الضوابط التشريعية المنظمة للتحكيم فى العقود الإدارية فى مصر فى ظل أحكام القانون رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤وتعديلاته

د / أحمد علي سالم حسن

المستشار بهيئة قضايا الدولة

مقدمة عامه :

إن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبل إلى سرعة الفصل فى المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية فضلا عن أنه يعطى الطمأنينة للمستثمرين ، حيث أنه يتسق مع القواعد الدولية السارية فى هذا الشأن، كما يستهدف التغلب على بطئ إجراءات الفصل فى الدعاوى الذى من شأنه أن يعرقل العمل التجاري بصفة عامه[١]، فهو قضاء اتفاقي قادرٌ علي حسم النزاع[٢].

ويرى البعض من الفقه[٣] وبحق أن ارتباط التحكيم بالاستثمارات الأجنبية من شأنه أن يثير جوانب متعدده ومتعارضه فى أغلب الأحيان، فبالنسبة للمستثمر الأجنبي بوصفه طرفاً أجنبياً لا يكون على دراية كافية بالقانون المحلي، كما أنه يخشى من التدخلات السياسية للدولة محل الاستثمار والتي قد تسعى إلى حل المشكلات التي قد تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي بطريقة سياسية مثل استخدام التأميم أو غير ذلك من الوسائل التي لا يستطيع المستثمر أن يجد دفعاً لها.

هذا فضلاً عن أن القاضي الوطني يميل نفسياً فى أغلب الأحوال للإعتبارات الوطنية وهو شعور إنساني يؤخذ فى الاعتبار دائماً.

أما بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، فإن ترددها فى قبول التحكيم يفسر دائما باعتبارات السيادة الوطنية، وهي مسألة ذات حساسية مفرطة فى دول العالم الثالث وعلى وجه الخصوص فى مجال عقود استغلال موارد الثروة الطبيعية، وذلك

(١) أستاذنا الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين ، خصوصية التحكيم فى منازعات العقود الإدارية دراسة عن كيفية التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقد الإداري والتحكيم فيه ، دار النهضة العربية ، ط٢٠٠٧، ص٥.

(٢) الدكتور / مصطفى محمد الجمل ، والدكتور/ عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ،منشورات الحلبي ، لبنان ، الطبعة الاولي ، ١٩٩٨، ص ٤٩.

(٣) الدكتور/ جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٢٨ وما بعدها.

رد فعل طبيعي ناتج عن التاريخ الطويل للاستعمار فى هذه الدول ، وما لازمه من نهب لثرواتها الطبيعية وتقرير الامتيازات الأجنبية فيها[١].

ولا شك أن التوفيق بين الاعتبارات السابقة والمتعارضة ليس بالأمر السهل، فلن يكون ذلك برفض التحكيم وعدم التسليم به كطريق لفض المنازعات خارج نطاق المحاكم التي تنظمها الدولة ، ومن ناحية أخرى فليس من المتصور فتح الأبواب على مصراعيها دون وضع ضوابط للتحكيم ، لاسيما فى العقود التي تتصل بحياة الدولة وسيادتها ، كتلك التي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعيه وبعض العقود الإدارية التي تتصل بتنظيم أو سير المرافق الأساسية فى الدولة.

ذلك أن التحكيم أياً كانت مبرراته فإنه – على خلاف القضاء - فيه تَرخص فى الضمانات الإجرائية والموضوعية، ثم أنه يضع الخصومة فى يد هيئة تحكيم هي فى الغالب أجنبية تطبق قانوناً أجنبياً والحكم فيها نهائي لا يقبل الطعن بأي طريق، هذا بالإضافة إلى أن دعوى البطلان فيه إن نظمت ؛ فإن أسبابها تكون على سبيل الحصر[٢]، وخضوع الدولة إلى التحكيم يعني تخليها عن مركزها السيادي والوقوف أمام المُحكم علي قدم المساواة مع غيرها من الأشخاص[٣].

وإذا كان التحكيم بصفة عامة قد واجه بعض التحفظات خاصة فى مجال الإستثمارات الأجنبية وعلى وجه الخصوص فى الدول النامية، فإنه فى نطاق العقود الإدارية قد واجه تصلب القضاء الإداري وعدم تسامحه تجاه نزع اختصاصه بالنظر فى المنازعات الإدارية والفصل فيها ، ومن المبررات التي قيلت فى هذا الشأن.

(١) الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين ، المرجع السابق ، ص٦.

(٢) تراجع المادتان ٥٢ و٥٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ باصدار قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية فى مصر حيث نصت المادة ٥٢ فى فقرتها الأولى على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية".

أما الفقرة الثانية فقد قررت جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم فى الأحوال المشار إليها فى المادة ٥٢ من القانون وقد تمثلت هذه الحالات فيما يلي:

(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء المدة.

(ب) إذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.

(ج) إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحاً بتعيين مُحكم 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 لاتفاق الطرفين .

(و) إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق 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 فى حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم.

هذا بالإضافة لما قررته الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من أنه " تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية".

(٣) الدكتورة / سامية راشد ، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٦، بند ٢٠٥ ،ص ٢٩٣وما بعدها .

١. أن التحكيم فى مجال العقود الإدارية لا يكفل الحفاظ علي طابعها المتميز وخصائصها الذاتية التي تميزها عن العقود المدنية ذلك أن أحد طرفى الرابطة العقدية فى مجال العقد الإداري (جهة الإدارة) تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والنفع العام وهو ما يبرر ما تمتلكه الإدارة من سلطات فى مجال تنفيذ العقد الإداري. هذا فى حين أن التحكيم علي خلاف القضاء الإداري لا يعتد بأوجه التمييز الجوهرية بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

٢. إن من العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة ويتعلق بثرواتها الطبيعية مثل عقود الامتياز والتي تمتد فى كثير من الأحيان إلى سنين طويلة ترتب أعباء على كاهل الأجيال القادمة ، والتحكيم يقوم به أفراد عاديين أو هيئات خاصة ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي وسيادة الدولة تأبى أن تَمثُل أمام قضاء خاص أو يُحكم عليها وفق قانون أجنبي، فإن كان هذا مقبولاً وممكناً وجائزاً فى علاقات القانون الخاص، فإنه من غير الجائز فى العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها أو أحد أشخاص القانون العام بوصفه سلطة عامة، فالدولة أو الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن يحكم عليها إلا بواسطة قضائها الرسمي الذي ينص عليه دستورها وتنظمه قوانينها.

٣. التحكيم هو تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة فى مجال إنهاء المنازعات الناشئه عن الروابط العقدية ، وإذا كان مبدأ سلطان الإراده يجد نطاق تطبيقه فى عقود الأفراد ، فإن التعبير عن الإرادة عند إبرام العقود الإدارية تحكمه قواعد أخرى. فأشخاص القانون العام لا تتمتع بالحرية الكاملة فى إجراء وابرام تعاقداتها، فالإدارة إذا ما قررت إبرام عقد معين فإنها ليست مطلقة الحرية فى الاختيار بالنسبة لمن يتعاقد معها ؛ حيث حدد لها قانون المناقضات والمزايدات طرقاً للتعاقد، كالمناقصات العامة والمحدودة والمحلية والاتفاق المباشر. ومن ثم فإن قرار اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية ينبغى أن يحاط بالعديد من التحفظات والضوابط (موافقة البرلمان عليه أو مجلس الوزراء أو الوزير المختص على سبيل المثال).

٤. فى مجال تنفيذ العقد الإداري تظهر خصوصية وذاتية العقد الإداري واختلافه عن العقد المدني وذلك لما تتمتع به الجهات الإدارية من امتيازات وسلطات فى مواجهة المتعاقد معها.

أهمية البحث :-

ترجع أهمية هذا البحث نظرا لخطورة القيام بإبرام شرط الاتفاق علي التحكيم فى العقود الإدارية التي تسهم إسهاماً كبيراً فى تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد والحيلولة دون توقف تقديم الخدمات لجمهور المنتفعين ، ولما كان الأمر قد استقر على الأخذ بفكرة التحكيم فى العقود الإدارية وأصبحت واقعاً معمولاً به ، فلقد آثرنا التعرض بالبحث والدراسة للضمانات التي تطلبها المشرع لإجازة إبرام شرط التحكيم فى العقود الإدارية وأثر مخالفة هذه الشروط والضوابط ، وذلك لتحقيق أقصى استفادة ممكنه من إبرام هذ الشرط .

منهج البحث :-

أثر الباحث الجمع بين المناهج البحثية وأولها ، المنهج التحليلي وذلك بالقيام بتحليل النصوص والأحكام وآراء الفقه ، وكذا المنهج الوصفى من خلال توصيف النصوص القانونية وبيان أرقامها ومضونها ، وأخيراً المنهج التأصيلي عن طريق تجميع الجزئيات ووصفها فى إطار عام ، وذلك لتحقيق أقصى استفادة ممكنه من مناهج البحث السابقة للخروج بهذا البحث فى أبهى صورة .

خطة البحث : -

ووفقاً لما سبق فقد قسمنا خطة البحث وفقاً لما يلي :

مبحث تمهيدي: ونقسمه إلى كل من :

المطلب الأول :- ونعرض فيه للتعريف بنظام التحكيم كوسيله لإنهاء المنازعات فى مجال العقود الإدارية .

المطلب الثاني :- ونعرض فيه التطور التشريعي لنظام التحكيم فى العقود الإدارية.

المبحث الأول :- ونتحدث فيه عن الضوابط التشريعية التي تطلبها القانون لإجازة التحكيم فى العقود الإدارية، وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول :- ونعرض فيه لحتمية الحصول علي موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة .

المطلب الثاني :- ونعرض فيه إلى قيد عدم جواز تفويض الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة لاختصاصه بالموافقة على شرط التحكيم .

