اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي

" دراسة تأصيلية تحليلية"

إعداد

أ.د / جورجي شفيق ساري

أستاذ القانون العام الزائر بكلية الحقوق – جامعة الكويت

أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق - جامعة المنصورة(سابقا)

مستشار الهيئة العامة للصناعة ومؤسسة البترول الكويتية والهيئة العامة للبيئة بدولة الكويت(سابقا)

ملخص:

هنـاك عـدة طـرق بديلـة للقـضاء لفـض المنازعـات التـي تنـشأ عـن العقـود؛ مـن هـذه الطـرق اتفـاق التـسوية La Transaction، والـصلح أو المـصالحة La Conciliation، والوساطة La Médiation، إلى جانب التحكيم L'Arbitrage.

وقد أثار - وما يزال يثير- موضوع مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا -كبديل للجوء لقضاء الدولة- جدلا كبيرا واختلافا بيِّناً؛ ما بين معارض لخضوع هذا النوع من العقود للتحكيم، ويسوق في ذلك حججه واسانيده، وبين مؤيد لإمكانية اللجوء إلى هذا الطريق لفض منازعات العقود الإدارية ويسوق في ذلك حججه وأسانيده.

وفي هذا البحث نتناول بالتحليل دراسة الاتجاه المعارض وحججه والاتجاه المؤيد وحججه، وأنصار كل اتجاه في التشريع والقضاء والفقه في فرنسا.

تمهيد وتقسيم:

تناول كثير من المؤلفات والأبحاث والدراسات والمقالات موضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية.

ونظراً لأن الموضوع متجدد دائماً ويتضمن كل يوم إضافة جديدة سواء على مستوى الفقه أو القضاء أو التشريع، ونظراً للتطور السريع والمتلاحق لهذا الموضوع، فمازال يعتبر حقلاً خصباً للبحث والباحثين. بحيث يستطيع كل منهم أن يدلو بدلوه في هذا الموضوع ويضيف إضافة لما سبقوه، حتى ولو كانت هذه الإضافة يسيرة أو بسيطة إلا أنها في جميع الأحوال تكون مفيدة وتساهم في بلورة الموضوع وتوضيح ملامحه وتحديد أبعاده وجلاء سماته، حتى تكتمل جميع جوانبه لسد الثغرات التي قد تظهر في الواقع العملي والتطبيق الفعلي.

وفي هذا البحث سوف نتناول الموضوع بدراسة تحليلية للموضوع في فرنسا من خلال عرض وجهتي النظر التي تتنازع الموقف فيما يتعلق بموضوع التحكيم في مجال القانون العام أو الإداري أو العقود الإدارية؛ سواء في الفقه أو القضاء أو التشريع، لنصل إلى النتيجة النهائية -وهي المهمة في هذا الموضوع برمته- هذه النتيجة هي وجود أو عدم وجود موانع أو عوائق تحول دون اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

لنخلص إلى مدى اعتباره وسيلة يمكن اللجوء إليها بصفة عامة لتسوية مثل هذه النزاعات، كما هو الحال في فروع القانون الأخرى وأسوة بأنواع العقود الأخرى المدنية والتجارية والعمالية والدولية، بل والشرعية أيضاً.

ولذلك فإن الخطة التي نفضلها ونتبناها في بحثنا هذا هو عرض وجهتي النظر المعارضة والمؤيدة لاتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية.

وبناء على ذلك فإن خطة دراستنا لهذا الموضوع تنقسم إلى فصلين رئيسيين وخلاصة البحث:

الفصل الأول: الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية وحججه وأنصاره.

الفصل الثاني: الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية وحججه وأنصاره.

الفصل الأول

الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية وحججه وأنصاره

ذهب اتجاه إلى عدم إمكان اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية. فوفقا لهذا الاتجاه، لا تصلح هذه النوعية من المنازعات لأن تكون حقلاً أو مجالاً أو نطاقاً للتحكيم.

ونجد تأييد لهذا الاتجاه سواء في الفقه أو في القضاء أو حتى في التشريع.

ونعرض الحجج والأسانيد التي يعتمد عليها هذا الاتجاه في رفضه للتحكيم في مجال العقود الإدارية، ثم نعرض أبرز أنصار هذا الاتجاه، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حجج وأسانيد الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أنصار الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الأول

حجج وأسانيد الاتجاه المعارض

لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

تدور الحجج والأسانيد - التي يعتمد عليها هذا الاتجاه في معارضة ورفض استخدام هذه الوسيلة في تسوية النزاعات التي تنشأ عن العقود الإدارية - حول محور أساسي وحجة رئيسية مؤداها أن هذه الطريقة تصطدم بثوابت يقوم عليها القانون العام(١) كله ودعائم يستند إليها القانون الإداري وأسس ومبادئ ينبني عليها نظام العقود الإدارية، خاصة في النظام القانوني اللاتيني الذى يأخذ بمبدأ ازدواجية أو ثنائية القانون والقضاء Le principe de dualité de Droit et de juridiction، حيث يوجد فرع للقانون الخاص Le Droit privé يحكم العلاقات القانونية للأفراد العاديين Les rapports et les liens juridiques entre les particuliers، أي "أشخاص القانون الخاص Les personnes de Droit privé أو الأشخاص الخاصة Les personnes privées"، وتوجد جهة قضائية تختص بالمنازعات التي تنشأ عنها وهي جهة القضاء العادي La juridiction judiciaire. كما يوجد فرع للقانون العام Le Droit public، ويحكم العلاقات القانونية التي تكون طرف فيها الدولة أو إحدى سلطاتها أو إحدى إداراتها بوصفها سلطة عامة أو إحدى السلطات المحلية او الإقليمية أو المرفقية

(١) في هذا المعنى: "Il s'est toujours heurté aux principes généraux du Droit public français". Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz (CJEG) No 500, Spéciale actualité de l'entreprise publique, Les Marchés Des Entreprises Publiques, Mélanges, 45e année Juin 1994, p.278.

Les rapports et les liens juridiques dont l'Etat ou une de ses autorités ou administrations ou les collectivités territoriales fait partie.

ويسمى هؤلاء بأشخاص القانون العام Les personnes de Droit public أو الأشخاص العامة Les personnes publiques، وقواعد وأحكام هذا الفرع من القانون هي أحكام متميزة عن قواعد وأحكام القانون الخاص، وتوجد جهة تختص بمنازعات تلك العلاقات وهي جهة القضاء الإداري La juridiction administrative، طالما انطبق عليها وصف منازعة قانون إداري، أو منازعة إدارية.

ومن بين هذه العلاقات القانونية، العلاقات التعاقدية؛ فتعاقدات القانون الخاص لها قواعد وأحكام تطبق عليها، وتعاقدات القانون العام لها قواعد وأحكام متميزة ومختلفة عن تلك المعروفة في القانون الخاص.

وبالتالي فما يمكن أن يصلح ويطبق على تعاقدات القانون الخاص، قد لا يصلح ويصعب تطبيقه على تعاقدات القانون العام أو ما يعرف بالعقود الإدارية.

ومن ذلك مثلاً التحكيم، ذلك لأن التحكيم يصطدم بقواعد ثابتة في العقود الإدارية ولا تتفق مع طبيعتها.

ومن هذا المحور الأساس والرئيس الذي يدور حوله رفض هذا الاتجاه لتطبيق التحكيم في مجال العقود الإدارية، نستطيع أن نفصّل حجج وأسانيد هذا الاتجاه فيما يلي:

١- اصطدام نظام التحكيم بمبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل لقضائها:

L'arbitrage se heurte au principe de la souveraineté de l'Etat et de la compétence originale de ses juridictions.

ذهب البعض إلى القول بإن تطبيق التحكيم في مجال القانون العام بصفة عامة، وفى مجال القانون الإداري بصفة خاصة، وفى مجال العقود الإدارية على وجه التحديد، يعتبر مساساً بسيادة الدولة وبالاختصاص الأصيل لسلطتها القضائية ولجهات قضائها الرسمية، التي تنص عليها دساتيرها وتنظمها وتبين عملها قوانينها.

فالتحكيم يقوم به أفراد عاديون أو هيئات خاصة، ويتضمن احتمال تطبيق قانون أجنبي، وسيادة الدولة تأبى أن تمثل أمام قضاء خاص أو أن يُحكم عليها وفق قانون أجنبي.

فإن كان هذا مقبولًا وممكنا وجائزًا في علاقات القانون الخاص، فإنه من غير الجائز في العلاقات التي تكون طرفاً فيها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كسلطة عامة.

فالدولة أو الإدارة كسلطة عامة لا يمكن أن يُحكم عليها إلا بواسطة قضائها الرسمي(١) الذى ينص عليه دستورها وتنظمه قوانينها.

---

(١) أنظر: René CHAPUS, Droit Administratif Général, Tome l, 11e Edition, Montchrestien, p. 340, No 525. "La voie de l'arbitrage est fermée aux personnes publiques dont on estime qu'elles ne peuvent être jugées que par la justice officielle". Et voir, Droit du contentieux administratif, 7éd, p.49.

L'Administration ne peut remettre le soin de décider à une juridiction autre que celle légalement instituée-"[١].

وفى ذلك يقول العلامة LAFERRIERE أنه من المسلم به أن الدولة لا تخضع قضاياها لمحكمين، سواء بسبب النتائج المشكوك فيها للتحكيم أو بسبب اعتبارات النظام العام التي تقضى بأن الدولة لا يمكن أن تكون موضوعاً للقضاء إلا بواسطة جهات القضاء المنشأة بالقانون.

Il est de Principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par des juridictions établies par la loi"[٢].

وفى ذات المعنى قول مفوِّض الحكومة الشهير ROMIEU في أحد تقاريره بخصوص أحد أحكام مجلس الدولة، أن الوزراء لا يستطيعوا أن يضعوا في أيدي المحكمين حل مسألة متنازع عليها لأنهم لا يستطيعوا أن يتهربوا من جهات القضاء القائمة.

---

(١) أنظر: CE.15 Mars 1829, Bernadin, Rap. LEBON, p.91

وفى عرض هذا القضاء أنظر: Jean-Marie AUBY, l'Arbitrage en matière administrative, AJDA 1955, Doctrine, p.82.

(٢) أنظر: Eduard LAFERRIERE, Traité de la Juridiction administrative, 2e éd. 1896, T.2,p.152 et s. et aussi, 1re éd. T.2. p.145.

Les Ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse, parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies"(١).

٢- إخلال اللجوء إلى التحكيم بمبدأ الفصل بين السلطات:

L'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs

ذهب البعض إلى القول بإن اللجوء إلى التحكيم يتضمن إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات، وبالتحديد بين السلطات الإدارية والسلطة القضائية.

وفى ذلك أيضا يقول LAFERRIÈRE كيف يتصور قبول الدولة محكمين في قضاياها، في حين إنه لا يُسمح لها بقبول قضاة مدنيين للنظر في قضاياها.

"Comment admettre, en effet, que l'Etat puisse accepter des arbitres dans ses causes où il ne lui même pas permis d'accepter des juges civils"(٢).

فمبدأ الفصل بين السلطات يحول دون خضوع الإدارة في قضاياها لقضاء خاص.

٣- انطواء اللجوء إلى التحكيم على اعتداء على اختصاص القضاء الإداري وعلى خروج على مبادئ التفويض:

L'Atteinte à la compétence du juge administratif et la violation aux principes de délégation :

---

(١) أنظر: ROMIEU, Conclusions sur l'Arrêt du Conseil d'Etat du 17 Mars 1893. Chemins de fer du Nord de l'Est et Autres Contre Ministre de la Guerre,S.1894.3.p.119.

(٢) أنظر: E.LAFERRIERE, op.cit. p.152.

ذهب رأى إلى القول بإن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الإدارة ينطوي على اعتداء على ولاية القضاء الإداري المختص الأصيل بنظر هذه المنازعات.

فالقضاء الإداري هو المختص الأصيل - وفقاً للنظام اللاتيني - بنظر المنازعات الإدارية. وإحالة أي من هذه المنازعات إلى التحكيم يعد سلبا لاختصاص القضاء الإداري بها، وإخلالاً بتوزيع الاختصاصات القضائية على جهات القضاء المختلفة.

ولذلك فإن المكان الذي يشغله التحكيم في القانون العام الفرنسي متواضع جداً، وهذا يرجع أساساً إلى أن القاضي المختص أصلاً يجد نفسه مستبدلا به محكما يختاره الأطراف.. مما يؤدى إذن إلى قلب للنظام القانوني للاختصاص.

"La place très modeste de l'arbitrage dans le droit public français tient à des raisons de principe: Le juge normalement compétent se trouve remplacé par un arbitre choisi par les parties. L'arbitrage bouleverse donc l'ordre légal des compétences".(١)

كما أن اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه المنازعات يعد خروجاً على المبادئ الأساسية المعروفة في التفويض.

وهذه الحجة تجد أصلها ومصدرها في نظرية الوزير القاضي La théorie du Ministre-Juge التي كانت معروفة في الماضي، حيث كان الوزير يقوم بالفصل في

(١) أنظر في عرض هذا: Françoise DUCAROUGE, 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 (RFDF), 1996,1,Janv.-Févr. Contentieux, Etude, p.88.

المنازعات التي كانت تثور في وزارته، وكان ذلك تطبيقا للمفهوم المطلق والجامد لمبدأ الفصل بين السلطات، وبالذات الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية العادية La séparation des Autorités administratives et judiciaires لمنع تدخل القضاء - خاصة القضاء العادي - في عمل الإدارة.

ومضمون هذه الحجة أن اللجوء إلى التحكيم يعنى قيام الوزراء بتفويض سلطاتهم للمحكمين، وهم لا يملكون ذلك، ولا يستطيعون تعديل أو تغيير نظام جهات القضاء.

Les ministres ne peuvent déléguer leurs pouvoirs à des arbitres et modifier l'ordre des juridictions(١)

ويرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة يعد خروجاً، بل ويشكل مخالفة لمبدأ أساسي في التفويض وهو مبدأ "لا تفويض في التفويض"، فإذا كان الوزير ذاته يستمد سلطته بناء على تفويض، فلا يجوز أن يقوم هو بدوره بتفويض غيره في ذلك.

٤- انطواء التحكيم على إمكانية خلافة أحد الطرفين للآخر في الحقوق أو الالتزامات، وصعوبة ذلك في حالة ما إذا كان الخلف هو شخص من القانون العام ويخلف شخص من القانون الخاص.

---

(١) في عرض هذه الفكرة وإبداء الملاحظات عليها أنظر:

Dominique FOUSSARD, L'Arbitrage en Droit Administratif, Revue de l"Arbitrage, 1990, p.8.

