

سلطان محمد شاكر

طالب دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة - سطيف 2

التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية

ملخص المقال

يختص القضاء الإداري وحده دون غيره بجميع المنازعات الإدارية ومن بينها منازعات العقود الإدارية (مع مختلف الأطراف سواء وطنيين او اجانب) بما له من سلطة القضاء الكامل، وبطبيعة الحال قد ينجم عن العقد الإداري منازعات تنشأ بين طرفيه تستلزم ضرورة إنائها، ، ومن هنا ظهر التحكيم كوسيلة مثلى سرعة لحسم مثل هذه المنازعات خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسؤولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وبذلك يفتح الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار، وعليه كان حرص وإصرار الطرف المتعاقد مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما ولو على حساب عدم إتمام التعاقد⁽¹⁾، كذلك ظهر التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار، وهذا نتيجة نزول الدولة ميدان التجارة، وتدخلها في الحياة الاقتصادية، ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في حال ما قد ينشأ من منازعات تترتب على تلك التعاقدات

ARTICLE SUMMARY

Solely Management court is responsible for all Management disputes including contracts Managementdisputes. (With various parties whether national or foreign)with its full authority of the judiciary. Naturally disputes may issues by the Managementcontracts, that disputes entail the needs to end it.Hence the arbitrage has emerged as an ideal way to resolve such disputes. This is departure from the administrative general principle in the field of Management court considering those contracts disputes. Arbitration achieves a balance between public authorities; as a responsible for achieving justice in society and between the will of the individuals and companies.In selecting an arbitrator who has an experience in the field of the activitythat concerns the conflict. And thus opens the door to create an appropriate atmosphere forinvestment, accordingly it Was keen and the insistence of the contracting party with the state on the need to include an arbitration clause in the contracts concluded between them, even at the expense of non-completion of contracting. Also arbitration has appeared as collateralguarantees to encourage investment. This results by state support intervention to commerce field and the economic life, desiring to reach the economic development. And satisfies the public needs to the emergence of relations between them and the people of national or foreign private law,which is mandatoryto the acceptance of the arbitration idea in the case that may arise from disputes which is imposed on those contracts.

مقدمة

تلجأ الدولة بصدد قيامها بالتزاماتها إلى العديد من الأساليب ، فهي تلجأ إلى إصدار قرارات إدارية بغرض إحداث أثر قانوني مشروع استنادا لما تملكه من سلطة إصدار هذه القرارات بمقتضى القوانين واللوائح .

ويختص القضاء الإداري وحده دون غيره بجميع المنازعات الإدارية ومن بينها منازعات العقود الإدارية (مع مختلف الأطراف سواء وطنيين أو أجانب) بما له من سلطة القضاء الكامل، وبطبيعة الحال قد ينجم عن العقد الإداري منازعات تنشأ بين طرفيه تستلزم ضرورة إنهاؤها، ، ومن هنا ظهر التحكيم كوسيلة مثلى سرعة لحسم مثل هذه المنازعات خروجاً عن الأصل العام في اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، فالتحكيم يحقق التوازن بين السلطة العامة المسؤولة عن تحقيق العدالة في المجتمع وبين إرادة الأفراد والشركات في اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وبذلك يفتح الأبواب من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار، وعليه كان حرص وإصرار الطرف المتعاقد مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما ولو على حساب عدم إتمام التعاقد⁽²⁾، كذلك ظهر التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار، وهذا نتيجة نزول الدولة ميدان التجارة، وتدخلها في الحياة الاقتصادية، ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في حال ما قد ينشأ من منازعات تترتب على تلك التعاقدات، فاللجوء إلى التحكيم من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء، وسرعة الفصل في المنازعات بعيداً عن التعقيدات وطول الإجراءات أمام القضاء . وعلى الرغم من أهمية التحكيم وضرورته في هذا المجال، إلا أنه لاقى كثيراً من الاعتراضات من جانب الفقه والقضاء مابين مؤيد ومعارض، وهذا ما سيتم التطرق له بايجاز على النحو التالي :

المبحث الأول :: ماهية العقد الإداري وعناصره

المبحث الثاني مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية .

المبحث الثالث : مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري

يطلق تسمية العقد في اللغة على أنه:الجمع بين أطراف الشيء وربطها وضده الحل، ويستعمل أيضا بمعنى:إحكام الشيء وتقويته ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام، أو بين الكلامين ومن معنى الأحكام والتقوية الحسية للشيء التزاما⁽³⁾،وقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على تعريف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، ومناطق ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام⁽⁴⁾.

