"Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603".

التعاون الخليجي وكذا التشريع المصري والجزائري يتبين عدم أخذهم بهذا الطريق من طرق الطعن، على الرغم من أن التماس إعادة النظر يعد ضمانات هامة ضد كل حكم يصدر بناء على غش أو تزوير⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن القانون الفرنسي لم يأخذ بطريق الطعن بالنقض وكذا المعارضة في أحكام التحكيم الوطنية، وذلك بموجب نص صريح في المادة 1503 من قانون الإجراءات المدنية⁽²⁾.

الفقرة الثانية: تنفيذ الحكم التحكيمي.

يجوز الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي فيه، ولكن هذه الحجية وحدها غير كافية فلا بد من تدخل القاضي الوطني لإعطاء القوة التنفيذية لأحكام التحكيم، عن طريق إصدار الأمر بالتنفيذ، ولزم علينا بهذا الخصوص التمييز بين تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية:

أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.

طبقاً لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي فإن الحكم التحكيمي لا بد أن يحوز الصيغة التنفيذية من قبل القضاء الوطني، وعلى طالب التنفيذ أن يودع أصل حكم التحكيم مرفقاً بنسخة من اتفاق التحكيم قلم المحكمة الابتدائية، التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم، وفي حالة رفض منح الصيغة التنفيذية فينبغي على القاضي أن يعطي الأسباب المبررة

(1) عباس وليد (محمد)، مرجع سابق، ص 579.

(2) نصت المادة 1503 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على:

"La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition et de pourvoi en cassation".

لهذا الرفض⁽¹⁾، كما أن اشتراط اللجوء إلى القاضي الوطني من أجل استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم هو أمر أجمعت عليه كافة تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي⁽²⁾، وكذا المشرع المصري⁽³⁾ والجزائري⁽⁴⁾.

ثانيا: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

نصت المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على ما يلي: "تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب فيه التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

(1) نصت المادة 1487 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على :

"La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue.

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire".

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues à l'alinéa précédent.

(2) أنظر: المادة 215 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات، المادة 185 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، المادة 204 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، المادة 35 من قانون التحكيم البحريني، المادة 53 من نظام التحكيم السعودي، المادة 56 من قانون التحكيم العماني.

(3) نصت المادة 56 من قانون التحكيم المصري على: " يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضاها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي:

1- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

2- صورة من إتفاق التحكيم.

3- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.

4- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة 47 من هذا القانون.

(4) نصت المادة 1/1035 من قانون الاحراءات المدنية والادارية الجزائري على ما يلي: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل".

وقد نظم المشرع الفرنسي أوضاع تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في المواد من 1514-1517⁽¹⁾، ووفقاً لهذه النصوص فقد وضع المشرع الفرنسي بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة تلك الأحكام، فيجب أن لا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام، ويجب اثبات صدور الحكم عن طريق تقديم الأصل مرفقاً به اتفاق التحكيم⁽²⁾، وبالنظر لنص المادة 1525 فقد أجاز القانون الفرنسي استئناف القرار الصادر برفض الاعتراف بحكم التحكيم أمام محكمة الاستئناف التي يقع في نطاقها القاضي الذي أصدر القرار خلال شهر من تاريخ إعلان القرار⁽³⁾.

وقد أعطى المشرع المصري أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي فيه فنصت المادة 55 من قانون التحكيم على: "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"، فيما حددت المادة 58 شروط تنفيذ حكم التحكيم⁽⁴⁾. أما المشرع الجزائري فلم يفرق بين تنفيذ الأحكام التحكيمية

(1) نصت المادة 1514 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على ما يلي:

"Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international".

(2) نصت المادة 1515 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على ما يلي:

" L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité."

(3) نصت المادة 1525 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على ما يلي:

"La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel."

(4) نصت المادة 58 من قانون التحكيم المصري على:

1- لا يقبل تنفيذ حكم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

2- لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يأتي:

(أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

(ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

3- ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة 9 من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

الأجنبية وتنفيذ الأحكام التحكيمية الوطنية حيث أحالت المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، سريان التنفيذ إلى المواد التي نظمت تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية⁽¹⁾.

(1) نصت المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: "تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي."

الخاتمة

ماذا يعني أن قوانين التحكيم العربية في البلدان العربية باستثناء بلدين (العراق وليبيا) قد تغيّرت كلها منذ سنة 1983، السعودية، لبنان، اليمن، البحرين، الامارات، قطر، الكويت، تونس، الجزائر، مصر، سلطنة عمان، الاردن، والآن سوريا، المغرب وفي اليمن يدرسون مشروع قانون جديد؟

ماذا يعني أن غالبية البلدان العربية انضمت الى معاهدة نيويورك كذلك الى معاهدة الاكسيد(1)؟

ماذا يعني أن مراكز التحكيم في البلدان العربية تتكاثر من مركز تحكيم القاهرة الى مركز الرباط الى مركز بيروت الى مركز الدول الخليجية في البحرين الى مركز دبي؟ كل هذه مؤشرات تعلن أن العالم العربي دخل عصر التحكيم من أبوابه الواسعة، وأن الفكر القانوني العربي لم يتخلف عن ركب التطور.. التحكيم هو قانون المستقبل وقضاء المستقبل.

النتائج التي تم التوصل إليها:

توصلنا إلى أن العقد الإداري هو العقد الذي يكون طرفه شخصاً عاماً، ويتصل بمرفق عام، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في إطار القانون الخاص، وهي الأركان الأساسية التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود، فالعنصر الأول في تمييز العقود الإدارية هو كون الإدارة

(1) الدول العربية المنضمة الى معاهدة نيويورك هي: الجزائر، البحرين، مصر، الاردن، الكويت، لبنان، المغرب، سلطنة عمان، قطر، السعودية، سوريا، تونس، الامارات العربية.
أما الدول المنضمة الى معاهدة الاكسيد فهي: الجزائر، البحرين، مصر، الاردن، الكويت، لبنان، المغرب، سلطنة عمان، السعودية، السودان، سوريا، تونس، الامارات العربية، اليمن.

طرفا فيها وهو لا يتأتى إلا إذا أبرمته الإدارة بوصفها سلطة عامة، والعنصر الثاني هو اتصال العقد بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه، أما العنصر الثالث وهو الشروط غير المألوفة التي تحتويها العقود الإدارية، والتي لا يمكن حصرها لكن يمكن ردها إلى شروط لها طابع السلطة العامة والتي قد تتضمن امتيازات للإدارة في مقابل الطرف المتعاقد معها، وشروط ترتبط بمبادئ القانون العام والتي تمثل وضعاً غير مألوف في عقود القانون الخاص.

كما استنتجنا أن العقود الإدارية قد تأخذ عدة صور ودرسنا أهم هذه الصور، منها عقد إلتزام المرفق العام (عقد الإمتياز) وهو عقد الغرض منه إدارة مرفق عام بخلاف عقد الأشغال العامة الذي يتعلق بأعمال البناء أو ترميم أو صيانة عقار، وكذلك عقد التوريد حيث يتعلق موضوعه بتوريد منقولات تحتاجها الإدارة لمباشرة أعمالها، وتناولنا العقود الإدارية الحديثة والتي تعرف بالعقود المركبة أو عقود البوت B.O.T التي تنفرع إلى عدة فروع، أهمها عقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T وعقود البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T وعقود الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.B.O.T.

كما تطرقنا إلى مختلف تعريفات التحكيم سواء في اللغة والاصطلاح وفي الفقه والقانون المقارن وفي بعض أحكام القضاء، وأجمعت كلها على أن التحكيم هو اتفاق وطريقة وأسلوب لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع معين عن طريق أفراد عاديين يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلا من فصلها عن طريق القضاء المختص.

وفي تبياننا لصور التحكيم قسمناه من حيث تنظيمه إلى حر ومؤسسي، ومن حيث مدى تقيد المحكم بقواعد القانون الساري في بلد التحكيم إلى تحكيم طليق وتحكيم بالقانون، وبالنظر إلى معيار دوليته فنجد تحكيم داخلي وتحكيم دولي .

ومن ثم خضنا في مزايا التحكيم من قلة للشكلية وسرعة في الفصل في النزاعات المعروضة، إلى جانب نهائية الحكم التحكيمي والسرية التي تعد إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة ذات السمعة العالمية، خاصة في المنازعات المتعلقة بنقل التكنولوجيا وما يتعلق أيضا بالملكية الفكرية، كذلك الحرية في انتقاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع القائم بينهم، ممن لديهم الخبرة الكافية والمهارة المتميزة والتكوين المهني والتخصص في نوع النزاع كما أن التحكيم يحافظ على العلاقة بين أطراف النزاع ويوفر لأطراف المنازعة الثقة والطمأنينة والرضا بالحكم الصادر من المحكمين، حيث أنهم قد اختاروا من يثقون في حكمهم.

كما تطرقنا في السياق ذاته إلى عيوب التحكيم والتي أهمها التكلفة المادية الباهضة، فيرى البعض أن مراكز التحكيم أصبحت مكلفة للغاية، وتوصف غرفة التجارة الدولية بأنها أسوأ الجهات التي يمكن أن يتم فيها التحكيم، فقد أصبحت تستغل التحكيم لأغراض ربحية بحتة، وهناك من يرى أن التحكيم ليس إلا آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي يستخدمها لضمان زيادة وزعامة دول الشمال المتقدم على الدول النامية واستمرار تبعيتها الاقتصادية لها، وهناك أيضا من يطعن في حياد وموضوعية بعض المحكمين، وهو ما أثبتته الواقع في عدة نزاعات منها النزاع الذي أثارته قضية أرامكو وقضية تكساكو .

وتناولنا بعد ذلك وفي صلب الموضوع (التحكيم في منازعات العقود الإدارية)، حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأفردنا موقف التشريعات من اللجوء إليه وخصصنا التشريع الفرنسي لما له من أثر بالغ في تأسيس القانون الإداري.

ورأينا أن القانون الفرنسي تبنى في بداية الأمر موقفا عدائيا بصدد إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، ولكنه بعد ذلك أجاز استثناء لبعض الجهات الحكومية الفرنسية، فض منازعات عقودها الإدارية بطريق التحكيم، لعل أهمها قانون رقم 86/972 الصادر في 19 أوت 1986 المشهور باسم قانون أوروديزني.

وعلى غرار التشريع الفرنسي كان التشريع المصري قد أصدر عدة قوانين لم تكن واضحة في تحديدها لجواز التحكيم في العقود الإدارية من عدمه، ومنها قانون التحكيم رقم 27 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 والذي لاقت مادته الأولى خلافا حادا بين الفقهاء، وإزاء ذلك ارتأى المشرع المصري التدخل بتعديل تشريعي ينص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية، وكان ذلك بالقانون رقم 9 الصادر بتاريخ 13 ماي 1997.

ثم تناولنا موقف بعض التشريعات العربية من التحكيم في العقود الإدارية ومنها التشريع التونسي الذي أجاز فقط التحكيم الدولي، ولم يجز للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية استعمال التحكيم الداخلي.

أما التشريع الجزائري فقد أضاف بالقانون رقم 09 - 08 لسنة 2008 مجالا آخر للدولة والأشخاص العامة، بالإضافة إلى جانب العلاقات الاقتصادية الدولية فلها أن تطلب التحكيم في مجال الصفقات العمومية، فأصبحت هناك إمكانية التحكيم الدولي والداخلي.

أما التشريع المغربي فقد فتح بالقانون رقم 05/08 لسنة 2005 الباب على مصراعيه للتحكيم الإداري الداخلي والدولي دون وضع شروط أو قيود كالتالي وضعها القانون الجزائري أو التونسي.

ولم يكن موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية يبعيد عن موقف التشريعات، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي دائما حريص على عدم سلب اختصاصاته بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وكان يسعى دائما لإبطال شرط التحكيم فيها إذا لم يكن له سند تشريعي، في حين كان الخلاف واضحا في أحكام القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية بين الإجازة والرفض إلى حين صدور قانون التحكيم رقم 9 لسنة 1997.

وانقسم فقهاء القانون بين مؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ومعارض لها ولكل أسانيد وحججه، فيرى الاتجاه المعارض أن التحكيم يمس بسيادة الدولة ويصطدم بمبدأ الحصانة القضائية كما أنه ينطوي على سلب للاختصاص القضائي وهو مخالف للنظام العام.

في حين يرى الإتجاه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بالإضافة إلى عدم وجود نص يمنع من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية أن هناك مقتضيات ضرورية تدفع للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كما أن للتحكيم مزايا عديدة لا يمكن تجاهلها.

ورأينا أيضا تنظيم التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الاتفاقيات الإقليمية والدولية، ومنها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى لعام 1974، اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، اتفاقية نيويورك المبرمة في عام 1958 وأخيرا اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى المبرمة في عام 1965.

وفي الأخير تطرقنا إلى التنظيم الإجرائي للتحكيم في العقود الإدارية، فرأينا مدى الحرية التي تمنحها التشريعات للأطراف في إطار تشكيل هيئة التحكيم مع وجوب توفر بعض الشروط في المحكم من أهلية واستقلال وحيدة ووترية عدد أعضاء هيئة التحكيم، ورأينا ضرورة العمل على استبعاد المحكمين الأجانب من نظر المنازعة إذا تعلق الأمر بعقد إداري أطرافه وطنية.

ورأينا أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد إجراءات التحكيم، وبانتهاء نظر الدعوى التحكيمية تصل اجراءات التحكيم إلى منتهاها، ويتم إصدار الحكم التحكيمي الذي يخضع للرقابة القضائية قبل إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، فقد يخضع للإستئناف أو اعتراض الغير أو التماس إعادة النظر، غير أن أغلب التشريعات قد أجمعت على رسم طريق واحد للطعن على أحكام التحكيم الدولية وهو الطعن بالبطلان، وفي حالة تجاوز هذه المراحل يأتي تنفيذ الحكم التحكيمي عن طريق إصدار الأمر بالتنفيذ من القاضي الوطني.

التوصيات

يجب أولاً أن نتفق على أمر أساسي ألا وهو جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ذلك أن التحكيم أصبح من المقتضيات الضرورية لتشجيع وجذب الإستثمار، كما أن توجه العالمي أصبح نحو التحكيم بدل القضاء فلا يمكن للدولة العيش في معزل عن العالم، فهو اتجاه لا بد منه شاءت الدولة أم أبت، فقد رأينا أن إصدار التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم أصبح أمراً مفروضاً على الدول النامية وإلا وجدت نفسها محرومة من المعونات الدولية، ومن مؤازرة المؤسسات الدولية المنوط بها مساعدة هذه الدول كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي وكافة الوكالات التابعة للأمم المتحدة، وعليه لا بد من ضبط شروط التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما يضمن حقوق الدول النامية التي غالباً ما تكون الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.

