مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يحي فارس المدية
2661-7811 EISSN / ISSN 2588-1671

المجلد: (05) العدد: (02) شهر:ديسمبر/ سنة:2021.

OPEN ACCESS

القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية

أ.د. مهند مختار نوح

كلية القانون – جامعة قطر (دولة قطر – الدوحة) Mouhannad.nouh@qu.edu.qa

تاريخ الاستلام: 2020/07/19؛ **تاريخ القبول: 2021/10/28**

ملخص:

يهدف هذا البحث الى التحقق من حدود مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون واجب التطبيق على المنازعة العقدية الإدارية حين يتم عرضها على المراجع التحكيمية، ومدى امكانية تطبيق القانون الذي اختاره الطرفان على المنازعة، وإن تناقض مع قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية، وكذلك مدى جواز اللجوء الى التحكيم مع تفوض بالصلح، والذي يؤدي الى التحلل من القواعد القانونية عند البت في المنازعة العقدية، والبت بها وفقا لقواعد العدالة والانصاف.

وقد تم التوصل الى هيمنة مبدأ سلطان الإرادة في قانون التحكيم القطري، بالنسبة للقانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك ماعدا حالة واحدة هي عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص. في حين أن التطورات القضائية في فرنسا انتهت الى التناقض بين قانون الإرادة من جهة وقواعد النظام العام واجبة التطبيق على منازعات العقود الإدارية في حال تم حلها تحكيميا، مما يعني استبعاد كل قاعدة قائمة على سلطان إرادة الأطراف لصلح تلك القواعد التي تحكم العقود الإدارية ابراما وتنفيذا والتي تعد من النظام العام، وقد تمت التوصية في البحث بضرورة تعديل قانون التحكيم القطري وبحيث يتم تطبيق قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية في كل المنازعات التحكيمية المتعلقة بهذا النمط من العقود، واستبعاد حالة التحكيم مع تفويض بالصلح من دائرة المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية.

كلمات مفتاحية: تحكيم – عقود إدارية– منازعة إدارية–نظام عام– قانون واجب التطبيق

Abstract:

This research aims to verify the limits of the doctrine of Free Will in determining the applicable law to the administrative contract dispute when it is presented to arbitration bodies. In addition, the research explores the extent of the applicability of the law chosen by the parties to the dispute, even if it contradicts the rules of Public Order governing administrative contracts.

Moreover, the research aims to study the degree of permissibility to resorting to the arbitration that includes an authorization of reconciliation,

The research found that the doctrine of Free Will dominants the Qatari Arbitration Law concerning the law applicable to arbitration disputes connected to the administrative contracts, except for one case: the partnership contracts between the public and the private sector.

While judicial developments in France have concluded that, there is a contradiction between choosing the law by the parties will on the one hand and the rules of Public Order

applicable to disputes of administrative contracts on the other. The research recommended amending the Qatari arbitration law and that the rules of Public Order that related to the administrative contracts to apply to all arbitration disputes related to this type of contracts. In addition, the research suggested to exclude cases of arbitration with a mandate for reconciliation from the category of arbitration disputes related to administrative contracts.

Keywords:
Administrative contract - arbitration - the applicable law – administrative dispute – public order

* المؤلف المرسل: الإيميل: **Mouhannad.nouh@qu.edu.qa**

مقدمة :

يعد التحكيم أسلوبا قضائيا بديلا لحل المنازعات، وقد كان التحكيم خارج نطاق المنازعات الإدارية لوقت طويل، إلا أن السنوات الأخيرة شهدت إباحة للتحكيم في إطار هذا النمط من المنازعات، ولكن حتى بالنسبة للدول التي أدخلت التحكيم إلى مجال المنازعات الإدارية، فقد قصرته على العقود الإدارية دون غيرها من أنماط المنازعات الإدارية، وهو ما فعله المشرع القطري، منذ صدور قانون المناقصات والمزايدات رقم 26 لسنة 2005، وتم تكريسه نهائيا في قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017، في حين أن هناك دولاً خرى أباحت التحكيم في مجال العقود الإدارية على سبيل الاستثناء الواسع كما هو الحال في فرنسا.