Des difficultés peuvent surgir dans le cas où une personne de Droit public succède aux droits ou aux obligations d'une personne de Droit privé.(١)

٥- اصطدام التحكيم بالأسس والمبادئ الجوهرية التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري:

L'Arbitrage se heurte aux normes et aux principes fondamentaux des contrats administratifs

تستخدم الإدارة عدة وسائل وهي بصدد الاضطلاع بمسئولياتها وقيامها بواجباتها وتحقيق مهامها، ومن بين هذه الوسائل وسيلة التعاقد مع الغير، والتعاقد هو تصرف قانوني يصدر من جانبين أو طرفين acte juridique bilatéral، من المعروف أن هناك فئتين من العقود التي تستطيع الإدارة إبرامها: فئة عقود قانون خاص contrats du Droit privé، وتتعلق عادة بأموالها الخاصة، ويطبق على هذه ذات النظام القانوني الذي يطبق على عقود الأفراد العاديين، فتسرى عليها قواعد وأحكام القانون الخاص سواء المدني أو التجاري أو العمالي حسب نوع وطبيعة العقد المبرم، وفق الضوابط التي تنظم وتحكم عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة. وفئة عقود إدارية contrats administratifs(٢)، وهى مجموعة العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير كسلطة عامة وتمثل المصلحة العامة، وتجريها الإدارة غالبا

---

(١) أنظر: CE.10 Mars 1989, MlleFournier,JCP.1989.IV.p.214.Cession au Profit de l''Etat.

(٢) راجع في ذلك: A.DE LAUBADERE, F.MODERNE, P.DELVOLVE,Traité des contrats administratifs, LGDJ. Paris, T.1,1982,T.II. 2e éd,1984.

لقيامها بنشاطها الإداري الأساسي وهو إشباع الحاجات العامة للمواطنين والمجتمع. وهذه الفئة من العقود لها نظامها القانوني المتميز والذي ينطوي على اختلافات جوهرية عن النظام الذي تخضع له عقود القانون الخاص، سواء فيما يتعلق بإجراءات وطرق اختيار المتعاقد معها وإبرام العقد، أو الآثار المترتبة عليه أو تنفيذه، أو انتهائه.

ومن أبرز هذه الاختلافات ما يتعلق بالآثار المترتبة على العقد الإداري وتنفيذه وانهائه وسلطات الإدارة في كل ذلك، خاصة فيما يتعلق بمبدأ المساواة Le principe d'égalité بين طرفي العقد، ففي العقود الإدارية لا يُطبق مبدأ المساواة، أو على الأقل لا يطبق بذات المعنى ولا بالقدر المعروف بهما في القانون الخاص، وكذلك بينما نجد أن العقود المدنية تقوم أساساً على التوازن L'équilibre بين الحقوق والالتزامات الناشئة عنه بالنسبة للطرفين، نجد أنه في العقود الإدارية لا يتحقق هذا التوازن بذات القدر المعروف به في عقود القانون الخاص، وإنما ترجح غالباً كفة أحد طرفي العقد وهو الإدارة.

وبينما تقوم عقود القانون الخاص على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين contrat est la loi des parties نجد أنه في العقود الإدارية، لا يطبق هذا المبدأ بذات القدر، حيث إن أحد الطرفين - وهو الإدارة - يتمتع بسلطات: سواء في إدخال تعديلات على العقد من جانب واحد؛ أو في سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد، مثل الغرامات المالية والتهديدية les astreintes، والتنفيذ على الحساب، والفسخ la résiliation، أو في سلطة الإدارة في إنهاء العقد من طرف واحد حتى دون إخلال من جانب المتعاقد معها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وفي المقابل فإن المتعاقد مع الإدارة يتمتع ببعض الحقوق والمزايا الغريبة عن نظام العقود في القانون الخاص، مثل حقه في الحصول على تعويضات معينة والتوازن المالي في عقده في حالات معينة Indemnisation et équilibre financier مثل وجود صعوبات مادية غير متوقعة، ومثل ما يعرف بفعل الأمير le fait de prince، وكذلك الظروف الطارئة l'imprévision. بل وتمتعه في بعض العقود باستخدام بعض امتيازات القانون العام، كما هو الحال في عقد امتياز أو التزام المرفق العام Concession de service public.

وكل هذه الآثار والأحكام والقواعد لا يوجد مثيل لها في نطاق عقود القانون الخاص.

ووفق حجة الاتجاه المعارض لتطبيق التحكيم في مجال العقود الإدارية، فإن اللجوء إلى التحكيم يتعارض - بل ويصطدم بشدة - مع الأسس التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية والنظام القانوني الذي تخضع له. وذلك لأن التحكيم يقوم على أساس المساواة بين أطراف النزاع وعدم تميز أحدهما على الآخر، حتى ولو كان أحد الطرفين هو الدولة ذاتها أو إحدى سلطاتها العامة، فهي أمام المُحكِّم تتساوى مع الطرف الآخر حتى ولو كان فرد عادى أو شركة خاصة، فليس لها أمام هيئة التحكيم أي وضع متميز أو أي امتيازات في مواجهة الطرف الآخر.

والتحكيم يطبق - عادة - القواعد المتعارف عليها في كل التعاقدات والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها العقود الخاصة، وأهم هذه المبادئ والأسس هي؛ مبدأ المساواة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وهي مبادئ وأسس لا تتفق مع طبيعة العقد الإداري، ولا مع الأسس والمبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري المعروفة والثابتة في القانون الإداري.

ومؤدى إعمال التحكيم في مجال العقود الإدارية انهيار النظرية التي تقوم عليها هذه العقود برمتها، لأن التحكيم لن يعترف بحق الدولة في الإشراف على تنفيذ العقد ومتابعته، ولا بحقها في إمكان إدخال تعديلات من جانب واحد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا بحقها في توقيع جزاءات في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، ولا بفسخ العقد من جانب واحد إذا أخل المتعاقد معها بالتزاماته الأساسية، أو حتى دون إخلال من جانبه وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة إنهاء العقد.

ولن يعترف أيضاً بحق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويضات وتحقيق التوازن المالي في عقده في حالات مثل الصعوبات المادية وفعل الأمير والظروف الطارئة.

فغالباً ما تطبق هيئات التحكيم القواعد العادية المتعارف عليها في العقود، وهي غالباً ما تنتمي إلى نظرية العقود المدنية والتجارية وليست إلى نظرية العقود الإدارية، مما لا يتفق مع الوضع المتميز الذي يتعين أن تكون فيه الدولة باعتبارها تمثل المصلحة العامة، وليس المصلحة الخاصة كما هو الحال في عقود القانون الخاص.

هذه هي أهم الحجج التي أستند عليها الاتجاه المعارض لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الثاني
أنصار الاتجاه المعارض
لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

نستطيع أن نضع في هذا الاتجاه في فرنسا أولاً القضاء، ثم ثانيا بعض الفقه، وثالثا وأخيراً التشريع.

ونعرض أنصار هذا الاتجاه بالترتيب السابق بيانه.

أولاً: القضاء:

نعرض هنا موقف مجلس الدولة، ثم موقف محكمة النقض، ثم موقف محكمة التنازع.

أ) موقف مجلس الدولة: Le Conseil d'état

نستطيع أن نقرر أن رائد الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في مجال القانون العام بصفة عامة، وفى نطاق القانون الإداري بصفة خاصة، وفى إطار العقود الإدارية على وجه التحديد، هو القضاء في فرنسا، وبالذات القضاء الإداري.

وقد ظهر هذا الموقف المعارض من قبل القضاء الإداري في فرنسا منذ زمن طويل.

وكان من أوائل قراراته في ذلك، قرار مجلس الدولة الذى أصدره في عام ١٨٢٤ في قضية أووفرار Ouvrard(١)، والذى قرر فيها عدم جواز لجوء الدولة

(١) أنظر: CE.17 Novembre, 1824, Ouvrard, Sirey Chronique.

في منازعاتها لمُحكِّمين، وكان ذلك بمناسبة عقد توريد Maché de fournitures يتضمن شرط تحكيم une clause compromissoire. ثم توالت الأحكام بعد ذلك في قضاء متواتر ليؤكد على الحظر ويضع ضوابطه ويحدد نطاقه.

فبعد أن بدأ الحظر بالنسبة لعقود الدولة بحكم Ouvrard وأعقبه حكم مجلس الدولة في قضية Boyer[١] (وكانت تتعلق هي أيضاً بعقد توريد)[٢]، بدأ مجلس الدولة بمد نطاق الحظر ليشمل موضوعات أخرى، وأشخاص عامة أخرى غير الدولة.

فكرر حظر اللجوء إلى التحكيم في موضوع تصفية حساب مصاريف أو نفقات تتعلق بأموال موضوعة تحت تصرف السلطة أو الإدارة الكنسية، وهي إدارة عامة à propos de la liquidation d'impenses relatives à un domaine mis à la disposition de l'autorité ecclésiastique[٣]. ثم في موضوع عقد شراء مع حق الاسترجاع لشبكة التليفونات à propos du rachat de Réseaux téléphoniques[٤]. وقرر عدم جواز التحكيم في اتفاق تم إبرامه بمناسبة العرض العام لسنة à propos d'une convention conclue à l'occasion de l'exposition universelle de 1900([5]).

---

(١) أنظر: CE.17 Août 1825, Boyer, Sirey Chronique

(٢) أنظر: CE.5 Juilllet1950, Société française de Constructions et Aménagements industriels et Caisse-Franco-néerlandaise de cautionnement, Rec. 416 et ss.

(٣) أنظر: CE 23 Décembre 1997, Evêque de Moulins, S.1888.III.p.57, Conclusions LE VA VASSEUR DE PRÉCOURT.

(٤) أنظر: CE. 24 Juilllet 1891, Société général des téléphones. DP.1893.III.p.5.

(٥) أنظر: CE. 22 Janvier 1904, Ducastaing, S. 1906. III. p. 61.

وجدير بالذكر أنه في هذه القضايا الثلاث كان الأمر يتعلق بمشارطة تحكيم un compromis لعقود أبرمتها الدولة.

وبدأ مجلس الدولة في مد حظر اللجوء إلى التحكيم إلى العقود التي تبرمها المحليات والمدن، وذلك في حكمه الصادر في قضية شركة مياه مدينة أوران الذي أصدره عام ١٨٨٣(١)، وبالنسبة للمحافظات بحكمه الصادر عام ١٨٩٦(٢)، وبالنسبة للمؤسسات العامة المحلية بحكمه الصادر ١٩٤٨ (٣)، وبالنسبة للمؤسسات العامة القومية بحكمه الصادر عام ١٩٥٧(٤).

وفى هذا الحكم الأخير قرر مجلس الدولة عدم جواز اتفاق هذه المؤسسات العامة على التحكيم، حتى ولو كانت هذه المؤسسات ذات صفة تجارية، لأن هذه الصفة لا تسحب عنها صفتها كمؤسسة عامة.

«Les établissements publics ne peuvent pas compromettre ... même, si la société en cause est un établissement à caractère commercial, cette circonstance ne lui tire pas sa qualité d'établissement public... »

---

(١) أنظر: CE. Il Juillet 1883, Compagnie des eaux d'Oran, DP.1884.III.p. 14. CE. 19 Mars 1893, Ville d'Aix. Les-Bains, S.1895.III.p.36, DP.1894.III.p.91.

(٢) أنظر: CE. 17 Juillet 1896. Clouzard, Rec.p.584, DP.1897.III.p.77.

(٣) أنظر: CE. 28 Avril 1948, O.P.H.B.M. de seine-et-Oise, Rec.p.180. CE. 27 Décembre 1948, Hospices de Montpellier, Rec.p.497.

(٤) أنظر: CE. Ass. 13 Décembre 1957, Société nationale de vente de surplus, Rec.p.678, JCP.1958.II.10800, Note MOTULSKY, D.1958,P.517,Conclusions F.GAZIER Note 1. LHUILIER.

ففي جميع الأحكام السابقة والأحكام التي تلتها، فإن مجلس الدولة في فرنسا يرفض لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم، سواء كان ذلك في شكل شرط تحكيم Clause Compromissoire أو في شكل مشارطة تحكيم Compromis[١].

ولا يستثنى من ذلك إلا في حالة وجود نص خاص وصريح يسمح أو يفرض ذلك في حالة محددة بالذات وبشروط وضوابط معينة، وفى هذه الحالة يأخذ مجلس الدولة في فرنسا بالتفسير الضيق لهذا الاستثناء، فيقتصر فقط على الحالة التي ورد بها النص وفى إطار الشروط والضوابط التي بيَّنها.

ويعبر مجلس الدولة عن موقفه الرافض للّجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بصياغة تكاد تكون متطابقة أو واحدة في كل أحكامه التي يتعرض فيها لهذا الموضوع، وحتى لو تعددت الصياغات، فإنها تدور جميعها حول معنى ومفهوم واحد، وهو حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في تعاقداتها.

ويمكن تلخيص هذه الصياغة فيما يلي:

فيما عدا وجود نص خاص يُرخِّص للشخص العام الاتفاق على التحكيم - وفى هذه الحالة يقتصر فقط الاستثناء على الحالة المحددة في النص - فإنه لا يستطيع الشخص العام الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

Sauf lorsqu'une disposition législative les'y autorise spécialement, les personnes morales du Droit public ne peuvent

(١) أنظر: Dominique FOUSSARD. L'Arbitrage en Droit Administratif, Revue de l'Arbitrage 1990,Doctcine p.11. "L'interdiction de compromettre atteint toutes les conventions de l'arbitrage, le compromis comme la clause compromissoire».

pas compromettre.(١) Ou l'Etat ne peut valablement consentir à un compromis(٢).

وكان كل شرط أو اتفاق على التحكيم (عدا الحالة المنصوص عليها) يقع باطلاً illicit، وكل قرار يسمح - دون الاستناد إلى نص صريح وفى غير الحالة التي يحددها النص - بالاتفاق على التحكيم يكون قرار غير قانوني illegal(٣) وباطل بطلان يتعلق بالنظام العام.

"Tout compromis ou toute clause compromissoire conclus en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public".(٤)

---

(١) أنظر: على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي بجمعيتـــه العمومية مجتمعة بكامل هيئتها، في قضية الشركة الوطنية لبيع الفوائض أو المخلفات Société nationale de vente des surplus الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٥٧، والمنشور في مجموعة قرارات مجلس الدولة Recueil lebon ١٩٥٧، ص ٦٧٨.

(٢) أنظر: CE.8 Juillet 1959, Secrétaire d'Etat aux Forces Armées C/sieur Houseaux, Rec.p.438 et 439.

(٣) أنظر على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة الفرنسية للبناء والتعمير الصناعي، والصندوق الفرنسي الهولندي للضمان.

Société française de constructions et d'aménagement industriels et Caisse Franco-néerlandaise de cautionnement.

الصادر في ٥ يوليو ١٩٥٠، والمنشور في مجموعة قرارات مجلس الدولة عام ١٩٥٠ ص ٤١٦ وما بعدها من صفحات، وقارن ذلك بحكمه الصادر في ٢٠ مايو ١٩٦٦، في قضية Meunier المنشور في مجموعة القرارات ص ٣٤٣، والذي قرر عدم مشروعية قرار اللجوء إلى التحكيم دون أن يرجع ذلك إلى نصوص معينة أو بربطه بها

(٤) وهى من الآراء التي انتهى فيها مجلس الدولة لعدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم إلا بناء على نص وفى حدوده فقط. أنظر: CE. Avis du 6 Mars 1986, Grands Avis du Conseil d'Etat, p.219, Obs. D. LABETOUL.

مع ملاحظة أن مجلس الدولة في فرنسا لا يعتبر إخضاع النزاع لرأى خبير لجوء إلى التحكيم الممنوع على الأشخاص الإدارية خارج الحالة المنصوص عليها بنص صريح.