يعرف سليمان الطماوي العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"

ورغم اختلاف الفقه والقضاء الإداريين حول وضع تعريف للعقد الإداري إلا انه يبقى التعريف الذي وضعته المحكمة الإدارية العليا في مصر هو التعريف المتداول والذي جاء فيه أن العقد الإداري هو: «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام ، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر فيه الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في العقود القانون الخاص». ⁽⁵⁾

يتضح من هذا التعريف أن العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر وهي:- الأول:- أن تكون الإدارة أو أي شخص معنوي عام طرفاً في العقد، الثاني :- أن يتصل العقد بمرفق عام تسييراً وتنظيماً، الثالث :-إتباعها لأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

وإذا كانت العقود الإدارية تحظى بهذا الاهتمام في مجال دراسات وأبحاث القانون الإداري فإن ثمة ملاحظة أساسية تفرض نفسها دائماً ، وتعد المدخل الطبيعي لدراسة النظم التي تحكم عقود الإدارة وبالذات الدول ذات النظام اللاتيني ، حيث تمييز بين نوعين من العقود تتولى جهة الإدارة إبرامها.

النوع الأول: عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون الخاص

النوع الثاني: عقود الإدارة التي تخضع لأحكام مبادئ القانون الإداري.

إن فعقود الدولة تنقسم من الناحية الفنية وتبعاً للأهداف التي تسعى هذه العقود لإدراكها الى :

عقود دولة تهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة مع صعوبة تكيفها بأنها من العقود الإدارية نظراً لتخلف المعايير التي يضعها القانون الإداري لإضفاء هذا الوصف على هذه العقود.

إلى جانب هذا النوع من عقود الدولة فإن هناك طائفة أخرى منها تتوافر بشأنها جميع المعايير المتطلبة من أجل إلحاق هذا الوصف بها على نحو يمكن معه أن يطلق عليها عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية أو عقود الدولة الإدارية.⁽⁶⁾

ويقرر الفقه والقضاء الإداري بصدد التمييز بين نوعي العقود السالفة الذكر نتائج أساسية هامة ، فكلاهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف، فالعقود المدنية التي تبرمها

الإدارة تخضع للقضاء العادي وتطبق عليها أحكام القانون المدني، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الإداري وتطبق عليها أحكام القانون الإداري.⁽⁷⁾

****أنواع العقد الإداري من حيث طبيعة النشاط:**

ينقسم العقد الإداري إلى عدة أنواع ، لذلك فإننا سوف نركز على إبراز أهم أنواع تلك العقود من خلال التطرق إليها بالاتي :

1-عقد الأشغال العامة :

يعرف عقد لأشغال العامة le marche des travaux publics على أنه « اتفاق بين الإدارة واحدة

المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير "entrepreneur" بمقابل إنشاء ، أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة العامة ».

2- عقد التوريد : يعرف عقد التوريد "le marché des fournitures" (على أنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد، أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي اللازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"⁽⁸⁾

3- عقد تقديم الخدمات وعقد الدراسات :

أ/ عقد تقديم الخدمات : يعرف عقد تقديم الخدمات "le marché de présentation" على أنه اتفاق بين الإدارة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) قصد تقديم خدمات المرفق العام في إدارته وتسييره مثل: أن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الأقسام والمدرجات وحماية المحيط"⁽⁹⁾.

ب/ عقد الدراسات :يعرف عقد الدراسات le marché d'études على أنه (اتفاق بين الإدارة العامة والشخص الآخر (طبيعي أو معنوي) من ذوي الخبرة والاختصاص يتم بمقتضاه القيام بالدراسات واستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها ،⁽¹⁰⁾ وما يمكن ملاحظته ان المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار العضوي في تحديد العقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض الحالات أو بموجب نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن ثم فالعقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد إداريا، وضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد أمر له مبرره في أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة⁽¹¹⁾.