وضبط هذه الشروط لا يجب أن يكون شديداً لكي لا يعرقل سيرورة نشاطها الإقتصادي خاصة مع البيروقراطية المتعارف عليها في هذه الدول، كما أنه لا يجب أن يكون متساهلاً بصورة تدع المجال للشركات متعددة الجنسيات استغلال موارد الدولة، ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية، حتى أصبح بعضهم يفتعل المشاكل من أجل اللجوء إلى التحكيم، فالتعويض الذي سيتلقاه يعد أضعاف المبلغ المحصل عليه من خلال العقد ذاته، حيث رأينا على المستوى العملي أن القضايا المتعلقة بالدول النامية، يندر أن ينتهي الحال من الناحية الواقعية على حكم عادل بالنسبة لها.

وعليه نوجه التوصيات التالية:

- 1- فصل قانون التحكيم عن القوانين الأخرى (كقانون الإجراءات المدنية في الجزائر) وتفريد تقنين خاص به مع تقسيمه لباب خاص بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية.
- 2- ضرورة النص الصريح على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك لتفادي الخلافات الفقهية والقضائية كما حدث في قانون التحكيم المصري.

3- النص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية دون استثناء لبعض العقود.

4- إفساح المجال للتحكيم أمام كافة الأشخاص المعنوية العامة وفي جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم التعاقدية.

5- فتح المجال أمام التحكيم الداخلي والدولي دون تحديد حيز معين (كحصر التحكيم الداخلي في مجال الصفقات العمومية حسب القانون الجزائري والإقتداء بالتشريع المغربي في هذا المجال).

6- الاقتداء بالمشرع القطري في إدراج عبارة "مع استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد" هذه العبارة تعد ضمانا مهمة وهي استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد رغم المنازعة، وذلك من أجل دوام السير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد.

7- الإحاطة بالضمانات الكافية تناسبا مع أهمية موضوع العقد. بمعنى أن بعض العقود الإدارية خاصة تلك التي تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعية أو عقود الإمتياز المتعلقة بها وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا وغيرها من العقود التي تتصل بالمصالح العليا للدولة، يجدر إحاطتها بضمانات أكثر تعزز من قدرة الدولة كطرف أساسي في هذه العقود، ومن هذه الضمانات اشتراط صدور قرار من مجلس الوزراء. أما العقود الإدارية الأخرى فتكفي مصادقة (وليس موافقة أو مبادرة) الوزير المختص ودون السماح بالتفويض من أجل حصر المسؤولية السياسية وذلك عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص بصورة تمس المصالح العليا للدولة، كما أن حصر رئاسة لجنة التحكيم لمستشار من مجلس الدولة (وهو ما نص عليه التشريع السوري) أمر يتنافى وطبيعة التحكيم الذي يعتبر الحياد من أهم مميزاته.

وللإجابة عن الإشكالية الأساسية للبحث وهي " كيفية تحقيق التوازن القانوني في نظام التحكيم بين متعاقد غالبا ما يكون مستثمرا أجنبي يسعى لتحقيق أعلى نسبة من الأرباح وبين دولة غالبا ما تكون نامية تتخلى عن كل امتيازاتها سعيا منها لتحقيق التنمية الاقتصادية، هذا التوازن لا يحققه إلا تقنين محكم ينظم التحكيم في العقود الإدارية، وعليه لابد من إعداد قانون يكفل التوازن في هذه المعادلة الصعبة"، وكنتيجة عامة للبحث نورد أدناه مقترح مشروع مادتين⁽¹⁾ تنظمان عملية التحكيم في العقود الإدارية، بحيث تجيز المادة الأولى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فيما تحدد المادة الثانية السلطة المختصة بالمصادقة على إدراج شرط أو مشاركة التحكيم، مع إحاطة بعض العقود الخاصة بضمانات كافية، ونقترح الصياغة التالية:

المادة 1 :

يجوز للدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو أي شخص معنوي عام أن يلجأ إلى التحكيم سواء الداخلي أو الدولي من أجل تسوية كافة

(1) تم الشروع في إعداد قانون التحكيم الموحد لدول الخليج العربي يعمل على توحيد كافة النظم الخليجية في اتباع اجراءات موحدة للتحكيم حيث نص في الفقرة الثانية من المادة الاولى على التحكيم في منازعات العقود الإدارية: المادة الاولى:

مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في دول مجلس التعاون الخليجي تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في دول مجلس التعاون الخليجي، أو أي تحكيم دولي يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية أو المسائل المدنية والتجارية المترتبة على صدور القرارات الإدارية من الشخص الاعتباري العام يكون الاتفاق على التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص أو من يفوضه في ذلك ما عدا ما استثني منها بنص خاص.

كما لا يمس هذا القانون أي قانون آخر في دول المجلس لا يجيز تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم، أو لا يجيز عرض منازعات معينة على التحكيم إلا وفقا لأحكام مختلفة عن أحكام هذا القانون."

المنازعات الناشئة عن عقد أبرمه مع ضرورة استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الواردة في هذا العقد.

المادة 2 :

أ) في العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها والمتعلقة على سبيل الحصر بالمواضيع التالية:

- عقود استغلال الموارد الطبيعية.
- عقود إمتياز البترول.
- عقود التنمية الإقتصادية.
- عقود البنى التحتية الأساسية⁽¹⁾.
- عقود نقل التكنولوجيا .

يتم إدراج شرط التحكيم أو اللجوء إليه عن طريق المشاركة بقرار صادر من مجلس الوزراء.

ب) في باقي العقود بخلاف المنصوص عليها في الفقرة (أ) أعلاه والتي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها يتم إدراج شرط التحكيم أو اللجوء إليه عن طريق المشاركة بعد مصادقة الوزير المختص ولا يجوز التفويض في ذلك.

ج) يتم إدراج شرط التحكيم أو اللجوء إليه عن طريق المشاركة في العقود التي تبرمها الولاية أو البلدية بعد مصادقة الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي.

د) يتم إدراج شرط التحكيم أو اللجوء إليه عن طريق المشاركة في العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية بعد مصادقة ممثلها القانوني.

تم بحمد الله

(1) مشروعات البنية الأساسية هي تلك المشروعات المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساسا ومن أمثلتها: المطارات، الطرق، محطات الكهرباء والطاقة، الأنفاق، السكك الحديدية.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

القرآن الكريم

أ) الكتب:

1) الكتب العامة:

- ابن فارس أبو الحسين (أحمد)، معجم مقاييس اللغة، ط1، بيروت، دار الجيل، المجلد الرابع، 1991.
- ابن منظور جمال الدين (محمد)، لسان العرب، ط1، بيروت، دار صادر، الجزء 3 والجزء 12.
- ابن نجيم بن إبراهيم (زين الدين)، البحر الرائق، ط2، بيروت، دار المعرفة، 1413هـ، الجزء 7.
- الأصفهاني (الراغب)، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، تحقيق صفوت عدنان داوودي، ط2 دمشق، دار القلم والدار الشامية، 1418هـ.
- الزمخشري أبو القاسم (محمود)، أساس البلاغة، تحقيق: محمود محمد شاكر، القاهرة، مطبعة المدني، 1991.
- الفارابي أبو إبراهيم (إسحاق)، ديوان الأدب، ط1، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، 2003.
- المرادوي أبو الحسين (علاء الدين)، التنقيح المشبع لتحرير أحكام المقنع، القاهرة، دار العروبة، 1381هـ.
- المواق أبو عبد الله (محمد)، التاج والإكليل، ليبيا، مكتبة النجاح، 1329هـ، الجزء 6.

- النووي أبو زكريا (محي الدين)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، دار المعرفة.
- حسان (الجيلاني) وسلاطنية (بلقاسم)، المناهج الأساسية في البحوث الإجتماعية، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012.
- مختار عمر (أحمد)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، القاهرة، عالم الكتب، 2008، المجلد الأول.

2) الكتب المتخصصة:

- اسماعيل عبد المجيد (محمد)، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- الأحذب (عبد الحميد)، موسوعة التحكيم-التحكيم الدولي، ط3، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الكتاب الثاني، 2008.
- الأحذب (عبد الحميد)، موسوعة التحكيم-التحكيم في البلدان العربية، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ملحق الكتاب الأول، 2009.
- الأشعل (عبد الله)، مصر ومنازعات التحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، مؤسسة الطوبجي، 2004-2005.
- التحيوي السيد (محمود)، إتجاه الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، ط1، القاهرة، دار الفكر الجامعي، 2007.
- الحداد السيد (حفيظة)، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون واجب التطبيق، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2001.
- الحداد السيد (حفيظة)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعة، 2007.

- الحلو راغب (ماجد)، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، **2009**.
- الطماوي سليمان (علي)، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، **2013**.
- الطماوي سليمان (محمد)، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، القاهرة، مطبعة عين شمس، **1991م**.
- الطماوي سليمان (محمد)، مبادئ القانون الإداري، ط10، القاهرة، دار الفكر العربي، الكتاب الثالث، **1979**.
- العصار محمد (يسري)، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، القاهرة، دار النهضة العربية، **2010**.
- القاضي محمد (خالد)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، دار الشروق، **2002**.
- المنجي (ابراهيم)، عقد نقل التكنولوجيا، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف، **2002**.
- أوهاب (نذير)، نظرية العقود الإدارية، السعودية، مركز البحوث، **2006**.
- ترك عبد الفتاح (محمد)، شرط التحكيم بالإحالة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، **2006**.
- حلمي (محمود)، العقد الإداري، ط2، القاهرة، دار الفكر العربي، **1977**.
- خليفة عبد المنعم (عبد العزيز)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، القاهرة، دار الكتب القانونية، **2006**.
- زيدان (علي الدين) والسيد (محمد)، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، القاهرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، الجزء الرابع: نظرية العقود الإدارية، **2005**.

- سلامة (محمود)، الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، ط1، القاهرة، دار مصر للموسوعات القانونية، المجلد الأول.
- طلبة (أنور)، مجموع المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض، القاهرة، دار الكتب القانونية، الجزء 12، 2004.
- عباس وليد (محمد)، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- عبد الصادق محمد (أحمد)، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط1، القاهرة، دار الكتب المصرية، 2008.
- عبد القادر (ناريمان)، اتفاق التحكيم، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.
- عز الدين يوسف (وائل)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010.
- عشوش عبد الحميد (أحمد) و الهواري أمين (أحمد)، دروس في التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية ، 1987.
- عكاشة ياسين (حمدي)، العقود الإدارية في التطبيق العملي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998.
- عليوش قربوع (كمال)، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط3، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- عمر (سعد الله)، قانون التجارة الدولية، ط1، الجزائر، دار هومة، 2007.
- قادري (عبد العزيز)، الإستثمارات الدولية، ط2، الجزائر، دار هومة، 2006.
- متولي (محمدي)، مبادئ القضاء المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1996.
- محي الدين مصطفى (علاء)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2008.

- مخلوف (أحمد)، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، القاهرة، ط2، دار النهضة العربية، 2005.
- مطاوع حسان (أحمد)، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.
- معوض (عبد التواب)، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1997.
- موسى إبراهيم (عبد الغفار)، موسوعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، دار الكتب القانونية، القاهرة، الجزء الثاني، 2001.
- نصار جاد (جابر)، العقود الإدارية، ط3، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.
- هشام (خالد)، التحكيم التجاري الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007.

ب) الدوريات والمجلات:

- مجلة التحكيم، العدد 1، كانون الثاني (يناير) 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- مجلة التحكيم، العدد 2، نيسان (أبريل) 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- مجلة التحكيم، العدد 3، تموز (يوليو) 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- مجلة التحكيم، العدد 12، تشرين الأول أكتوبر 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- مجلة التحكيم، العدد 13، يناير 2012، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- مجلة التحكيم، العدد 16، تشرين الأول أكتوبر 2012، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

ج) الرسائل والأطروحات:

- الخضير بن عبدالله (خالد)، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، القاهرة، جامعة الأزهر، 2009.
- سالم إبراهيم (علي)، ولاية القضاء والتحكيم، رسالة دكتوراه، القاهرة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 1997.
- مرغني علي (شمس)، التحكيم في منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، القاهرة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 1973.

د) الأبحاث والمقالات:

- الأحذب (عبد الحميد)، قانون التحكيم الجزائري الجديد، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 2، نيسان (أفريل) 2009.
- الزيد غنيم (ناصر)، تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 2000/412 إداري الصادر من الدائرة التجارية بجلسة 2000/12/04 والمتعلق بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بدولة الكويت، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 16، تشرين الأول أكتوبر 2012.
- السعيدي (عبد الله)، تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الاستئناف رقم 369 لسنة 8 ق.س بتاريخ 5 يناير 2009، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 2.

- المهدي أمين (محمد) وفوزي عبد الباري (محمود)، الدعوى ببطالان شرط التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 13، يناير

2012.

- دويب صابر (حسين)؛ التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي بأبوظبي-الإمارات

العربية المتحدة، **2008.**

- مصباحي (عبد الرحمان)، تعليق على قانون التحكيم المغربي الجديد رقم 05-08، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 03، تموز (يوليو) 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

- نعيمة (فوزي)، التحكيم التجاري الدولي ودوره في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد 12،

أكتوبر **2011.**

هـ) المواقع الإلكترونية

- موقع غرفة التجارة الدولية <http://www.iccwbo.org>
- موقع المركز الدولي لمنازعات الاستثمار <http://www.worldbank.org>
- موقع المركز الدولي التابع لجمعية التحكيم الأمريكي <http://www.adr.org>
- موقع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي <http://www.crcica.org.eg>
- موقع مركز تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية <http://www.arbiter.wipo.int>
- موقع مركز التحكيم للغرفة التجارية لستوكهولم <http://www.chamber.se>
- موقع اتفاقية نيويورك **1958** <http://www.newyorkconvention.org>
- موقع أمانة الأونسيترال <http://www.uncitral.org>

و) الإجتهاادات القضاائية:

- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13 ديسمبر 1957 في قضية الشركة الوطنية "S.N.V.S" ضد شركة "TANGER".
- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1950/12/26 في قضية "HOSPICES DE MARSEILLE".
- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 06 مارس 1986 في قضية الحكومة الفرنسية و شركة "DISNEY LAND" لإنشاء مدينة ملاهي "EURO DISNEY".
- حكم محكمة "AIX-EN-PROVENCE" الفرنسية بتاريخ 05 ماي 1959 في قضية المؤسسة العامة الفرنسية "O.N.I.C" والسيد "SAN CARLO".
- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 5429 لسنة 43 ق بتاريخ 01/20/1991 في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي.
- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الدعوى رقم 476 لسنة 39 ق، جلسة 1976/05/18 في قضية شركة المقاولون العرب وشركة التصميم والإنشاء.
- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري رقم 339/1/54، بتاريخ 1996/12/18 في قضية المجلس الأعلى المصري للآثار وشركة جلتسير سلفرنايت.