Le fait de soumettre un litige à l'avis d'un expert ne constituait pas un recours à l'arbitrage interdit aux personnes administratives en dehors du cas prévu par un texte formel.(١)

وقد استمر واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ، بل وأصبح يعتبره من عداد المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي.

Considéré comme étant au nombre des "principes généraux du Droit public français.(٢)

ب) موقف محكمة النقض: La Cour de Cassation

بالنسبة للقضاء العادي، فإننا نستطيع أن نقرر أنه قد اتخذ موقفاً قريباً من موقف القضاء الإداري، كل ما هنالك أنه وضع حدوداً لهذا التحريم من خلال القضايا

---

(١) أنظر: **CE 6 Décembre 1935, Ville de Bergerac, S.1938.III.p.56.Note CE.10 Juillet1936,Ville de Boulogne-Sur- AUBERT,D.1936.III.P.49,Note,A.A. Mer, Rec.p 764.**

(٢) أنظر على سبيل المثال : **CE. Avis du 6 Mars 1986, Etudes et Documents du Conseil d'Etat 1987, No.38, p.178, Grands Avis du Conseil d'Etat. Dalloz, 1997, p.219, Commentaire D.LABETOULLE.**

CE. 3 Mars 1989. Soc. des autoroutes de la Région Rhône-Alpes, Rec.p.69, Concl.E.GUILLAUME,AJDA..1989,p.391,NoteJ.DUFAU, D.1990, SC.P. 67. Obs. P.TERNEYER. Revue d'Arbitrage 1989, p.167, Note FOUSSARD, Revue d'Arbitrage 1992, p.279, Note Yves GAUDEMET, Revue Française de Droit Administratif (RFDA) 1989, p.619, Note Bernard PACTEAU.

التي عرضت عليه في هذا الشأن، وقد يكون هذا هو الفارق الوحيد بين موقف مجلس الدولة وموقف محكمة النقض في فرنسا في هذه المسألة.

فبينما يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الأشخاص الاعتبارية للقانون العام الفرنسي لا تستطيع اللجوء إلى التحكم الدولي إلا بشرط أن يكون لديها ترخيص أو إذن بذلك بناء على اتفاق دولي أو بناء على قانون.

«Les personnes morales de Droit public français ne peuvent recourir à l'arbitrage international qu'à la condition d'y être autorisées par une convention internationale ou par une loi»(١).

فعلى النقيض من ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية تذهب إلى أن الأشخاص العامة تستطيع - ويكون تصرفها صحيحا من الناحية القانونية - أن تتفق على التحكيم في موضوع دولي، حتى مع غياب اتفاق دولي أو قانون يمنح لها الصلاحية ويسمح لها بذلك.

Au Contraire pour la Haute Juridiction judiciaire, les personnes publiques peuvent valablement compromettre, en matière internationale, en l'absence d'accord international ou de Loi les y habilitant»(٢)

---

(١) أنظر: Cour d'appel de Paris 24 Février 1994, Ministère tunisien d'Equipement C/Sté Bec Frères, Revue de l'Arbitrage 1995, p.286-287, Note Yves GAUDEMET.

(٢) أنظر: Gérard TEBOUL, op. cit. p. 25. وأنظر محكمة النقض الفرنسية Cass. Civ. 2 Mai 1966, Trésor public C/Galakis, D.1966, p.575, Note Jean ROBERT.

وبمفهوم المخالفة فإنه في غير المواد الدولية - الاتفاقات أو العلاقات الدولية - فإن المبدأ بالنسبة للقضاء العادي هو كما هو بالنسبة للقضاء الإداري، وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام إلا بناء على نص صريح يسمح بذلك.

ومعنى هذا أن السماح لأشخاص القانون العام بالاتفاق على التحكيم في المسائل الدولية دون أن يكون هناك اتفاق دولي أو نص قانونيا يجيز ذلك، إنما يمثل استثناء وخروج على القاعدة العامة.

وعلى هذا ففي اعتقادنا أن موقف القضاء العادي لا يختلف في جوهره عن موقف القضاء الإداري في مسألة مدى جواز اللجوء إلى الاتفاق على التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام. كل ما هنالك أن القضاء العادي يستثنى المسائل الدولية من قاعدة عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى الاتفاق على التحكيم إلا بناء على اتفاق دولي أو نص قانوني يسمح لها بذلك، فهو يجيز لهذه الأشخاص اللجوء إلى التحكيم في هذه المسائل حتى مع عدم وجود اتفاق دولي أو قانون يجيز أو يرخص لها بذلك.

ونجد هذه المعاني واضحة في حكم لمحكمة استئناف باريس صادر بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٩٤ قضت فيه بأن حظر الاتفاق على التحكيم بالنسبة للدولة قاصر على العقود الداخلية، هذا الحظر ليس له أثر بالنسبة للنظام العام الدولي، ويكفى لجعل شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد ما صحيحا إثبات وجود عقد دولي تم إبرامه بناء على الاحتياجات وبالشروط التي تتفق مع أعراف التجارة الدولية.

"La prohibition pour un Etat de compromettre est limitée d'ordre interne; cette prohibition n'est pas en conséquence d'ordre public international; pour valider la clause

compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international»(١)

ج) موقف محكمة التنازع: Le tribunal des conflits

أما بالنسبة لمحكمة التنازل فقد عرض عليها هذا الأمر وأصدرت قرارا فيه بتاريخ ١٩ مايو ١٩٥٨، وأخضعت مثل هذه العقود التي تعتبر عقود قانون خاص في نظر القضاء الفرنسي لاختصاص القضاء العادي.

وفى ذلك تقول إن صحة شرط التحكيم - الموجود في عقد دولي (وكان يتعلق بعقد إيجار سفينة) - يقيد الدولة الفرنسية والذي كان يمثل - في نظر القضاء الفرنسي - عقد قانون خاص، يتعين أن يخضع لتقدير وتقييم القاضي العادي.

"La validité d'une clause compromissoire figurant dans un contrat international (en l'espèce, un "charte-partie") qui liait l'Etat français et qui, au regard de la jurisprudence française, présentait le caractère d'un contrat de Droit privé, doit être appréciée par le juge judiciaire".(٢)

وقد استندت محكمة التنازع - في تكييفها لهذا العقد وفى تحديد طبيعته، وما إذا

---

(١) أنظر: **Cour D'Appel De Paris, 1re ch, 24 Février 1994, Ministère tunisien de l'Equipement C/Société Bec Frères, Revue de l'Arbitrage 1995, No 2, p. 275-289, Note Yves GAUDEMET.**

(٢) أنظر: **Tribunal des Conflits, 19 Mai 1958, Sté Myrtoon Steamship.D.1958, p.705, Note Jean ROBERT.**

كان عقد قانون خاص أم عقد إداري - استندت إلى المعايير التقليدية المأخوذ بها في القضاء الإداري، وهي أن يتعلق العقد بتنفيذ مرفق عام، وأن يتضمن العقد بنود غير مألوفة بالنسبة لعقود القانون الخاص.

وهنا أيضاً نعتقد أن موقف محكمة التنازع لم يختلف عن موقف مجلس الدولة الفرنسي، ففي هذا الموضوع فقد انتهت هذه المحكمة إلى القول بإنه طالما تم تكييف العقد بأنه عقد قانون خاص، فإن تقدير مدى صحة شرط التحكيم فيه يخضع لاختصاص القاضي العادي وهو أمر منطقي.

وهذا يعنى بمفهوم المخالفة **à contrario**، أنه لو تم تكييف العقد بأنه عقد إداري فإن تقدير مدى صحة الاتفاق على التحكيم فيه يخضع لاختصاص القاضي الإداري، وفى هذه الحالة سوف يطبق هذا الأخير المبدأ الذى استقر عليه قضاؤه، وهو أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى الاتفاق على التحكيم إلا إذا كان هناك نص صريح يبيح لها ذلك، ويكون ذلك في الحالة وفى الحدود وبالشروط التي حددها النص، وفى حالة العقود الدولية لا يجوز لأشخاص هذا القانون اللجوء إلى التحكيم إلا إذا أجاز لها ذلك اتفاق دولي صريح[١].

وفى دراسة لمجلس الدولة الفرنسي خُصصت لتسوية المنازعات، أكد مجلس الدولة على أنه من المستحب أن القضاء - وعند الاقتضاء بمناسبة دعوى مرفوعة أمام محكمة التنازع - يحسم في كل حالة على حدة مسألة معرفة ما إذا كان من الممكن أن

---

(١) وفى ذات المعنى أنظر: **Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, AJDA.1997,p.26."On pouvait, très logiquement alors, estimer que si l'acte litigieux avait été un contrat administratif cela aurait suffi à donner compétence à la juridiction administrative».**

وأنظر: **Jean ROBERT, Note sous Trib. Conflits 19 Mai 1958, précité**

عقدا إداريا غير عقود الأشغال العامة يمكن أن يسمح بالتحكيم لكونه يتعلق بتجارة دولية(١).

ومجلس الدولة يلمح في ذلك إلى إمكان اختصاص القضاء الإداري بنزاع يتعلق بإمكان اللجوء إلى التحكيم الدولي بالنسبة للأشخاص العامة الفرنسية(٢).

وفى اعتقادنا أن مجلس الدولة بهذا يدافع عن اختصاصه - كما هي عادته دائما - في مواجهة القضاء العادي، حتى لا يسحب البساط من تحت قدميه.

ثانياً: بعض الفقه:

اتجه بعض الفقه في فرنسا ومصر إلى تأييد اتجاه القضاء الإداري في البلدين إلى عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

وأهم أنصار هذا الاتجاه في فرنسا العلامة الكبير LAFERRIERE ومفوض الحكومة ROMIEU ومفوض الحكومة GAZIER والفقيه الكبير DE LAUBADERE أو الفقيه RIVERO، فوفقا للعلامة LAFERRIERE لا تستطيع الدولة الاتفاق على التحكيم، نظراً للآثار أو النتائج الاحتمالية أو المشكوك فيها

---

(١) أنظر: Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits: Conciliation, Transaction, Arbitrage en Matière administrative, La Documentation française 1993, p.91. "Il est souhaitable que la jurisprudence, éventuellement à l'occasion de la saisine du Tribunal des Conflits, tranche, cas par cas, la question de savoir si un contrat administratif autre qu'un marché public pourrait, parce qu'il touche aux intérêts du commerce international, donner lieu à arbitrage».

(٢) أنظر: Gérard TEBOUL,op.cit. p.26. «Le Conseil d'Etat a laissé entendre implicitement que la juridiction administrative pourrait être compétente pour se prononcer sur un litige concernant la possibilité pour les personnes publiques françaises de recourir à l'arbitrage international».

أو التي تعتمد على الصدف التي تترتب عليه.

L'Etat ne peut compromettre à cause des "conséquences aléatoires de l'arbitrage(١).

كما أن هذا العلاَّمة يتساءل باستنكار كيف يُعقل أن الدولة تستطيع قبول محكمين في قضايا غير مسموح لها فيها حتى بقبول قضاة مدنيين!؟

Comment admettre, en effet, que l'Etat puisse accepter des arbitres dans des causes où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils(٢).

أو بعبارة أخرى كيف يُقبل خضوع الدولة لمحكم خاص في حين أنه لا يُقبل خضوعها للقاضي المدني؟

وفى مرافعته البليغة في إحدى القضايا التي عُرضت على مجلس الدولة قال مفوض الحكومة الشهير **ROMIERU**: أيها السادة، إنه مبدأ تقليدي، مقبول بالإجماع في الفقه والقضاء، أن الإدارة العامة - إلا في حالة استثناء خاص - غير مرخص لها بالاتفاق على التحكيم، إن الوزراء لا يستطيعون أن يضعوا في أيدي المحكمين حل مسألة متنازع عليها، لأنهم لا يستطيعون التهرب أو التملص من اختصاص جهات القضاء الموجودة بالفعل.

---

(١) أنظر: **Edouard LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, Tome I, 1re éd. 1888, p.145. et Tome II, 2e éd.1896, p.152-153.**

(٢) أنظر: **E. LAFERRIERE, op. cit. p. 145.**

"Messieurs c'est un principe traditionnel universellement reçu en doctrine et en jurisprudence, que sauf exception, une administration publique n'est pas autorisée à compromettre. Les Ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies»(١).

وفى ذات الاتجاه أيضاً نجد مفوَّض الحكومة Le Commissaire du Gouvernement GAZIER في مذكرته في إحدى الدعاوى التي عُرضت على مجلس الدولة يقول: إن مبدأ حظر التحكيم لأشخاص القانون العام مستمد ومستلهم بشكل خاص من الحرص على تحاشى إهمال الأشخاص الاعتبارية العامة - وهي بصدد الدفاع عن المصالح العامة المكلفة بها - إهمالاً للضمانات التي ينطوي عليها ويتضمنها ويكفلها القضاء الرسمي للدولة.

«Le principe de prohibition de l'arbitrage serait inspiré notamment par le SOUCI d'éviter que les collectivités publiques négligent dans la défense des intérêts publics qu'elles ont en charge les garanties que seule cette justice comporte(٢)".

---

(١) أنظر: ROMIEU, Conclusions sur Conseil d"Etat,17 Mars 1893, Chemins de fer du Nord de l'Est et autres C/Minist.de la Guerre, Sirey 1894.4.p.119.

(٢) أنظر: GAZIER, Conclusions, sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 Décembre 1957, dans l'affaire de la société nationale de vente des surplus. D.1958, p.517.

ويسوق الفقيه RIVERO تبريراً نفسيا مستمد من فكرة القدوة، فالدولة لا تستطيع أن تتملص بنفسها من قضاة أقامتهم لرعاياها، وأيضاً من فكرة سمو ورفعة الشخص العام، فلا يمكن أن يتنازل أو يهبط فيُخضع نفسه لمحكم خاص.

Une "justification psychologique tirée de l'idée d'exemplarité, l'Etat ne saurait lui-même se dérober aux juges qu'il a institué pour ses ressortissants, et de l'idée de transcendance de la personne publique qui ne saurait ainsi s' abaisser(١)".

ويذهب الفقيه DE LAUBADERE إلى أن قواعد الاختصاص نص عليها قانون تشريعي، وبالتالي فإن تعديل هذه القواعد يتعين أن يتم بقانون تشريعي، ولا يجوز أن يكون ذلك بأداة قانونية أقل من ذلك كمرسوم مثلا Décret أو عقد من باب أولى Contrat(٢).

ثالثاً: التشريع:

وضعت النصوص في فرنسا - سواء القديمة أو الجديدة - المبدأ والقاعدة العامة في ذلك، ومضمون هذا المبدأ وهذه القاعدة العامة هو أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام الاتفاق على التحكيم لحل منازعاتها.

فقانون الإجراءات المدنية القديم، كان يتضمن مادتين يُفهم منهما هذا الحظر، هاتان المادتان هما المادة ١٠٠٤ والمادة ٨٣.

---

(١) أنظر: Jean RIVERO, Personnes morales de Droit public et arbitrage, Revue de l'Arbitrage, 1973, p.268.

(٢) أنظر: A.DE LAUBADERE, F.MODERNE, P.DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, LGDJ. Paris, 1984, 2e éd. T.II, p.955.