إن كل ما تبرمه الإدارة من عقود لم تكتسب الصفة الإدارية، فالإدارة إلى جانب إبرامها لتلك العقود تبرم أيضاً عقوداً مدنية إذا رأت أن مصلحتها تقتضي ذلك، ويعتبر العقد إدارياً بالإضافة إلى كون الإدارة طرفاً فيه أن يكون على علاقة مباشرة مع المرفق العام⁽¹²⁾، وأن تتسم هذه العلاقة بالدقة والوضوح الكاملين، ويمكن أن تتمثل العلاقة بتسيير أو تنفيذ المرفق كعقود الالتزام، أو اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام، أو أن يكون العقد وسيلة لتنفيذ المرفق العام، وتتمثل هذه الحالة من خلال مساهمة العقد في تسيير المرفق وتنفيذه بحيث لا يمكن أن يقدم المرفق خدماته دون وجود هذا العقد، وكمثال على ذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيدة Gulord حيث اعتبر أن عقود القرض المبرمة من قبل مصرف التسليف العقاري الفرنسي مع المرحلين الفرنسيين من تونس إنما تعتبر عقوداً إدارية لأن محلها تنفيذ مرفق عام لمساعدة المرحلين الفرنسيين عن تونس⁽¹³⁾.

فالمرفق العام le service public هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة، وإن تعديه إلى الآخرين كالأفراد أو أشخاص المعنوية الخاصة ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهيها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام⁽¹⁴⁾.

المبحث الثاني:مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية .

تختلف النظم القانونية في طرق معالجتها للتحكيم في العقود الإدارية من نظام لآخر، فمنها من أجاز التحكيم في العقود الإدارية ومنها من منع التحكيم في تلك العقود، والبعض علق جوازه على شرط معين.

المطلب الأول :الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

يعارض جانب من الفقه الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة والطرف الخاص المتعاقد معه بحجة مخالفته لسيادة الدولة، ذلك أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف ولا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص .

كما أن قيام هيئة تحكيم بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا والدولة سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال الدولة، وفي ذلك إعتداء وتدخل في الشؤون الداخلية للدولة، فمثل هذه القرارات ينبغي أن تصدر من محاكم الدولة وطبقا لقوانينها الوطنية.(15)

إن معظم النزاعات التي تثور في عقود الإدارية مبعثها تمسك الدولة بضرورة توفير المزيد من المرونة في النظام العقدي الذي يربطها مع المتعاقد الآخر، لكي يتمكن من تقبل

التغييرات الجذرية في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية في البلاد، في حين أن الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه الروابط واستمرارها دون تعديل أو تبديل فيها.

وذهب هذا الاتجاه إلى عدم إمكان اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، فلا تصلح هذه المنازعات لأن تكون محلاً للتحكيم، ونجد تأييداً لهذا الاتجاه سواء في الفقه أو القضاء أو حتى في التشريع .

الفرع الأول : موقف الفقه

* في الفقه الفرنسي :

الفقيه الكبير ريفيرو RIVERO قدم تبريراً يتمثل في إعتبار معنوي ، هو أن الدولة يجب أن تكون قدوة للأفراد ، فلا يصح تملص الدولة من الخضوع لرقابة القضاة الذين قامت بتعيينهم للفصل في المنازعات ، كما لا يصح أن تتنازل الأشخاص القانونية العامة عن مكانتها السامية المتميزة وتقبل الخضوع لهيئة خاصة.(16)

* في الفقه الجزائري :

أما في الفقه الجزائري و من خلال بعض الاجتهادات والآراء الفقهية فقد تمسك بعض الفقه بعدم جواز التحكيم في هذه المنازعات انطلاقاً من فكرة القدوة والمثل ، فإذا كانت الدولة نفسها تتهرب من سلطة القضاة الذين أقامتهم للبت في منازعات مواطنيها ، فكيف لهؤلاء أن يتقوا في العدالة ؟

وقد استند الفقه المعارض للتحكيم لعدة حجج تبرر موقفه على النحو التالي :

أولاً :- تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل لقضاؤها (17) .

, وقد استند أنصار الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى المواد 7 و 8 و 9 من قانون مجلس الدولة الجزائري (18)، والتي تقابلها المادة 10 من قانون مجلس الدولة المصري لتأييد وجهة نظرهم

ثانيا : - تعارض التحكيم مع فكرة النظام العام (19).

ثالثا : - أهلية الأشخاص المعنوية العامة مقيدة بما يمنحه القانون لها (20).

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

خامسا : - انطواء التحكيم على إمكانية خلافة أحد الطرفين للآخر في حقوقه والتزاماته. (21)

الفرع الثاني : موقف القضاء

يعتبر القضاء الفرنسي رائد الاتجاه المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من حكم ببطالان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية، مع ملاحظة أن أحكام القضاء العادي قد اكدت أن نطاق الحظر يقتصر على العقود الإدارية الداخلية ولا يمتد إلى العقود الدولية، ويكتفي لجعل شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد ما صحيحاً إثبات وجود عقد دولي تم إبرامه بناءً على الاحتياجات، وبالشروط التي تتفق مع أعراف التجارة الدولية.

*موقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية:

بعد صدور تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08 فإن القانون نص صراحة في المادة 975 على عدم أهلية الأشخاص العامة لطلب التحكيم ، وبهذا يكون قد سد باب الجدل الفقهي وحتى القضائي ، فلا إجتهد مع النص .

الفرع الثالث : موقف التشريع

أولاً: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

فالقاعدة العامة التي وضعها هي منع الأشخاص الاعتبارية للقانون العام من الاتفاق على التحكيم، ولا يمكن أن يكون هناك استثناء على هذه القاعدة العامة إلا بناء على قانون " Seul une loi peut apporte une exception à cette interdiction "

ثانياً- موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية :

تبنت الجزائر موقفا سياسيا وأيدولوجيا معارضا للتحكيم بشكل عام ، وظهر ذلك جليا بنص قانوني واضح يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ولا يجيزه في منازعات العقود الإدارية الداخلية ، وذلك بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ، وعاد المشرع لتأكيد هذا الإتجاه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الصادر حديثا في نص المادة 1006 ، أو بسكوت المشرع في أحيان أخرى أو إحالة أطراف النزاع إلى القضاء أو المصالحة ، أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد حظر صراحة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، وقد جاء نصها في الفقرة 5 من المادة 7 من المجلة التونسية للتحكيم على ما يلي: "لا يجوز التحكيم: ...خامسا: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية، إلا إذا كانت هذه المنازعات ناتجة عن علاقات دولية، اقتصادية كانت أو تجارية، أو مالية، وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لإمكان اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

على النقيض من الاتجاه السابق ذهب اتجاه آخر إلى إجازة الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد وجد هذا الاتجاه تأييداً من الفقه والقضاء في مواجهة الاتجاه الآخر .

وفيما يلي نعرض لموقف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في فرع أول ، ثم أعرض لموقف القضاء في فرع ثانٍ .

الفرع الأول :موقف الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

ذهب أغلب الفقه إلى تأكيد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، فقد ذهب البعض إلى القول بأنه لا يوجد تعارض مابين التحكيم والاختصاص الأصلي للقضاء، فهئية التحكيم تلتزم بناءً على ما يقضي به قانون المرافعات باحترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها الدعاوى أمام القضاء، ولا يجوز لها مخالفة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وفي حالة خروجها على هذه الضوابط يجوز للطرف الذي صدر الحكم ضده الطعن في حكم التحكيم بالبطلان⁽²²⁾ .

وهذا ما اتجه الفقه الفرنسي وكذا الفقه المصري إلى تأييد إمكان لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود الإدارية، أما الفقه اللبناني فيذهب جانب منه⁽²³⁾ إلى إجازة التحكيم في العقود الإدارية الداخلية بالاستناد إلى الفقرة الثانية من المادة (795) من قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 1983 المعدلة بالمادة (1) من المرسوم التشريعي رقم (20) لسنة 1985،

الفرع الثاني :موقف القضاء المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي فقد كان يحظر على أشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تكون طرفاً فيها، إلا أنه سمح باللجوء للتحكيم في

حالة وجود نص تشريعي أو اتفاق دولي يُرخص للشخص المعنوي العام بذلك في مسألة محددة بالذات.

أما بالنسبة للقضاء المصري، فقد اتجه مجلس الدولة في بعض أحكامه وبعض فتاويه لتأييد اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

الفرع الثالث :موقف التشريع

استقر القضاء الإداري الفرنسي على مبدأ حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم لحسم منازعاتها إلا بنص تشريعي صريح يجيز بذلك

و تتضمن بعض التشريعات العربية أحكاماً مماثلة تجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاقات التحكيم، كالمشرع اللبناني⁽²⁴⁾ ، والمشرع السعودي وكذا إلى السوري⁽²⁵⁾ .