المبحث الثاني :- ونتحدث فيه عن أثر مخالفة الضوابط التشريعية المنظمة للتحكيم فى مجال العقود الإدارية ، ويضم هذا المبحث مطلبين .

المطلب الأول :-ونعرض فيه لمخالفة الضوابط التشريعية فى مجال التحكيم الداخلي .

المطلب الثاني :- ونعرض فيه لمخالفة الضوابط التشريعية فى مجال التحكيم التجاري الدولي .

ونردف ذلك كله بالخاتمة التي تشتمل على : التوصيات والنتائج.

مبحث تمهيدي

نوضح فى هذا المبحث التعريف بنظام التحكيم فى مجال العقود الإدارية، وكذا التطور التشريعي الذى وصل إليه هذا النظام، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: التعريف بنظام التحكيم كوسيلة لإنهاء المنازعات فى مجال العقود الإدارية.
- المطلب الثاني: التطور التشريعى لنظام لتحكيم فى العقود الإدارية.

وذلك كله على النحو التالي:

المطلب الأول

التعريف بنظام التحكيم كوسيله لإنهاء المنازعات فى مجال العقود الإدارية

قبل أن نتعرض لنظام التحكم فى مجال العقود الإدارية علينا أولاً أن نقوم بتعريف العقد الإداري ، وقد اتفق فقه القانون العام وكذلك القضاء الإداري علي تعريفه بأنه « ذلك العقد التي تبرمه جهة الإداره مع شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعياً أو معنوياً أو شخص من أشخاص القانون العام، على أن يهدف هذا العقد إلى تسيير مرفق عام وأن يتضمن شروطاً مألوفة لا نجدها فى عقود القانون الخاص» [(١)].

أما عن نظام التحكيم فى منازعات العقود الإدارية فهو أسلوب لإنهاء المنازعات بحكم ملزم لأطراف النزاع، ويرتكز هذا النظام على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يقوم بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع.

والأصل فى التحكيم أنه اختياري يتم بمحض إرادة أطراف النزاع ليستعيضوا به عن اللجوء إلى المحاكم اقتصاداً فى الوقت وبعداً عن شطط الخصومات القضائية ، غير أن التحكيم قد يكون اجبارياً وهو يكون ذلك عادة فى مجال الفصل فى الخلافات التي تنشأ بين أشخاص معنوية عامة أو مملوكة للدولة كمشروعات القطاع العام أو قطاع الأعمال وتعتبر هيئة التحكيم فى هذه الحالة هيئة قضائية متخصصة

(١) الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين ، مبادئ القانون الاداري ، بدون ناشر ، ط٢٠٠٦ ، ص٤٥١ وما بعدها ؛ وكذلك الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين ، المبادئ العامة فى تنفيذ العقد الإداري ، دار الإيمان للطباعة ، بدون سنة طبع ، ص١٣ وما بعدها.

خاصة وأن رئاستها تسند إلى أحد رجال القضاء يختاره وزير العدل، الأمر الذي يجعلها نوعاً من أنواع القضاء العام واختصاصها اختصاص ولائي يتعلق بالنظام العام طبقاً لما قررته محكمة النقض[١] وأقره أغلب الفقهاء[٢].

ولقد ارتبط نظام التحكيم فى السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية. ولقد كان للمتغيرات الاقتصادية العالمية أثرها فى اتساع نطاق الأخذ بالتحكيم ؛ حيث تعدى العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية سواء أكانت عقوداً مدنية أم عقود إدارية[٣].

المطلب الثاني

التطور التشريعى لنظام التحكيم فى العقود الإدارية

مر التطور التشريعى لفكرة التحكم فى العقود الإدارية فى مصر بثلاث مراحل نوجزها فى الآتي[٤]:

المرحلة الأولى: سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم فى العقود الإدارية:

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر عام ١٩٦٨ بين نصوصه التي نظمت التحكيم ما يحمل بين طياته انتصاراً لرأي دون آخر فى مسألة التحكيم فى العقود الإدارية.

فالمادة ٥٠١ من هذا القانون جرى نصها على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقه تحكيم خاصه كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيد عقد معين ... ».

وظاهر النص يجيز التحكيم فى جميع العقود بحسبانه أطلق عبارة جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيد عقد معين ، يستوى فى ذلك أن يكون عقداً مدنياً أم

(١) نقض مدنى ، جلسة ١٢ يوليو ١٩٩٠ طعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٥٧ق.

(٢) الدكتور/ ماجد الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٦٤.

(٣) الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين ، المرجع السابق ، ص٢١ ؛ يراجع أيضاً فى هذا المعنى : المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين : الطبيعة الخاصة للمنازعات)الناشئة عن العقود الإدارية ودور المؤسسات التحكيمية فى تسويتها، ورقة مقدمه فى ندوة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بالتعاون مع مجلس الدولة المصري، الفترة من ١٦-١٨ أبريل ٢٠٠٦ ، ص ٢ وما بعدها.

(٤) لمزيد من التفاصيل حول هذا الشأن يراجع:

الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص٦٤ وما بعدها.؛ الدكتور/ جابر جاد نصار- التحكيم فى العقود الإدارية ،المرجع السابق ، ص٥٣ وما بعدها ؛ الدكتور/ محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري فى مجال العقود الإدارية، ط٢٠٠٣، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص٣٨٩ وما بعدها.؛ الدكتور/ ماجد الحلو، المرجع السابق، ص١٨٢ وما بعدها ؛ الدكتور / محسن شفيق ، مناقشات مجلس الشعب، مضبطة مجلس الشعب،)الجلسة الثامنة والخمسين، المنعقدة بعد ظهر يوم الأحد الموافق ٦ مارس ١٩٩٤ ، منشورة بكتاب قانون التحكيم الصادر عن وزارة العدل، ١٩٩٥ ، ص ١٣.

إدارياً ، فيما انتهى رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع إلى جواز التحكيم فى العقود الإدارية ، اتساقاً مع النص السابق[١].

وفى التطبيق العملي كانت الإدارة تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد لاسيما فى عقود الأشغال العامة وعقود الاستغلال، وعند حدوث نزاع تلجأ للقضاء تستنجد به زاعمة بأن التحكيم لا يجوز فى العقود الإدارية، وهو موقف كان يعبث على الحيرة والدهشة ، فقد كان بمقدور الإدارة أن ترفض من البداية شرط التحكيم وتترك للطرف الآخر ، أما قبول العقد دون شرط التحكيم أو عدم إبرام العقد ، من ناحية أخرى فإن تقاعس المشرع عن التدخل واتخاذ موقف حاسم بالنسبة للتحكيم فى العقود الإدارية أمرٌ كان غير مبرر.

المرحلة الثانية: مرحلة صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والخلاف حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية:

فى أبريل عام ١٩٩٤ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ناصاً فى مادته الأولى على أن « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري فى مصر أو كان تحكيماً دولياً يجري فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ».

وقد حددت هذه المادة من القانون نطاق تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.

ومع ذلك لم تحسم هذه العبارة الجدل الفقهي فى مصر قبل المثار إصدار هذا القانون حول مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية، فقد ذهب جمهور الفقه المصري إلى أن هذا النص قد شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح نصه على امتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص.

---

(١) الفتوى رقم ٦٦١ - سنة ٤٣ - تاريخ الجلسة ١٧ / ٥ / ١٩٨٩ - رقم الصفحة ٣٧٥ - تاريخ الفتوى ١ / ٧ / ١٩٨٩ - رقم الملف ٥٤/١/٢٦٥ ؛ الفتوى رقم ٤٧٩ - سنة ٤٤ - تاريخ الجلسة ١٨ / ٤ / ١٩٩٠ - رقم الصفحة ٧٦١ - تاريخ الفتوى ٦ / ٥ / ١٩٩٠ - رقم الملف ٤٧/١/١٣٩ .

فى حين ذهب رأي آخر من الفقه ، إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة تحكيم إلى العقود الإدارية وأرجع ذلك إلى خطورة المشكلة وتشعبها وتعدد جوانبها، ومن ثم يصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة فى كما وردت فى المادة الأولى من القانون، فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصه وخارقة للشريعة العامة وهي قواعد القانون الإداري، التي فى معظمها قضائية الصنع ، فهي من خلق القضاء الإداري يصعب إخضاعها إلى التحكيم وفق هذا القانون الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه.

وعند عرض موضوع التحكيم فى العقود الإدارية على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى التشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة فى ١٨ ديسمبر ١٩٩٦[١] أي بعد صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ناقشت الجمعية الخلاف الذى ثار حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية ثم استعرضت فى فتواها تعريف العقد الإداري والشروط الواجب توافرها فيه لتمييزه عن العقد المدني، ثم عرفت التحكيم بعد ذلك وناقشت أهلية الأشخاص العامة فى تقرير اللجوء إليه ، حيث ذهبت إلى أن المشكلة تتعلق أساساً بأهلية الأشخاص العامة فى الالتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية ورأت أن هذه الأهلية لا تتوافر للأشخاص العامة إلا بوجود نص تشريعى يجيز لها اللجوء إلى التحكيم وأن يكون الأمر فى حدوده بحسبان أن التحكيم طريق استثنائي يستعاض به عن قضاء الدولة المختص أصلاً بنظر النزاع. واستعرضت الجمعية العمومية فى فتواها نص المادة الأولى والثانية من القانون ، وما ثار حولهما من نقاش فى مجلس الشعب وما تناولته المذكرة الايضاحية للقانون بصددهما ، وخلصت إلى أنه فيما يتعلق بالمسألة المثارة مشروع القانون قد أُعد أصلاً لتنظيم التحكيم فى المنازعات الدولية ، ثم ورد علي سبيل الاستحسان أن يتضمن تنظيما عاماً للتحكيم فى المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم ، فالقانون صدر أساساً لينظم عملية التحكيم فى المسائل المدنية والتجارية[٢].