والمادة ١٠٠٤ كانت تحظر الاتفاق على التحكيم في القضايا التي تخضع لإبلاغ النيابة العامة بشأنها، أو التي يتعين إبلاغ النيابة بها.

Il est interdit de compromettre dans les affaires sujettes à communication au ministère public.

والمادة ٨٣ تحدد القضايا التي يتطلب الأمر فيها إخطار النيابة العامة. هذه القضايا هي التي تخص الدولة والأملاك العامة والمدن والمؤسسات أو الهيئات العامة.

Les causes concernant l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics.

والقانون المدني نص في الفقرة الأولى من المادة ٢٠٦٠ منه على أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا تستطيع أن تعفى نفسها من القواعد التي تحدد اختصاص جهات القضاء الوطني، بأن تضع في قرار مُحكِّم ما حل المنازعات التي تكون طرف فيها، والتي ترتبط بعلاقات تخضع للنظام القانوني الداخلي.

Les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne. "on ne peut compromettre ... sur les constatations intéressant les collectivités publiques, les établissements publics[1].

(١) أنظر: Article 2060, Premier alinéa du Code civil. Loi du 5 juillet de 1972

ورغم أن القانون المدني قد نص في الفقرة الثانية[١] من ذات المادة على أنه يجوز بمرسوم الترخيص لبعض فئات المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية أو التجارية باللجوء إلى الاتفاق على التحكيم، فرغم ذلك فإن هذا المرسوم لم يصدر أبداً[٢].

فالقاعدة العامة التي وضعتها هذه النصوص هي منع الأشخاص الاعتبارية للقانون العام من الاتفاق على التحكيم، ولا يمكن أن يكون هناك استثناء على هذه القاعدة العامة إلا بناء على قانون.

Seule une Loi peut apporter une exception à cette interdiction[٣].

وإن كان المرسوم - الذي نص عليه القانون المدني لتحديد فئات المؤسسات العامة الاقتصادية (الصناعية والتجارية) التي يمكن أن تلجأ إلى التحكيم في عقوده - لم يصدر أبداً، إلا أن هناك كثير من القوانين المتعلقة ببعض المشروعات العامة سمحت لها بالاتفاق على التحكيم.

من ذلك مثلاً المادة ٢٥ من القانون الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢، والخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية **La Société National des Chemins de Fer (SNCF).**

وأيضاً المادة ٢٨ من القانون الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٠، والخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية **La poste et France Télécom.**

---

(١) المضافة بالقانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥.

(٢) أنظر: **Pierre DELVOLVE, Les Marchés des Entreprises publiques, Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz (CJEG), No 500, Spéciale Actualité de l'Entreprise publique, Mélange, 45e année.Juin 1994, p.269 à 281. "Mais ce décret n'a jamais été pris". p. 279.**

(٣) أنظر: **P. DELVOLVE, op. cit. p.279**

الفصل الثاني
الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم
في مجال العقود الإدارية وحججه وأنصاره

على نقيض الاتجاه السابق، فقد ذهب اتجاه آخر إلى إمكان لجوء أشخاص القانون العام إلى الاتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية التي تبرمها. وقد استند هذا الاتجاه إلى عدة حجج وأسانيد. كما أن لهذا الاتجاه أنصار سواء في القضاء أو في الفقه أو حتى على مستوى النصوص التشريعية سواء في فرنسا أو في مصر.

ونعرض في هذا الفصل حجج وأسانيد هذا الاتجاه، وأنصاره المؤيدين له وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أنصار الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

المبحث الأول

حجج وأسانيد الاتجاه المؤيد

لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

إلى جانب المزايا والفوائد العديدة للتحكيم التي تساق بصفة عامة، مثل البساطة والسهولة والمرونة والسرعة، وتوفير الجهد والوقت والمال، والمحافظة على العلاقات الطيبة بين أطراف النزاع والمحافظة على أسرارهم، وتوفير الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص، وتجنب المنازعات قبل وقوعها، بالإضافة على تخفيف العبء عن كاهل القضاء الداخلي، والتي أستند إليها كثير من المؤيدين للجوء إلى التحكيم في المنازعات بصفة عامة، فقد أستند أنصار الاتجاه المؤيد للتحكيم إلى بعض الحجج والأسانيد الخاصة بالقانون العام أو الإداري والعقود الإدارية بالتحديد.

وتتمثل أهم هذه الحجج فيما يلي:

أولاً: عدم وجود مصدر أو أصل لرفض التحكيم في العقود الإدارية:

بالبحث عن أصل هذا الحظر ومحاولة معرفة من أين استخلصت القاعدة التي تحرم على أشخاص القانون العام الاتفاق على التحكيم. نجد أن هناك تردد وتخبط، حتى على مستوى أحكام القضاء.

فبعض الأحكام تربط هذه القاعدة ببعض النصوص، في حين أن البعض الآخر يفصلها عن هذه النصوص، لدرجة أن القارئ لهذه الأحكام لا يستطيع حتى أن يكشف عن وجود مبدأ فيها يقضى بالتحريم.

On a pu hésiter à une époque quant au point de savoir d'où la règle était extraite certains arrêts la rattachaient en effet à des textes, alors que d'autres l'en détachaient sans que le lecteur puisse clairement y déceler l'existence d'un principe(١).

ثانياً: عدم وجود تنافر بين التحكيم والقانون العام:

ذهب البعض إلى القول بإنه لا يوجد تعارض أو تنافر جذري بين التحكيم والقانون العام. وإن كان الاثنان يكونان معاً بحسب العادة زواجًا سيئًا.

Il faut immédiatement relever qu'il n'y a pas d'incompatibilité rationnelle entre arbitrage et Droit public ...Cependant même en l'absence d'incompatibilité rationnelle, il faut constater qu'arbitrage et Droit public font traditionnellement mauvais ménage(٢).

ثالثاً: عدم كفاية حجج الفريق المعارض:

رد البعض على الحجج والأسانيد التي ساقها الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية(٣).

١- بالنسبة لحجة LAFERRIERE المتعلقة بالخوف من النتائج والآثار غير

---

(١) أنظر: Dominique FOUSSARD, L'Arbitrage en Droit Administratif, Revue de l'Arbitrage, 1990, Doctrine, p.9

(٢) أنظر Charles JARROSSON, L'Arbitrage en Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p. 16.

(٣) أنظر: Ch. JARRDSSON, op.cit. p. 16 à 19

المضمونة أو المشكوك فيها للتحكيم، يُرد على هذه الحجة من ناحيتين:

فمن ناحية إن ظهر أن اختيار التحكيم هو اختيار سيء، فليس على الأطراف إلا لوم أنفسهم لأنهم هم الذين اختاروه.

Elles ne pourraient s'en prendre qu'à elles-mêmes

ومن ناحية أخرى إن كانت النتائج غير مضمونة أو غير مؤكدة، فإن ذلك يرجع إلى أن العدالة هي من صنع البشر، وحينئذ فهي تمس كل أنواع القضاء أو الفصل في المنازعات، سواء كان قضاء عاديا أو إداريا أو تحكيميا.

Elle touche également toutes les juridictions, qu'elles soient administrative, judiciaire ou arbitrale(١).

٢- بالنسبة لحجة أو تحفظ GAZIER المتعلقة بالضمانات التي يقدمها القضاء الرسمي للدولة، فإن التطور قد أدى إلى أن قضاء التحكيم أصبح هو أيضا يقدم ضمانات، فهو يفصل في الحق statuer en droit، ويتبع المبادئ الحاكمة لسير الدعوى les principes directeurs du procès، والقواعد الموضوعية الآمرة Les règles de fond qui sont impératives، وأخيراً فإن قرار التحكيم يمكن أن يكون محلا لرقابة لاحقة بمناسبة طعن إلغاء ويمكن أن يستوجب البطلان في كل مرة يكون فيها ضد النظام العام.

La sentence peut faire l'objet d'un contrôle a posteriori à l'occasion du recours en annulation et elle encourra la nullité à

(١) أنظر: Ch. JARROSSON, op. cit. p. 16

chaque fois qu'elle sera contraire à l'ordre public(١).

فالعدالة التحكيمية تعتبر اليوم كشريكة تقتسم نفس الأخلاقيات وذات الغاية مع عدالة الدولة، برغم تنوع الطرق والوسائل التي تستخدمها كل منهما.

La justice arbitrale est aujourd'hui considérée comme partageant la même éthique et la même fin que la justice étatique, au-delà de la diversité des voies et des moyens qu'elles emploient(٢).

٣- بالنسبة للحجة التي تقوم على الخشية من أن أشخاص القانون العام يفقدون تعاطفهم أو ثقتهم أو يبدون تمردا على قضاء الدولة، فإن هذه الحجة ليست قانونية وليست مقنعة.

L'argument n'est pas juridique et n'est guère convaincant

ففي المسائل التجارية - وهي المجال التفضيلي للتحكيم - لا يوجد عدم ثقة أو فقد للتعاطف أو تمرد بالنسبة للمحاكم التجارية.

٤- بالنسبة للحجة المتعلقة بالاعتداء على اختصاص القضاء الإداري، لم تعد قواعد الاختصاص المحجوز أو القاصر أو المانع أو المطلق compétence exclusive لم تعد كافية في ذاتها لاستبعاد التحكيم، فكثير من هذه القواعد لا تمنع الآن من اللجوء إلى التحكيم، مثال ذلك القواعد التي تحدد الاختصاص المانع بالمنازعات

---

(١) أنظر: Ch. JARROSSON, op. cit. p. 17

(٢) أنظر: Ibidem. وأنظر أيضا B. OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, ln Etudes offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC,1991,p.415.

المتعلقة باستغلال براءة الاختراع، في بعض محاكم الدرجة الابتدائية أو العليا، هذه القواعد لا تمثل عقبة أمام الاختصاص التحكيمى.

بل إن قواعد الاختصاص المانع بالنسبة لجهات قضاء الدولة ذاتها تقوم بعملية توزيع الاختصاصات(١).

٥- وبالنسبة لحجة عدم جواز الحكم على الدولة إلا بواسطة قضاء مُنشأ بالقانون، فإن هذه الحجة ليست - هي أيضاً - في حقيقتها قانونية ولا مقنعة لاستبعاد التحكيم في هذا المجال.

ورغم ذلك فإن هذه الحجة قد تكون هي - في نظر البعض - التبرير الحقيقي لمبدأ حظر التحكيم في القانون العام، وهي: الرغبة في حجز أو قصر المنازعات العامة لقضاء الدولة واستبعاد أي اختصاص منافس، بمعنى الاحتفاظ بسلطة التعرف على هذه المسائل لقاضى الدولة.

de réserver le contentieux public aux juridictions de l'Etat et d'exclure toute compétence concurrente, c'est-à-dire de réserver le pouvoir de connaitre ces questions au juge étatique(٢).

(١) أنظر: Ch. JARROSSON, op.cit. p.19

(٢) أنظر : Ch. JARROSSON, op. cit. p. 19

المبحث الثاني

أنصار الاتجاه المؤيـــد

لإمكان اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

نجد تأييداً لهذا الاتجاه سواء في القضاء أو الفقه أو التشريع في فرنسا.

أولاً: في نطاق القضاء:

نجد تأييد للجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية في أحكام القضاء العادي وبعض قرارات مجلس الدولة.

أ) بالنسبة للقضاء العادي:

سبق وأن رأينا أن القضاء العادي في فرنسا طبق المبدأ التقليدي في هذا المجال وهو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم، إلا بناءً على نص يسمح بذلك، وفى ذلك يتفق مع اتجاه مجلس الدولة، والذي سبق وأن بيناه.

ولكن القضاء العادي يختلف مع قضاء مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصفة الدولية، والتي تكون أشخاص القانون العام طرفا فيها.

فبينما نجد أن مجلس الدولة لا يجيز للأشخاص الاعتبارية العامة الفرنسية اللجوء إلى التحكيم الدولي بالنسبة لهذا النوع من العقود الإدارية إلا إذا نص على ذلك صراحة اتفاق دولي أو قانون تشريعي.

نجد على النقيض من ذلك، إن محكمة النقض الفرنسية تسمح للأشخاص الاعتبارية للقانون العام في فرنسا بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها في هذه العقود الإدارية، حتى مع غياب أي نص يرخص لها بذلك في اتفاق دولي أو تشريع داخلي(١).

وقد سارت محاكم جهة القضاء العادي على نهج ودرب محكمة النقض في هذا المجال.

من ذلك مثلا حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ٢٤ فبراير ١٩٩٤ في القضية التي كانت بين وزارة المرافق التونسية وشركة إخوان بيك.

وكانت تتعلق بعقد أشغال عامة كان قد أبرم عام ١٩٨١ وعام ١٩٨٢ بين الحكومة التونسية ومجموعة مشروعات كانت تديرها الشركة الفرنسية إخوان بيك، ويتمثل في نقل بعض المواد عبر الحدود ونقل المعرفة، وكانت دولة الكويت هي الممولة للمشروع والدفع في جزء منه بالفرنك الفرنسي وفى فرنسا.

وكان قد أتفق في العقد على شرط تحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عنه.

وعندما قام نزاع بين الطرفين، أحالته الشركة إلى محكمة التحكيم المتفق عليها في العقد للفصل فيه، فدفعت الحكومة التونسية ببطلان شرط التحكيم وبعدم اختصاص محكمة التحكيم استنادا إلى المبدأ المعمول به في القانون الداخلي التونسي - بل والفرنسي أيضا - بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في العقود الإدارية،

---

(١) أنظر على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٢ مايو ١٩٦٦:

Cassation civile 2 Mai 1966, Trésor public C/Galakis, Dalloz 1966, p.575, Note Jean ROBERT, JCP. 1966, No14798, Note Philippe LIGNEAU, JDI. 1966, p.648, Note LEVEL, Revue critique DIP. 1967, p.553, Note GOLDMAN.

وببطلان الاتفاق على التحكيم إن وجد سواء في شكل شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم.

وتمسكت الحكومة التونسية ببطلان هذا الشرط وعدم اختصاص محكمة التحكيم أمام جميع المحاكم التي عرضت عليها القضية سواء في تونس أو في فرنسا، من ذلك مثلا محكمة أول درجة في تونس في ١٧ أكتوبر ١٩٨٧، ومحكمة استئناف تونس في أول فبراير ١٩٨٨، وسواء أمام القضاء العادي أو الإداري أو حتى أمام محكمة التحكيم ذاتها.

وقد أصدرت جميع جهات القضاء العليا في تونس أحكامها ببطلان شرط التحكيم في القضية، من ذلك حكم الاستئناف الصادر من المحكمة الإدارية في تونس في أول فبراير ١٩٩١، وحكم محكمة استئناف تونس الصادر في ٣ أبريل ١٩٩١. وحكم محكمة النقض التونسية بتاريخ ٢٧ أكتوبر ١٩٩٣.

وقد استندت كل هذه المحاكم في أحكامها إلى القانون التونسي والأحكام التي يقضى بها تقنين التحكيم التونسي، والمعدل بالقانون الصادر في ٢٦ أبريل ١٩٩٢، والذي يقضى بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم إلا بناء على اتفاق دولي أو نص قانوني.