أ) الكتب:

- DE LAUBADERE.(A) & MODERNE.(F) & DELVOLVE.(P), Traité des-contrats administratifs, Paris, LGDJ, 2^{em}édition, Tome2, 1984.
- JEAN.(R), L'arbitrage-Droit International privé, paris, Dalloz, 6^{em} édition, 1993.
- KRINGS.(M), L'arbitrage en droit public, JCP, 2007.
- LAFERRIERER.(E), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, paris, berger-levrault, 2^{em}édition, 1896 .
- PASCAL.(M), La Décentralisation Administrative, Genève, librairie Droz, 1985.
- PATRIKIOS.(A), L'arbitrage en matière administrative, Paris, LGDJ, 1997.
- PHILIPPE.(F), EMMANUEL.(G), BERTHOLD.(G), Traité de L'arbitrage commercial international, Paris, édition Litec, 1996.
- YVES.(G), L'arbitrage, Paris, Economica, 1995.

ب) الرسائل والأطروحات :

- SALCEDO.(M), L'arbitrage dans les contrats publics colombiens, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, paris, 2012.
- MAEN.(Q), L'exécution de contrat de vente internationale de marchandises, Thèse de Doctorat, Université De Reims Champagne Ardenne, France, 2007.

ج) الأبحاث والمقالات:

- AUDIT.(M), le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, Revue de l'arbitrage, 2004.
- DUCAROUGE.(F), le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français, Revue française de droit administratif, paris, 1996.
- FOUSSARD.(D), L'arbitrage en droit administratif, Revue de l'arbitrage, 1990.
- FOUSSARD.(D), L'arbitrage en matière administrative, La Revue Des Juristes, Trimestre N°2, Avril 2010.
- JESTIN.(K), Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal-Analyse comparée France-États-Unis, Revue Jurisdoctoria, n°2, 2009.
- WEIL.(P), Problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier, RCADI, III t.28, 1969.

د) المواقع الإلكترونية

- Le site français de la diffusion du droit par internet... <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Le site du conseil d'état français..... <http://www.conseil-etat.fr>

الملاحق

الملحق رقم 1

فهرس القوانين والإتفاقيات والأحكام القضائية الواردة في

البحث

فهرس القوانين الواردة في البحث			
الصفحة	المواد	القانون	الدولة
18	38	قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998	مصر
96	/	قانون المرافعات المختلط لسنة 1875	
98	/	قانون المرافعات الأهلي سنة 1883	
96	/	قانون المرافعات الموحد رقم 77 لسنة 1949	
96	501	قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968	
122	502		
	506		
	507		
96	792	القانون رقم 25 لسنة 1912	
21	61	الدستور المصري	
121	167		
149	151		
97	172		
34	7	القانون رقم 129 لسنة 1947	
35	5		
35	/	القانون رقم 275 لسنة 1956	
32	668	القانون المدني المصري الصادر في 16 جويلية 1948	
37	646		
79	549		
15	89		
40	10	قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972	
131	58		
50	10	قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994	
59	39		
163	25		
163	26		
98	1		
72	28		
72	29		
62	3		
64	9		
165	2/53		

166	2/54	قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994	مصر
167	1/52		
174	55		
173	56		
174	58		
66	45		
160	1/18		
160	3/16		
161	215		
160	1/16		
98	1	قانون رقم 9 لسنة 1997 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994	
98	7	القانون رقم 8 لسنة 1997 المتعلق بضمانات وحوافز الاستثمار	
98	/	القانون رقم 90 لسنة 1971	
132	/	القانون رقم 65 لسنة 1971	
98	8	قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة رقم 43 لسنة 1974	
133	/	القانون رقم 32 لسنة 1977	
133	/	قانون الاستثمار رقم 230 لسنة 1989	
133	/	قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1991	
82	1	قانون رقم 2000/7 بتنظيم عملية التوفيق كوسيلة لحل منازعات العقود الإدارية	
64	من 1025 إلى 1048	قانون الإجراءات المدنية الألماني الصادر في 1986/07/25	ألمانيا
162	1035/ 5	German Arbitration Law 1998	
162	15/6	la loi 60/2003, du 23 décembre, relative à l'arbitrage espagnole	اسبانيا
64	من 1020 إلى 1076	قانون المرافعات الهولندي الصادر في 1986/12/01	هولندا

142	139	الدستور الإيراني الصادر في 15 نوفمبر 1979	إيران
145	14	القانون رقم 26 لسنة 1995 الخاص بالمناطق الحرة	الكويت
145	16	القانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت	
145	15	القانون رقم 7 لسنة 2007 الخاص بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة في شأن نظام أملاك الدولة	
160	174	قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980	
160	178		
173	1/187		
165	182		
173	185		
169	186		
145	/	المرسوم بالقانون رقم 105 لسنة 1980	
61	1492	قانون الإجراءات المدنية الصادر بالمرسوم رقم 81-500 في 1981/05/12	فرنسا
86	13	القانون رقم 16-24 الصادر في أوت 1790	
86	/	قانون 24 ماي 1872	
87	32	مرسوم 31 جويلية 1945	
118	55	الدستور الفرنسي	
86	52		
89	2060	القانون المدني الفرنسي	
80	2044		
80	2045		
91	69	القانون الصادر في 17 أفريل 1906	
138	9	القانون رقم 86/972 الصادر في 19 أوت 1986	
92	7	القانون الصادر في 09 جويلية 1975	
162	1464	المرسوم رقم 48-2011 الصادر في 13 جانفي 2011 والمتعلق بتعديل قانون التحكيم	
168	1492		
52	1442		
168	1491		
170	1501		
171	1502		

172	1503	المرسوم رقم 48-2011 الصادر في 13 جانفي 2011 والمتعلق بتعديل قانون التحكيم	فرنسا
174	1514		
174	1515		
174	1525		
169	1058		
173	1487		
169	1523		
166	1489		
166	1518		
166	1490		
160	1456		
160	1451		
93	/	القانون الصادر في 30 ديسمبر 1982	فرنسا
93	25	القانون رقم 82-1153	
93	/	القانون الصادر في 15 جويلية 1982	
94	28	la Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications	
94	2	Décret n°2000-764 du 1 août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage	
94	523	Code Du Patrimoine	
94	11	l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat	
87	1004	تقنين الإجراءات المدنية القديم الصادر في 1806	
	83		
79	459	القانون المدني الجزائري أمر رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر سنة 1975	
15	54		
110	442	قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966	
111	1	قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413 الموافق لـ 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154	
21	15	الدستور الجزائري	

51	1007	قانون الإجراءات المدنية رقم 09 - 08 مؤرّخ في 25 فبراير سنة 2008	الجزائر
111	1006		
63	1039		
68	7		
160	1014		
160	1016		
169	1056		
163	1043		
167	1033		
171	1032		
173	1035		
175	1054		
161	1017		
66	1018		
112	975		
112	976		
112	800		
80	668	القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002	اليمن
15	127		
51	1	قانون الجمهورية العربية اليمنية رقم 33 لسنة 1981	
160	2/6	قرار جمهوري بالقانون رقم 22 لسنة 1992 بشأن التحكيم	لبنان
58	775	قانون التحكيم اللبناني (قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد)	
143	2	قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008	سوريا
143	66		
52	506	قانون أصول المحاكمات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 في 1953/09/21	
52	739	قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي الصادر في 1954/02/20	ليبيا
160	741		
52	233	قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971	البحرين
161	234	مرسوم بقانون رقم 9 لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي	
169	34		
173	35		

24	2	قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 لسنة 1974	الأمم المتحدة
81	1	قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002	
52	7	قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالصيغة التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران/يونيه 1985، وعدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 تموز/يوليه 2006	
72	20		
160	1/12		
72	22		
82	/	دليل اشتراع واستعمال قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي 2002	
60	3	قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1979	المجلدات
61	/	قانون التحكيم الإنجليزي الجديد 1996/06/16 ألغى التمييز بين التحكيم الوطني والدولي.	
66	7	لائحة مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري	مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري
160	19	قواعد جمعية التحكيم الأمريكية AAA	جمعية التحكيم الأمريكية AAA
66	18	نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس	غرفة التجارة الدولية بباريس
67	28		
69	20		
69	6	القانون الأساسي لهيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس	
161	5/13	قواعد غرفة التجارة الدولية	باريس
160	2/7		
75	4		
75	1		

68	30	نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي (L.C.I.A)	محكمة لندن للتحكيم الدولي
160	2/6	قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار ICSID	المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار ICSID
68	40	قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي	مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي
160	9		
76	43		
	44		
	45		
	48		
72	16		
	17		
109	260	القانون رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993	تونس
110	251		
	7		
160	57		
	1/10		
165	321	قانون المسطرة المدنية رقم 05/08 لسنة 2005	المغرب
114	310		
	311		
113	306	قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 28 سبتمبر 1974	
48	1790	مجلة الأحكام العدلية السعودية	
148	8	قرار مجلس الوزراء رقم 2021/7 في 1405/9/8هـ الموافق لـ 1985/05/28	السعودية
147	3	قانون التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 بتاريخ	

		1403/07/12هـ الموافق لـ 1983/04/25م	
160	12	مَرسوم ملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24هـ، بالموافقة على نظام التحكيم السعودي	السعودية
166	19		
173	53		
160	4		
19	1	المرسوم الملكي رقم م / 78 في 1428/9/19هـ	
89	10	المرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1946	الولايات المتحدة الأمريكية
161	2021	Code de commerce colombiens	كولمبيا
147	1	قانون التحكيم الصادر في 28 يونيو سنة 1997. بموجب المرسوم السلطاني رقم 47/97	سلطنة عمان
169	52		
173	56		
160	1/16		
147	6 مكرر	المرسوم السلطاني رقم 2009/03	
148	10	قانون المناقصات والمزايدات رقم 26 لسنة 2005	
160	194	قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990	قطر
165	198		
169	207		
166	208		
173	204		
166	205		
160	193		
160	206	قانون الإجراءات المدنية رقم 11-1992	الإمارات
165	212		
173	215		
160	207		

فهرس الإتفاقيات الواردة في البحث

الصفحة	تاريخ التوقيع	الإتفاقية
151	تم التوقيع عليها خلال الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب التي عقدت في عمان خلال الفترة من 11-14/4/1987	اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري
83	فيفري 1989	اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي
150	وقع الاتفاق حول فض النزاعات المتعلقة بالاستثمار في 10/06/1974	اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى
153	20 ماي إلى 10 جوان 1958	اتفاقية نيويورك
155	أُبرِمت في 21 أبريل 1961 في جنيف	اتفاقية جنيف الأوروبية
157	تولى البنك الدولي للإنشاء والتعمير إعداد هذه الاتفاقية سنة 1965 دخلت حيز التنفيذ اعتباراً من 14 أكتوبر 1966	اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول

فهرس الأحكام القضائية الواردة في البحث

الصفحة	الحكم	الهيئة	الدولة
18	الطعن رقم 1383 لسنة 35 ق عليا، جلسة 1995/01/08	المحكمة الإدارية العليا	مصر
18	القضية رقم (576) لسنة 11 بتاريخ (30) ديسمبر سنة 1967 حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1995/01/24 في الطعن رقم 2128 لسنة 35 ق		
22	الطعن رقم 1513 لسنة 27 ق جلسة 1981/06/11		
22	الطعن رقم 1386 لسنة 33 ق		
23	الطعن رقم 154 لسنة 34 ق عليا جلسة 1997/1/2		
24	حكم المحكمة الإدارية العليا، 1967/04/08 لسنة 12 ق		
25	المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1557 لسنة 7 ق، جلسة 1964/03/07		
30	حكم المحكم الإدارية العليا المصرية في جلسة 1963/02/25		
33	قضية رقم 110 من سنة 13 ق بتاريخ 1977/12/30		
38	القضية رقم 862 لسنة 9 ق جلسة 1967/06/03		
39	القضية رقم 970 لسنة 9 ق جلسة 1964/01/04		
39	حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 5959 لسنة 7 ق		
121	الطعن رقم 886 لسنة 30 ق جلسة 1994/01/18		
120	الطعن رقم 3049 لسنة 32 ق ، جلسة 20/2/1990		
16	النقض رقم 794 لسنة 52 ق جلسة 1975/03/31	محكمة النقض	مصر
19	النقض رقم 269 لسنة 49 ق جلسة 1984/01/09		
19	النقض رقم 459 لسنة 58 ق جلسة 1990/03/11		
41	حكم رقم 316 لسنة 54 ق جلسة 1990/02/05		
54	الطعن رقم 935 لسنة 44 ق جلسة 1980/06/10		
54	الطعن رقم 275 لسنة 36 ق جلسة 1971/02/16		
58	الطعن رقم 60 لسنة 70 ق في جلسة 1965/06/28		
60	النقض رقم 77 السنة 40 ق جلسة 1976/12/16		
143	الدعوى رقم 62 ق بتاريخ 1964/06/24		

17	الدعوى رقم 779 لسنة 10 ق بتاريخ 24 فبراير سنة 1957	محكمة القضاء الإداري	مصر
33	الدعوى رقم 146 لسنة 6 ق جلسة 1956/03/11		
26	حكم محكمة القضاء الإداري صادر في 1993/01/06		
22	دعوى رقم 3450 لسنة 42 ق، جلسة 1991/01/16		
26	حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/06/02		
27	القضية رقم 780 لسنة 5 ق بتاريخ 1956/12/09		
27	حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1966/03/22		
32	حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1956/03/25 لسنة 10 ق		
37	القضية رقم 284 لسنة 8 ق بتاريخ 1956/12/23		
38	الدعوى رقم 3213 لسنة 44 ق جلسة 1995/05/21		
40	حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1952/12/02 سنة 7 ق		
119	دعوى رقم 5429 لسنة 43 ق، جلسة 1991/01/20		
119	الدعوى رقم 476 لسنة 39 ق، جلسة 1976/05/18		
54	الدعوى رقم 2240 لسنة 111 ق جلسة 1995/02/22		
54	الدعوى رقم 5 لسنة 122 ق جلسة 2005/06/29		
107	حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 63 تجاري، جلسة 1998/03/19		
18	القضية رقم 1 لسنة 12 ق، جلسة 1991/01/05	المحكمة الدستورية العليا	
53	القضية رقم 104 لسنة 20 ق، جلسة 1999/07/03		
	القضية رقم 65 لسنة 18 ق جلسة 2001/01/06		
	القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، جلسة 1994/12/17		
26	الفتوى رقم 353 جلسة 1965/03/31	الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع	
121	الفتوى رقم 661 جلسة 1989/05/17		
121	الفتوى رقم 307/1/54 جلسة 1993/02/07		
122	الفتوى الصادرة بتاريخ 1996/12/18		
134	الفتوى الصادرة بتاريخ 1970/01/07		
18	الفتوى رقم 637 بتاريخ 1956/10/22		
24	الفتوى الصادرة في 10 مارس 1965		

142	القضية رقم 382 لسنة 2004 بين شركة ماليكوب وحكومة مصر بتاريخ 2006/03/07	مركز القاهرة الإقليمي	مصر
19	حكم صادر من هيئة تدقيق القضايا (الدائرة الأولى) رقم 189/ت/1 لعام 1418هـ	هيئة تدقيق القضايا	السعودية
30	حكم مجلس الدولة الصادر في 1950/10/20	مجلس الدولة	فرنسا
54	حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1943/04/21		
87	حكم مجلس الدولة بتاريخ 13 ديسمبر 1889		
117	حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1966/05/20		
90	حكم مجلس الدولة في 06 مارس 1986		
117	حكم مجلس الدولة في 1961/07/13		
19	حكم مجلس الدولة الصادر في 1912/07/03		
116	حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1950/12/26		
117	حكم مجلس الدولة في 1957/12/31		
89	Conseil d'Etat du 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, req. n° 19.654.		
116	حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1959/07/08		
126	حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1949/07/30		
64	نقض مدني فرنسي رقم 1930/29 بتاريخ 1931/01/30	محكمة النقض الفرنسية	
90	حكم بتاريخ 05 ماي 1959	محكمة aix-en- provence	

الملحق رقم 2

تقرير مجموعة العمل الفرنسية حول التحكيم في المواد

الإدارية 2007

Groupe de travail sur l'arbitrage

Le 13 mars 2007

RAPPORT

Par lettre du 7 avril 2006, le Garde des sceaux a demandé au Vice-président du Conseil d'Etat de constituer un groupe de travail afin qu'une réflexion soit engagée sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux.