(١) تراجع : فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، ملف رقم (١٦٠/٣٣٩/١/٥٤) فى ١٩٩٧/٢/٢٢؛ ويراجع أيضاً : حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٧٩١ لسنة ٤٢ ق، جلسة ٢٤ أبريل سنة ٢٠٠١ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة ٤٦ ، ج٢، ص ١٤٩٧ وما بعدها.

(٢) الذي أثار اللبس اصطلاح – عقود الدولة – وهو مصطلح فى القانون الخاص من منطق الشريعة العامة يقصد به عقد من عقود القانون الخاص وفى فقه التحكيم الدولى لا يوجد مصطلح (عقد إداري) ولكن يوجد عقود الدولة – وهي عقود ذات طبيعة مالية غالبا .

يراجع : استاذنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين ، محاضرات فى التحكيم فى العقود الإدارية ، محاضرات ألقاها سيادته على طلبة دبلوم التحكيم ، للعام الدراسى ٢٠١٤، جامعة عين شمس.

وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري لعملية التحكيم المنظمة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فإن هذا القانون فى أي من مراحل إعداده ، وحتى صدوره لم يشمل قط على نص صريح يفيد خضوع العقود الإدارية لهذا القانون وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية.

المرحلة الثالثة: مرحلة صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والضوابط المنظمة لخضوع العقود الإدارية للتحكيم:

بعد صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بعدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية على النحو السابق بيانه ، سارعت الحكومة إلى تقديم مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية وذلك لتشمل بنطاقها التحكيم فى العقود الإدارية ، وصدر هذا التعديل بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ونصت المادة الأولى من هذا القانون على أن يضاف إلى المادة (١١) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها كالآتي « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض فى ذلك ، وهو ما أكده القانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، حيث تضمنت المادة ٩١من هذا القانون بفقرتها الثانية النص على أنه « ما لم يوافق الوزير المختص بالجهة الإدارية على اللجوء إلى التحكيم وتتضمنه شروط العقد ، ويتفق عليه الطرفان وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ »[(١)] .

وسوف نعرض لذلك كله بالتفصيل على النحو التالى:

(١) تراجع نص المادة ٩١من القانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

المبحث الأول

الضوابط التشريعية التي تطلبها القانون لجواز التحكيم فى العقود الإدارية

بعدما استقر الوضع التشريعي فى مصر على جواز الأخذ بفكرة التحكيم فى مجال العقود الإدارية ، وصدور القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ مقرراً هذا المبدأ ، ولكن بضوابط محددة لا يجوز الخروج عليها من جانب جهة الإدارة المتعاقدة ، وبالنظر إلى هذا القانون نجد أنه ، ألزم الجهة الإدارية التي ترغب فى إبرام عقد متضمن لشرط التحكيم لتسوية الخلافات التي يمكن أن تنشأ عند تنفيذ ذلك العقد بالحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، مع عدم جواز التفويض فى ذلك ، وهو ما سوف نوضحه من خلال هذا المبحث وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول: الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.
- المطلب الثاني: عدم جواز تفويض الوزير المختص أو من يقوم مقامة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة لاختصاصه بالموافقة على شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية الخلافات والمنازعات بين طرفى العقد .

المطلب الأول

الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة

نتناول فى هذا المطلب السلطة المختصة بإعطاء الموافقة الأولية ، والضوابط التي يجب أن تراعى فى إعمال هذه الموافقة لتكون ذات فعالية ونفاذ ، ومن ثم تحقق الغرض منها ، وهو عدم الإفراط فى اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية ، خاصة ذات الطابع الدولى، لما له من أثر سلبي على الطبيعة الإدارية للعقد ، ومن ثم على مركز الإدارة تجاه المتعاقد معها. واخيراً نبين الحل فى حالة ما إذا أدرجت جهة الإدارة

شرط التحكيم فى عقد من عقودها الإدارية ، أو فى حالة لجوئها إلى التحكيم بصدد نزاع نشأ عن عقد إداري ، دون أن تراعى هذه الموافقة الأولية[١].

وللتوفيق بين الأثر الإيجابي للتحكيم وأثره السلبي الذى يمكن أن يحدثه على الطبيعة الإدارية للعقود نجد بعض التشريعات قد اشترطت الموافقة الأولية على اللجوء للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية ، بمعنى ضرورة حصول الإدارة مسبقاً على إذن باللجوء إلى تحكيم يصدر من جهة إدارية أخرى أعلى منها.

ويختلف الإذن عن أخذ الرأي ، فالأول يعني الموافقة، أما أخذ الرأي فلا يعدوا إلا أن يكون مجرد استشارة ، ومن ثم لا تتقيد بها الإدارة ، فىمكنها الأخذ أو عدم الأخذ بما انتهى إليه هذا الرأي .

فإذا نظرنا فى قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة١٩٩٤نجد أن المشرع المصرى قد اشترط موافقة الوزير المختص أو يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء لتحكيم فى منازعات العقود الإدارية ، وهو ما أكده القانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨.

وفى فرنسا يجوز للإدارة اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدرية الدولية والمحلية وذلك بعد استيفاء الشروط التي تطلبها القانون ، وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم فى العقود الإدارية وبصفة خاصة الدولية منها كان محظوراً ، لوقت قريب إلى أن صدر القانون رقم ١٩لسنة ١٩٨٦والذي أجاز للإدارة الاتفاق على إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدرية الدولية [٢].

معني ما سبق أن الإدارة فى مصر لا تستطيع أن تلجأ إلى التحكيم فى منازعات التي تنشأ عن عقودها الإدارية إلا بعد أن تستأذن الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ويقع عملها باطلاً إذا لم تستوف ذلك الشرط [٣].

---

(١) الدكتور/ عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، ط٢٠٠٠، ص٢١٧ وما بعدها.

(2) CHING – LANG LIN , arbitration in administrative contracts , comparative law perspective ,these , iep, Paris , 2014, p 92.

(٣) ويقف مجلس الدولة المصري بالمرصاد لأية محاولة من الجهات الإدارية يترتب عليها الخروج علي شرط الحصول علي موافقة الوزير المختص لإجازة التحكيم فى العقود الإدارية .

يراجع حكم مجلس الدولة الصادر فى الطعن رقم ٨٤٩٥ - لسنة ٤٤ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٤ - مكتب فني ٥٠ رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٣٣ ، حيث أوردت المحكمة فى قضائها ان :« وحيث أن حكم التحكيم المطعون فيه قد صدر بتاريخ ١٩٩٨/٦/١٦، أي فى ظل العمل بأحكام القانون ١٩٧/٩ الذي عدل من أحكام قانون التحكيم رقم ٩٤/٢٧ وأجاز الاتفاق على التحكيم فى المنازعات التي تتعلق بالعقد الاداري بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه ، وهو ما خلت الأوراق من حدوثه. وحيث إنه لما تقدم يكون حكم التحكيم المطعون فيه مخالفاً للنظام العام... ويتعين لذلك الحكم ببطلانه « .

أما ما ينص عليه القانون مجلس الدولة رقم ٢٧ لسنة١٩٧٢ من إلزام أيه وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة لا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد، أو صلح، أو تحكيم، أو تنفيد قرار محكمين، فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة[١]. فإن هذا لا يعد من قبيل الموافقة الأولية، إذ أن رأي مجلس الدولة هنا استشاري غير ملزم للإدارة ، كما أن عدم عرض العقد على مجلس الدولة، وإن كان وقع مخالفا للقانون إلا أن مجلس الدولة انتهى إلى أن إبرام العقد يكون صحيحا فى هذه الحالة إذ أنه أصبح أمرا واقعا، «إذ أن استشارة مجلس الدولة هنا يقصد بها وقوف جهة الإدارة على حكم القانون قبل التعهد أو الالتزام ، فإذا تعاقدت والتزمت وانقضى العقد بتمام تنفيذه دون مراجعة مجلس الدولة فلا وجه بعد ذلك لطلب مراجعته»[٢].

كما أن جهة الإدارة ليست ملزمة بأن تستشير فى كل حالة على حده بشأن المسائل المتماثلة ، فإذا سبق وأن استطلعت رأى الجهة المختصة فى أمر من الأمور كان لها أن تتصرف على ضوء هذا الرأى فى جميع الحالات المماثلة[٣].

«وإذا وجدت ظروف استثنائية تبلغ حد الضرورة الملحة التي توجب إبرام عقد دون إمكان الرجوع إلى مجلس الدولة مقدما، كما لو اقتضت ظروف طارئة، كإبرام عقد فى بلد لأجنبي وكانت الظروف لا تسمح بالرجوع إلى المجلس وكانت المصلحة العامة تقتضى عدم فوات فرصة إبرام العقد، فإن أمر هذه الضرورة يكون لها وزنها بحيث يعتبر إبرام العقد فى هذه الظروف أمرا استثنائيا، ولكن مع ملاحظة أن الضرورة تقدر بقدرها، بحيث إذا أمكن التفاهم بين الطرفين على أن يتم تسوية هذا الأمر فيما بعد باستصدار فتوى قانونية من مجلس الدولة بخصوص هذا العقد لكان ذلك أولى.

وعلى هذا فإنه لا يجوز لأي جهة حكومية أن تلجأ إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية إلا بموافقة الوزير المختص[٤].

(١) الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧١.

(٢) فتوى الجمعية العمومية، رقم ١٠٧٥، بتاريخ ١٩٦٠/١٢/٧، مجموعة المبادئ القانونية، فى العقود الإدارية، ١٩٥٥-١٩٩٥، المكتب الفني، ص١٩١.

(٣) الدكتور/ عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، وسائل وأساليب النشاط الإداري، بدون ناشر ، وبدون سنة طبع ، ص١٣٧.

(٤) التحكيم فى العقود الادارية ، المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم الإدارية فى الدول العربية ، (ورقة عمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية)، بيروت ، ٢٠١٥/٩/٩.