أما محكمة التحكيم فكانت قد أصدرت حكمها الأساسي في ٨ فبراير عام ١٩٩٠، ثم أعقبته بحكم تصحيحي في ١٣ سبتمبر ١٩٩٠ لتصحيح الأخطاء المادية.

وكان الحكم قد حكم على الحكومة التونسية بدفع مبلغ معين للمشروعات المختلفة وبتحمل مصاريف التحكيم.

وبتاريخ ١٥ أبريل ١٩٩١ كان قد صدر أمران من المفوَّض délégataire من قبل رئيس المحكمة الابتدائية في باريس، وبناء على هذين الأمرين منح القوة التنفيذية في فرنسا للحكمين الصادرين من محكمة التحكيم.

فقام وزير المرافق التونسي بالطعن على هذين القرارين أمام محكمة استئناف باريس فأصدرت حكمها في هذا الطعن بقبوله شكلاً، وفى الموضوع برفضه وتأييد القرارين المطعون عليهما.

وفى حيثيات هذا الحكم الشهير قالت المحكمة:

حيث إنه يعتبر دولي التحكيم الذي يتناول مصالح التجارة الدولية، وأن الصفة الداخلية أو الدولية للتحكيم لا تعتمد على القانون الواجب التطبيق على الموضوع أو بالنسبة للإجراءات، ولا على إرادة الأطراف، ولكن على طبيعة العملية الاقتصادية أساس النزاع، وحيث إنه يكفي - حتى يكون التحكيم دولي - أن تتضمن العملية الاقتصادية المقصودة حركة أموال أو خدمات أو سداد عبر الحدود.

«Considérant qu'est international l'arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce international, que le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable, au fond ou quant à la procédure, ni de la volonté des parties, mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige.

Considérant qu'il suffit, pour que l'arbitrage soit international, que l'opération économique considérée implique un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières»[١].

(١) أنظر: **Cour d'Appel de Paris (Ire ch.c), 24 Février 1994, Ministère tunisien de l'Equipement C/société Bec Frères, Revue de l'Arbitrage, 1995, No 2, p. 285, Note Yves GAUDEMET.**

وانتهت المحكمة إلى بيان المبدأ في هذا الموضوع وهو:

إن الحظر بالنسبة لدولة ما بعدم جواز الاتفاق على التحكيم مقصور على العقود المتعلقة بالنظام الداخلي أو المحلى، وهذا الحظر ليس له أي نتيجة أو أثر على النظام الدولي العام، ويكفي - لصحة شرط التحكيم - إثبات وجود عقد دولي مبرم للوفاء باحتياجات وبالشروط التي تتفق مع أطراف التجارة الدولية.

"La prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne; cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international; pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international»[(١)].

ب) بالنسبة للقضاء الإداري:

كان القضاء الإداري يرفض بشكل قاطع إمكان اتفاق أشخاص القانون العام على اللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع ينشأ عن عقد إداري تكون طرف فيه.

ثم سمح باستثناء وهو وجود نص يرخص للشخص العام بالاتفاق على التحكيم في مسألة محددة بالذات.

ثم أصدر مجلس الدولة رأيا شهيراً في ٦ مارس ١٩٨٦، بخصوص التحكيم الدولي، ذهب فيه إلى أنه لا يجوز للأشخاص الاعتبارية الفرنسية

(١) ذات المرجع السابق، ص ٢٧٥.

العامة أن تلجأ إلى التحكيم الدولي، إلا بشرط أن يرخص لها بذلك اتفاق دولي أو قانون تشريعي.

ويرى البعض أن مجلس الدولة بهذا الرأي لا يغلق الطريق أمام تطور محتمل لوقفه.

"ne ferme pas la voie d'une possible évolution"(١).

ويأمل البعض أن يتطور هذا القضاء.

«A cet égard, on peut penser qu'il serait souhaitable que la position adoptée par le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 mars 1986, évolue»(٢).

وفى اعتقادنا أن هذا التطور المأمول والمنتظر من مجلس الدولة قد حدث.

فهناك تقرير لمجلس الدولة يقترح فيه تعميم التحكيم على كل العقود العامة، خاصة بالنسبة للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية(٣).

---

(١) أنظر: Gerard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif, Droit et pratique du Commerce international, l'Etat commerçant II,1996, Vol.22, No 2, p. 200.

(٢) أنظر: Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.26.

(٣) أنظر: Régler autrement les conflits: Conciliation, Transaction, Arbitrage en matière administrative, La Documentation française, 1993, p. 90 et p. 94.

ثانياً: في نطاق الفقه:

باستثناء بعض الآراء التي سبق عرضها في المبحث الثاني من الفصل السابق، فإن الفقه في فرنسا يؤيد - في مجموعه - إمكان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للنظر والفصل في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وقد سبق ورأينا أن كثير من الفقهاء في فرنسا قد قاموا بالرد على حجج المعارضين وتفنيدها ودحضها، وقد أنتقد الفقه موقف المعارضين ورفض القضاء الإداري لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

من ذلك مثلاً قول الأستاذ شارل جاروسو Charles JARROSSON أنه فيما يتعلق بالأسانيد الحقيقية لقاعدة رفض التحكيم في العقود الإدارية، فإن هناك بعض التشوش أو الغموض وعدم الوضوح الذي يدعو إلى الأسى والرثاء، نتيجة لتعارض وأحيانا لضعف الحجج المدرجة والموضوعة والتي ليست جميعها قانونية، وإن هذه مجرد ملحوظة وليست نقداً.

Concernant les fondements véritables de la règle un certain flou est à déplorer, conséquence de la diversité, et parfois de la faiblesse, des fondements répertoriés qui ne sont pas tous juridiques(١). C'est là une observation, non une critique(٢).

---

(١) أنظر: Ch. JARROSSON, l'arbitrage en Droit public, AJDA. op. cit. p.17

(٢) أنظر: Ch. JARROSSON, op. cit. p.17, Note 16

وفى ذات المعنى يقول دومينيك فوسار Dominique Foussard أنه في فترة ما كان هناك تردد فيما يتعلق بمعرفة من أين أستخلصت هذه القاعدة التي قررتها أحكام مجلس الدولة، فبعض الأحكام كانت ترجعها وتربطها في الواقع بنصوص معينة، والبعض الآخر كانت تفصلها من هذه النصوص. بدون أن يستطيع القارئ أن يستكشف أو يستجلى بوضوح وجود مبدأ فيها إلا إذا كان على علم بالأعراف أو القواعد التقليدية لمجلس الدولة.

On a pu hésiter à une certaine époque quant au point de savoir d'où la règle était extraite. Certains arrêts la rattachaient en effet à des textes, alors que d'autres l'en détachaient, sans que le lecteur puisse clairement y déceler l'existence d'un principe(١).

كما لا يجوز الاستناد إلى النصوص التي تحظر على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، فإن الفقه في مجموعة يسلخ أو يفصل المبدأ عن سنده الاحتمالي الذى يعتمد على النص بالقول بإن مجلس الدولة يطبق مبدأ الحظر دون نص(٢).

لأن مثل هذه النصوص لا تستطيع أن تبرر أو تدعم الحظر، فهذه النصوص وردت في قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني ولم يكن لها هدف إلا تنظيم مسألة تخص الإجراءات المدنية بشكل دقيق، وحتى بالنسبة للمادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الجديد، فإنها تعتبر امتدادا لمبدأ التحريم القديم ومرتبطة به.

---

(١) أنظر: Dominique FOUSSARD, l'Arbitrage en Droit Administratif, Revue de l'Arbitrage, 1990, p.9.

(٢) أنظر على سبيل المثال: Charles DEBBASCH, Contentieux administratif, Dalloz, 3e éd.1981, p.296.

Un relais du principe de prohibition[١]

ولأن التبرير الذي يعتمد على النصوص القديمة يختفي ويزول معها.

La justification tirée des textes anciens disparaît avec eux[٢].

ولذلك ذهب الفقيه J.RIVERO إلى القول بإنه قد لا تجد تبريراً لهذا الحظر إلا التبرير النفسي الذى يقوم على فكرتي القدوة وسمو الشخص العام، فالدولة يجب أن تكون قدوة فلا تتنصل من القضاة الذين عينتهم لرعاياهم، ولا يتعين أن ينحدر الشخص العام أو ينزل إلى أسفل فيخضع نفسه لمُحكم خاص[٣].

وعندما وضع مجلس الدولة رأيه الصادر عن الجمعية العمومية له في ٦ مارس ١٩٨٦ - والذى صاغ صراحة مبدأ الحظر - في قضية أيرو ديزني لاند، أو قضية ديزني لاند الأوربية (ديزني لاند باريس حاليا)، والذى قرر فيه عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وبطلان شرط التحكيم الذى يرد فيه، ولم يميز في ذلك بين العقود الداخلية أو العقود المحلية من ناحية والعقود الدولية أو عقود التجارة الدولية من ناحية أخرى، ولم يستثن من هذا المبدأ إلا حالتين فقط، هاتان الحالتان هما: وجود اتفاق دولي أو وجود قانون يسمح باللجوء إلى التحكيم في هذه العقود، ويتقيد الاستثناء بالحدود التي يحددها الاتفاق الدولي أو القانون(٤).

---

(١) أنظر: Ch. JARROSSON, op.cit. p. 16 et s.

(٢) أنظر: Jean RIVERO, Personnes morales de Droit public et arbitrage, Revue de l'Arbitrage, 1973, p.268.

(٣) ذات المرجع السابق.

(٤) انظر Etude et Documentation de Conseil d"etat,1987,p.178 et s.

وقد أنتقد البعض هذا الرأي على أساس أنه كان يجهل قضاء محكمة النقض المقرر والثابت في هذا الشأن منذ قضية جالاكيس Galakis، والذي قررت فيه أنه في مجال عقود التجارة الدولية يجوز اللجوء إلى التحكيم حتى مع عدم وجود اتفاق دولي على ذلك أو نص صريح يسمح بذلك.

Le Conseil d'Etat dans son avis de 1986, a ignoré la jurisprudence de la Cour de Cassation acquise depuis l'arrêt Galakis(١).

ويقرر رأى آخر أن الحل الذي تبناه مجلس الدولة في رأيه عام ١٩٨٦ يؤدى إلى نزاع وخلاف مع قضاء جالاكيس لمحكمة النقض، ويتساءل هذا الرأي مستنكرا، هل هذا الحل ملائماً؟

Cette solution, au contentieux, entrant en conflit avec la jurisprudence Galakis de la Cour de Cassation, serait-elle opportune(٢).

ويأمل الفقه في فرنسا في تطور موقف مجلس الدولة الفرنسي في هذا الموضوع(٣).

---

(١) أنظر: Yves GAUDEMET, Note sous Cour d'Appel de Paris, Revue de l'Arbitrage, 1995, No 2 op. cit. p.288.

(٢) أنظر: Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, AJDA. Janvier 1997, Dossier, op.cit. p. 26.

(٣) أنظر: Yves GAUDEMET, l'évolution "reste possible-et souhaitable-aujourd hui et relève de la seule volonté du juge administratif' Revue de l'Arbitrage 1992, p. 255. Voir également" Gérard TEBOUL, op.cit. p.26. Les perspectives d'évolution.

ويسجل البروفيسور René CHAPUS أن هناك حاليا اتجاه - فقهى على الوجه الخصوص وتشريعي أيضا - إلى حد ما لزيادة الاحتمالات بالنسبة لأشخاص القانون العام لاختيار التحكيم أو اللجوء إلى التحكيم

On constate actuellement une tendance, doctrinale surtout législative aussi, dans certaine mesure, à accroitre les possibilités pour les personnes publiques de choisir l'arbitrage(١).

ثالثاً: في نطاق التشريع:

تطور التشريع في فرنسا من الحظر المطلق للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى الحظر النسبي، أي مع السماح باستثناءات خاصة تتقرر بنصوص صريحة وفى الحدود وبالشروط التي تضعها هذه النصوص فقط.

فمازال المبدأ الأساسي أو القاعدة العامة المعمول بها في فرنسا فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم فيها إلا بنص صريح وفى حدود ما يقرره هذا النص فقط.

وفي هذا الصدد قد مر تطور التشريع في فرنسا في عدة مراحل، ورغم هذا التطور وهذه المراحل فإننا نستطيع أن نقرر أن المبدأ الذي وضعه مجلس الدولة الفرنسي منذ العقود الأولى للقرن التاسع عشر هو المبدأ الذي التزمت به النصوص والتشريعات منذ البداية وحتى الآن.

---

(١) أنظر: René CHAPUS, Droit du contentieux Administratif, Montchrestien, 7e éd. 1998, p. 221, No 300.

هذا المبدأ هو عدم جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية للقانون العام إلى التحكيم إلا بنص صريح.

وقد ظهر هذا جليا في النصوص القديمة والحديثة التي تعرضت لهذه المسألة:

وقد يكون أول نص عام في هذا الموضوع هو قانون الإجراءات المدنية القديم[1]، بالتحديد نص المادتين ٨٣ و١٠٠٤، فوفقاً لهاتين المادتين يُحظر على الدولة والمدن والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم.

ورغم أن مثل هذه النصوص ذكرت الدولة والمدن والمؤسسات العامة، ولم تذكر بقية أشخاص القانون العام الأخرى مثل المحافظات - التي لم تكن قد أنشئت بعد - والقرى أو غيرها من الوحدات الإدارية الأخرى، إلا أنه في التطبيق العملي - وخاصة في قضاء مجلس الدولة - قد عمم هذا الحظر على جميع أشخاص القانون العام دون تحديد.

ثم جاء المشرع في عام ١٩٧٢، ونقل النصوص الخاصة بالتحكيم من قانون الإجراءات المدنية إلى القانون المدني.

---

(١) كانت هناك نصوص أقدم من هذا النص، وتتعلق بالتحكيم الاختياري أو حتى الإجباري، مثال ذلك قانون ١٠ و ١١ يونيو ١٧٩٣، الذى كان يتعلق بمنازعات أموال المدن وصعوبة اقتسامها.

Voir, J.J.CLERE, l'arbitrage révolutionnaire, apogée et déclin d'une institution, Revue de l'Arbitrage, 1981, p.3 et s.

وكذلك قانون ١٠ فريمير للسنة ١١ (٣٠ نوفمبر ١٧٩٣) المتعلق بالأموال الوطنية المرهونة أو المتنازل عنها، بالنسبة للنزاعات التي تنشأ بين الإدارة الوطنية لحق التسجيل والأموال وبين الحائزين لهذه الأموال، وذلك فيما يتعلق بالصفة العامة لهذه الأموال أو بملكيتها، ولكن مثل هذه النصوص وإجراءات التحكيم التي نصت عليها كانت وقتية ومرتبطة بظروف هذه الحالات وتم التخلي عنها، انظر في ذلك:

Bernard PACTEAU, Arbitrage, Arbitrages spéciaux, Arbitrages administratifs, Revue de l'Arbitrage, 5.1990, Fascicule 1048, p.l.

فنصت المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدني الجديد على حظر الاتفاق على التحكيم بالنسبة للنزاعات التي تتعلق بالتجمعات العامة والمؤسسات العامة، وبصفة عامة في كل المسائل التي تخص النظام العام.

"On ne peut compromettre …. sur les contestations intéressant les collectivités publiques, les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières intéressant l'ordre public».