Cette initiative est intervenue alors que, depuis une quinzaine d'années, plusieurs textes ont dérogé ponctuellement au principe interdisant aux personnes morales de droit public d'avoir recours à l'arbitrage. Certains de ces textes ont concerné des personnes publiques précisément identifiées ; d'autres ont admis l'arbitrage pour certaines opérations spécifiques. La multiplication de ces dérogations témoigne non seulement d'une évolution de l'attitude, traditionnellement réservée voire hostile, des pouvoirs publics à l'égard de la soumission à l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques, mais encore de l'intérêt que suscite désormais l'arbitrage dans la sphère publique.

L'arbitrage peut en effet constituer un mode alternatif de règlement juridictionnel des litiges adapté aux besoins des personnes publiques et de leurs partenaires privés. Il présente certains avantages : la célérité, dès lors que le prononcé de la sentence arbitrale est enfermé dans des délais impératifs ; la souplesse, puisque les parties peuvent déterminer ensemble certains aspects de la procédure ; l'expertise technique, dont peut faire preuve le tribunal arbitral selon la manière dont les parties l'auront composé.

En revanche, il n'y a pas lieu de chercher dans l'extension du champ de l'arbitrage en matière administrative un allègement du nombre d'affaires portées devant les juridictions administratives. D'abord parce que c'est en raison des avantages qu'il peut apporter aux parties à un litige que l'arbitrage doit principalement être envisagé. Ensuite, parce que l'arbitrage ne peut sans doute concerner qu'un nombre limité de litiges, même si ces litiges peuvent porter sur les opérations les plus importantes par leur montant ou par leur objet.

La démarche au cas par cas qui a prévalu jusqu'à aujourd'hui n'est pas sans poser problème. L'exemple de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat dont l'article 11 permet de soumettre les litiges relatifs à ces contrats à arbitrage⁽¹⁾ est significatif : en raison de l'absence de toute précision sur les règles de procédure et les voies de recours qui devraient être mises en œuvre, ces dispositions ont créé des incertitudes ; il semble d'ailleurs qu'aucun contrat de partenariat conclu à ce jour par l'Etat ne comporte encore de clause compromissoire.

(1) Art. 11 : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) 1) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française ».

Le moment paraît donc venu d'ouvrir plus largement les possibilités de recours à l'arbitrage pour les personnes publiques et de clarifier le régime procédural qui s'appliquerait à l'arbitrage des litiges relevant du droit public.

Le présent rapport a été adopté par le groupe de travail, à la suite d'auditions de représentants des associations de collectivités territoriales, des entreprises et des institutions françaises permanentes d'arbitrage, et après qu'il a recueilli de nombreuses consultations écrites⁽¹⁾.

Les orientations qui y sont résumées portent, en premier lieu, sur le champ susceptible d'être ouvert à l'arbitrage s'agissant des litiges intéressant les personnes morales de droit public, en deuxième lieu, sur les conséquences du recours à l'arbitrage, et, enfin, sur les modalités, notamment procédurales, qui pourraient être retenues pour l'arbitrage de ces litiges.

* * *

1. Le champ de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques :

L'arbitrage est un mode de règlement **juridictionnel** des litiges, empruntant d'autres voies que les recours ouverts devant les juridictions étatiques de droit commun. Le recours à l'arbitrage ne peut résulter que du commun accord des parties au litige ; il se traduit par la dévolution de son règlement à une instance juridictionnelle constituée à cette fin, distincte des juridictions étatiques, investie du pouvoir de le trancher par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

L'arbitrage, qui aboutit à une décision juridictionnelle tranchant le litige, se distingue donc des modes de règlement alternatifs des litiges que sont la médiation, la conciliation ou la transaction. Compte tenu de la mission qui lui a été confiée, le groupe de travail s'est borné à examiner les conditions d'un recours à l'arbitrage pour les litiges intéressant les personnes publiques, sans étendre sa réflexion aux améliorations qu'il conviendrait le cas échéant d'apporter aux modes de règlement non juridictionnels des litiges. Il tient toutefois à rappeler tout l'intérêt de ces procédures, qui, d'ailleurs, a été souligné à maintes reprises lors des auditions et consultations. Il convient à cet égard de préciser que l'arbitrage n'exclut pas le recours préalable à ces modes de règlement alternatifs⁽²⁾. Ainsi, rien n'interdit qu'une convention d'arbitrage prévoie qu'un litige soit soumis à une phase de conciliation ou de médiation, puis en cas d'échec de celle-ci, à l'arbitrage. Le recours à l'arbitrage ne fait pas non plus obstacle à ce qu'une transaction intervienne en cours d'instance arbitrale.

(1) V. la liste jointe en annexe au rapport

(2) La soumission à l'arbitrage d'un litige lié aux conditions d'exécution d'un marché de travaux ne serait par exemple pas de nature à priver d'effets les dispositions des articles 13-44 et 50 du CCAG Travaux - à supposer que celles-ci aient été rendues applicables - prévoyant une réclamation préalable obligatoire auprès de la personne responsable du marché en cas de différend entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre ou en cas de contestation du décompte général. Inversement, rien n'interdirait d'exclure l'application de ces dispositions, de manière à ne pas rallonger le règlement du litige soumis à arbitrage d'une phase pré-contentieuse obligatoire.

1.1. En l'état du droit, les personnes morales de droit public se voient, en principe, interdire d'avoir recours à l'arbitrage.

Cette **interdiction** a des racines anciennes. Elle constitue un principe général du droit public français⁽¹⁾, qui prend appui sur des dispositions législatives figurant aujourd'hui à l'article 2060 du code civil⁽²⁾. Ce principe a valeur législative mais non constitutionnelle⁽³⁾: sa portée peut être modifiée par le législateur ; il peut en particulier lui être apporté des dérogations par la voie de dispositions législatives expresses.

De fait, des dispositions de valeur législative ont déjà organisé des **dérogations** ponctuelles en droit interne à la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public. Certaines de ces dérogations ont visé des personnes publiques précisément identifiées ou des catégories de personnes publiques : le législateur a ainsi autorisé expressément la SNCF⁽⁴⁾, la Poste⁽⁵⁾ et RFF⁽⁶⁾ à recourir à l'arbitrage ; la loi du 9 juillet 1975 a, pour sa part, ouvert la possibilité au Gouvernement d'autoriser par décret certaines catégories d'établissements publics industriels et commerciaux à compromettre⁽⁷⁾. D'autres dérogations ont concerné certains types de litiges : notamment ceux relatifs à la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux⁽⁸⁾, ceux relatifs à l'exécution de contrats conclus entre des collectivités publiques et des sociétés étrangères « pour la réalisation d'opérations d'intérêt national »⁽⁹⁾, ceux relatifs aux fouilles en matière d'archéologie préventive⁽¹⁰⁾, ceux relatifs aux contrats de partenariat⁽¹¹⁾.

Par ailleurs, le recours à l'arbitrage a, depuis longtemps, été organisé spécialement par plusieurs traités internationaux relatifs à des ouvrages transfrontaliers⁽¹²⁾.

En outre, le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques cède pour le règlement des litiges mettant en cause « les intérêts du commerce international »⁽¹³⁾

(1) Concl. Gazier sur CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677, D.1958.517 ; CE Avis 6 mars 1986, n°339710, GACE n°15 ; CE 29 octobre 2004, Sueur et autres, Leb. p. 393, concl. Casas.

(2) Depuis la loi du 5 juillet 1972 ; auparavant l'interdiction de compromettre était tirée de la combinaison des articles 1004 et 83 du code de procédure civile de 1806 (CE Avis 14 août 1823, cité in Leb. 1824 p.633 ; CE 17 novembre 1824, Ouvrard c/ Ministre de la guerre, Leb. p.631 ; CE 23 décembre 1887, de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Leb. p.842 ; CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677).

(3) ⁶ CC 2 décembre 2004, n°2005-506 DC.

(4) Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, art. 25.

(5) Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, art. 28.

(6) Loi n°97-135 du 13 février 1997, art. 3.

(7) Loi n°75-596 du 9 juillet 1975, modifiant l'article 2060 du code civil. V. le décret n°2002-56 du 8 janvier 2002 autorisant à compromettre des établissements publics à caractère industriel et commercial (secteur des mines et secteur de l'électricité et du gaz).

(8) Loi du 17 avril 1906, article 69 ; art. 132 du code des marchés publics

(9) Loi n°86-972 du 19 août 1986, art. 9 (intéressant la réalisation du parc Eurodisney).

(10) Art. L 523-10 du code du patrimoine ; décret n°2004-490 du 3 juin 2004, art. 47 à 52.

(11) Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, art. 11.

(12) Ainsi, par exemple, pour le tunnel du Mont-Blanc (articles 16 et 17 de la convention franco-italienne du 14 mars 1953, publiée par le décret n°60-203 du 20 février 1960) ; pour le tunnel sous la Manche (article 19 du Traité signé à Cantorbéry le 12 février 1986 concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, publié par le décret n°87-757 du 9 septembre 1987) ; pour la ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne (article 10 de l'accord de Madrid du 10 octobre 1995, publié par le décret n°98-98 du 16 février 1998).

(13) TC 19 mai 1958, Myrton Steamship, Leb. p.473 ; Cass. Civ. I 14 avril 1964, ONIC ; Cass. Civ. I 2 mai 1966, Trésor public c/Galakis. Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, art. 2.

L'extension éventuelle des possibilités de soumettre à l'arbitrage les litiges intéressant les personnes publiques, dans de nouveaux domaines, ne remettrait évidemment pas en cause ces différentes solutions, qui l'admettent déjà.

1.2. Le groupe de travail a estimé possible d'autoriser de manière générale le recours à l'arbitrage pour ce qui concerne les litiges contractuels intéressant les personnes morales de droit public.

1.2.1. En ce qui concerne le **champ organique** de l'arbitrage, le groupe de travail s'est entendu pour ouvrir le recours à l'arbitrage à **toutes les personnes morales de droit public**, sans opérer de distinctions entre elles.

Alors qu'historiquement, le débat sur l'arbitrage en droit public a essentiellement porté sur la question des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), le groupe de travail a considéré que ce débat avait aujourd'hui singulièrement perdu de sa substance, en raison de l'addition de dispositions ponctuelles autorisant le recours à l'arbitrage et de certaines transformations statutaires. S'il demeure aujourd'hui une spécificité des EPIC, c'est moins au regard des conditions d'accès à l'arbitrage que du caractère majoritairement de droit privé de leurs litiges qui devrait conduire, le plus souvent, à l'application de règles de droit privé. Il est donc apparu nécessaire au groupe de travail de se détacher de cette vision organique.

Le groupe de travail s'était, néanmoins, un temps interrogé sur le point de savoir s'il était souhaitable que l'ouverture de l'arbitrage concerne l'ensemble des personnes morales de droit public ou seulement certaines d'entre elles. On pouvait en effet hésiter à permettre à toutes les personnes publiques, sans considération de leur taille ou de leur capacité technique, de s'engager dans des procédures arbitrales. Il est finalement apparu au groupe de travail, comme d'ailleurs à la majorité des personnes auditionnées ou consultées, qu'il serait très difficile d'introduire une différence de traitement entre les collectivités selon leur taille, comme de dégager des critères objectifs pour ce faire. Le groupe de travail estime ainsi préférable que le législateur ouvre de façon générale la faculté de recourir à l'arbitrage à toutes les personnes publiques. Cette ouverture ne créerait à leur égard aucune obligation ; les autorités concernées conserveront la responsabilité de procéder aux choix qui leur paraîtront les plus appropriés.

1.2.2. En ce qui concerne le **champ matériel** de l'arbitrage, le groupe de travail s'est accordé pour proposer d'ouvrir à l'arbitrage les **litiges nés d'un contrat** et opposant les parties à ce contrat.

L'ouverture qui est ainsi proposée ne concerne pas seulement les litiges de nature contractuelle au sens strict. Le groupe de travail a en effet estimé que toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat devrait désormais pouvoir soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants. Par l'accent mis sur la personne qui « a conclu » un contrat, le groupe de travail a souhaité couvrir l'hypothèse du

NCPC, article 1492.

litige né d'un contrat nul. En revanche, il n'a pas entendu inclure les litiges opposant la collectivité publique et les candidats à l'attribution d'un contrat.