وقد يبدو لنا بخصوص الموافقة الأولية ، أنه يجب التفريق بين منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الوطني وتلك الناشئة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، فيستلزم المشرع موافقة الوزير أو من يحل محله بالنسبة للاشخاص الإعتبارية بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الوطني ، بينما يجب عليه أن يستلزم بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي موافقة مجلس الوزراء ؛ إذ أنها تتصل بعقود لتنمية ونقل التكنولوجيا أو استغلال الثروات، وكلها أمور موضوعية وفى غاية الحساسية.

فموافقة مجلس الوزراء على لجوء الإدارة للتحكيم أقل ما يمكن تطلبه فى هذا المجال ، فهذا هو القدر الأدنى المطلوب كوسيلة لعدم الإسراف فى اللجوء للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ولتحقيق التوافق بين الأثر السلبي والأثر الإيجابي للتحكيم.

وهذا ما أخذ به نظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ فى المادة الثالثة والتي تنص 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».

بينما اشترط المشرع الفرنسي موافقة مجلس الوزراء حيث تشترط المادة ٢٠٦٠من القانون المدني ،صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقعا عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم فى عقود الدولة والعقود الدولية والتي تعتبر ذات نفع قومي [١].

علاوة على ما تقدم، فإن موافقة مجلس الوزراء على تضمين العقد شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي يمكن أن تكون شرطا يصب فى صالح الشركات الوطنية[٢].

(1) see : AL- REDFIERN &MARTIN HUNTER .INTARNATIONAL COMMERCIAL (2ND.ed1991), p137.; JOSEPH KAMGA , LA ARBITRAGE ADMINSTRATIVE ,2012, P19.

(٢) من الجدير بالذكر أن قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الملغي ، لم يتضمن سوى شرط وحيد بخصوص جنسية المتعاقد مع الادارة، والذي قرر فيه أفضلية العطاءات المحلية عن توريدات من الإنتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية، وقد جاءت المادة (١٦) بهذا الشرط إذ تنص على ".... ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا إذا لم تتجاوز الزيادة فيها (١٥٪) من قيمة عطاء لأجنبي".

وبالنظر إلى القانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الدولة ، نجد أنه تضمن ذات نصّ مشابه للنص السابق ؛إذ جرى نص المادة ٥/٣٥منه على ما يلي " مع مراعاة حكم المادة(٤)من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٥فى شأن تفضيل المنتجات المصرية فى العقود الحكومية ، يعد المنتج المقدم عن توريدات مستوفية لنسبة المكون المصري أقل سعرًا إذا لم تتجاوز نسبة الزيادة فيه (١٥ ٪) من قيمة أقل عطاء مستوف "

ووفقًا للنص السابق يتعيّن على جهة الإدارة التعاقد مع المتقدم للتعاقد المصري الجنسية سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنويًا باعتبار أن عطاءه أقل حكمًا .

ذلك إنه إذا كان التحكيم فى منازعات العقود الإدارية يشجع على التعاقد مع الإدارة - خاصة الشركات الأجنبية- وأن موافقة مجلس الوزراء على التحكيم يجب ألا تكون إلا فى بعض العقود القليلة والمتعلقة بأمور التنمية ، حيث إنه يمكن أن يترتب على ذلك عدم رغبة الشركات الأجنبية على أن تتعاقد مع الإدارة وذلك – كما سبق وأن بينا – لتخوفها من تطبيق القانون الداخلي، ومن الامتيازات التي يعترف بها القضاء للإدارة ، ومن ثم لا يكون أمام الإدارة إلا أن تتعاقد مع الشركات الوطنية[١]، وإن كانت تخشى هي الأخرى من اللجوء للقضاء لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين الإدارة، إلا أن هذه الخشية ليست بالدرجة التي تكون عليها بالنسبة للشركات الأجنبية .

وقصر التعاقد مع شركات وطنية – خارج العقود التي تكون فيها الدولة مضطرة لأن تتعاقد مع طرف لأجنبي – إنما يحقق أهدافا متعددة لاعتبارات تتعلق بطبيعة العقد ومدى ما يخوله للمتعاقد من سلطات خاصة بالنسبة للعقود ذات الطابع السياسي أو الحربي، ويهدف من ناحية أخرى إلى حماية مصالح المواطنين بإيجاد فرص عمل لهم وتشجيع الصناعة الوطنية[٢].

وفى سوريا يجوز التحكيم فى العقود الإدارية وفقا للقانون رقم ٥١الصادر فى ٢٠٠٤/١١/٢٤، ونجد أن ذلك القانون قد فرق بين أنواع العقود الإدارية ، ففي المحلية منها ، يجوز التحكيم فيها وفقا للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري ،دون تطلب موافقة الوزير المختص ، بينما فى العقود الدولية يجب الحصول علي موافقة الوزير المختص وإلا كان شرط التحكيم باطلاً[٣] ،وفى الجزائر استوجب نص المادة ٢/٩٧٦من قانون الإجراءات المدنية ، ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص اذا كان التحكيم متعلقاً بالدولة[٤] .

---

(١) د/ عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص٢٢٢.

(٢) الدكتور/ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ، مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية فى المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق ، ص١٣٤.

(٣) ويجري نص المادة ٦٦من قانون التحكيم السوري وفقاً لما لي : « أ - القضاء الإداري فى الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت فى أى نزاع ينشأعن العقد .ب - يجوز أن ينص فى 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 فى العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكمية خاصة خلافاً لأحكام البندين (أ – ب) السابقين.

(٤) أ /رمزي زايد ، التحكيم فى العقود الإدارية ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة محمد خضير بالجزائر ، عام ٢٠١٥،ص ٢٠.

ولقد أورد الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ اختصاصًا لكل من ، مجلس الدولة ، وهيئة قضايا الدولة فى شأن صياغة ومراجعة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها ، فإذا ما تم تفعيل هذا النص الدستوري على نحو سليم ، فإن ذلك سوف يكون له أثر إيجابي لإحكام عملية صياغة بنود تلك العقود ومراجعتها ، وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، لما يمتلكانه أعضاء مجلس الدولة وهيئة قضايا الدولة من خبرات قانونية وعملية فى مجال العقود الإدارية [١] ، ولقد أعطي القانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨لمجلس الدولة الاختصاص بمراجعة العقود التي تبرمها الجهات الإدارية ، حيث نصت المادة ٩٠ منه على ما يلي « تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفًا فيها ، ونماذج وكراسات الشروط ، وأنماط العقود النموذجية و الأدلة الإرشادية وغيرها مما هو منصوص عليه بالمادة (١٩) من هذا القانون » .

من جماع ما تقدم، فإن موافقة مجلس الوزراء على اللجوء للتحكيم فى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تعد بمثابة صمام الأمان الذى به يمكن الحد من اللجوء للتحكيم حيث لا تعطى هذه الموافقة إلا للعقود ذات الاتصال الوثيق بأمور التنمية . كما تعد أيضا أحد العوامل التي تؤدي إلى تقوية القدرة التنافسية للشركات الوطنية فى مواجهة الشركات الأجنبية.

ولكن ما هي الضوابط الضرورية التي يجب أن تحاط بها إعمال هذه الموافقة ليتحقق الغرض منها ، وهو عدم الإفراط فى اللجوء للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية خاصة ذات الطابع الدولى منها ؟ وهو ما سوف نعرض له فى المطلب الثاني.

(١) حيث تنص المادة ١٩٠من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤علي انه : « مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره .....ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة أو احدى الهيئات العامة طرفا فيها ....» ؛وتنص المادة ١٩٦علي انه : « قضايا الدولة هيئة قضائية مستقلة .... تقوم بصياغة مشروعات العقود التي تحال اليها من الجهات الإدارية وتكون الدولة طرفاً فيها ....» .

المطلب الثاني

عدم جواز تفويض الوزير المختص أو من يقوم مقامة بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة لاختصاصه بالموافقة على شرط التحكيم

إذا كان المشرع استلزم عدم لجوء الإرادة إلى التحكيم فى منازعات عقودها الإدارية إلا بعد الحصول على موافقة جهة إدارية أخرى أعلى منها فإنه لا يمكن أن يتحقق المرجو من هذه الموافقة الأولية إلا إذا أحيطت بعدة ضوابط تمثل – فى نظرنا – ضمانات ضد احتمالية الإفراط فى اللجوء للتحكيم فى هذه العقود. وتتمثل هذه الضمانات فيما يلي :

- عدم جواز التفويض فى إعطاء الموافقة الأولية.

- عدم التزام الإدارة بالحصول على الإذن باللجوء إلى التحكيم إلا بمناسبة نزاع قائم بالفعل ، وليس نزاعاً محتمل الوقوع.

- ضرورة قيام الإدارة بالحصول على الإذن باللجوء إلى التحكيم فى كل نزاع على حده.

- إمكانية استعانة السلطة المختصة بإعطاء الموافقة على لجوء الإدارة للتحكيم بقائمة تشمل المشروعات التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي لا يجوز فيها التحكيم.

هذه الضمانات التي نراها ضرورية لأن تحاط بها الموافقة الأولية ، لتكون أكثر فاعلية ، بحيث لا يجوز اللجوء إلى التحكيم إلا فى العقود الإدارية شديدة الصلة بأمور التنمية ، ونظراً لأهمية هذه الضمانات فىتعين علينا التعرض لها بشئ من التفصيل، وذلك على النحو التالي :

أولاً : عدم جواز التفويض فى إعطاء الموافقة الأولية:

يعرف التفويض deligation- -بأنه إجراء تعهد بمقتضاه سلطة لسلطة أخرى أدنى منها بجزء من اختصاصاتها بناءً على نص قانونى يجيز لها القيام بذلك[1].

(١) فى هذا المعنى : الدكتور/ محمود إبراهيم الدالي، نظرية التفويض الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص٢٧٧.