ورغم إن تعبير ومصطلح التجمعات العامة **Les collectivités publiques** الذي استخدمه النص ينصرف - وفق المتعارف عليه - إلى التجمعات المحلية والمؤسسات العامة، إلا أن هذا الحكم قد عُمم أيضاً - خاصة في قضاء مجلس الدولة والفقه - ليشمل جميع أشخاص القانون العام فيشمل الدولة والمحافظات والمدن وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة.

إذاً المبدأ المستقر الآن في فرنسا هو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم إلا بنص خاص وصريح، ويقتصر على الحالة التي سمح فيها النص باللجوء إلى التحكيم.

وتوالت وتعددت النصوص التي تسمح لبعض الإدارات العامة باللجوء إلى التحكيم بصفة عامة أو في موضوعات محددة بالذات وهي نصوص كثيرة جداً.

نذكر من ذلك على سبيل المثال لا الحصر من النصوص القديمة والحديثة ذات المضمون العام أو الخاص وذات الأهمية[١]، ما يلى:

١- قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦: فقد نص في المادة ٦٩ منه على أنه بالنسبة لسداد تكاليف ونفقات الأشغال العامة والتوريدات، تستطيع الدولة والمحافظات والمدن اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأحكام التي نظمها الكتاب الثالث من تقنين الإجراءات المدنية.

"pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'Etat, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du Code de Procédure civile"

٢- قانون ٩ يوليو ١٩٧٥: الذي أضاف الفقرة الثانية إلى المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدني والذي نص على أن يصدر مرسوم يرخص لبعض طوائف المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعية والتجارية الاتفاق على التحكيم.

(١) هناك العديد من الأمثلة لمثال هذه النصوص ذكرها الأستاذ Jean-Marie AUBY في مقاله المنشور في AJDA عام ١٩٥٥، من تلك مثلا المادة ٢٥ من قانون ١٩ أكتوبر ١٩١٩ المتعلق باستخدام الطاقة الهيدروليكية والمادة ١٢ من المرسوم بقانون الصادر في ٢٦ يناير ١٩٣٧ بشأن المساهمة المالية للدولة في تصنيع وتجارة مواد الحرب، وقانون ٣ سبتمبر١٩٤٧ والمعدل بقانون ٢٧ ديسمبر١٩٤٧ الخاص بقانونية مركز المشروعات الموضوعة تحت الحراسة أو الاستيلاء، والمادة ٢٩ من قانون ١١ مايو ١٩٤٦ بشأن أيلولة مشروعات الصحافة، وكذلك التحكيم المنصوص عليه في قوانين التأميم الصادرة في ١١ أغسطس ١٩٣٦، ٨ أبريل ١٩٤٦ وغيرها أنظر:

Jean. Marie AUBY, l'Arbitrage en Matière Administrative, AJDA. 1995, p. 83 et ss.

«Un décret pourrait autoriser des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre».

ويلاحظ البعض أنه حتى الآن لم يصدر مثل هذا المرسوم(١).

٣- قانون ١٥ يوليو ١٩٨٢: وهذا القانون الخاص بتنظيم البحث العلمي، فقد نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمؤسسات الصناعية والعلمية في حالة نشوء نزاع بسبب تنفيذ عقود البحث المبرمة مع جهات أجنبية(٢).

٤- قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢: وهو القانون الخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية (SNCF) والتي تحولت إلى مؤسسة عامة، فقد نص في المادة ٢٥ منه على السماح لهذه المؤسسة باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها مع الغير.

٥- قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦: كانت فرنسا قد تعاقدت مع شركة ديزني لاند العالمية بأمريكا على إنشاء مدينة ديزني لاند الأوربية بالقرب من باريس في فرنسا، وكان العقد ينص على اللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع ينشأ بين الطرفين.

وعندما نشأ نزاع عرضته الشركة على هيئة التحكيم المتفق عليه في العقد،

---

(١) أنظر: Pierre DELVOLVÈ, Les Marchés des Entreprises publiques, Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz (CJEG) No 500, Spéciale Actualité de l''Entreprise publique Mélanges, 45e année, Juin 1994, p.279.

(٢) أنظر: Françoise DUCAROUGE, Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: Transaction, médiation, conciliation et arbitrage en Droit public français, Revue fracnçaise de Droit administratif, (RFDA), 12 Année 1996, No 1, Janv.- Fevr. p.89.

فدفعت الحكومة الفرنسية بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام في فرنسا إلى التحكيم إلا بناء على نص خاص وصريح يسمح له بذلك، ولا يوجد نص في الموضوع المطروح، مما يبطل شرط اللجوء إلى التحكيم في العقد.

وعُرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي، وقد أبدى رأيه الشهير الذى أصدره في ٦ مارس من عام ١٩٨٦[١]، والذى انتهى فيه إلى عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم إلا إذا نص صراحة على ذلك في اتفاق دولي أو قانون داخلي. ولما لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو القانون فيكون شرط التحكيم الموجود في عقد ديزني لاند الأوربية باطلاً illégal.

وعلى إثر ذلك اضطر المشرع الفرنسي للتدخل حفاظا على المصالح القومية للبلد، حيث إن إنشاء مثل هذه المدينة للملاهي تمثل مطلبا عاما ومصلحة هامة للدولة، فتدخل وأصدر القانون رقم ٩٧٢/٨٦ في ١٩ أغسطس ١٩٨٦، وقرر في المادة ٩ منه الترخيص والسماح للدولة وللتجمعات الإقليمية أو المحلية وللمؤسسات العامة في العقود التي تبرم بالاشتراك مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية، بالتوقيع على شروط التحكيم بغرض - عندما تقتضي الضرورة الحتمية - تسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود.

Il est autorisé à l'Etat, aux collectivités territoriales et aux établissements publics, "dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères, pour la réalisation

(١) أنظر: Etudes et Documentation de Conseil d'Etat. 1987, p.178

d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et à l'interprétation des contrats(١)".

٦- قانون ٢ يوليو ١٩٩٠: وهو القانون الخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية La Poste et France Télécom (PFT)

وقد رخص هذا القانون في المادة ٢٨ منه لهذه الهيئة بإمكان اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقود التي تبرمها مع الغير.

٧- الاتفاقات والمعاهدات الدولية: تنص عادة الاتفاقات والمعاهدات الدولية سواء التي تتم بين دول بعضها البعض أو بين دول وشركات أو هيئات دولية خاصة، على تسوية أي خلاف ينشأ عن طريق التحكيم.

فلا تسري قاعدة حظر التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام على العقود الناشئة عن هذه الاتفاقات الدولية، حتى دون الحاجة إلى نص خاص وصريح لها بذلك.

وقد رأينا أن محكمة النقض الفرنسية قد وضعت هذا المبدأ في حكمها الشهير في قضية Galakis(٢).

---

(١) وراجع في التعليق على هذه المادة: Bernard PACTEAU, Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la Loi du 19 Août 1986, les petites Affiches, 8, Octobre 1986, p.7.

(٢) أنظر: Cass.civ.1re ch.2 Mai 1966, Galakis, D.1966, p.575, Note Jean ROBERT.

ومن أمثلة هذه الاتفاقات:

المادة ٢٥ من اتفاق واشنطن المبرم في ١٨ مارس ١٩٦٥.

l'article 25 de la Convention de Washington du 18 Mars 1965.

المادة الأولى فقرة ١- أ والمادة ٢- أ من اتفاقية جنيف في ٢١ أبريل ١٩٦١.

Les articles l " -I-a et 2-1 de la Convention de Genève du 21 Avril 1961.

معاهدة كانتربورى في ١٢ فبراير ١٩٨٦، المتعلقة بالنفق الذي يربط فرنسا وإنجلترا تحت بحر المانش.

Traité de Canterbury du 12 février 1986, relatif au Tunnel sous la Manche

والتي تم التصديق عليها في فرنسا بمقتضى قانون ١٥ يونيو ١٩٨٧.

٨- اتفاقية ٦ مارس ٢٠٠٧ المتعلقة بإنشاء المتحف العالمي في أبو ظبي الموَّقع بين حكومة الإمارات والحكومة الفرنسية(١).

وهناك العديد والكثير مثل هذه النصوص التي تسمح لأشخاص من القانون العام في فرنسا بإمكان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع قد ينشأ عن العقود الإدارية التي تبرمها مع الغير، سواء داخليا على المستوى المحلى أو خارجيا على المستوى الدولي.

---

(١) راجع: **Rami SAAD, L'arbitrage dans les contrats administratifs: étude comparée, droit français droit libanais, Thèse, Paris I.2013.**

خلاصة البحث

للمفكر الكبير مونتسكيو MONTEQUIEU مقولة شهيرة كتبها في كتابه الشهير روح القوانين De l'Esprit des Lois، الذي نشر في جنيف عام ١٧٤٨، هذه المقولة هي:

إن الشعب يثق في قضائنا ولا يثق في ثروتنا وترفنا.

"Le peuple a de la confiance en notre justice, il n'en a point en notre opulence".

وقد وردت هذه المقولة في باب بعنوان لا يجب أن يعمل الأمير في التجارة.

"Que le prince ne doit point faire le commerce".

هذا الباب وهذه المقولة يعنيان أن الدولة يجب أن تركز في مهامها الرئيسية وتضطلع بوظائفها الأساسية وتنأى بنفسها عن العمل في التجارة أو أي نشاط اقتصادي بصفة عامة.

وقد كان هذا مفهوماً وممكناً وقت أن كان نشاط الدولة محدوداً، وقاصراً على الوظائف التقليدية لها وهي الدفاع والأمن والعدل؛ الدفاع عن أي عدوان من الخارج وإقامة الأمن والعدل في الداخل.

وهذا يفسر مقولة مونتسكيو، فالشعب يثق في قضاء الدولة وعدالة الدولة التي تتولاها سلطتها القضائية، ولكنه لا ينظر بعين الثقة والارتياح بل ولا يريد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، فهذا يجب أن يُترك للنشاط الحر للأفراد ولمبادراتهم، ويقتصر دور الدولة على تنظيم ممارسة هذا النشاط وتنظيم علاقات

الأفراد بعضهم البعض ومنع اعتداء أحد على أحد، والفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهم.

وبمرور الوقت بدأت الدولة تتدخل في النشاط الاقتصادي، وقد كان لهذا التدخل مبررات متعددة كما اتخذ أشكالاً متنوعة، كما كان على درجات مختلفة.

وقد ازداد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في العصر الحديث، خاصة أثناء الحرب العالمية الأولى وما بين الحربين العالميتين الأولى والثانية وما بعد ذلك.

وكان تدخل الدولة في البداية اضطراراً، وذلك لسد حاجات ومتطلبات الحرب والقيام بالمشروعات التي كان يحجم الأفراد عن القيام بها؛ إما لاحتياجها لرؤوس أموال كبيرة لا تتوافر لديهم، وإما لقلة ربحتها أو انخفاض العائد من ورائها. ثم أصبح تدخل الدولة في مثل هذا النشاط اختياراً في وقت لاحق حتى تستطيع الدولة الوفاء بأعبائها والاضطلاع بمسئولياتها، خاصة الأعباء والمسئوليات الاجتماعية.

واتخذ تدخل الدولة أشكالاً متعددة، فكانت تتدخل في البداية لمساعدة المشروعات المتعثرة لدى الأفراد وذلك بتقديم الدعم والمساندة لها، ثم مشاركة الأفراد في النشاط الاقتصادي، ثم قيامها بنفسها بهذا النشاط لسد العجز أو تعويض النقص في خدمة حيوية أو مرفق أساسي حتى لا تحدث أزمات اقتصادية أو اجتماعية في هذا المجال.

وازداد حجم ودرجة تدخل الدولة في النشاط، وكان من الطبيعي أن تنتج عن تدخلات الدولة مشكلات ونزاعات ومنازعات وخصومات.

وعندما كان تدخل الدولة محدوداً لم تكن هناك مشكلة، فقد كان القضاء الرسمي يقوم بنظر النزاعات القليلة التي تكون الدولة طرفاً فيها ويفصل فيها.

ولكن بعد ازدياد تعاملات الدولة وتدخلاتها بدرجة كبيرة بدأ التفكير في إمكانية اللجوء إلى طرق أخرى بديلة للجوء القضاء الرسمي للدولة لفض المنازعات التي قد تنشأ عن مثل هذه التعاملات والتدخلات أسوة بتعاملات وعلاقات الأفراد العاديين الذين يفضلون اللجوء إلى طرق التسوية الودية، بعيداً عن القضاء الرسمي الذي يتميز طريق اللجوء إليه بالطول والمشقة والتكلفة. وتتمثل أهم هذه الطرق الودية في الصلح واتفاقات التسوية والوساطة والخبرة والتحكيم.

وقد اصطدمت محاولة اللجوء إلى الطرق الودية لتسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها بعدة اعتراضات، فعندما بدأ التفكير في تخفيف العبء عن كاهل القضاء الرسمي للدولة، وذلك بفرض اللجوء إلى الطرق الودية أولاً لتسوية المنازعات وعند فشلها يمكن في هذه الحالة فقط اللجوء إلى القضاء. كما عبر عن ذلك أحد واضعي دستور الثورة في فرنسا، وذلك في المناقشات التحضيرية والمداولات التمهيدية لقوانين ١٦ و٢٤ أغسطس ١٧٩٠، فقد عبر ببلاغة بقوله: "إن إقامة العدل ليس إلا الدين الثاني على المجتمع، منع الدعاوى هو الدين الأول. يجب أن يقول المجتمع للخصوم، إنه حتى يمكن الوصول إلى معبد العدالة يتعين المرور بمعبد التوافق، وإنني آمل أنه بالمرور بهذا المعبد الأخير أنكم تتفقون على تسوية نزاعكم وتتصالحون فيه".

“Rendre la justice n’est que la seconde dette de la société, empêcher les procès est la première. Il faut que la société dise aux parties que, pour arriver au temple de la justice, il faut passer par celui de la concorde; j’espère qu’en y passant vous transigerez[(1)]”.

(١) أنظر: PRUGNON, Archives parlementaires, Tome XVI, p.739.

فعند التفكير في فرض هذه الطرق البديلة، تم الاعتراض على فرضها على المنازعات العامة بحجة أننا لا نساوم ولا نعقد صفقات مع النظام العام.

"On ne transige pas avec l'ordre public".

ولهذا السبب فمنذ صدور قانون ٢٧ مارس ١٧٩١ - الذي تضمن النص على اللجوء التمهيدي الإجباري للتوفيق أو الصلح

Recours Préliminaire obligatoire de conciliation

قبل اللجوء إلى القضاء - قد تم استبعاد قضايا الدولة والمدن وبصفة عامة قضايا النظام العام من الالتزام باللجوء أولاً إلى التوفيق أو الصلح(١).

ولذلك فقد تم وضع المبدأ العام أو القاعدة العامة، وهو عدم جواز لجوء الدولة في منازعاتها العامة إلى التحكيم.

ولكن مع ضغط الحاجة، ودخول الدولة إلى تعاقدات ضرورية مع أطراف أخرى، ووجود طرف أجنبي في مثل هذه التعاقدات، وازدياد الخلافات والنزاعات حولها، وازدياد العبء على كاهل القضاء الرسمي للدولة، كل ذلك أدى إلى التخفيف أو التلطيف من حدة المبدأ العام المستقر بعدم جواز لجوء الدولة في منازعاتها إلى التحكيم.