En cas de nullité du contrat, les cocontractants ne sont plus liés par ce contrat, qui est réputé n'avoir produit aucun effet de droit entre eux dès l'origine. Mais il n'en reste pas moins que ce contrat a matériellement existé et peut se trouver au cœur d'un litige entre les deux

« co-contractants ». Si la nullité du contrat ferme aux parties la voie à des actions contentieuses engagées sur la base de la mise en cause de la responsabilité contractuelle de leur co-contractant, d'autres voies de droit s'ouvrent ainsi à elles. Peut, par exemple, être invoquée la responsabilité quasi-contractuelle au titre de l'enrichissement sans cause, ou la responsabilité quasi-délictuelle tenant à la faute consistant à avoir passé un contrat nul. Or, il est apparu au groupe de travail que ce type de contentieux entretenait des liens trop étroits avec le contentieux contractuel au sens strict pour qu'il soit réellement justifié de lui assurer un traitement distinct au regard de l'arbitrage⁽¹⁾.

Le champ ainsi ouvert à l'arbitrage inclurait également les litiges liés à la mise en jeu des responsabilités « post-contractuelles » des constructeurs (responsabilité biennale, décennale et trentenaire).

Cette ouverture se traduirait donc **par l'inversion, dans la matière contractuelle ainsi définie, du principe traditionnel de prohibition du recours à l'arbitrage.**

Le groupe de travail a toutefois unanimement considéré que **les litiges relatifs à l'exécution des contrats de louage de services** – qu'ils concernent l'engagement par les personnes morales de droit public d'agents de droit public ou d'agents de droit privé - **devaient continuer d'être exclus du champ de l'arbitrage.** Les recours devraient, dans cette matière, demeurer de la compétence exclusive des juridictions de droit commun.

Le groupe de travail a en revanche considéré que d'autres catégories de contrats ne devaient pas être exclues du champ de l'arbitrage. Il s'agit tout d'abord des contrats passés entre plusieurs personnes morales de droit public, notamment ceux relatifs à l'organisation du service public, à la mise en œuvre des lois de décentralisation ou à la coopération entre collectivités publiques. Après réflexion, le groupe de travail a estimé qu'il n'y avait pas de véritable justification pour refuser que de tels contrats puissent être soumis à arbitrage.

De même, le groupe de travail a écarté l'idée un temps évoquée, consistant à prévoir des règles particulières pour les contrats qui mettent en cause la continuité du service public ou la protection du domaine public, comme par exemple les délégations de service public ou les contrats d'occupation domaniale. Les contributions reçues et les auditions auxquelles il a procédé l'ont au contraire convaincu qu'il existait un réel besoin, voire une attente, dans ces domaines.

(1) V. par exemple, CE Sect., 20 octobre 2000, Société Citecable Est, Leb. p. 457, BJCP n°14 janvier 2001, p.54, concl. Savoie, obs. Terneyre, qui juge que « *lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater, le cas échéant d'office, la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause ou de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul, bien que ces moyens, qui ne sont pas d'ordre public, reposent sur des causes juridiques nouvelles* ».

1.3. Le groupe de travail a considéré, en revanche, qu'il n'était pas opportun d'ouvrir le recours à l'arbitrage au delà du champ contractuel.

Le périmètre de la mission impartie au groupe de travail exclut que l'arbitrage puisse concerner le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux. Au demeurant, on ne voit pas que l'on puisse déroger pour des litiges de cette nature aux procédures de recours ouvertes devant les juridictions administratives.

Par ailleurs, le groupe de travail a longuement hésité sur la question de l'ouverture du recours à l'arbitrage pour les litiges indemnitaires mettant en jeu la **responsabilité quasi-délictuelle** des personnes morales de droit public.

Les consultations menées ont en effet mis en lumière l'intérêt qu'il pourrait y avoir à pouvoir recourir à l'arbitrage pour le règlement de litiges de responsabilité quasi-délictuelle lorsque ceux-ci mettent en cause des appréciations essentiellement factuelles, par exemple en matière de responsabilité hospitalière, ou de dommages de travaux publics : la procédure d'arbitrage permettrait par exemple de recourir plus facilement à des expertises. Ouvrir à l'arbitrage les litiges mettant en jeu la responsabilité quasi-délictuelle des personnes publiques, lorsque cette responsabilité ne résulte pas de l'illégalité d'un acte administratif, ne poserait ainsi aucune difficulté d'ordre juridique, et pourrait paraître très souhaitable.

Mais à la réflexion, le groupe de travail a préféré ne pas proposer à ce stade de procéder à une telle ouverture, pour des raisons essentiellement d'ordre pratique ou d'opportunité.

En premier lieu, afin de réussir l'acclimatation de l'arbitrage dans la sphère publique, une ouverture progressive qui se limiterait d'abord au champ contractuel, qui paraît plus naturellement destiné à faire l'objet d'arbitrages, semble préférable.

En second lieu, ouvrir à l'arbitrage les litiges mettant en jeu la responsabilité quasi-délictuelle des personnes publiques poserait de nombreux problèmes de délimitation du champ d'application de la réforme, qui nuiraient à sa lisibilité.

Enfin, il est apparu au groupe de travail que l'intérêt pratique d'ouvrir à l'arbitrage les litiges de responsabilité quasi-délictuelle serait probablement très limité. Par construction, les parties à un tel litige ne peuvent décider ensemble d'engager une procédure arbitrale qu'une fois le litige né, par la voie d'un compromis d'arbitrage. Or, on peut craindre qu'une fois le litige né, les parties peinent à conclure un tel compromis ; on peut penser qu'elles préféreront soumettre aux juridictions de droit commun la question de la faute éventuellement commise. A supposer que les parties soient prêtes à rechercher un accord, d'autres modes de règlement alternatifs tels que la transaction seraient sans doute mieux adaptés à la solution du litige.

2. Les conséquences du recours à l'arbitrage pour les litiges intéressant les personnes publiques :

Lors des auditions et des consultations auxquelles le groupe de travail a procédé, des interrogations ont été émises sur les conséquences du recours à l'arbitrage, par exemple sur le droit applicable au litige, qu'il s'agisse des règles de fond ou des règles de procédure applicables, ou sur les droits des tiers. Il est apparu nécessaire au groupe de travail de répondre à ces interrogations.

Le groupe de travail a ainsi constaté que la liberté qui serait donnée aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage n'aurait pas pour effet d'étendre le champ de l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le droit applicable : de manière générale, les personnes publiques ne peuvent se soustraire, notamment par la voie contractuelle, aux règles qui leur sont applicables.

Ainsi, si le recours à l'arbitrage traduit une dérogation à la compétence des juridictions étatiques, il ne peut avoir pour effet de transformer la nature des litiges, en modifiant le droit qui leur est applicable, ou en affectant la mission du tribunal chargé de trancher le litige. De même, la soumission d'un litige à l'arbitrage apparaît sans incidence sur les droits des tiers.

2.1. La soumission à l'arbitrage d'un litige intéressant des personnes publiques apparaît sans incidence sur le droit applicable à ce litige.

Les propositions du groupe de travail conduisent à une extension du champ des litiges des personnes publiques susceptibles d'être soumis à arbitrage. Mais elles n'aboutissent pas à une extension concomitante du champ du droit public ; elles sont au contraire neutres quant à la répartition entre droit public et droit privé. Car, ainsi que vient de le rappeler très clairement le Tribunal des conflits⁽¹⁾, ce n'est pas la procédure d'arbitrage, mais la nature du litige qui détermine le droit applicable et, par conséquent, l'ordre de juridiction compétent pour l'exercice des voies de recours.

Ainsi, ceux des litiges intéressant les personnes publiques qui relèvent du droit privé - à titre d'exemple, les litiges entre les EPIC et leurs usagers ou leurs fournisseurs - demeureraient soumis aux règles de fond de droit privé, quand bien même ils pourraient désormais être réglés par la voie de l'arbitrage. La procédure d'arbitrage serait donc celle prévue au NCPC.

Réciproquement, les litiges qui présentent le caractère de litiges de droit public conserveraient ce caractère. Dès lors, si, compte tenu de l'objet du litige, leur règlement relèverait de la juridiction administrative, cette juridiction demeurerait compétente pour connaître des recours qui seraient le cas échéant formés contre la sentence arbitrale.

(1) TC 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/Mutuelle des architectes français, à publier au Leb., BJCP n°49 décembre 2006, p.41), RJEP n°638 janvier 2007, p.30, concl. Stahl : pour déterminer la juridiction compétente pour statuer sur la contestation d'une sentence arbitrale rendue dans un litige opposant un EPIC, le Tribunal des conflits se fonde sur la nature juridique du contrat ayant donné lieu à l'arbitrage ; en l'espèce, il constate que le contrat est de droit privé faute d'avoir été conclu dans le cadre d'activités de l'EPIC ressortissant à l'exercice de prérogatives de puissance publique, et il renvoie par conséquent le règlement de l'affaire à la juridiction judiciaire.

Dans cet esprit, le groupe de travail a également estimé que le juge d'appui auquel les parties feront éventuellement appel pour régler certaines difficultés au cours de la procédure d'arbitrage devra être choisi au sein de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître du fond. Il a en particulier été sensible au fait que ce juge pourrait être amené à trancher des questions intéressant le droit public, ne serait-ce qu'à titre exceptionnel, par exemple pour constater la nullité « manifeste » de la clause compromissoire.

2.2. Le recours à l'arbitrage apparaît également sans incidence sur la détermination de la loi, française ou étrangère, applicable à un contrat passé par une personne publique française.

Soumettre les litiges contractuels à une procédure d'arbitrage ne peut avoir pour effet d'ouvrir plus largement les hypothèses dans lesquelles des conventions internationales¹, la loi nationale² ou la jurisprudence³ admettent qu'un tel contrat, s'il présente des éléments d'extranéité suffisants, peut être soumis à la loi étrangère par libre choix des parties ou à défaut, par application de critères de rattachement⁴.

En revanche, la soumission du contrat à la loi étrangère, dans les cas où elle est possible, peut avoir des conséquences sur la procédure d'arbitrage. Le juge administratif français, juge d'attribution, ne pouvant connaître d'un contrat que si celui-ci est régi par le droit administratif français, c'est aux tribunaux judiciaires qu'il appartiendrait de se prononcer sur un litige relatif à un contrat régi par la loi étrangère : par voie de conséquence, si un tel litige était soumis à un tribunal arbitral, c'est, en application de ce qui a été dit au 2.1 ci-dessus, la procédure d'arbitrage prévue au NCPC qui s'appliquerait ; et les voies de recours contre la sentence devraient être exercées devant la juridiction civile.

(1) Quatre conventions signées par la France avec d'autres Etats membres de l'Union européenne, sous l'égide de la convention-cadre de Madrid du 21 mai 1980 sur la coopération transfrontalière des collectivités territoriales, prévoient que les accords transfrontaliers conclus entre ces collectivités devront déterminer la loi applicable aux obligations qu'ils contiennent.

(2) Art.34-V de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger.

(3) CE Sect. 19 novembre 1999, Tegos, Leb. p.356, RFDA 2000 p.833 concl. J. Arrighi de Casanova ; TC 22 octobre 2001, Issa et Le Gouy c/Lycée Jean Mermoz à Dakar, Leb. p.751, pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger. Cass. Civ., 31 mai 1932, Etat français c/Veuve Carathéodory pour un bail conclu par l'Etat français en Turquie, soumis au droit turc. CE Sect. 11 janvier 1952, Habib Bechara, Leb. p.30, pour un marché de fournitures conclu et exécuté au Liban par l'Etat français, soumis à la loi française. ; a contrario, CE 3 juillet 1968, Lavigne et Le Mée, Leb. tables p.884, AJDA 1969 p.257, concl. Braibant, pour un marché de travaux passé et exécuté au Cambodge et qui, passé sous l'empire du code des marchés publics résultant du décret du 17 juillet 1964, n'était pas obligatoirement régi par ce code ; voir également CE 28 septembre 2001, Entreprise de construction et de prestation de services, Leb. p.442.

(4) C'est par exemple le lieu d'exécution pour les contrats de recrutement d'agents employés par l'administration française à l'étranger : TC 22 octobre 2001, Issa et Le Gouy c/Lycée Jean Mermoz à Dakar précité ; ou la loi de l'Etat émetteur d'un contrat d'emprunt obligataire à défaut de soumission de ce contrat à la loi du lieu d'émission : CE Sect. 28 novembre 1958, Dme Veuve Langlois, Leb. p.590, concl. Gand.

2.3. Le groupe de travail n'a pas non plus souhaité que le recours à l'arbitrage affecte l'étendue du pouvoir des arbitres appelés à trancher le litige.

2.3.1. Le groupe de travail s'est en effet prononcé unanimement pour que les arbitres disposent d'une **plénitude de juridiction**⁽¹⁾. Les arbitres se verraient donc reconnaître le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité d'actes administratifs unilatéraux, lorsque cette interprétation ou appréciation de légalité sera nécessaire à l'issue du litige. Le groupe de travail a souhaité ainsi éviter tout délai lié aux questions préjudicielles et a estimé que les risques d'une telle solution étaient limités, dès lors que les parties pourront exercer des voies de recours.

2.3.2. Le groupe s'est également interrogé, pour l'écarter, sur l'opportunité de prévoir, dans le cas des litiges intéressant les personnes publiques, la possibilité pour l'instance arbitrale de statuer comme **amiable compositeur**.

L'article 1474 du nouveau code de procédure civile précise que l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties ne lui aient confié la mission de statuer comme amiable compositeur. Si ces pouvoirs d'amiable composition lui sont conférés, l'arbitre statue en équité, en écartant au besoin l'application de la règle de droit à l'exception des règles d'ordre public auxquelles les parties ne sauraient renoncer. C'est par la convention d'arbitrage que les parties déterminent l'étendue des pouvoirs de l'instance arbitrale.

Le groupe de travail propose, de façon unanime, d'exclure la possibilité de l'amiable composition pour les litiges intéressant les personnes publiques. Il lui est apparu difficile de soustraire la résolution de ce type de litiges, et par suite l'action des personnes morales de droit public, à l'application de la règle de droit, qui, de manière générale, est d'ordre public pour ces personnes. Au surplus, il a relevé que le recours à la clause de l'amiable composition comportait le risque de rendre, pour les parties, l'issue du litige imprévisible, ce qui explique d'ailleurs qu'il en soit peu fait usage aujourd'hui pour les litiges de droit privé d'une certaine importance. Le groupe de travail a toutefois tenu à rappeler que l'exclusion de la possibilité de l'amiable composition n'excluait pas que, dans le déroulement de l'instance arbitrale, l'arbitre cherche à rapprocher les parties de façon à aboutir, le cas échéant, à une transaction.

2.4. Enfin, la soumission du litige à arbitrage paraît sans incidence sur les droits des tiers dans le litige.

Le groupe de travail a constaté que le statut des tiers dans le litige contractuel ne sera pas affecté négativement par le fait que le litige a été soumis à l'arbitrage. La jurisprudence dénie aux tiers la possibilité de saisir le juge du contrat⁽²⁾ et il en va sans doute de même de la possibilité pour les tiers d'intervenir à l'instance contractuelle. De même en l'état de la jurisprudence, les tiers ne peuvent pas non plus former un recours pour excès de pouvoir contre le contrat⁽³⁾.