ويختلف التفويض الإداري عن التفويض التشريعي. فالتفويض الإداري يكون بشأن تفويض اختصاصات إدارية، أما التفويض التشريعي فيكون بشأن تفويض إختصاصات تشريعية[١].

ويحقق التفويض عدة فوائد داخل التنظيم الإداري منها:

- توفير وقت الرؤساء الإداريين وادخار وقتهم لتصريف الأمور المهمة.

- السرعة فى إنجاز العمل الإداري ، وتدريب المرؤوسين تمهيداً لتوليهم مناصب قيادية داخل التنظيم الإداري.

وبالرغم من ذلك حظر المشرع المصري على الوزير المختص التفويض فى إعمال موافقته على لجوء الإدارة إلى التحكيم فى منازعات عقودها الإدارية ، ومعنى هذا أن المشرع قدر – وهو على حق فى ذلك – أن التحكيم فى منازعات العقود الإدارية من الأمور المهمة التي يجب أن تترك للوزير، ومرد ذلك هو تلك الأهمية التي تحظى بها العقود الإدارية داخل النظام القانوني.

كما إن عدم التفويض يعنى حصر المسئولية فى شخص الوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولاسيما المسئولية السياسية وذلك عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص بصورة تمس المصالح العليا للدولة[٢].

هذا وبالإضافة إلى الشروط التي تطلبها القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ لخضوع العقود الإدارية للتحكيم، فإن ثمة شرط آخر يجب أعماله فى هذا الصدد أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة ٥٨ من القانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، ويتمثل هذا الشرط فى أنه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تحيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة[٣].

ثانياً: اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة تحكيم:

لقد ذكرنا أنه يمكن اللجوء إلى التحكيم إما عبر شرط تحكيم يرد فى صلب العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، أو يكون فى وثيقة مستقلة، أو يكون عبر مشارطة

(١) لمزيد من التفاصيل حول التفويض الإدارية والتفويض التشريعي يراجع: الدكتور/ أنور أحمد رسلان ، مبادئ القانون الإداري ، بدون ناشر ، ص٦٦.

(٢) الدكتور/ محمد سعيد حسين امين ، المرجع السابق ، ص٦٣.

(٣) يقصد بها إدارة الفتوى المختصة.

التحكيم. وعندما يكون التحكيم متعلقا بمنازعة ذات طبيعة إرادية، فإننا نفضل أن يكون اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة تحكيم وليس عبر شرط تحكيمي، ذلك أن إبرام مشارطة التحكيم يكون بعد وقوع النزاع فىكون التحكيم لمواجهة نزاع قائم فعلا ، وذلك بخلاف شرط التحكيم الذي يواجه نزاعا محتملا لم ينشأ بعد. والحكم على مسالة قائمة بالفعل يكون أوفق من الحكم على مسألة لم تقم بعد وأنها محتملة الوقوع.

لهذا نجد أن المشرع الفرنسى فى المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى أجاز التحكيم فى عقود الأشغال العامة وعقود التوريدات إذا تعلق الأمر بتصفية نفقات ناتجة عن هذين العقدين وذلك عبر مشارطة تحكيم وليس عبر شرط تحكيم. وكنا نأمل أن يأخذ بهذا المشرع المصري عندما أتيحت له فرصة كبيرة لتنظيم التحكيم فى العقود الإدارية وذلك بإصداره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ليعدل به المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مما يتمشى ذلك مع كون التحكيم استثناء من أصل عام، ومع خطورته على العقود الإدارية[١].

ثالثاً: التزام الإدارة بطلب الإذن باللجوء إلى التحكيم فى كل حالة على حدة:

يمثل القضاء الكامل القضاء الأصيل فى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، وقد ورد اختصاص القضاء الإداري فى هذا الصدد مطلقا، إذ تنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ «تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية: .... حادى عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر».

وبهذا النص يكون القضاء الإداري هو المختص بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وما يتفرع عنها.

وإذا كان المشرع أجاز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، فإن ذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام وهو اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.

فاللجوء إلى القضاء الإداري الوطني فى تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود الإدارية هو الأصل، بينما اللجوء إلى التحكيم يعتبر استثناء من القاعدة

(١) الدكتور/ عصمت عبد الله الشيخ ، المرجع السابق ، ص٢٢٦.

العامة فى الاختصاص القضائي ، مما ينتج عن ذلك وجوب أن يفسر شرط التحكيم تفسيراً ضيقا مع كامل الحيطة والدقة، ومع الالتزام بألفاظه ، وعدم تأويلها أو تحريفها ، إلا بما يتطابق معها من معان ، كما لا يجوز القياس عليها.

وتطبيقاً لذلك ، يجب على الإدارة أن تطلب موافقة السلطة المختصة على لجوئها إلى التحكيم فى كل نزاع قائم منفردًا، ولا يجوز لها أن تتعلل بالحالات المماثلة فى عدم تطلبها الإذن من السلطة المختصة .

وقد أخذت بهذا الاتجاه إدارة الفتوى بمجلس الدولة حين عرض عليها مشروع العقد المبرم بين هيئة الكهرباء وإحدى الشركات الأجنبية بإنشاء محطة لتوليد الطاقة الكهربية ؛ إذ رأت التضييق بقدر الإمكان من اللجوء إلى التحكيم باعتباره أسلوباً استثنائياً لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد واقترح المجلس تعديل المادة (١٨) من العقد بحيث يكون نصها كالآتي:

«تختص محاكم مجلس الدولة بنظر أى نزاع قد ينشأ عن تطبيق العقد، ويجوز إستثناءً اللجوء إلى التحكيم فى أي نزاع نشأ بين الطرفين أثناء تنفيذه بموافقة الوزير المختص ، وبأن تؤخذ موافقة الوزير المختص على كل تحكيم قد ينشأ عن أي خلاف أثناء مدة الالتزام»[1].

ولا شك أن إدارة الفتوى حاولت التوفيق بين أمرين:

- قبول التحكيم من ناحية.

- مراعاة المصلحة العامة من ناحية أخرى.

رابعاً: وضع قائمة بالمشروعات التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي لا يجوز فيها :

من الأمور البديهية، أنه فى حالة استقلال جهة أو سلطة وحيدة باتخاذ قرار معين ، فيكون من المحتمل أن يصدر هذا القرار على نحو غير سليم.

وعلى ذلك إذا كانت السلطة التنفيذية هي التي خصها المشرع بإصدار قرار لجوء الإدارة إلى التحكيم فى منازعات عقودها الإدارية، فيكون هناك احتمال بأن يصدر هذا القرار على نحو يتعارض مع المصلحة العامة ، وقد يكون السبب فى ذلك انسياق

(١) يراجع فى ذلك: الدكتور/ محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة فى إدارة المرافق العامة الاقتصادية، ص ٧٨.

السلطة التنفيذية نحو اتجاه سياسى معين، فتتعاطف مع شركة أجنبية معينة نتيجة لوجود علاقة سياسية بين مصر والدولة التي تتبعها هذه الشركة.

من هذا المنطلق، رأينا ضرورة مشاركة متخصصين فى مجال القانون العام، وعلي رأسهم أعضاء مجلس الدولة وهيئة قضايا الدولة فى مصر ، وذلك اتساقا مع الاختصاص المسند إليهم بموجب دستور ٢٠١٤علي النحو سالف الذكر ، ومن رجال الأعمال، والمستثمرين الوطنيين ومن السلطة التنفيذية التي لها حق اتخاذ قرار لجوء الإدارة إلى التحكيم ،فى وضع قائمة بالمشروعات التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي لا يجوز فيها. على أن توضع هذه القائمة تحت يد السلطة الآذنة ، لتسترشد بها فى اتخاذ هذا القرار ليولد سليما ومتفقًا مع المصلحة العامة.

المبحث الثاني

أثر مخالفة الضوابط التشريعية المنظمة

للتحكيم فى مجال العقود الإدارية

بعد أن تعرضنا للموافقة الأولية والضوابط التي يجب أن تراعى فى إعمالها ليتحقق الغرض منها ، وهو عدم الإفراط فى اللجوء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ، لنا أن نتساءل ، ماذا لو أن الجهة الإدارية قد أدرجت شرط تحكيم فى عقد من عقودها ذات الطابع العام أو ذات الطابع المحلي أو لجأت إلى التحكيم فى صدد نزاع قائم فعلا ومتعلق بهذا العقد ، وذلك دون مراعاة الموافقة الأولية ؟ بأن لم تطلبها ، أو طلبتها ولكن طلبها قوبل بالرفض ، ومع ذلك لجأت إلى التحكيم.

وللإجابة على هذا السؤال لبيان النتائج المترتبة على مخالفة الضوابط التشريعية سالفة البيان فى مجالى التحكيم الداخلي والدولي ، ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: مخالفة الضوابط التشريعية فى مجال التحكيم الداخلي.

المطلب الثاني: مخالفة الضوابط التشريعية فى مجال التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول

مخالفة الضوابط التشريعية فى مجال التحكيم الداخلي

لم يقرر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ جزاءً يطبق فى حالة إبرام عقد إداري وتضمينه شرط تحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص أو موافقة من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة إعمالاً للتعديل الذي أحدث التعديل التشريعى المذكور بالمادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وإن كان افتقاد تلك الموافقة يحول دون تسوية النزاع بين المتعاقدين بواسطة التحكيم(١).

وأمام ذلك ذهب بعض الفقه إلى أن إقدام الإدارة على اللجوء للتحكيم فى عقد إداري رغم عدم موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة يمثل خطًا مرفقيًا من جانب الإدارة يرتب مسئوليتها عن الخطأ الذي ارتكبه ممثلها فى حمل الطرف المتعاقد معها على الاعتقاد بحسن نيه أنه تم اللجوء للتحكيم بعد استيفاء الشروط التي تطلبها المشرع لذلك ، ومنها الموافقة الأولية على التحكيم(٢).