ولكن درجة التخفيف اختلفت من دولة إلى دولة بل وداخل الدولة ذاتها، حسب النظم والقواعد المعمول بها.

---

(١) راجع في ذلك: Arnaud LYON-CAEN, Sur la transaction en droit administratif, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, Les modes alternatifs de règlement des litiges,p. 48.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً، فقد كان هناك رأى فقهى في مكتب المشورة القانونية بإدارة (وزارة) العدل

Office of legal Counsel in Department of Justice

- وتفسيرات هذا المكتب ملزمة للإدارات أو الوكالات الفيدرالية - وفقاً لهذا الرأي فإن التحكيم كان - من حيث المبدأ - محظوراً على الدولة الفيدرالية، لأنه على النقيض من العديد من الأحكام الدستورية. خاصة المادة الثانية والمادة الثالثة من الدستور الأمريكي؛ فالمادة الثانية فقرة ١ وفقرة ٢ تعطى للرئيس الأمريكي ولمجلس الشيوخ سلطة التعيين، باستثناء وجود قانون يمنح هذا الاختصاص للرئيس فقط أو لسلطات أخرى.

والمادة الثالثة تخول السلطة القضائية للمحكمة العليا وجهات القضاء الأخرى المنشأة بواسطة الكونجرس وهو البرلمان الأمريكي بمجلسيه.

إذاً فإنه وفقاً لوجهة نظر مكتب المشورة فإن اللجوء إلى التحكيم واختيار وتعيين محكمين للفصل في النزاعات غير القضاء، ومن غير السلطات المختصة بالتعيين كما حددها الدستور، يكون غير دستوري، ورغم ذلك وبسبب التطورات الكبيرة التي حدثت وضغط العمل على القضاء. فقد بدأت المحاولات لتخفيف حظر لجوء إدارات الدولة إلى الوسائل البديلة للقضاء لتخفيف العبء عن كاهل المحاكم.

من هذه المحاولات، ما قام به ما يسمى بالمؤتمر الإداري للولايات المتحدة الأمريكية[١].

(١) وهو عبارة عن إدارة تجمع ممثلين عن الإدارات الفيدرالية الرئيسية في الولايات المتحدة إلى جانب شخصيات أخرى من خارج هذه الإدارات، بغرض البحث في تحسين إجراء وسير العمل في الإدارة الأمريكية.

Administrative Conference of the United States (ACUS).

فمنذ عام ١٩٨٠، قد شرع هذا المؤتمر في حث الإدارات الاتحادية في الولايات المتحدة على اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات.

Alternative means of Dispute Resolution (ADR).

ولتحقيق هذا الهدف فقد قامت رئاسة هذا المؤتمر في عام ١٩٨٧ بنشر كتاب بعنوان Sourcebook، أوضحت فيه كيفية استخدام إدارة فيدرالية للوسائل البديلة لحل النزاعات الـ (ADR)، ثم قامت أيضاً بإعداد مشروع أدى إلى صدور قانون ٢٨ نوفمبر ١٩٩٠، والذي كان نصاً هاماً - بل وضرورياً -لتخطى بعض العقبات ذات الطابع الدستوري التي كانت تعترض طريق إعمال هذه الوسائل البديلة خاصة التحكيم الذي قيل عنه - كما رأينا - أنه يتناقض مع بعض الأحكام الدستورية. وتشجيعها على استخدام الوساطة وأيضاً التحكيم والوسائل الفنية[1] الأخرى للتسوية السريعة وغير الرسمية للمنازعات.

بعد هذا القانون بدأت بعض القوانين ترخص للإدارات أو الوكالات في اللجوء إلى التحكيم في بعض الحالات المحددة، مثل المطالبات النقدية أو ذات الطابع المالي، والمنازعات مع الوكلاء.

ثم تم الاعتراف بالتوافق مع الدستور، بالنسبة للتحكيم في بعض المواد المتخصصة في إطار البرامج الاتحادية، ويُفهم من ذلك أن هناك بعض المواد لا تقبل التحكيم، لاسيما حل أو تسوية الأمور القانونية الدستورية. فمثل هذه الأمور تعتبر المسئولية الأولى للمحاكم

---

(١) مثل المفاوضات وتقديم التسهيلات والتحقيق، أو حتى استخدام خليط من هذه الوسائل معاً.

The resolution of statutory of constitutional issues is a primary responsibility of courts.

كما قضت بذلك المحكمة العليا عام ١٩٧٤.

ثم تخلى أخيراً مكتب المشورة القانونية بوزارة العدل في عام ١٩٩٥ عن رأيه الفقهي السابق، وأصبح منذ ذلك الحين يتقبل دستورية التحكيم، ولكنه وضع شرطاً لذلك وهو أن يستمد التحكيم قوته من نص تشريعي وليس من عقد.

ورغم أن النتائج لم تكن على مستوى الآمال المعقودة على اللجوء لمثل هذه الوسائل والطرق البديلة، إلا أن هذا لم يمنع من صدور أمر تنفيذي executive order، قد وقع عليه الرئيس الأمريكي بيل كلينتون Bill CLINTON في ٥ فبراير ١٩٩٦. وقد نص هذا الأمر على أنه في حدود الممكن تقوم الإدارات الفيدرالية بإعطاء الأفضلية للطرق البديلة لتسوية النزاعات ADR[١].

وفى فرنسا كان التطور بطيئاً جداً، ولم يحمل تغييراً كبيراً للمبدأ العام.

ففي القديم كان المبدأ السائد هو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في منازعاتها مع الغير.

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك: P.J.CARRIER, New Policy Regarding Arbitration of Government Procurement Disputes in the United States, Procurement law Review 1996, CS. p.74.

وكان أهم الأسانيد أو المبررات لهذا الحظر هو أنه لا يجوز أن تمثل الدولة أو أشخاص القانون العام إلا أمام القضاء الذي تنشئه وفقاً لقوانينها، ولا يجوز أن يُحكم على الدولة إلا بواسطة القاضي الرسمي.

وعرف هذا المبدأ شيئا من التطور الذي اختلفت درجته ومداه في التشريع عن القضاء عن الفقه.

فبالنسبة للتشريع كان المبدأ هو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم إلا بنص خاص.

ثم توالت وتعددت النصوص الخاصة التي تسمح لبعض أشخاص القانون العام، وفى بعض المسائل اللجوء إلى التحكيم.

مثال ذلك نص المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدني الجديد، والنصوص الخاصة ببعض المؤسسات العامة الاقتصادية الصناعية والتجارية. ثم التعاقدات ذات الصفة الدولية، خاصة عقود التجارة الدولية.

وبالنسبة للقضاء، فقد اختلف موقف القضاء العادي عن موقف مجلس الدولة.

فقد ظل مجلس الدولة على المبدأ التقليدي القديم وهو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، إلا إذا أجاز اللجوء إلى التحكيم نص خاص وفى الحدود التي يحددها النص فلا يجوز الخروج عليها. وظل موقف مجلس الدولة الفرنسي على قضائه في هذا الشأن حتى الآن.

وعندما حدث نزاع حول تنفيذ عقد ديزني لاند الأوربية بين الحكومة الفرنسية والشركة الأجنبية القائمة على التنفيذ، وأرادت هذه الأخيرة إحالة النزاع إلى التحكيم كما هو وارد في العقد، وعُرض الأمر على مجلس الدولة لإبداء الرأي، فقد أبدى رأيه الصادر في ٦ مارس عام ١٩٨٦ أكد على المبدأ السابق بعدم جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في عقودها الإدارية إلا إذا أتفق صراحة على ذلك في اتفاق دولي أو في نص قانوني صريح، وبما أنه لا يوجد مثل هذا الاتفاق الدولي أو النص القانوني فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة، ويبطل شرط التحكيم الوارد في العقد.

أما القضاء العادي فقد عبَّرت عن موقفه محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في قضية Galakis الصادر في ٢ مايو ١٩٦٦، ومقتضاه هو أنه في عقود التجارة الدولية يجوز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم حتى مع عدم وجود نص صريح في ذلك سواء في اتفاق دولي أو في نص قانوني داخلي.

وقد سارت محاكم القضاء العادي على هذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية، من ذلك مثلاً حكم محكمة استئناف باريس في قضية وزارة المرافق التونسية الصادر في ٢٤ فبراير عام ١٩٩٤.

وبالنسبة للفقه فإنه يميل في غالبيته إلى تأييد السماح لأشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم في عقودها الإدارية، وينتقد هذا الفقه موقف مجلس الدولة في هذا الشأن لما يمثله من إعاقة للنشاط التجاري الدولي للأشخاص الاعتبارية للقانون العام، ولاسيما المؤسسات العامة ذات الصفة الصناعة والتجارية، إلى جانب إرهاق البرلمان الفرنسي وإثقال كاهله دون داع ولا فائدة.

"L'action commerciale internationale des personnes morales de Droit public (et notamment des établissements publics à caractère industriel et commercial) pourraient être abusivement freinée, tandis que le Parlement français serait inutilement surchargé[1]".

كما حدث في قضية ديزني لاند الأوربية، حيث اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل وأصدر قانون ١٩ أغسطس عام ١٩٨٦ الذي نص - في المادة التاسعة منه - على الترخيص لأشخاص القانون العام - في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لتنفيذ مشروعات ذات مصلحة وطنية - بالتوقيع على شروط التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود سواء تعلقت بتنفيذها أو بتفسيرها.

وليس من المنطقي أن نطلب من المشرع التدخل في كل حالة على حدة أو بمناسبة حالات فردية، لإصدار قانون يسمح للشخص العام بالاتفاق على التحكيم.

وبعض الفقه ينعى لكون التحكيم في المنازعات الإدارية ليس إلا استثناء وهامشي وزهيد.

"Certainement donc ne saurait-on se plaindre que l'arbitrage ne soit jamais, vis-à-vis des litiges administratifs qu'une exception .... que marginal et minimal[2]."

---

(١) أنظر: **Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.29.**

(٢) أنظر: **Bernard PACTEAU, Arbitrage, Arbitrages spéciaux, Arbitrages en Droit administratif, Juris-Classeurs, 6, 1990, Fascicule 1048, p. 19.**

ونستطيع أن نلخص الموقف الفرنسي بالقول بإن المبدأ المعمول به هو: عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في العقود الإدارية إلا في حالة وجود نص خاص يسمح لها بذلك.

وبالنسبة لعقود التجارة الدولية التي يكون أحد هذه الأشخاص طرفاً فيها، يجوز اللجوء إلى التحكيم وفق أحكام القانون الصادر في ١٩ أغسطس عام ١٩٨٦. وإن هناك عدة نصوص تسمح لبعض أشخاص القانون العام في بعض الحالات باللجوء إلى التحكيم.

إذن فحتى الآن ليس هناك مبدأ عام يسمح لأشخاص القانون العام في فرنسا باللجوء إلى التحكيم في تعاقداتها الإدارية. بل إن ذلك يمثل استثناءً على المبدأ العام وهو الحظر.

وفى اعتقادنا أيضاً أن اللجوء إلى التحكيم ليس فيه اصطدام لا بالقواعد والأحكام الدستورية أو التشريعية المتعلقة باختصاصات القضاء - خاصة اختصاصات مجلس الدولة - ولا بالمبادئ الأساسية في القانون العام، خاصة تلك المتعلقة بالوضع المتميز للإدارة كسلطة عامة وبالامتيازات التي تتمتع بها نظراً لتمثيلها للمصلحة العامة، ولا بالقواعد الرئيسية في القانون الإداري والعقود الإدارية، طالما أن الإدارة قبلت بمحض إرادتها شرط التحكيم ورأت أن قبول التعاقدات التي تنطوي على مثل هذا الشرط فيه مصلحة عامة وقومية. بل وإن اللجوء إلى التحكيم قد يكون فيه فوائد للإدارة العامة بما يوفر الجهد والوقت والمال عليها، وقد يصدر قرار التحكيم في صالحها.

ومن ناحية أخرى فالتحكيم يخفف العبء عن كاهل القضاء الرسمي للدولة الذي أصبح مثقلاً وينوء كاهله من كثرة القضايا والخصومات والنزاعات التي

تعرض عليه، حتى أصبح يستغرق وقتاً طويلاً جداً حتى يفصل فيها، في حين أنه يمكن حل أغلبها بأسرع وأسهل من ذلك بطرق أخرى ودية كالصلح والتسوية والوساطة والتحكيم بالطبع.

من هذا العرض يتضح أن الرأي الغالب يتجه في غالبيته سواء في أمريكا أو فرنسا، وسواء على مستوى التشريع أو القضاء أو الفقه إلى تشجيع اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية بين الإدارة والمتعاقد معها، نظراً للفوائد الكثيرة التي تتضمنها هذه الوسيلة لتسوية المنازعات.

وقبل أن ننهى هذا البحث نجد لزاماً علينا أن نوجه النظر إلى الملاحظات التالية:

أولاً: إن الخلاف الذى ثار يتعلق بمدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولا يتعلق بالوسائل الودية الأخرى، مثل اتفاقات التسوية والصلح[1] والوساطة والتفاوض ومنح التسهيلات واللجوء إلى الخبرة

(1) فاللجوء إلى الصلح جائز في مجال العقود الإدارية، خاصة إذا تعلق الأمر بحقوق أو التزامات مالية. وفى ذلك مثلاً تقول المحكمة الإدارية العليا إنه: "لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانه ما أثير من أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن ذلك الاتفاقات الحاصلة على كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية، ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة، أما إذا كان الحق ذاته محلاً للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى، فلا تثريب عليها إذا لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح". حكمها بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٨٦، في الطعن رقم ٨٠٢ لسنة قضائية، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، قاعدة رقم ٥٥٧، ص٨٧٠.

بل إن اللجوء إلى الحل الودي قد يكون مفروضاً على الإدارة، وذلك في الحالات التي يتعين على الدولة فيها دفع تعويض. من ذلك مثلاً المنشور الصادر من الوزير الأول (رئيس الوزراء في فرنسا) بتاريخ ٦ فبراير ١٩٩٥ الخاص بتطوير اتفاقات التسوية في المواد الإدارية، والذي يحث فيه الإدارات على =

الخاصة. فليس هناك موانع من لجوء الإدارة إلى مثل هذه الوسائل.

ثانياً: في مجال التحكيم يتعين إبداء التوضيحات التالية:

أ) التفرقة بين التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري: إن الخلاف الذي ثار هو بشأن مدى جواز لجوء الإدارة إلى التحكيم الاختياري لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية.

فإن الخلاف لا يتعلق بالتحكيم الإجباري، فعندما يرد نص يفرض على الإدارة اللجوء إلى التحكيم، أي يكون تحكيماً إجبارياً أو إلزامياً فيتعين على الإدارة - في هذه الحالة - اللجوء إلى التحكيم، وإلا كان تصرفها مخالفاً للقانون وغير مشروع ويمكن مهاجمته بالطعون المحددة في القانون.