ومن المعلوم أنه في إطار علاقات القانون الخاص، تخضع المنازعة التحكيمية لقانون الإرادة، حيث تختار إرادة المتعاقدين النظام القانوني الذي يجب أن تخضع له المنازعة التحكيمية، وعلى المرجع التحكيمي أن يتقيد بهذا النظام القانوني الذي استقرت عليه إرادة الأطراف، وذلك كله تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يطبق بشكل مطلق في إطار العلاقات القانونية التي تبرم تحت مظلة القانون الخاص، وإرادة الأطراف لها الحرية الكاملة في تحديد هذا القانون واجب التطبيق، والذي قد يكون نظاماً قانونيا بعيدا حتى عن النظام القانوني الذي تنتمي له الأطراف المتنازعة. وفي الواقع إن ذلك لا يستند فقط على مبدأ سلطان الإرادة، إنما على طبيعة قواعد القانون الخاص ذاتها، التي تعد من قبيل القواعد التكميلية، التي تمنح المجال الواسع لتحرك إرادة الأطراف، وتبنيها حلولا قد لا تحتويها هذه القواعد ذاتها.

وبناء على ما تقدم، فإن هناك مسألة هامة جداً تطرح نفسها في هذا الإطار، وهي النظام القانوني واجب التطبيق على المنازعة محل التحكيم والمتعلقة بعقد إداري، مما يطرح التساؤل حول إمكانية تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ، ومن ثم يتم تطبيق القانون

الذي يقع عليه اختيار الأطراف، أم أن طبيعة العقد الإداري تتنافر مع التسليم بمبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال بشكل كامل، حيث إن من المعلوم أن العقد الإداري يتصل بفكرتين جوهريتين، هما المرفق العام، والمال العام، وإن اتصاله بالفكرة الأولى هو الذي يجعلنا نقول أن العقود الإدارية هي الوسيلة القانونية المباشرة لتأمين احتياجات المرفق العام، ومن ثم تأمين سيره بانتظام واطراد، أما اتصاله بالفكرة الثانية، فيقودنا إلى الاستنتاج أن العقود الإدارية هي الوسيلة المباشرة لصرف أموال الموازنة العامة، وإدارة الاستثمارات العامة، لذلك فإن القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقود الإدارية إبراماً وتنفيذا تعد من النظام العام، وتنتمي إلى فئة القواعد القانونية الآمرة، التي لا يجوز مخالفتها، مما يطرح على بساط البحث المشكلة المتعلقة بالتنافر بين قانون الإرادة واجب التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد اداري من جهة، والطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الداخلية التي يجب أن تطبق على العقود الإدارية من جهة أخرى.

ومن جهة أخرى، يلاحظ أن الاعلاء من شأن سلطان الإرادة في إطار اختيار القواعد واجبة التطبيق على النزاع التحكيمي، دفع المشرعين إلى تبني فكرة تفويض المحكمين بالصلح، ومن ثم حل النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، ومن ثم إمكانية حل النزاع خارج نطاق القواعد القانونية أصلاً، وهو ما يطرح التساؤل حول صلاحية مثل هذا الحل المتبع تحت مظلة التحكيم في القانون الخاص في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية.

وتبرز أهمية هذا البحث من خلال ضرورة معرفة حدود إرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي يجب تطبيقها على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد اداري، ولاسيما إذا توصلت إرادة الأطراف الى اختيار نظام قانوني مخالف جذرياً للقواعد القانونية الداخلية ذات الطبيعة الآمرة التي يجب تطبيقها على العقود الإدارية، مما قد يؤدي إلى إهدار الغاية التي وضعت لأجلها هذه القواعد، والمتعلقة أساساً بحماية المال العام، وحماية سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وسوف نقوم بدراسة هذه المشكلة من خلال المقارنة بين نظام قانوني عربي هو القانون القطري، ونظام قانوني آخر هو القانون الفرنسي، وأهمية هذه المقارنة تكمن في صدور قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 الذي أقر جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأفرد أحكاماً قانونية تتعلق بمشكلة البحث، كما تكمن في المواقف الاجتهادية الهامة التي صدرت عن محكمة التنازع الفرنسية بهذا الخصوص، والتي وضعت حدا لجدل طال في فرنسا.

كما سوف ندرس مشكلة هذا البحث من خلال محورين، ندرس في أولهما مشكلة القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقد الإداري في قطر، ثم ننتقل لندرس ذات المشكلة في فرنسا، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية

وفقا للقانون القطري

لقد تبنى قانون التحكيم القطري رقم 17 لسنة 2017 مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للقانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي، ولم يضع حكماً خاصاً في هذا النطاق بالنسبة للمنازعات التحكيمية في إطار العقود الإدارية، مما يطرح المجال للبحث في مدى جواز تطبيق قانون الإرادة في المنازعات التحكيمية المذكورة، كما أجاز المشرع القطري في قانون التحكيم ذاته إمكانية الفصل في النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والإنصاف، إن اتجهت إرادة الأطراف الى ذلك، مما يطرح مدى جواز ذلك في اطار منازعات العقود الإدارية التحكيمية:

الفرع الأول: إمكانية تطبيق قانون الإرادة على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية:

المبدأ العام الذي يحكم التحكيم عموماً هو أن القانون الذي يحكم النزاع محل التحكيم هو قانون الإرادة، أي القانون الذي يختاره الأطراف لكي يطبق على النزاع، ويفسر ذلك أن نظام التحكيم في مجمله يستمد وجوده من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه[1].