المبحث الثالث :مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع

الدولي

اليوم يتجدد دور الدولة بشكل آخر في التجارة الدولية، من خلال مشاركتها المباشرة في أشكال جديدة من العقود مما جعلها منافساً قوياً للأفراد والشركات الكبرى العملاقة، ومع إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، أصبحت عقود الدولة تمثل جزءاً أساسياً من الإقتصاد العالمي، الأمر الذي أعطى لها منظوراً جديداً.⁽²⁶⁾

وعليه فقد تم إبرام العديد من الإتفاقيات التي من شأنها إزالة الحظر الوارد على حرية الدولة وأشخص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم في نطاق العلاقات التجارية الدولية، فضلاً عن دور المشرع الوطني في هذا المجال.

المطلب الأول: ماهية العقد الإداري الدولي ومبررات التحكيم في منازعاته

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري ذي الطابع الدولي

والعقد الإداري الدولي هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعه إستغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدًا بهذا الصدد لعدم إمتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك.⁽²⁷⁾

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

1- خوف المستثمر الأجنبي من حياد القضاء الوطني، وتحيزه للدولة التابع لها في حال عُرض عليه نزاع بمناسبة عقد متصل بالتنمية الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة⁽²⁸⁾.

2- خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية.

3- رغبة الدولة في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية اللازمة لتمويل التنمية الاقتصادية.

4- زُغت ضرورات التجارة الدولية التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية

المتصلة بها.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

الفرع الأول:- التشريعات الوطنية التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

موقف التشريع الفرنسي :

يلاحظ أن المشرع أجاز التحكيم في جميع العقود الدولية التي تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة بما فيها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والعقود المدنية والتجارية

2- موقف المشرع المصري :

حسم المشرع المصري مسألة قبول التحكيم في العقود الإدارية الوطنية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي وذلك بقانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم (9) لسنة 1997،

3 - موقف المشرع الجزائري:

ساير المشروع الجزائري الإتجاه العام، حيث بقي يؤكد على جوازية التحكيم الدولي، حيث تنص المادة 1006 على أنه: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

المطلب الثالث :موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

الفرع الأول :موقف قضاء الدولة النظامي من التحكيم

أولاً:- الوضع في فرنسا:-

وقد أدى التناقض بين موقف القضاء العادي وقضاء مجلس الدولة إلى تدخل المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأصدر القانون رقم (19) أغسطس 1986 الذي أجاز في مادته التاسعة للدولة، وللمقاطعات، والمؤسسات العامة بقبول شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية كاستثناء من حكم المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁹⁾.

ثانياً: - الوضع في مصر: -

أجاز القضاء العادي المصري - حتى قبل صدور القانون رقم (9) لسنة 1997 المعدل للقانون رقم (27) لسنة 1994 - لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم في العقود المبرمة مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الأجنبية

ثالثاً: - موقف القضاء الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

لقد سائر القضاء الجزائري موقف المشرع المجيز للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون الدولة الجزائرية أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها.

فقد رضيت الجزائر بالتحكيم في كثير من عقودها التجارية الدولية⁽³⁰⁾، وعلى سبيل المثال نأخذ عينة من هذه العقود، حيث أنه في سبعة عشر عقد (17) من عقود التجارة الدولية فإن عشرة (10) عقود تضمنت شرطاً تحكيمياً يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وأربعة عقود فقط أحالت النزاع للقضاء، ثلاثة منها للقضاء الجزائري وواحد للقضاء الإنجليزي⁽³¹⁾.

الفرع الثاني : موقف قضاء التحكيم من العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

أثبت العمل الدولي برفض إنكار الدولة المتعاقدة إدراج شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية وفقاً لقوانينها الوطنية، واعتبرته إخلالاً بمبدأ حسن النية في المعاملات الدولية.

الخاتمة :

أدى نزول الدولة ميدان التجارة، وتدخلها في الحياة الاقتصادية، ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجات العامة إلى ظهور علاقات بينها وبين أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، مما ترتب عليها قبول فكرة التحكيم في حال ما قد ينشأ من منازعات تترتب على تلك التعاقدات، وعلى الرغم من أن التحكيم أصبح من الوسائل الأساسية لحل مثل هذه المنازعات، إلا أن الوضع لم يكن بهذه السهولة في المجال الإداري، فقد لاقى هذا النظام هجوماً كبيراً ومعارضة من جانب الفقه والقضاء، حيث انقسمت الآراء الفقهية، وتضاربت الأحكام القضائية بين مؤيد ومعارض، واختلفت التشريعات الوطنية حول مشروعية آلية حسم المنازعات الإدارية، فعلى الرغم من هذه الاعتراضات، إلا أن المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية فرضت على الدولة قبول اللجوء إلى التحكيم لحسم تلك المنازعات والتي معظمها تتعلق بالعقود الإدارية (الوطنية أو الدولية) .