=

اللجوء إلى اتفاقات التسوية لحل المنازعات في كل الحالات التي يبدو أن الدولة قد سببت ضرراً للغير يتعين عليها تعويضه، ويوجه الوزير الأول منشوره إلى الوزراء قائلاً:

"Je souhaite donc que vous services s'efforcent de recourir à la transaction pour résoudre les conflits dans tous les cas où, compte tenu des circonstances de fait et de droit, il apparait clairement que l'Etat a causé un préjudice et doit l'indemniser".

راجع في تفاصيل هذا المنشور:

Charles JARROSON, Remarques sur la Circulaire de 6 Février 1995, Relative au Développement de la Transaction en Matière Administrative, Revue de l'Arbitrage, 1995, No 3, p.435-439.

وأنظر كمثال لضرورة اللجوء الإجباري مسبقاً للصلح قبل اللجوء إلى القضاء، المادة ١٤ من القانون رقم ٦٥٢/٩٢ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٩٢ المعدل للمادة ١٩ من القانون رقم ٦١٠/٨٤ الصادر في ١٦ يوليو ١٩٨٤ والخاص بالمجموعات الرياضية والاتحادات. راجع في ذلك:

Philippe COUZINET, Un exemple de porcédure de conciliation préalable obligatoire: La conciliation sportive précontentieuse, Revue française de Droit administratif, 13e année, 1997, Mars-Avril, p.365-373.

ففي حالات التحكيم الإجباري لا يثور التساؤل حول مدى جواز لجوء الإدارة إلى التحكيم، ففي هذه الحالات يكون لجوؤها إليه إجبارياً أو الزامياً، وصحيحاً وقانونياً ويتفق مع أحكام القانون(١).

ب) التفرقة بين عقود الإدارة المدنية والعقود الإدارية: من المعروف أن الإدارة تبرم نوعين من العقود: العقود المدنية والعقود الإدارية. ومعيار تمييز العقد الإداري عن العقد المدني(٢) الذي تبرمه الإدارة قد استقر الرأي في فرنسا على ضرورة وجود علامات تساعد على تكييف العقد بأنه عقداً إدارياً، هذه العلامات هي: أن يكون طرفا العقد أو أحدهما على الأقل شخص من أشخاص القانون العام أو وكيلاً له أو يتعامل لحسابه. وأن يتعلق العقد بمرفق عام بأي شكل، سواء تنظيمه أو تسييره أو تنفيذه، وأن يتضمن العقد شروط غير مألوفة أو غريبة على عقود القانون الخاص؛ مثل سلطة الإدارة في الاشراف والمتابعة والرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد، وسلطتها في التعديل من جانب واحد، أو توقيع جزاء على المتعاقد معها، أو الفسخ من جانب واحد دون موافقة الطرف الآخر ودون حاجة للجوء إلى القضاء.

ومشكلة التحكيم والسؤال الذي يثور بصددها بالنسبة للإدارة تتعلق بالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة. أما عقود القانون الخاص سواء ذات الطبيعة

---

(١) أنظر على سبيل المثال أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بالطعن في أحد القرارات التحكيمية الصادرة في تحكيم إجباري وفقاً لأحد قوانين التأميم:

CE. Ass. 4 Janvier 1957, Lamborot, A.J.D.A. 1957, p. 108.

(٢) راجع في ذلك – Pierre TIFINE, Droit administratif français – Quatrième Partie – Chapitre 2: Les contrats administratifs, Revue générale de Doit public – Université de la Sarre, décembre 2014.

المدنية أو التجارية، فلا تثور مشكلة بصددها لأنه ينطبق عليها ذات القواعد التي تطبق على عقود الأفراد العاديين أي قواعد القانون الخاص سواء المدني أو التجاري، مع مراعاة بعض القواعد المتميزة - رغم ذلك - لكون الإدارة طرفاً في العقد.

إذن فالتساؤل حول مدى جواز لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود التي تبرمها، يخص أساساً العقود الإدارية لها وليس عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة وتتعلق بالأموال الخاصة أو الدومين الخاص Le Domaine privé المملوك للإدارة.

ج) حدود التحكيم وسلطات المُحكِّم في العقود الإدارية: إن اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية - سواء أجزناه بصفة عامة أو بناء على نص - لا يمنح المحكم سلطات مطلقة في نظر النزاع، فهناك بعض الحدود والضوابط التي ترد على هذا التحكيم، وبالذات على سلطات أو صلاحيات المحكم أو المحكمين في نظر نزاع التحكيم المتعلق بهذه العقود.

ولعل أهم هذه الحدود هو أن المحكم لا يستطيع النظر والبت في موضوع المشروعية، إذا ما أثيرت أمامه هذه المشروعية فإنه لا يستطيع التصدي لها والفصل فيها.

فنزاع المشروعية يهرب كلية من التحكيم ولا يدخل ضمن سلطاته وصلاحياته.

Le contentieux de la légalité échappe totalement à l'arbitrage.

فالمختص الأصيل والوحيد بهذه المسألة هو القاضي الإداري. فإذا ما أثيرت أمام المُحكِّم مسألة مشروعية بعض القرارات الإدارية المتعلقة بالعقد

الإداري، فلا يجوز له الفصل فيها، وإنما يتعين على من يثيرها أن يلجأ إلى القاضي الإداري للبت في هذه المسألة(١).

وفى رأينا أنه إذا كان البت في مدى مشروعية القرار الإداري المرتبط بالعقد الإداري يتوقف عليه الفصل في نزاع التحكيم، فإن ذلك يعتبر مسألة أوَّلية Question préliminaire يتعين إيقاف إجراء التحكيم ولجوء صاحب الطعن في مشروعية هذا القرار إلى القضاء الإداري للبت في هذه المسألة، ثم استئناف إجراءات نظر نزاع التحكيم بعد صدور حكم من القاضي الإداري المختص في مسألة مشروعية القرار الذي أثيرت أمامه.

ننتهي في هذا البحث إلى القول إننا نعتقد أنه ليست هناك موانع ولا عقبات دستورية أو قانونية تحول دون لجوء الإدارة إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية.

ولا يمثل ذلك اعتداء على اختصاص القضاء الرسمي للدولة، وبالذات اختصاص القضاء الإداري، وذلك لأن هناك ضوابط وحدود؛ سواء للجوء الإدارة إلى مثل هذا الطريق لتسوية نزاعاتها، وسواء لسلطات المُحكِّم ذاته في نظر نزاع التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية، فكما رأينا أنه لا يجوز له النظر في مسألة مشروعية القرارات الإدارية المرتبطة بهذه العقود. سواء في إعطاء القوة التنفيذية La force exécutoire أو حجية الشيء المقضي به l'autorité de

(١) أنظر: P. DELVOLVE, Conférence sur l'arbitrage et le Droit amdinistratif, 17 Septembre 1990, Association française d'Arbitrage.

وأنظر أيضاً: Ch. JARROSSON, l'arbitrage en Droit public, op.cit. p.20.

la chose jugée بناء على أمر تنفيذ exéquatur من القاضي المختص[١].

بل إن الغريب أو غير المنطقي هو أن توافق الإدارة على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم في عقودها الإدارية، ثم تطعن بعد ذلك في صحة مثل هذا الشرط أو هذه المشارطة.

والتحكيم يقوم بدور حيوي ومفيد سواء في تشجيع الاستثمارات، أو في تخفيف العبء عن القضاء، الذى أصبح غارقاً من كثرة القضايا والمنازعات المعروضة عليه La justice est débordée[٢]. فاللجوء إلى التحكيم يؤدى - كما قيل منذ زمن طويل - إلى تفادى ضياع الوقت وفقد والمال. Cela éviterait "perte de temps et perte d'argent[3]".

فاللجوء إلى التحكيم ينطوي على فوائد كثيرة وعديدة، بل إن مجلس الدولة الفرنسي ذاته - وهو زعيم المعارضة وأعدى الأعداء في موضوع التحكيم في العقود الإدارية - ذهب إلى القول بإن اللجوء إلى التحكيم يمكن أن يشكل بديل أكثر مرونة من رفع دعوى إلى القاضي الإداري.

"L'arbitrage .... peut constituer une alternative plus souple à la saisine du juge administratif[4]".

---

(١) أنظر: J.M. AUBY, R. DRAGO, Traité de Contentieux Administratif, Tome 1, LGDJ. 2e Edition, No 22, p.37.

(٢) أنظر: Laurent RICHER, Les Modes, Alternatifs de Règlement des litiges et le Droit Administratif, AJDA. 20 Janvier 1997, No 2, p.3.

(٣) أنظر: F.COLLAVET, De l'Arbitrage dans les procès où sont parties des personnes publiques, Revue Française de Droit public, 1906, p.472.

(٤) أنظر: Etudes sur la prévention du Contentieux, 1986, Etudes et Documentations de Conseil d'Etat No 39, p.54.

وهو يعترف بسلطة القرار التحكيم وبالصفة القضائية له[١].

فالتحكيم هو ـ كما يؤكد قانون ٢٦ و٢٤ أغسطس المتعلق بالتنظيم القضائي في المادة الأولى من القسم الأول منه ـ الوسيلة الأكثر تعقلاً لإنهاء المنازعات.

C'est "Le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations ...". Article 1 Titre I de la Loi des 24 et 26 Août 1790, sur l'organisation judiciaire.

فلا خوف إذن من اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية، بل أن الفوائد والمزايا من ذلك قد تفوق أي عيوب أو سلبيات أو مثالب أو مخاوف من اللجوء إلى هذا الطريق.

(١) أنظر على سبيل المثال: **CE.21 Avril 1943, Sté des Ateliers de Contruction du Nord de La France, Rev. p.107. CE.4 Janvier 1957, Lamborot, précité.**

قائمة بأهم مراجع البحث

A) Ouvrages généraux, spéciaux et Articles:

- **A.DE LAUBADERE, F.MODERNE, P.DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, LGDJ. Paris, 1984, 2e éd.T.II.**
- **Arnaud LYON-CAEN, Sur la transaction en droit administratif, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, Les modes alternatifs de règlement des litiges,p. 48.**
- **Bernard PACTEAU, Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la Loi du 19 Août 1986, les petites Affiches, 8, Octobre 1986, p.7.**
- **Bernard PACTEAU, Arbitrage, Arbitrages spéciaux, Arbitrages administratifs, Revue de l'Arbitrage, 5.1990, Fascicule 1048, p.l.**
- **B.OPPETIT, Justice étatique et justice arbitrale, ln Etudes offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC,1991,p.415.**
- **Charles DEBBASCH, Contentieux administratif, Dalloz, 3e éd.1981.**
- **Charles JARROSON, Remarques sur la Circulaire de 6 Février 1995, Relative au Développement de la Transaction**

en Matière Administrative, Revue de l'Arbitrage, 1995, No 3, p.435-439.

- Charles JARROSSON, L'Arbitrage en Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.16.

-Dominique FOUSSARD. L'Arbitrage en Droit Administratif, Revue de l'Arbitrage 1990, Doctcine.

- Edouard LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, Tome II.I re éd. 1888, Tome 2, p.145. et 2e éd.1896, Tome 2.

- F.COLLAVET, De l'Arbitrage dans les procès où sont parties des personnes publiques, Revue Française de Droit public, 1906, p.472.

- F.MODERNE, P.DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, LGDJ. Paris, T.1,1982,T.II. 2e éd,1984.

- Françoise DUCAROUGE, 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, (RFDA), 12 Année 1996, No 1, Janv.- Févr. p.89.

- **Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif, Droit et pratique du Commerce international, l'Etat commerçant II,1996, Vol.22, No 2, p. 200.**

- **Gérard TEBOUL, Arbitrage international et personnes morales de Droit public, AJDA. 20 Janvier 1997, Dossier, p.26.**

- **J.CLERE, l'arbitrage révolutionnaire, apogée et déclin d'une institution, Revue de l'Arbitrage, 1981, p.3 et s.**

- **J.M. AUBY, R. DRAGO, Traité de Contentieux Administratif, Tome 1, LGDJ. 2e Edition, No 22, p.37.**

- **Jean-Marie AUBY, l'Arbitrage en Matière Administrative, AJDA. 1995, p. 83 et ss.**

- **Jean RIVERO, Personnes morales de Droit public et arbitrage, Revue de l'Arbitrage, 1973, p.268.**

- **Laurent RICHER, Les Modes, Alternatifs de Règlement des litiges et le Droit Administratif, AJDA. 20 Janvier 1997, No 2, p.3.**

- **P. DELVOLVE, Conférence sur l'arbitrage et le Droit administratif, 17 Septembre 1990, Association française d'Arbitrage.**

- **Philippe COUZINET, Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire: La conciliation sportive précontentieuse, Revue française de Droit administratif, 13e année, 1997, Mars-Avril, p.365-373**

- **Pierre DELVOLVE, Les Marchés des Entreprises publiques, Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz (CJEG), No 500, Spéciale Actualité de l'Entreprise publique, Mélange, 45e année.Juin 1994, p.269 à 281. "Mais ce décret n'a jamais été pris". p. 279.**

- **P.J.CARRIER, New Policy Regarding Arbitration of Gouvernement Procurement Disputes in the United States, Procurement law Review 1996, CS. p. 74.**

- **PRUGNON, Archives parlementaires, Tome XVI, p.739.**

- **Rami SAAD, L'arbitrage dans les contrats administratifs: étude comparée, droit français – droit libanais, Thèse, Paris I .2013.**

- **René CHAPUS, Droit du contentieux Administratif, Montchrestien, 7e éd. 1998, p. 221, No 300**

- René CHAPUS, Droit Administratif Général, Tome l, 11e Edition, Montchrestien.

- ROMIEU, Conclusions sur l'Arrêt du Conseil d'Etat du 17 Mars 1893. Chemins de fer du Nord de l'Est et Autres Contre Ministre de la Guerre, S.1894.3.p.119.

- Yves GAUDEMET, l'évolution "reste possible-et souhaitable-aujourd-hui et relève de la seule volonté du juge administratif' Revue de l'Arbitrage 1992, p. 255. Voir également" Gérard TEBOUL, p.26. Les perspectives d'évolution.

- Yves GAUDEMET, Note sous Cour d'Appel de Paris, Revue de l'Arbitrage, 1995, No 2 . p.288.

B) Recueil, Revues et autres références :

- Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz (CJEG) No 500, Spéciale actualité de l'entreprise publique, Les Marchés Des Entreprises Publiques, Mélanges, 45e année Juin 1994.

- Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits: Conciliation, Transaction, Arbitrage en Matière administrative, La Documentation française 1993, p.91.

- Etudes et Documentation: de Conseil d'Etat. 1987, p.178.

- Etudes sur la prévention du Contentieux, 1986, Etudes et Documentations de Conseil d'Etat No 39, p.54.

- JCP.1989.IV.p.214. Cession au Profit de l''Etat.

- Revue critique DIP. 1967, p.553.

- Recueil Dalloz 1958.

- Recueil Lebon.

- Revue d'Arbitrage 1989, p.167, Note FOUSSARD, Revue d'Arbitrage 1992, p.279, Note Yves GAUDEMET, Revue Française de Droit Administratif (RFDA) 1989, p.619, Note Bernard PACTEAU.

- Régler autrement les conflits: Conciliation, Transaction, Arbitrage en matière administrative, La Documentation française, 1993, p. 90 et p. 94.