ومعنى ذلك أن شرط التحكيم المفتقد للموافقة الأولية عليه يرتب مسئولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها لما أصابه من أضرار تتمثل فى عدم امكانية لجوئه للتحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن التعاقد الذى تبرمه جهة الإدارة دون الحصول على إذن بالتعاقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، حيث ذهب رأي قسم الفتوى بمجلس الدولة إلى أنه « ... فإذا كانت السلطة التشريعية، وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تقرر رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب، وإنما تكون منعدمة ، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة فى عقد التبرع يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة ، ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي فى تكوين العقد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ... »(٣).

ويمكن القول بأن شرط الموافقة السابقة على اللجوء إلى التحكيم ليس له أهمية فى التطبيق العملي سوى بالنسبة للعقود الإدراية المحلية دون العقود الإدارية

(١) الدكتور/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم فى منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دراسة تحليلية فى ضوء أحداث أحكام قضاء مجلس الدولة ، دار منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص١٠٥.

(٢) الدكتور/ حمدى على عمر، التحكيم فى عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٣٩.

(٣) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة الصادرة فى ٢٢ سبتمبر ١٩٥٤، مجموعة فتاوى المجلس، السنة الثامنة، ص٢٢٦.

الدولية[١] ، حيث تطبق هيئات التحكيم الداخلية ذات القواعد الحاكمة لمنازعات العقود الإدارية التي يطبقها القضاء الإداري[٢] ، وعلي راسها القضاء ببطلان اتفاق التحكيم فى العقود الإدارية لعدم الحصول علي موافقة الوزير المختص[٣].

ويترتب على بطلان شرط التحكيم فى العقود الداخلية انعقاد الإختصاص بنظر المنازعات التي تثار حولها للقضاء الإداري المصري ، صاحب الاختصاص الأصيل بنظر هذه المنازعات.

المطلب الثاني

مخالفة الضوابط التشريعية فى مجال التحكيم التجاري الدولي

بادئ ذي بدء علينا أن نوضح مفهوم العقد الإداري الدولي:

العقد الإداري الدولي، هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة ، مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة ، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقداً بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك[٤] ؛ أو هو ذلك العقد الذي تبرمه الدولة مع طرف أجنبي ، بهدف إنشاء مرفق عام أو استغلاله أو تسييره ، ويتضمن شروطاً غير مألوفة تجعل له طابعاً مميزاً عن عقود القانون الخاص .

ويترتب على تلك العقود انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، باعتبارها تتصل بمصالح التجارة الدولية.

ومن صور العقد الإداري الدولي تعاقد الإدارة مع شخص أو شركة أجنبية للقيام على نفقته وتحت مسئوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقاً للشروط الموضوعة له مقابل استغلال المشروع لمدة معينة تمكنه من جني الأرباح التي تعوضه عما تكبد

(١) الدكتور/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص١٠٦.

(٢) يراجع فى تفاصيل هذه المسألة عند : المستشار الدكتور محمد أبو العينين : الاتجاهات)الحديثة بشأن التحكيم التجارى الدولى والوسائل السليمة الأخرى لحسم المنازعات، بحث غير منشور، ٢٠٠٨ ، ص ٥٠ وما بعدها؛ القضية التحكيمية رقم ٢لسنة ٢٠١٤، المنظورة أمام مركز كايرو كان للتحكيم ، بالتجمع الخامس – القاهرة الجديدة .

(٣) يراجع الحكم الصادر فى القضية التحكيمية رقم ٨٣٠لسنة ٢٠١٢(AD.Hoc) ، مشار إليه بمجلة التحكيم العربي العدد الصادر فى ٢٠يونيو ٢٠١٣م ، ص١٩٥، ١٩٦.

(٤) يراجع فى هذا المعنى مؤلف الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص٣٧.

من نفقات لإنشاء هذا المشروع وهو يعرف بعقود (BOT) ، وكذا تعاقد الإدارة مع أحد الأشخاص أو إحدى الشركات – وطنية أو أجنبية – للقيام بأعمال الترميم أو الصيانة فى إحدى السفارات الموجودة بالخارج، أو للقيام بإمداد الجيش المرابط خارج حدود الدولة بمستلزماته التموينية، ما دام العقد قد تضمن شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص .

والعقد الإداري الدولي هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ويتعلق بمرفق عام وتظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام فى الأخذ بأحكام القانون العام، ، وبين الصفة الدولية من حيث إتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بإنطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة[١].

- المعيار المميز للعقد الإداري الدولي:

يتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياران

أولهما قانوني ووفقاً له يعد العقد الإداري دولياً إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، والمقصود بالعناصر القانونية التي يعول عليها فى تحديد صفة العقد جنسية الأطراف ومكان إقامتهم ، ومكان إبرام وتنفيذ العقد ، هذا إلى جانب لغة التعاقد والعملة المستخدمة فى الوفاء المقابل لأداء الإلتزام التعاقدي[٢].

وتتحدد دولية العقد وفقاً لهذا المعيار بناءً على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية الملابسة له وليس واحداً منها فقط ، على أن تتطرق الدولية إلى أحد العناصر المؤثرة فى العقد.

ومن ثم فإن العقد يكتسب الصفة الدولية، متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر فى العلاقة التعاقدية والعكس صحيح[٣] وثانيهما معيار اقتصادي مفاده أن العقد يعد عقداً دولياً متى اتصل بمصالح التجارة الدولية، بمعنى إنطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة ، فيترتب عليه انتقال حركة رؤوس الأموال والخدمات بين الدول[٤].

(١) الدكتور/ عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص١٠٨.

(٢) الدكتور / محمودي مسعود ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٦، ص٢٢؛ الدكتور / هشام علي صادق ، عقود التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ، ط٢٠٠٧، ص ٧٢.

(٣) الدكتور/ هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٥م، ص٦٨.

(٤) الدكتور/ أحمد القشيرى، الاتجاهات الحديثة فى القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٢١، ١٩٦٥م، ص٧٦.

ويرى بعض الفقه – وبحق – أن المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد ، يتعارض مع المعيار القانوني ، الذى يعتبر العقد بمقتضاه دولياً متى اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني ، ذلك لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود ، والتي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني[١].

ولما كان طرف العقد ذات الطابع الدولى عنصرًا أجنبيًا فلقد ثار التساؤل عن الأثر القانونى المترتب على عدم الحصول على إذن بالتعاقد فى مجال العقود الدولية.

فلقد ذهب البعض إلى القول بأنه ، لا يجوز للإدارة التنصل من اتفاق التحكيم بحجة عدم حصولها على الموافقة عليه ، لما فى ذلك من مخالفة للنظام العام الدولي ، الذى لا تقتصر وظيفته على حماية المصالح العليا للمجتمع فحسب وإنما تدخل فى الحساب ضرورة أخرى ، هي حماية التضامن الدولى ، والذى يتطلب من كل دولة أن تسهم فى العمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين الدول ، لتتقارب الشعوب وتتفاهم فيسود السلام بينهم ويقع التزام على كل دولة مضمونه ، إزالة ما يعترض ذلك التقارب من عقبات، ولو اقتضى الأمر شيئاً من التضحية[٢].

وتجد الإشارة فى هذا الصدد إلى المبدأ السائد فى نطاق المعاملات الدولية والذي مضمونه « عدم جواز تنكر الدولة لالتزاماتها باللجوء إلى التحكيم فيما أبرمته من عقود إدارية دولية، استناداً إلى قوانينها الداخلية » [٣].

ويبقى لنا أن نشير أخيراً إلى موقف هيئات التحكيم الدولى من عدم الحصول على موافقة الوزير المختص أو تولى اختصاصه فى العقود الإدارية الدولية المتضمنة لشرط اللجوء إلى التحكيم.

نظراً لأن عدم الحصول على إذن بالتعاقد يرتب أثراً خطيراً وهو بطلان العقد ، ونظراً لأن المتعاقد الأجنبي غالباً ما يجهل هذه المسألة[٤] ، لذلك فقد ثار التساؤل عن موقف هيئات التحكيم من هذه المسألة ، وقد أتت الفرصة لهيئات التحكيم لتدلي برأيها فى هذه المسألة فى أكثر من نزاع عُرض عليها نذكر منه :

(١) الدكتور/ منير عبد المجيد، التنظيم القانونى للتحكيم الدولى والداخلى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص١٥.

(٢) الدكتور/ محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، ص٤٧.

(٣) يراجع فى ذلك الدكتور/ محسن ماجد محمود، العقد الإداري وشرط التحكيم، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة والثلاثون، العدد الثانى، ديسمبر ١٩٩٣، ص١٤٢.

(٤) الدكتور/ علاء محى الدين مصطفى أبو أحمد/ التحكيم فى منازعات العقود الإدارية الدولية فى ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام المحاكم ودراسة مقارنة ، دار الحياة الحديثة، ص١٢٥.

* **قضية Framatome ضد إيران[1]:**

فى ٨ سبتمبر ١٩٧٧ تم إبرام عقد بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية وبين ثلاث شركات فرنسية lantique et spie Batignoles Framatome, Alsthom At **بغرض إنشاء مفاعل ذري مركزي ، وبعد ذلك نشأ الخلاف بين الطرفين ، وتم اللجوء إلى التحكيم، وتشكلت هيئة التحكيم ، برئاسة** Pierre La Live **وعضوية كل من:** Gold Acques Robert – Man **ولقد دفع الطرف الايراني فى هذه الدعوى ببطلان العقد الأصلي المبرم فى ٨ سبتمبر ١٩٧٧ استنادًا إلى أن رئيس المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية قد قام بالتوقيع على هذا العقد دون الحصول على إذن سابق من البرلمان وإذن سابق من مجلس المنظمة!**

وهو الأمر الذى يرتب القانون الإيراني الصادر فى ١١ يوليو ١٩٧٤ على تخلفه ، بطلان العقد بطلانًا مطلقًا غير قابل للإجازة.