(1) Le tribunal arbitral devra également se prononcer sur la validité ou l'interprétation du droit communautaire, la CJCE refusant d'être saisie par des juridictions arbitrales. Et, à la différence des juridictions administratives, le tribunal arbitral pourrait se prononcer sur des questions de droit privé – existence d'un droit de propriété, d'une servitude, état, nationalité, capacité d'une personne, etc – sans renvoi préjudiciel à la juridiction civile.

(2) CE Sect. 8 novembre 1974, Epoux Figueras, Leb. p.545.

(3) CE 11 janvier 1961, Barbaro, Leb. p.28 ; Sect. 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement agricole public, Leb. p.22.

Il faut cependant réserver à cet égard les solutions jurisprudentielles admettant le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les actes détachables du contrat⁽¹⁾ et contre les dispositions réglementaires du contrat⁽²⁾ : le règlement du contentieux contractuel devant un tribunal arbitral ne ferait donc pas obstacle au recours pour excès de pouvoir des tiers devant la juridiction administrative. De même, la soumission par les parties du litige à l'arbitrage ne sera pas susceptible de faire obstacle à l'exercice du déféré préfectoral, qui peut être dirigé contre le contrat lui-même conformément à la loi du 2 mars 1982⁽³⁾.

3. Les modalités du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques :

3.1. Ces modalités concernent tout d'abord la conclusion de la convention d'arbitrage.

3.1.1. Les réflexions du groupe de travail se sont inscrites dans l'approche classique du droit français en matière d'arbitrage, qui distingue deux hypothèses de recours à l'arbitrage, le **compromis** et la **clause compromissoire**, et s'organise par rapport à cette distinction. Ainsi les dispositions du code de procédure civile qui régissent la convention d'arbitrage⁽⁴⁾ traitent successivement de ces deux formes différentes.

Le compromis est entendu comme la convention par laquelle les parties à un litige s'accordent, *une fois qu'il est né*, pour confier son règlement à une instance arbitrale et non aux juridictions de droit commun⁽⁵⁾. La clause compromissoire, insérée dans un contrat, traduit, pour sa part, l'engagement des parties au contrat de régler par la voie de l'arbitrage les litiges qui pourraient naître *à l'avenir* à raison de ce contrat⁽⁶⁾.

Cette distinction est ainsi présente dans les textes de droit français, même si elle est inconnue dans d'autres pays dont la tradition juridique envisage l'arbitrage de façon plus globale. Il est dès lors apparu au groupe de travail difficile d'en faire abstraction.

Le groupe de travail, de façon unanime, a considéré qu'on ne peut, en matière contractuelle, s'en tenir au seul compromis et qu'il convient d'admettre la licéité de la clause compromissoire pour les contrats signés par les personnes morales de droit public qui seraient ouverts à l'arbitrage. L'expérience montre en effet qu'il peut être difficile aux parties de s'accorder, une fois le litige né, sur un compromis d'arbitrage ; si elles optent parfois pour des modes alternatifs de règlement du litige, comme la transaction ou la médiation, elles ne parviennent que rarement à s'entendre pour déterminer les conditions du recours à une

(1) CE 4 août 1905 Martin, Leb. p.749 concl. Romieu ; Sect. 24 avril 1964, Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales, Leb. p.239. Il s'agit des décisions relatives à la conclusion du contrat ou à son exécution.

(2) CE Ass. 10 juillet 1996, Cayzeele, Leb. p.274.

(3) Le déféré est un recours pour excès de pouvoir : CE Sect. 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, Leb. p.302.

(4) Art. 1442 et suivants du nouveau code de procédure civile.

(5) V. l'art. 1447 du nouveau code de procédure civile.

(6) V. l'art. 1442 du nouveau code de procédure civile.

procédure juridictionnelle arbitrale. S'en tenir au seul compromis, en matière contractuelle où la négociation et l'insertion préalable de la clause compromissoire est possible, risquerait ainsi de rendre illusoire l'ouverture du recours à l'arbitrage et pourrait laisser craindre, au-delà de l'ouverture formelle de l'arbitrage, une absence de recours effectif à ce mode alternatif de règlement des litiges.

3.1.2. Si le groupe de travail a admis la licéité de la clause compromissoire pour les contrats signés par les personnes morales de droit public, il a de façon tout aussi unanime exprimé sa préoccupation que la **liberté des parties dans la négociation de cette clause** soit préservée.

Le groupe de travail a en effet été sensible aux conséquences qu'emporte la clause compromissoire, notamment en ce qui concerne les entreprises les plus petites et les collectivités territoriales. Une telle clause lie les parties à l'avance sans qu'elles puissent prévoir la nature ou l'importance du litige futur qu'elles s'engagent ainsi à soumettre à des arbitres, et ce pour toute la durée du contrat, qui peut s'avérer très longue comme dans le cas des délégations de service public. Le groupe de travail a ainsi estimé nécessaire de s'assurer que la clause compromissoire soit, autant que faire ce peut, librement négociée, ou du moins conclue en connaissance de cause.

A cette fin, le groupe de travail a tout d'abord proposé que, lorsque la conclusion d'un contrat est subordonnée à l'approbation ou à l'autorisation d'un organe délibérant, **la clause compromissoire fasse l'objet d'une décision de l'organe délibérant, distincte de celle relative au contrat** auquel cette clause se rapporte. Ainsi dans les collectivités territoriales, la conclusion de la clause compromissoire ferait l'objet d'une délibération distincte, et donc d'un débat particulier, de façon à permettre à la collectivité de s'engager en toute connaissance de cause.

D'autre part, le groupe de travail a également envisagé les moyens d'éviter que, dans le cas d'un contrat faisant l'objet d'une mise en concurrence, la clause compromissoire soit en fait imposée par la collectivité publique aux soumissionnaires. Tel serait le cas, en cas d'appel d'offres, si le principe du recours à l'arbitrage figurait dans le cahier des charges soumis à l'appel d'offres. De manière à permettre une véritable négociation sur le principe même et sur le contenu de la clause compromissoire, le groupe de travail propose que **la négociation de cette clause n'intervienne qu'après le choix par la collectivité publique de l'attributaire du contrat, et directement avec ce dernier.**

Contrairement à certaines opinions émises dans le cadre de la consultation écrite à laquelle il a procédé, le groupe de travail n'a pas estimé qu'il y aurait là une atteinte à l'équilibre économique de la négociation contractuelle.

3.2. La procédure applicable au litige faisant l'objet d'un arbitrage devrait être fixée par des dispositions réglementaires ainsi que par la convention d'arbitrage.

Si la procédure d'arbitrage applicable aux litiges impliquant des personnes publiques et relevant du droit privé obéira aux règles fixées par le nouveau code de procédure civile (NCPC), le groupe de travail a estimé que, pour les litiges relevant de la compétence des

juridictions administratives, des **règles procédurales particulières devraient être fixées par voie réglementaire.**

Certaines voix, il est vrai, se sont exprimées pour demander que ne soit pas créé un corps de règles spécifiques régissant la procédure d'arbitrage en matière administrative, et ce dans un souci de simplicité. Mais il est apparu au groupe de travail impossible de rendre les articles 1442 et suivants du NCPC directement applicables à des litiges impliquant des personnes publiques et relevant du droit public. En effet, dès lors que les voies de recours s'exerceront devant la juridiction administrative et que le juge d'appui appartiendra également à cette juridiction, dès lors que certaines règles admises par le NCPC, comme l'amiable composition, devront être exclues, le NCPC ne pourrait être rendu applicable sans d'importantes adaptations. Le groupe de travail a estimé que ces indispensables adaptations nuiraient finalement à la lisibilité des règles de procédure applicables et à la simplicité d'accès à ces règles pour leurs utilisateurs. En outre, il a relevé que les dispositions du NCPC relatives à l'arbitrage devraient prochainement faire l'objet de modifications et qu'il était donc peu opportun d'y renvoyer.

Il a ainsi paru au groupe de travail que la simplicité plaidait au contraire pour l'adoption d'un corps de règles de procédure autonome en ce qui concerne l'arbitrage en matière administrative. Mais bien entendu, ces règles devraient être directement inspirées des dispositions du NCPC, sous réserve des adaptations nécessaires ; elles pourraient d'ores et déjà intégrer les propositions d'actualisation de ce code formulées par le Comité français de l'arbitrage. Il est tout aussi vraisemblable que l'interprétation que le juge administratif sera appelé à en donner sera elle-même très largement inspirée de la jurisprudence dégagée par les juridictions civiles pour l'interprétation du NCPC⁽¹⁾.

Devraient ainsi figurer au nombre des règles fixées par voie réglementaire quelques dispositions relatives à la **composition de l'instance arbitrale** et à la désignation des arbitres. Ces dispositions devraient permettre de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. En outre, certains principes généraux de la procédure administrative rappelés aux articles L.5 et L.8 à L.10⁽²⁾ du code de justice administrative devraient nécessairement être rendus applicables à la procédure d'arbitrage.

Pour le surplus, les règles applicables à la procédure d'arbitrage devraient être laissées à la libre détermination des parties, et faire l'objet d'une convention d'arbitrage écrite. Pour les collectivités locales, cette convention devrait être approuvée par l'organe délibérant, transmise au préfet et soumise au contrôle de légalité.

En ce qui concerne les critères de choix des arbitres ou leur rémunération, certaines des personnes consultées ont suggéré que, pour prévenir d'éventuels excès, les dispositions réglementaires prévoient l'établissement de listes d'arbitres voire de barème d'honoraires, comme cela a été fait en matière d'archéologie préventive⁽³⁾. Le groupe de travail n'a pas été

(1) Ces dispositions réglementaires portant règles de procédure applicables à l'arbitrage en matière administrative ne devraient sans doute pas être codifiées au code de justice administrative, dès lors qu'elles ne concernent pas directement l'activité des juridictions administratives de droit commun.

(2) Article L.5 : « L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence. » ; article L.8 : « Le délibéré des juges est secret. » ; article L.9 : « Les jugements sont motivés. » ; article L.10 : « Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus. ».

(3) V. le décret n°2004-490 du 3 juin 2004 relatif aux procédures administratives et financières en matière d'archéologie préventive, art. 47 à 52.

insensible aux préoccupations ainsi exprimées. Mais il a estimé qu'il était plus conforme à l'esprit de l'arbitrage de ne pas porter atteinte à la liberté des parties pour la désignation des arbitres⁽¹⁾. Toutefois, compte tenu des nombreuses remarques qui lui ont été adressées quant au montant parfois très élevé des honoraires pratiqués en matière d'arbitrage, il entend souligner avec force la nécessité qu'il soit fait un usage raisonnable de cette liberté, compatible avec la bonne gestion des deniers publics.

Quoi qu'il en soit, lorsqu'une collectivité territoriale ou un établissement public sera en cause, il reviendra à son organe délibérant d'approuver la désignation de l'arbitre ainsi que le montant de ses honoraires, ou l'adhésion à un règlement d'arbitrage proposé par une institution d'arbitrage, fixant les modalités de désignation et de rémunération des arbitres.

De manière plus générale, et pour faciliter l'acclimatation de l'arbitrage dans la sphère publique, le groupe recommande fortement **le recours à des institutions offrant des services d'arbitrage**, comme c'est le cas, par exemple, de la Chambre de commerce internationale, de l'Association française d'arbitrage, du Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, ou encore au niveau régional d'organismes tels que le Centre interprofessionnel de médiation et d'arbitrage de Lyon. La création de telles institutions spécialisées en matière administrative, au niveau local, avec la participation des associations représentant les collectivités territoriales, doit également être recommandée. Ces institutions pourraient en effet être chargées par les parties de désigner tout ou partie du tribunal arbitral, le cas échéant parmi des listes d'arbitres dont elles attesteraient de la compétence ; elles pourraient établir des règles-types applicables à la procédure d'arbitrage auxquelles les conventions d'arbitrage feraient référence ; elles pourraient également fixer des barèmes pour la rémunération des arbitres.

3.3. La publicité entourant la procédure d'arbitrage et la décision rendue devra également être fixée par des dispositions législatives ou réglementaires.

Concilier la confidentialité qui entoure habituellement les procédures d'arbitrage et les exigences de transparence de l'action administrative est apparu au groupe de travail comme l'une des questions les plus délicates suscitées par l'ouverture de l'arbitrage aux personnes publiques.

La confidentialité est souvent présentée comme un attribut caractéristique de l'arbitrage ou plus simplement comme l'un de ses principaux avantages. Mais cette affirmation appelle des tempéraments⁽²⁾, ne serait-ce que parce que le droit des sociétés impose déjà des obligations de transparence en matière d'arbitrage privé (information du conseil d'administration, inscription dans les documents comptables des frais et provisions liés à l'arbitrage). Surtout, des exigences renforcées de transparence s'imposent à l'évidence dans la sphère publique : les administrateurs et élus doivent rendre compte de leur gestion, notamment du bon emploi des deniers publics.

(1) La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 exclut les services d'arbitrage des procédures de mise en concurrence pour la passation des marchés publics.

(2) V. « Nouvelles tendances de l'arbitrage international » in *Revue du droit des affaires internationales*, n°3, 01/05/2006, p.377 et s. ; V. aussi « Confidentialité de l'arbitrage : Evolution ou mutation après l'affaire Esso-BHP v.Plowman » d'Edouard Bertrand in *Revue du droit des affaires internationales*, n°2, 01/03/1996, p.169 et s.

Le groupe de travail, soucieux de trouver un équilibre satisfaisant entre ces différentes exigences et conscient de ce que cette question délicate conditionne en partie l'acceptation de l'arbitrage dans la sphère publique, s'est longuement interrogé sur les modalités de la publicité devant accompagner le déroulement et l'issue de l'instance d'arbitrage.

3.3.1. Il convient tout d'abord de rappeler que **la transparence entourant les décisions préalables à la mise en œuvre de l'arbitrage demeurera assurée dans les conditions du droit commun**. Il en ira notamment ainsi pour les décisions des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, qui seront soumises aux règles prévues par le code général des collectivités territoriales afin d'assurer l'information des élus⁽¹⁾ et des citoyens⁽²⁾. De même, l'accès des tiers à ces documents sera assuré conformément aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs.

3.3.2. S'agissant du déroulement même de l'instance arbitrale, le groupe de travail s'est accordé pour préserver **la confidentialité de l'instruction** et le **secret du délibéré**. Ces règles s'appliquent aux juridictions de droit commun, et contribuent à la sérénité des débats et du prononcé de la décision juridictionnelle.

3.3.3. Le groupe de travail a hésité davantage sur la question de savoir si la tenue d'une **audience publique** devait être prévue.