وتثار مسألة القانون واجب التطبيق كما هو معلوم، على مستوى القواعد الإجرائية، والقواعد الموضوعية في آن معاً، بحسبان أن القواعد الإجرائية هي تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي، وتشكيل محكمة التحكيم، واختصاصاتها، وإجراءات المرافعات التي تتبع لديها، حتى إصدار حكم في النزاع[2]، أما القواعد الموضوعية فهي القواعد التي تطبق على موضوع النزاع[3]. وهي تؤدي دورا هاماً في بيان الحقوق والمراكز القانونية لأطراف النزاع، حيث تتغير النتائج التي يمكن أن ينتهي اليها حكم التحكيم، وفقا لتغير القواعد الموضوعية المطبقة على النزاع[4].

وذلك كله على أساس أن إرادة أطراف التحكيم هي صاحبة السلطان في تحديد آثار اتفاق التحكيم، بحسبانه تصرفاً قانونياً[5]، فتستطيع الإرادة تحديد النزاع الخاضع للتحكيم، وكذلك القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع[6]. ومن ثم فإن المبدأ في التحكيم هو حرية الأطراف في اختيار القواعد واجبة التطبيق بحسبان مالهم من سلطان في تحديد حقوقهما والتزاماتهما والتصرف فيها[7]، ويتجسد هذا الأساس الارادي في اختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف في نطاق التحكيم الدولي خصوصاً، والذي لا يعد خاضعاً من حيث الأصل إلى نظام قانوني متعلق بدولة محددة[8].

وعلى هذا الأساس الارادي، فقد يقع اختيار أطراف التحكيم إما على قانون دولة معينة Une droit étatique، أو قد يختارون قاعدة من قواعد التجارة الدولية La Lex mekatoria، أو القواعد التي تسمى القواعد عبر الدولية

Transnational des règles [9]، وتصل حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق إلى درجة أنهم يمكن أن يختاروا قانوناً ليس له صلة بالمنازعة، فيمكنهم اختيار قانون محايد لا صلة له بالعقد ذاته أو بأطرافه[10].

ويترتب على ذلك نتيجة منطقية هي التزام المحكم، أو هيئة التحكيم بالقانون الذي اختاره الأطراف ليطبق على النزاع[11]، فلا يجوز له التحول عنه، أو التحايل على اختيار الأطراف بأي شكل كان[12].

لقد عرضت هذه المشكلة في قطر في إطار العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017، حيث أفتت إدارة الفتوى والعقود لدى وزارة العدل بما يلي بشأن القانون واجب التطبيق عند اللجوء الى التحكيم في عقد أبرم بين اللجنة المنظمة لمهرجان قطر البحري[13]، وإحدى الشركات: (ومن حيث أنه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق عند اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع الماثل، فإن الثابت أن العقد المبرم بتاريخ 2008/1/1 بين اللجنة وإحدى الشركات، قد تضمن في بنده الرابع عشر نصاً يقضي بأنه في حالة وقوع نزاع بين الطرفين، يتم اللجوء الى التحكيم وفقاً لقواعد اليونسيترال السارية المفعول في تاريخ النزاع، ومن ثم فإن هذه القواعد تكون هي الواجبة التطبيق عند اللجوء الى التحكيم، إعمالاً لقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين، وأنه يجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يجوز تطبيق قواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجارية الصادر بالقانون رقم (13) لسنة 1990 إلا باتفاق طرفي العقد.)[14].

ومن خلال ما تقدم نستنتج أن إدارة الفتوى والعقود، استندت على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، من أجل التوصل إلى احترام القانون واجب التطبيق، وفقا لشرط التحكيم المدرج في العقد، ومن ثم يمكن القول إنها سلمت بالأخذ بقانون الإرادة، وبغض النظر فيما إذا كان هذا القانون وطنيا أم أجنبياً، متوافقاً مع قواعد النظام العام واجبة التطبيق على العقود الإدارية أم غير متوافق، وبذلك فإن التحكيم في العقود الإدارية يتماثل مع التحكيم في العقود التجارية والمدنية من حيث التسليم بالقانون الذي اختارته إرادة الأطراف للتطبيق على العقد في حالة النزاع التحكيمي.