موقف هيئة التحكيم:

قررت هيئة التحكيم أن رئيس المنظمة قد خالف القانون الإيراني الصادر فى ١١ يوليو ١٩٧٤، وذلك بإبرام التعاقد مع الشركات الثلاث ، دون الحصول على إذن من البرلمان ، وإذن من مجلس المنظمة المذكورة ثم انتقلت إلى بحث الآثار القانونية المترتبة على هذه المخالفات التي صدرت من رئيس المنظمة الإيرانية، وقررت أنه لا يجوز للمنظمة الإيرانية للطاقة الذرية التمسك بالمخالفات السابقة وصولًا للحكم ببطلان العقد ، ذلك أن أهلية المنظمة والسلطات الممنوحة لرئيسها مقررة كأصل عام على نحو لا يثير أي شك.

ومبدأ حسن النية يحول دون أن تستند الدولة إلى المخالفات التي ارتكبها رئيس أحد الأجهزة التابعة لها وصولًا للحكم ببطلان العقد.

وانتهت هيئة التحكيم فى حكمها إلى أن الإذن المسبق بالتعاقد هو مجرد شكل بسيط لممارسة السلطة أو الاختصاص أو الحق وليس أحد مكوناتها القانونية التي قد يؤدي عدم تحققها إلى التأثير على صحة التصرف المبرم ، فمدير المشروع الذى يتعامل باسمه دون الحصول على الموافقة الضرورية من الجهاز المختص، والتي تفرض

(١) يراجع بخصوص هذه القضية:

Bruno Oppetil: "Arbitrge et contrats d'etat – L'Arbitrage fralatome et aurtres c.atomic energy orgaliation iran" Clunet, 1984, P. 37 ets.

نصوص القانون الحصول عليها ، يعتبر قد تصرف فى حدود سلطاته ، ولكن علي نحو يشوبه مخالفة لا تؤدي لبطلان التصرف.

*قضية المشروع العام السوري ضد الشركة الألمانية[١]:

تم إبرام عقد بين جهة الإدارة القائمة على المشروع العام فى سوريا وشركة ألمانية، واتفق الطرفان على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما عن طريق التحكيم وفقا للائحة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس ICC.

ولما ثار نزاع بين الطرفين ، قررت الشركة الألمانية اللجوء إلى التحكيم فدفع الطرف السوري ببطلان اتفاق التحكيم وذلك لعدم حصوله على موافقة مجلس الدولة قبل الاتفاق على شرط التحكيم وذلك طبقا لنص المادة (٤٤) من قانون مجلس الدولة السوري والتي تلزم الوزارات والمرافق العامة بضرورة الحصول على موافقة مجلس الدولة قبل قبول أو إبرام أي عقد يتضمن شرط التحكيم ، إلا أن هيئة التحكيم لم تلتفت لهذا الدفع واعتبرت أن المشروع العام يعتبر تاجرًا يحق له ممارسة كافة الأنشطة ، ويحق له الاتفاق على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم دون حاجة للحصول على موافقة مجلس الدولة ، وذلك لأن المدعى عليه لا يعد وزارة ولا مرفقًا عامًا إلا أن المشروع العام المتعاقد مع الشركة الألمانية تمسك بوجود أمر وزاري ينظم تلك المسألة على النحو الذي لا يمكن للمشروع معه قبول التحكيم دون اللجوء إلى مجلس الدولة ، إلا أن هيئة التحكيم أوضحت أن الأمر الوزاري لا يمكنه أن يخالف النصوص المنبثقة عن الاتفاق التعاقدي.

وتأكد موقف هيئات التحكيم الدولية فى حسم تلك المسألة ففى الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية فى المنازعة التحكيمية رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨[٢] والذى أكدت فيه هيئة التحكيم بأن الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة التابعين لها فى اللجوء إلى التحكيم، وفقا للتشريع الفرنسى والبلجيكى، لا يوجد فى الدول الأخرى ، وبصفة خاصة فى الدولة المعنية ، ولو كانت هذه الدولة عديمة الأهلية فى

(١) هذا الحكم منشور فى مجلة: Clunet, 1987...

(٢) انظر هذا الحكم فى: Clunet, 1974, P. 915

مشار إليه برسالة الدكتور/ سراج حسين محمد أبو زيد ، "التحكيم فى عقود البترول" ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٤٩، ص٣٥٠.

(٢) انظر هذا الشطر من الحكم فى : Rev.arbi, 1984, p418

إبرامها لإتفاق التحكيم ، وفقًا للقانون الفرنسى والبلجيكى ، فإنه يجب إستثناء شرط التحكيم المدرج فى عقد دولي من الحصول على هذه الموافقة بالنسبة لها ...».

وفى قضية ELF ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول، والتي فيها دفعت الشركة الإيرانية بعدم إخضاع النزاع إلى التحكيم إعمالًا للقانون الإيرانى الصادر فى ٨ يناير سنة ١٩٨٠ الذى لا يعترف بشرط التحكيم.

إلا أن المُحكم انتهى إلى تقرير الإختصاص لنفسه ، تأسيسا على أنه من المبادئ المعترف بها فى القانون الدولي العام أن الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه فى عقد مبرم بواسطتها أو من خلال جهاز خاضع لها ، لا يمكنها بإرادتها المنفردة فى تاريخ لاحق أن تمنع الطرف الآخر المتعاقد معها من الإلتجاء الى التحكيم كوسيلة متفق عليها لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما(٢).

واذا كان هذا ما ذهبت إليه هيئات التحكيم ، بخصوص إنعدام أهلية الدولة ، أو الأشخاص العامة الأخرى ، فى إبرام اتفاق التحكيم ، فإنه يطبق من باب أولى على الحالة التى نحن بصددها ،وهى عدم حصول جهة الإدارة على الإذن باللجوء إلى التحكيم ، أو لجوء الإدارة الى التحكيم بالرغم من رفض طلبها بإجازة اللجوء إليه .

ويتضح لنا من خلال العرض السابق إتجاه هيئات التحكيم الدولي إلي عدم الاعتداد بالنصوص التشريعية الداخلية التي تحظر التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ، أو تفرض موافقة سلطة معينة دون غيرها علي اتفاق التحكيم(١) الأمر الذي يجعل منه أمرًا بالغًا فى الخطورة .

(١) يراجع فى تفاصيل تلك المسألة عند المستشار الدكتور/ محمد ماهر ابو العنين ، الاتجاهات الحديثة بشان التحكيم التجاري الدولي والوسائل السلمية الأخري لحسم المنازعات ، بحث غير منشور ، ٢٠٠٨، ص٦١وما بعدها .؛ ويراجع ايضاً ،الدكتور/علي سليمان الطماوي ،مدي تأثر نظرية العقد الإداري بالتوسع فى اللجوء للتحكيم « دراسة مقارنة » ،رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٢، ص ١٧.

الخاتمة

بعد أن تعرضنا بالبحث والدراسة للضوابط التي تجيز لجهة الإدارة إبرام شرط اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية التي تبرمها تلك الجهات ، وهي وفقًا لما سبق بيانه ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، وعدم جواز التفويض فى ذلك ، وهى بمثابة ضوابط أقراها المشرع للحيلولية دون تحقق الآثار السلبية التي يمكن أن تنجم عن الأخذ بفكرة التحكيم فى تلك العقود لما لها من أهمية كبرى فى الحفاظ علي سير المرافق العامة بانتظام واضطراد والحيلولة دون توقف تقديم الخدمات لجمهور المنتفعين .

ولقد رأينا أثر عدم الالتزام بإعمال تلك الضوابط على العقود الإدارية الداخلية ،وهو بطلان الاتفاق على شرط اللجوء إلى التحكيم واختصاص القضاء الوطني بنظر جميع المنازعات الناشئة عن تنفيد تلك العقود ، أما عن مخالفة تلك الضوابط فى مجال التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولي فليس لها أية آثار أمام هيئات التحكيم الدولية ، وذلك مراعاةً لمبادئ حسن النية ، والحيلولة دون تنصُل الدول من إلتزاماتها الدولية .

وعلى ذلك يجب مراعاة الأخذ بتلك الضوابط وإعمالها علي النحو الذي اتجهت اليه نية المشرع من وراء وضع هذه الضوابط على نحو يجعلها تنتج أثرها القانوني وفقًا لما تقتضيه المصلحة العامة.

التوصيات والنتائج :-

من خلال الدراسة السابقة توصلنا إلى عدد من التوصيات والنتائج يمكن لنا أن نجملها على النحو التالي :-

١ - بخصوص الموافقة الأولية اللازمة لإجازة الاتفاق على شرط اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية يجب التفرقة بين منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الوطني وتلك الناشئة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، فيستلزم المشرع موافقة الوزير أو من يقوم مقامة بالنسبة للاشخاص الاعتبارية بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الوطني، بينما يجب عليه أن يستلزم بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي موافقة مجلس الوزراء مجتمع ؛ أو موافقة مجلس النواب ولو

بأغلبية بسيطة على إجازة التحكيم فيها ، إذ أنها تتصل بعقود مهمه للتنمية أونقل التكنولوجيا أو استغلال الثروات ، وكلها أمور موضوعية مهمة وفى غاية الحساسية وتكبد الدولة فى بعض الأحيان مبالغ طائلة لا تتحملها الخزانة العامة.

فموافقة مجلس الوزراء مجتمع أو مجلس النواب على لجوء الإدارة للتحكيم أقل ما يمكن تطلبه فى هذا المجال، فهذا هو القدر الأدنى المطلوب كوسيلة لعدم الإسراف فى اللجوء للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بهدف تحقيق التوافق بين الأثر السلبي والأثر الإيجابي للتحكيم وهو ما أخذت به بعض الدول مثل المملكة العربية السعودية .