En droit, l'organisation d'une audience publique au cours d'une procédure d'arbitrage ne paraît imposée par aucun principe de droit national ou conventionnel⁽³⁾. En pratique, l'organisation d'une audience publique pourrait être rendue nécessaire pour éviter que, dans certains litiges politiquement sensibles, la collectivité publique soit critiquée pour avoir recouru à une justice non seulement « privée » mais aussi « secrète ». Les auditions auxquelles le groupe de travail a procédé, en particulier celles des représentants des collectivités territoriales, ont en effet mis en évidence le caractère très sensible de la question et sa portée symbolique.

Le groupe de travail a dans un premier temps hésité entre plusieurs formules plus ou moins contraignantes : l'application obligatoire du principe de publicité des débats ;

(1) V. par exemple, les dispositions des articles L. 2121-10 et 2121-12 du CGCT, qui imposent une convocation préalable des élus, avec indication des questions à l'ordre du jour et, sous certaines conditions, envoi d'une notice explicative.

(2) V. les règles d'affichage et, le cas échéant, de publication aux recueils des actes administratifs.

(3) La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu à ce jour l'occasion de trancher la question de l'applicabilité aux instances arbitrales de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, garantissant le droit à un procès équitable et notamment à une audience publique. En tout état de cause, la publicité de l'audience est conçue comme un droit subjectif : ainsi, la Cour juge que « *ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* » (CEDH, 28 mai 1993, Schuler-Zraggen c/ Suisse, série A, n°263, §58). La Cour permet donc aux parties de renoncer au droit à l'audience publique. On pourrait en déduire que ne méconnaît pas l'article 6 § 1 de la convention la procédure d'arbitrage qui, par la volonté commune des parties, a écarté la règle de la publicité des débats.

Au regard du droit interne, si la publicité des débats devant les juridictions administratives de droit commun est consacrée par la loi (art. L.6 du code de justice administrative), il n'existe pas de principe général du droit imposant la publicité des débats devant les juridictions administratives spécialisées (CE Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, p.395).

l'application de ce principe, sous réserve de stipulations contraires adoptées par les parties ; au contraire, l'affirmation du caractère non public des débats, tempérée par la faculté laissée aux parties de rétablir cette publicité par la convention d'arbitrage ; enfin, l'affirmation du caractère non public des débats, tempérée par la possibilité conférée à une seule partie de demander l'organisation d'une audience publique.

L'esprit de l'arbitrage, fondé sur l'accord des parties, pourrait plaider pour que soit ouverte aux parties la possibilité d'en aménager conjointement les conditions de publicité.

Cependant il est apparu au groupe de travail que, pour assurer la crédibilité de l'arbitrage et prendre en compte les spécificités des règles de fonctionnement des collectivités territoriales, il n'était sans doute pas possible de priver une partie de la possibilité d'obtenir la tenue d'une audience publique, alors même que les autres parties n'en seraient pas d'accord. Arrivé à ce constat, le groupe de travail s'est demandé s'il ne fallait pas tout simplement poser le principe de la publicité de l'audience.

Cette dernière solution a finalement paru au groupe de travail être la meilleure, compte tenu du caractère très sensible de la question de la transparence entourant la procédure d'arbitrage. Elle n'emporterait pas de contraintes trop fortes pour les parties et pour le tribunal arbitral : le secret de l'instruction étant préservé, il suffirait qu'une audience publique soit organisée à l'issue de l'instruction et avant le prononcé de la sentence.

3.3.4. Enfin, **la sentence arbitrale elle-même devra être rendue publique**⁽¹⁾. C'est d'ailleurs à cet effet que le projet de dispositions législatives joint au présent rapport rend l'article L.10 du code de justice administrative applicable aux instances arbitrales.

Diverses modalités peuvent être envisagées pour assurer cette publicité. Elle pourrait résulter d'une simple information de l'organe délibérant de la collectivité publique⁽²⁾. Elle pourrait aussi reposer sur l'obligation, mise à la charge de la personne publique, de procéder à l'affichage ou à la publication de la sentence.

Par ailleurs, il est nécessaire d'organiser le droit d'accès des tiers à la sentence, en permettant à ceux-ci de le faire valoir auprès de la personne publique. En effet, les sentences arbitrales étant des décisions juridictionnelles, la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs ne leur est pas applicable de plein droit. Il est apparu au groupe de travail préférable de s'inspirer des conditions de communication prévues par ce texte. Ainsi la protection de certains secrets institués par la loi serait de nature à justifier l'occultation de certaines mentions de la sentence arbitrale, à l'instar de celles couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle ou le secret de la défense nationale. Il en irait aussi de même s'agissant des modalités pratiques de cette communication – consultation sur place ou possibilité d'obtenir une copie papier ou électronique.

(1) Devant les juridictions administratives de droit commun, l'article L.10 du CJA prévoit que les jugements sont rendus publiquement. Cette publicité est assurée à plusieurs niveaux. D'une part, la décision est prononcée ou « lue » en séance publique (art. R. 741-1 du CJA). D'autre part la publicité est assurée à l'égard des parties par la notification de la décision, et à l'égard des tiers par le droit qui leur est reconnu d'en prendre connaissance au greffe et d'en obtenir copie (CE, 1^{er} décembre 1993, Association SOS Défense et M. Bertin, Leb. tables p.965).

(2) V. la procédure d'information de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales sur les lettres d'observations définitives des chambres régionales des comptes, prévoyant une information lors de la plus proche séance suivie d'un débat. S'agissant d'une sentence arbitrale, le débat ne pourrait porter que sur l'éventuel exercice des voies de recours.

3.4. Le groupe de travail s'est, enfin, interrogé sur l'exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours qui seraient susceptibles d'être exercées à son encontre.

3.4.1 L'**exécution** de la sentence arbitrale devrait faire l'objet de dispositions expresses.

Si la sentence arbitrale est par elle-même revêtue de l'autorité de la chose jugée, le groupe de travail a écarté l'hypothèse d'une disposition législative conférant un caractère exécutoire de plein droit aux sentences arbitrales, sans intervention aucune des juridictions étatiques. Il a privilégié, comme en matière civile, le recours à une procédure particulière d'*exequatur* conduisant un juge administratif⁽¹⁾ à revêtir la sentence de la formule exécutoire. La décision prise sur l'exécution de la sentence ne pourrait faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

3.4.2. Le groupe de travail a estimé opportun de **réserver la seule voie du recours en cassation** contre la sentence arbitrale.

Il a relevé, à l'instar de la majorité des contributions qu'il a reçues et des personnes auditionnées, que l'esprit de l'arbitrage ne plaide pas pour l'ouverture d'une voie d'appel contre la sentence. L'arbitrage consiste à soumettre un litige en premier ressort à une instance juridictionnelle distincte des juridictions de droit commun, statuant selon une procédure d'instruction spécifique. Il y aurait une contradiction à soumettre un litige à l'arbitrage, puis à faire appel de la sentence devant une juridiction étatique se prononçant selon les règles de procédure de droit commun, chargée de statuer à nouveau au fond sur le litige.

Le groupe de travail n'a donc pas estimé opportun de reprendre les dispositions du NCPC qui prévoient que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel sauf décision contraire des parties.

Le groupe de travail a tout de même envisagé la solution consistant à exclure en principe l'appel, tout en ménageant la possibilité pour les parties de s'accorder sur l'ouverture d'une voie d'appel. Si une telle hypothèse était retenue, le groupe de travail a considéré que les impératifs de célérité dans le règlement du litige justifieraient alors qu'on évite d'ajouter recours en appel et recours en cassation, et par conséquent qu'on prévienne que l'appel soit porté devant le Conseil d'Etat et non devant les cours administratives d'appel, conformément d'ailleurs à ce qui résulte aujourd'hui du droit en vigueur⁽²⁾.

Il est ainsi apparu au groupe de travail qu'il était possible d'hésiter entre deux formules, que seraient, d'une part, l'exclusion générale de l'appel – seul le recours en cassation devant le Conseil d'Etat étant alors ouvert – et, d'autre part, le principe d'une exclusion de l'appel tempéré par la faculté laissée aux parties de s'accorder sur un appel relevant de la compétence du Conseil d'Etat. Dans les deux cas, le délai de recours serait de deux mois à compter de la notification de la sentence, adressée aux parties par l'instance arbitrale. Conformément au droit commun devant les juridictions administratives, l'exercice

(1) Le président du même tribunal administratif ou un magistrat qu'il délègue.

(2) V. art. L 321-2 du code de justice administrative ; CE 28 décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs, Leb. p.591.

de ces voies de recours ne serait pas suspensif, sauf sursis à exécution ordonné par le Conseil d'Etat.

Finalement, après avoir hésité, le groupe de travail a marqué à l'unanimité sa préférence pour l'exclusion générale de l'appel, solution qui lui a paru la plus cohérente, et pour laquelle la plupart des personnes auditionnées ou consultées ont marqué leur préférence.

Certaines contributions ont suggéré que la voie de recours devant le Conseil d'Etat consiste en un recours en annulation, sur le modèle de celui prévu par le NCPC. Le groupe de travail a toutefois considéré, d'une part, qu'une telle solution introduirait inutilement une nouvelle forme de recours dans le paysage de la juridiction administrative, d'autre part, que la mise en œuvre du recours en cassation devant le Conseil d'Etat saurait tenir compte des particularités de l'instance arbitrale et ne différerait pas sensiblement du recours en annulation existant devant la juridiction civile.

3.4.3 Enfin, le groupe de travail a examiné la question de savoir s'il paraît possible d'accorder au juge de cassation, en cas de cassation de la sentence, le pouvoir d'examiner au fond le litige.

Il a paru au groupe de travail que dans la plupart des cas il serait souhaitable que le juge de cassation prononce une cassation « sèche » sans renvoi, ni règlement au fond. Le tribunal arbitral ayant été dessaisi à la suite du prononcé de la sentence arbitrale, la cassation de la sentence devrait normalement renvoyer aux parties la question de savoir si elles souhaitent constituer à nouveau un tribunal arbitral.

Toutefois, à la réflexion, le groupe de travail n'a pas souhaité aller jusqu'à interdire dans tous les cas au juge de cassation, de statuer au fond après cassation. Il lui a semblé qu'il pourrait exister des cas de figure dans lesquels une réponse rapide du juge serait souhaitable et où un nouveau détour procédural serait préjudiciable aux parties ou à l'intérêt général. Le groupe de travail a alors hésité entre deux formules : soit subordonner la possibilité pour le juge de se prononcer au fond après cassation à la demande expresse et motivée d'une partie, ce motivée pour prévenir les abus ; soit laisser cette question à l'appréciation du juge de cassation. La différence entre ces deux formules ne doit pas être surestimée. En effet, même dans l'hypothèse d'un pouvoir d'évocation subordonné à la demande préalable d'une partie, l'évocation, à l'instar du droit commun, resterait une faculté pour le juge. Au final, le groupe de travail s'est prononcé en faveur de la première solution, l'exigence d'une demande préalable d'une partie lui paraissant davantage dans l'esprit de l'arbitrage et l'obligation de motiver la demande étant de nature à éclairer le juge sur l'intérêt ou non d'un règlement au fond.

Le présent rapport est accompagné d'un projet de loi, mettant en œuvre les propositions du groupe de travail qui relèvent de la compétence du législateur.

Ce projet de loi comporte quatorze articles.

L'article 1^{er} définit le champ de l'arbitrage qui serait désormais ouvert aux personnes morales de droit public, sans préjudice des dispositions qui le prévoient déjà.

L'ouverture suggérée concerne toutes les personnes morales de droit public et n'opère ainsi aucune distinction entre celles-ci. Le recours à l'arbitrage est rendu possible pour tous leurs litiges contractuels, à l'exception de ceux nés de contrats de louage de services. La rédaction retenue couvre également l'hypothèse du litige né du contrat nul.

Enfin, cet article permet aux personnes morales de droit public de soumettre un litige à arbitrage non seulement par voie de compromis mais aussi en recourant à une clause compromissoire.

L'article 2 rappelle les règles de détermination du droit applicable à un litige arbitral.

Les articles 3 et 4 sont relatifs aux règles de passation de la clause compromissoire ou du compromis.

L'article 3 précise que cette clause ou ce compromis est conclu par l'autorité compétente pour passer le contrat. L'article 4 prévoit une approbation distincte de la clause compromissoire par l'organisme délibérant de la personne publique, afin que l'adoption d'une telle clause puisse faire l'objet d'un débat.

L'article 5 regroupe les modifications qui devraient être apportées au code général des collectivités territoriales, notamment pour mettre en œuvre les garanties envisagées dans le rapport concernant la conclusion de la clause compromissoire ou du compromis.

Les articles 6 et 7 ont pour objet de s'assurer qu'en cas d'appel d'offres, la négociation de la clause compromissoire n'intervienne qu'après le choix par la collectivité publique de l'attributaire du contrat.

L'article 8 traite des règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative par un double renvoi, d'une part, à certains principes généraux de la procédure administrative rappelés par des dispositions législatives du code de justice administrative et, d'autre part, à des dispositions réglementaires qui seront fixées par décret en Conseil d'Etat.

L'article 9 écarte l'application de l'article L.821-2 du code de justice administrative, tout en permettant au Conseil d'Etat, statuant comme juge de cassation, de régler l'affaire au fond sur la demande motivée d'une partie.

L'article 10 est relatif au droit de communication aux tiers des sentences arbitrales.

Les articles 11 à 13 sont des articles de coordination, qui tirent les conséquences sur les textes existants de l'introduction de nouvelles règles par le présent projet de loi.

L'article 14 prévoit les modalités d'entrée en vigueur des dispositions nouvelles afin de ne pas mettre en péril les procédures de mise en concurrence en cours, au regard des dispositions nouvelles résultant des articles 5 et 6, et les procédures d'arbitrages en cours au regard des dispositions nouvelles résultant de l'article 8.

الملحق رقم 3

مشروع قانون التحكيم في المواد الإدارية الفرنسي

Groupe de travail sur l'arbitrage

Le 1^{er} mars 2007

PROJET DE LOI

Article 1^{er} : Toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat autre que de louage de services peut, par clause compromissoire ou par compromis, soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants.

Article 2 : Le litige soumis à arbitrage est jugé selon les règles qui lui sont applicables en vertu de la loi française, sous réserve des cas où celle-ci autorise les parties à déterminer le droit applicable.

Article 3 : La clause compromissoire ou le compromis est conclu par l'autorité compétente pour passer le contrat.

Article 4 : Lorsque la conclusion d'un contrat requiert l'autorisation d'un organe délibérant, la clause compromissoire fait l'objet d'une délibération distincte.