قائمة التهميش:

- (1). أ.د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية ، دار المطبوعات الجديدة، سنة 2001، ص 6 وما بعدها .
- (2). نفس المرجع، ص 6 وما بعدها .
- (3) - مفهوم العقد. مأخوذ من موقع [www. molousa alamontada. net](http://www.molousa.alamontada.net) تاريخ الزيارة 26 أفريل 2013.
- (4) أ.د/ عمر حلمي و أ.د/ رمضان بطيخ، العقود الإدارية ،(الأحكام العامة والاختصاص القضائي) ، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، سنة 2004، ص 12.
- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1993/2/9 ، الطعن رقم (3713) لسنة 33 ق، مجموعة المبادئ التي قررتها في العقود الإدارية، إصدار المكتب الفني بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة المصري، ص 98.
- حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1994/6/20، السنة 15 ق، القضية رقم (6) تنازع، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو 1993 حتى آخر يونيو 1995، الجزء السادس، ص 875- 880 .
- (5)-الزين عزري، الأعمال الإدارية ومنازعتها، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، الجزائر، 2010، ص 32.
- (6)-د/ حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها القانون الواجب التطبيق ،دار المطبوعات الجامعية ،2001ص3-4.
- (7)-د/ جابر نصار ، العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، 2000، ص 25.
- (8)-محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 544.
- (9)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 23-24.
- (10) - نفس المرجع، ص 24.

(11) - د/ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 33.

(12) - يعرف المرفق العام من ناحيتين، فهو من الناحية الشكلية يعني الهيئة أو المنظمة التي تمارس النشاط، ومن الناحية الموضوعية يعني الخدمة أو النشاط الذي يشبع حاجة جماعية، أ.د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 39. فهو كل نشاط يتولاه أحد الأشخاص المعنوية العامة بهدف تحقيق النفع العام.

(13) - د/ حسين شحادة الحسين، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة في القانون السوري، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28-30 أبريل 2008م. منشور على الموقع الإلكتروني:-

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

(14) - مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في التمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 43.

(15) - دريد محمود السامرائي: الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية-، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006، ص 340.

(16) - JEAN RIVERO , personnes morales de droit public et Arbitrage
. Revue de l'arbitrage, 1973. p 268

(17) - أ.د/ محسن شفيق، " التحكيم التجاري الدولي "، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 40.

(18) - أنظر المواد 7. 8. 9. من المرسوم 01/98 التي تحدد إختصاص مجلس الدولة الجزائري .

(19) - استند الفقه المصري المعارض إلى نص المادة (501) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قبل إلغائها بقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 والتي قضت بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وأيضاً نص المادة (551) من القانون المدني المصري والتي تنص على " عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام " .

(20) - المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، سنة 1998م ، ص 139 .

(21) - د/ جورج شفيق ساري ، مدى جواز لجوء الدولة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، سنة 1999م، ص 112.

(22) - Jean RIVERO, " Personnes morales de droit public et arbitrage ", Rev - arb, 1973, no2, p. 268 .

(23) أ.د/ إبراهيم نجار ، البنود التحكيمية في عقود الإدارة اللبنانية ، المجلة اللبنانية للتحكيم، عدد (7)، لسنة 1999، ص 8.

(24) أ.د/ محيي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعماً للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان ، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتحكيم والتوفيق، الطبعة الأولى 2003م ، ص 101 .

(25) - د/ حسن شحادة الحسين ، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة في القانون السوري ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 28-30 أبريل 2008م، منشور على الموقع الإلكتروني:-

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

-
- (26) - د/ أحمد صالح علي مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، 2001، ص 293.
- (27) - راجع د/ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، سنة 1996 ص 37.
- (28) د/ غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنثور بصددتها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 2004م، ص 281 .
- (29) - Conseil d Etat, Avis du 6 mars 1986, Rev - arb , 1992 , no 2 , p. 397 .
- (30) - الجدير بالملاحظة أن الطرف الجزائري في عقود التجارة الدولية هو غالبا مصلحة حكومية، لأن التجارة الخارجية كانت إلى وقت قريب محصورة بيد الدولة عبر الشركات الوطنية لمملوكة من الدولة.
- (31) - د/ عبد الحميد احذب، موسوعة التحكيم ،الجزء الأول، بدون ناشر وسنة نشر، ص 266.