٢- النص على اعتبار نصوص القانون رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤بشان التحكيم فى المنازعات المدنية والتجارية مكملة لما لم يرد بشأنة نص تعاقدي ، وذلك عن إبرام مشارطة التحكيم فى العقود الإدارية ، أو اختيار قانون تحكيم أفضل كقانون التحكيم السوري مثلا ، فى ظل حرية ومرونة الاختيار التي يكفلها الأخذ بهذا النظام .

٣-عدم الإسراف فى تضمين العقود الإدارية الدولية لشرط الاتفاق على اللجوء الي التحكيم لما قد يصاحب هذا الشرط من مخاطر ، التي أهمها تقرير المسئولية التعويضية للدولة فى ظل اقتصاد يعاني أشد المعاناة .

٤-العمل على صياغة وإعداد العقود الإدارية بصفة عامة إعدادًا جيدا ، وإعداد شرط التحكيم التي تحويه هذة العقود بصفة خاصة إعداداً محكمًا .

٥- أن تتم صياغة و مراجعة العقود الإدارية بصفة عامة والعقود التي تحتوي علي شرط التحكيم أو مشارطته بصفة خاصة ، عن طريق أعضاء مجلس الدولة وهيئة قضايا الدولة وفقا لما تضمنه دستور ٢٠١٤من اختصاص مقرر لهما فى هذا الشأن ، وهو ما تضمنه القانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، حيث استندت المادة ٩٠من هذا القانون لمجلس الدولة سلطة مراجعة تلك العقود ، فيما أغفل هذا القانون النص على اختصاص هيئة قضايا الدولة فى صياغة تلك العقود ، وهو ما نأمل من المشرع أن يتفادى هذا الإغفال فى الوقت القريب .

٦- الإلتجاء للتحكيم فى العقود الإدارية وخاصة الدولية منها عبر المشارطه ، حتي تتضح معالم المنازعة ، لتسطتيع السلطة القائمة اتخاذ القرار المناسب باللجوء إلى التحكيم من عدمه .

فهرس المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية :

أولاً : المؤلفات العامة والخاصة

د / أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة فى القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١،ط ١٩٦٥.

د / أنور أحمد رسلان: "مبادئ القانون الإداري" ، بدون ناشر ، وبدون سنة طبع .

د / جابر جاد نصار التحكيم فى العقود الإدارية، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية ، ط ١٩٩٧.

د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ط١٩٩٦.

د / حمدى على عمر، التحكيم فى عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

الدكتورة / سامية راشد ، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٦.

د / عاطف البنا: "مبادئ القانون الإدارى، وسائل وأساليب النشاط الإداري

د / عصمت عبد الله الشيخ – التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولي – دار النهضة العربية – ط٢٠٠٠.

د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – التحكيم فى منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية – دراسة تحليلية فى ضوء أحداث أحكام قضاء مجلس الدولة – دار منشأة المعارف – الإسكندرية – بدون سنة طبع .

د / علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم فى منازعات العقود الإدارية الدولية فى ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام المحاكم ودراسة

مقارنة – دار الحياة الحديثة- بدون سنة طبع .

د / محمد سعيد حسين أمين :

خصوصية التحكيم فى منازعات العقود الإدارية دراسة عن كيفية التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقد الإداري والتحكيم فيه – دار النهضة العربية – ط٢٠٠٧.

مبادئ القانون الإداري – ط٢٠٠٦ .

المبادئ العامة فى تنفيد العقد الإداري – دار الايمان للطباعة .

د / ماجد الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

د / محمد عبد اللطيف "الاتجاهات المعاصرة فى إدارة المرافق العامة الاقتصادية"، بدون ناشر ، وبدون سنة طبع .

د / محمد ماهر أبو العينين ١ -الطبيعة الخاصة للمنازعات)الناشئة عن العقود الإدارية ودور المؤسسات التحكيمية فى تسويتها، ورقة مقدمة فى ندوة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بالتعاون مع مجلس الدولة المصرى، الفترة من ١٦-١٨ أبريل ٢٠٠٦..

٢-الاتجاهات الحديثة بشان التحكيم التجاري الدولي والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات ، بحث غير منشور ، ٢٠٠٨.

د./ مصطفى محمد الجمل ، ود./ عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ،منشورات الحلبي ، لبنان ، الطبعة الأولي ، ١٩٩٨.

. محسن شفيق، ١- التحكيم التجاري الدولي، بدون ناشر ، وبدون سنة طبع .

٢- مناقشات مجلس الشعب، مضبطة مجلس الشعب،)الجلسة الثامنة والخمسين، المنعقدة بعد ظهر يوم الأحد الموافق ٦ مارس ١٩٩٤ ، منشورة بكتاب قانون التحكيم الصادر عن وزارة العدل، ١٩٩٥ ، ص ١٣.

. د / منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

د / محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري فى مجال العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، ط٢٠٠٢.

د / محمود عاطف البنا: العقود الإدارية – مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية فى المملكة العربية السعودية ، بدون ناشر ، وبدون سنة طبع .

د / هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٥.

ثانياً : الرسائل العلمية :

١) د / سراج حسين محمد أبو زيد: «التحكيم فى عقود البترول»، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، ٢٠٠٢.

٢)د / محمود إبراهيم الدالي: «نظرية التفويض الإداري»، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، ١٩٧٩.

٣) د /علي سليمان الطماوي ، مدي تأثر نظرية العقد الإداري بالتوسع فى اللجوء للتحكيم « دراسة مقارنة « ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٢.

ثالثاً : مقالات ومحاضرات اكاديمية

١) د. محسن ماجد محمود، العقد الإداري شرط التحكيم ، مجلة العلوم الإدارية ، السنة الخامسة والثلاثون، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٩٣.

٢) – د. محمد سعيد حسين امين ، محاضرات فى التحكيم فى العقود الإدارية – محاضرات ألقاها على طلبة دبلوم التحكيم – للعام الدراسي ٢٠١٤، جامعة عين شمس.

رابعاً : الفتاوى والاحكام القضائية :

١)فتوى الجمعية العمومية، رقم ١٠٧٥، بتاريخ ١٩٦٠/١٢/٧، مجموعة المبادئ القانونية، فى العقود الإدارية، ١٩٥٥-١٩٩٥، المكتب الفني.

٢) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة الصادرة فى ٢٢ سبتمبر ١٩٥٤، مجموعة فتاوى المجلس، السنة الثامنة.

٣)فتوى الجمعية العمومية رقم (١٦٠/٣٣٩/١/٥٤) فى ١٩٩٧/٢/٢٢.

٤) الفتوى رقم ٦٦١ - سنة ٤٣ - تاريخ الجلسة ١٧ / ٥ / ١٩٨٩ - رقم الصفحة ٣٧٥ - تاريخ الفتوى ١ / ٧ / ١٩٨٩ - رقم الملف ٥٤/١/٢٦٥ ؛ الفتوى رقم ٤٧٩ - سنة ٤٤ - تاريخ الجلسة ١٨ / ٤ / ١٩٩٠ - رقم الصفحة ٧٦١ - تاريخ الفتوى ٦ / ٥ / ١٩٩٠ - رقم الملف ٤٧/١/١٣٩ .

٥) محكمة النقض ، الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩٠ طعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٥٧ق.

٦) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٧٩١ لسنة ٤٢ ق، جلسة ٢٤ أبريل سنة ٢٠٠١ ، المجموعة، السنة ؛ حكم مجلس الدولة الصادر فى الطعن رقم ٨٤٩٥ - لسنة ٤٤ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٤ - مكتب فني ٥٠ ، رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٣٣.

٧) الحكم الصادر فى القضية التحكيمية رقم ٢لسنة ٢٠١٤، المنظورة أمام مركز كايرو كان للتحكيم ؛ الحكم الصادر فى القضية التحكيمية رقم ٨٣٠ لسنة ٢٠١٢(.AD Hoc) ، مشار إليه بمجلة التحكيم العربي العدد الصادر فى ٢٠يونيو ٢٠١٣م ، ص١٩٥، ١٩٦.

خامساً : المراجع باللغة الأجنبية :

AL- REDFIERN &MARTIN HUNTER .INTARNATIONAL COMMERCIAL ,2ND.ed1991.

Bruno Oppetil: “Arbitrge et contrats d’etat – L’Arbitrage fralatome et aurtres c.atomic energy orgaliation iran” Clunet, 1984.

CHING – LANG LIN , arbitration in administrative contracts , comparative law perspective ,these , iep, Paris , 2014.

JOSEPH KAMGA , LA ARBITRAGE ADMINSTRATIVE ,2012.

Clunet, 1987.

Clunet, 1974.

Legislative Regulations Governing Arbitration in Administrative Contracts in Egypt under Law No. 27 of 1994 and its Amendments

Dr. Ahmed Ali Salem Hassan.

Abstract

The main goal of this study is showing the legislative controls governing the arbitration process in the administrative contracts which aims to achieve the maximum benefit of the arbitration system as a quick way to settle disputes without prejudice to the self-characteristics of administrative contracts which distinguish them from civil contracts.

With this aim in mind, the researcher used the inductive analytical approach, in order to identify the legislative controls governing the arbitration process in the field of administrative contracts, and to know the extent to which these controls achieve their objectives or not.

The researcher found that these controls are limited to two basic officers. The first is to obtain the approval of the competent minister ,The second is that it is not permissible to delegate the competent minister to approve the arbitration clause.

The researcher concludes with the need to tighten these rules regarding arbitration in contracts of an international character by obtaining the approval of the Council of Ministers, as well as not to exaggerate the conclusion of the arbitration clause in such contracts, with the need to train those responsible for the conclusion of the administrative contracts included in the arbitration clause.

***Keywords:** arbitration clause - administrative contracts - approval of the competent minister - non-delegation.