Article 5 : modifications CGCT – éventuellement Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

I- Le 16° de l'article L. 2122-22 est remplacé par les dispositions suivantes :

« 16° Dans les cas définis par le conseil municipal, d'intenter au nom de la commune les actions en justice ou de défendre la commune dans les actions intentées contre elle, ainsi que de prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage ; »

II- Au 4° de l'article L. 2131-2, au 4° de l'article L. 3131-2 et au 3° de l'article L. 4141-2, les mots « et les contrats de partenariat ; » sont remplacés par les mots « , les contrats de partenariat et toute convention d'arbitrage ; »

III- Le dernier alinéa de l'article L. 3221-10 est complété par une phrase ainsi rédigée : « Il peut également, dans les cas définis par le conseil général, prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage »

IV- Il est ajouté au premier alinéa de l'article L. 4231-7 la phrase suivante : « Il peut également, dans les cas définis par le conseil régional, prendre les décisions qu'appelle l'exécution d'une convention d'arbitrage »

Article 6 : Lorsqu'un contrat est conclu à l'issue d'une procédure donnant lieu à la présentation d'offres concurrentes et qu'une clause compromissoire est envisagée, celle-ci n'est pas soumise à la consultation des candidats mais est négociée avec l'attributaire du contrat.

Article 7 : Le l) de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 est remplacé par les dispositions suivantes :

« l) Aux modalités de prévention et de règlement non juridictionnel des litiges. ».

Article 8 : Lorsque le litige relève de la compétence de la juridiction administrative, la procédure arbitrale est régie par les articles L.5 et L.8 à L.10 du code de justice administrative ainsi que par les règles fixées par décret en Conseil d'Etat.

A l'issue de l'instruction, l'instance arbitrale donne lieu à une audience publique.

Article 9 : L'article L. 821-2 du code de justice administrative est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre une sentence arbitrale. Toutefois, sur la demande motivée d'une partie, le Conseil d'Etat peut régler l'affaire au fond après cassation »

Article 10 : Sous réserve des mentions couvertes par un secret protégé par la loi, la personne morale de droit public partie à un litige ayant donné lieu à une sentence arbitrale communique celle-ci aux personnes qui en font la demande dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

Article 11 : L'article L.311-6 du code de justice administrative est remplacé par les dispositions suivantes :

« Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par la loi n°... du relative à ... et dans les cas prévus par :

1° Le second alinéa de l'article 2060 du code civil ;

2° L'article L.112-24 du code du patrimoine ;

3° L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

4° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;

5° L'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" en vue du renouveau du transport ferroviaire. »

Article 12 : Sont abrogés : 1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906;

2° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.

Article 13 :

I – Au septième alinéa de l'article L.711-1 du code de l'éducation, les mots « Ils peuvent recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers. » sont supprimés.

II – Au premier alinéa de l'article L.321-4 du code de la recherche, les mots « et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers » sont supprimés.

Article 14 : Les dispositions de l'article 8 de la présente loi ne s'appliquent pas aux instances arbitrales en cours à la date de publication du décret pris pour leur application.

Les dispositions des articles 5 et 6 ne s'appliquent qu'aux contrats pour lesquels la procédure de passation est engagée postérieurement à la publication de la présente loi.

فهرس محتويات البحث

الصفحة	الموضوع
2	آية قرآنية
3	إهداء
4	شكر وتقدير
5	قائمة بأهم الإختصارات
6	مقدمة
12	الفصل الأول: العقد الإداري وماهية التحكيم
13	المبحث الأول : العقد الإداري
14	المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري
14	الفرع الأول : تعريف العقد
17	الفرع الثاني : العقد الإداري في الفقه
18	الفرع الثالث: العقد الإداري في القضاء
21	المطلب الثاني: أركان العقد الإداري
21	الفرع الأول: أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً
26	الفرع الثاني : أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً
29	الفرع الثالث : أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة
32	المطلب الثالث: صور العقود الإدارية
32	الفرع الأول : عقد إلتزام المرفق العام (عقد الإمتياز)
37	الفرع الثاني : عقد الأشغال العامة
41	الفرع الثالث : عقد التوريد

43	الفرع الرابع : العقود الإدارية الحديثة (B.O.T)
46	المبحث الثاني: الأسس العامة للتحكيم
47	المطلب الأول: تعريف التحكيم
47	الفرع الأول : التحكيم في اللغة والاصطلاح
48	الفرع الثاني: التحكيم في الفقه
51	الفرع الثالث: التحكيم في القانون المقارن
54	الفرع الرابع : التحكيم في بعض أحكام القضاء
56	المطلب الثاني: أنواع التحكيم
56	الفرع الأول: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي
58	الفرع الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق
61	الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي
65	المطلب الثالث: خصائص التحكيم
66	الفرع الأول: مزايا التحكيم
74	الفرع الثاني: عيوب التحكيم
80	الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم وغيره من وسائل فض المنازعات
85	المبحث الثالث: تطور العلاقة بين العقود الادارية والتحكيم
86	المطلب الأول: تطور العلاقة بين العقود الادارية والتحكيم في فرنسا
87	الفرع الأول: مبدأ حظر لجوء الدولة أو أحد مؤسساتها للتحكيم
92	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الحظر
96	المطلب الثاني: تطور العلاقة بين العقود الادارية والتحكيم في مصر
97	الفرع الأول: مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 27 لسنة 1994
99	الفرع الثاني: صدور القانون رقم 27 لسنة 1994

102	الفصل الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية
104	المبحث الأول: حكم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية
104	المطلب الأول: موقف التشريع من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية
105	الفرع الأول: التشريع الفرنسي
107	الفرع الثاني: التشريع المصري
110	الفرع الثالث: بعض التشريعات العربية
116	المطلب الثاني: موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية
117	الفرع الأول: القضاء الفرنسي
120	الفرع الثاني: القضاء المصري
124	المطلب الثالث: موقف الفقه من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية
124	الفرع الأول: الرأي المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية
131	الفرع الثاني: الرأي المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية
137	المبحث الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية
138	المطلب الأول: التنظيم القانوني للتحكيم في العقود الإدارية الدولية
138	الفرع الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون الفرنسي والمصري
141	الفرع الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في القانون الجزائري والسوري
145	الفرع الثالث: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي
150	المطلب الثاني: التنظيم الدولي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية

151	الفرع الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الاتفاقيات الإقليمية	
153	الفرع الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الاتفاقيات الدولية	
159	المطلب الثالث: التنظيم الإجرائي للتحكيم في العقود الإدارية الدولية	
160	الفرع الأول: إجراءات التحكيم في العقود الإدارية الدولية	
166	الفرع الثاني: الحكم التحكيمي في العقود الإدارية الدولية	
177	الخاتمة	
182	التوصيات	
186	المراجع	
197	1- فهرس القوانين والاتفاقيات والأحكام القضائية الواردة في البحث	الملاحق
210	2- تقرير مجموعة العمل الفرنسية حول التحكيم في المواد الإدارية	
230	3- مشروع قانون التحكيم في العقود الإدارية الفرنسي	
233	فهرس محتويات البحث	
237	ملخص باللغة العربية	
239	ملخص باللغة الفرنسية	
241	ملخص باللغة الإنجليزية	

ملخص

تعاظم دور التحكيم في الآونة الأخيرة وأصبح وسيلة معتادة بل ومفضلة يلجأ إليها المستثمرون لحل نزاعاتهم العادية منها والإدارية على حد سواء حيث تتميز العقود الإدارية بصفة خاصة وتتضمن شروطا غير مألوفة في إطار القانون الخاص وتأخذ عدة صور أهمها عقود إلزام المرفق العام وعقود توريد وعقود البوت B.O.T .

والتحكيم على اعتباره اتفاق وطريقة وأسلوب لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع معين تباينت صورته من حر ومؤسسي، ومن طليق ومقيد، ومن تحكيم داخلي وتحكيم دولي، ويتسم بقلّة الشكلية وسرعة الفصل في النزاعات المعروضة إلى جانب نهائية الحكم التحكيمي والسرية التي تعد إحدى أهم الضمانات، ويشوبه تكلفته المادية الباهظة وعدم حياد وموضوعية بعض المحكمين وهو ما أثبتته الواقع العملي.

وقد لقي التحكيم اهتماما خاصا من الفقه والقضاء كما تعرضت له أغلب تشريعات العربية والدولية، والتي تباينت مواقفها تجاه التحكيم في العقود الإدارية، حيث تبني القانون الفرنسي بداية موقفا عدائيا، غير أنه أجاز استثناء وأحاطه بعدة ضمانات، في حين نص المشرع المصري صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية، أما التشريع التونسي فقد أجاز فقط التحكيم الإداري الدولي دون الداخلي، بينما أضاف التشريع الجزائري مجالا آخر للدولة والأشخاص العامة لممارسة التحكيم وهو مجال الصفقات العمومية، أما التشريع المغربي فقد فتح الباب على مصراعيه للتحكيم الإداري الداخلي والدولي دون وضع شروط أو قيود .

ولم يكن موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ببعيد عن موقف التشريعات حيث كان مجلس الدولة الفرنسي دائما حريص على عدم سلب اختصاصاته بنظر المنازعات الإدارية في حين كان الخلاف واضحا في أحكام القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية بين الإجازة والرفض.

وانقسم فقهاء القانون بين مؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ومعارض له ولكل أسانيده وحججه، غير أن هناك موقفا ثابتا من ناحية الاتفاقيات الإقليمية والدولية تجاه إجازة التحكيم في العقود الإدارية.

إن الحركة التشريعية والتطورات القانونية التي شهدتها العالم العربي في الآونة الأخيرة تؤكد دخوله عصر التحكيم من أبوابه الواسعة، فالتحكيم هو بحق قضاء المستقبل.

Résumé

De nos jours, le recours à l'arbitrage a pris une ampleur considérable et est devenu un moyen habituel et même préféré pour les investisseurs en vue du règlement de leurs litiges notamment ceux administratifs, en ce sens que les contrats administratifs se caractérisent par des clauses spécifiques qui n'existent pas dans les contrats de droit privé, Ces contrats sont eux-mêmes d'une grande diversité, qu'il s'agisse de contrats de fourniture, de contrats de concession de services publics ou encore de contrats B.O.T.

Etant un mode de règlement juridique des litiges existants ou susceptibles de se produire, l'arbitrage présente différentes formes : ad hoc ou institutionnelle, forcée ou conventionnelle, nationale ou internationale. L'arbitrage se distingue aussi par la simplicité du formalisme des procédures, la rapidité dans le traitement des litiges et le prononcé de la sentence arbitrale ainsi que la confidentialité.

Cependant, la pratique a démontré que l'arbitrage présente quelques aspects négatifs qui ont trait notamment au coût élevé et au manque de neutralité et d'objectivité qui sont observées chez certains arbitres.

Par ailleurs, l'arbitrage constitue un sujet majeur dans les milieux jurisprudentiels et a été abordé par la plupart des législations arabes et internationales avec, toutefois, une divergence de points de vue. Ainsi, le droit Français, par exemple, qui a manifesté au départ une position hostile, a adopté l'arbitrage de façon exceptionnelle en le balisant par plusieurs garanties, alors que le législateur égyptien l'admet solennellement dans les contrats administratifs et, le législateur tunisien a autorisé uniquement l'arbitrage administratif international. Par contre, la législation algérienne se distingue par l'introduction d'un autre domaine d'arbitrage dédié aux relations entre l'Etat et les personnes morales de droit public, à savoir celui des marchés publics. Enfin, la législation marocaine se veut des plus étendues en autorisant à la fois l'arbitrage administratif interne et international sans conditionnalité aucune.

Il est également à noter que la position de la justice vis-à-vis du recours à l'arbitrage dans les litiges liés aux contrats administratifs ne s'écarte pas beaucoup de la position des législations. Ainsi, dans le cas de la France, on constate que le Conseil d'Etat veille scrupuleusement à l'exercice de ses

compétences en matière de litiges administratifs alors que des divergences sont observées dans le cas égyptien à travers les décisions de justice où les avis sont partagés entre acceptation et rejet à l'égard de l'arbitrage administratif.

De même, les opinions des hommes de loi sont partagées entre celles qui sont en faveur de l'arbitrage dans les litiges des contrats administratifs et celles qui sont contre tout en avançant des arguments explicitant chacune des deux positions.

Toutefois, il est à constater l'existence d'une convergence de points de vue quant aux conventions territoriales et internationales en ce qui concerne l'autorisation de l'arbitrage administratif.

Enfin, dans le monde arabe, il à relever que la dynamique législative et les évolutions juridiques enregistrées ces dernières années témoignent d'une entrée de plain-pied dans l'ère de l'arbitrage.

Au final, on peut affirmer que l'arbitrage constitue réellement la juridiction de l'avenir.

ABSTRACT

Nowadays, the use of arbitration has grown considerably and has become a regular and even favourite means for investors in the settlement of their disputes including administrative ones, as administrative contracts are characterized by specific clauses that do not prevail in private law contracts. These very contracts are so diverse : concession contracts, public service contracts, provision concession contracts, B.O.T contracts...

As a legal settlement mode for prevailing litigation or likely to occur, arbitration has different forms : ad hoc or institutional, forced or conventional, domestic or international. Arbitration is also distinguished by the simplicity of procedure formalism, speed in handling disputes and the issuance of arbitration sentence, and confidentiality.

However, practice has shown that arbitration has some negative aspects relating mainly to high cost and lack of neutrality and objectivity which can be noted within some referees.

Moreover, arbitration is a major topic in jurisprudential circles and has been addressed by most Arab and international legislation, albeit with a divergence of views. Thus French law, for example, which has expressed from the beginning a hostile position, has adopted arbitration exceptionally by buoying it with several guarantees, while the Egyptian legislator solemnly admits it in administrative contracts, and the Tunisian legislator has only allowed international administrative arbitration. By cons, Algerian law is characterized by the introduction of another arbitration domain dedicated to relations between the State and legal entities of public law, namely that of public procurement. Finally, Moroccan law is more extended as it allows both internal and international administrative arbitration without any conditionality.

It is also to be noted that the position of justice vis-à-vis arbitration in disputes related to administrative contracts do not deviate much from the position of legislation. Thus, in the case of France, we find that the State Council closely watches the performance of its expertise in administrative disputes while differences are observed in the Egyptian case through court decisions where opinions are shared between acceptance and rejection towards administrative arbitration.

Similarly, lawyers opinions are shared between those in favor of arbitration in administrative contracts disputes and those against while putting forward arguments explaining each of the two positions.

However, it should be noted that there is a divergence of views as to territorial and international conventions regarding the approval of the administrative arbitration.

Finally, in the Arab world, it is to be noted that the legislative dynamics and legal developments recorded during last years have shown a straight entry in the era of arbitration.

In the end, we can say that arbitration is really the jurisdiction of the future.