إن هذا الاجتهاد لإدارة الفتوى والعقود، يخالف اجتهاد اللجنة ذاتها في وقت سابق، والذي كان اجتهاداً ملفتاً في تقديرنا، حيث رأت هذه الإدارة أنه يمكن اللجوء الى التحكيم في إطار العقود الإدارية، شريطة تطبيق القانون القطري، وأن يعقد التحكيم في الدوحة[15].

ونستطيع أن نستنتج من هذا الموقف القديم لإدارة الفتوى والعقود، أن الإدارة احتاطت من إمكانية تطبيق قانون أجنبي مجهول، ولا يتوافق مع قواعد النظام العام التي يجب تطبيقها على العقود الإدارية، فأفتت بوجوب تطبيق القانون القطري، على المنازعات التحكيمية، وهو الأمر الذي لم تفرق بشأنه الإدارة في هذا الرأي أيضاً بين تحكيم داخلي، أو تحكيم دولي، بل إن الرأي صدر، في معرض تحكيم دولي.

وقد سار قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 في اتجاه قانون الإرادة، حيث وضع مبدأ تلتزم بمقتضاه هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف[16]، ودون شك فإن القواعد القانونية التي يمكن أن يتفق عليها الأطراف، قد تتمثل في قانون دولة معينة، أو قد تكون قواعد التجارة الدولية.

إن هذا المبدأ الذي ورد في قانون التحكيم القطري يدفع للتساؤل عن مدى إمكانية تطبيقه في حالة التحكيم في العقود الإدارية، ومن ثم إمكانية أن يخضع أطراف التحكيم العقد لقانون يختارونه بمحض إرادتهم، ولو كان قانون دولة لا تعرف مفهوم العقود الإدارية أصلاً؟ حيث إن هذا النزاع يمكن أن يثار في قطر مع صدور قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017، بحكم أن القانون القطري يأخذ بالنظام القانوني المتميز للعقود الإدارية، في مواجهة نظيرتها المدنية والتجارية، وذلك بنص القانون، وأحكام القضاء[17].

في الحقيقة إن هذا النص الوارد في المادة 28 من قانون التحكيم القطري، هو ذاته الوارد في المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث تم الإعلاء من شأن مبدأ سلطان الإرادة في كلا النصين، وذلك في إطار اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي، لذلك فقد ذهب جانب من فقه القانون العام العربي (في مصر تحديداً) إلى القول بأن أثر ذلك يمتد إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولاسيما إذا كانت ذات طابع دولي، حيث يمكن استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع، واختيار قانون أجنبي ليطبق عليه، مما يؤدي في النهاية إلى خضوع المنازعة العقدية الإدارية إلى نظام قانوني لا يعتد بنظرية العقد الإداري، كما هي معروفة في فرنسا وفي الدول العربية، مما يؤثر على طبيعة هذا العقد ومركز الإدارة فيه، ويحرمها من الامتيازات المقررة لها في إطار العقود الإدارية، ويعاملها على قدم المساواة مع المتعاقد الأجنبي[18].

إن ما سبق ذكره يعني من حيث النتيجة إمكانية تطبيق نظام قانوني لدولة أخرى على المنازعة التحكيمية المتعلقة بعقد إداري، والذي قد يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام في دولة قطر، أو إمكانية تطبيق القواعد التي تحكم التجارة الدولية، وذلك كله طالما أن المشرع القطري، لم يستثن التحكيم في العقود الإدارية من مبدأ سلطان الإرادة عند اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع العقدي الإداري، ومن ثم إمكانية إخضاع المنازعة العقدية ذات الطابع الإداري إلى نظام قانوني لا يميز بين عقود إدارية وعقود مدنية و تجارية، وهو ذات الأمر يتحقق بطبيعة الحال، إذا اتفق أطراف التحكيم على إخضاع المنازعة إلى قواعد التجارة الدولية.

إن هذا الاحتمال وراد جداً، ومن الممكن أن تنتج عنه معطيات قانونية غير منطقية، فالعقد الإداري يمنح الإدارة حقوقا بشكل مقدم، وبموجب نصوص تشريعية، ومن أهم هذه الحقوق التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة، والفسخ الانفرادي من قبلها[19]. في حين أن القاعدة التي تحكم العقود المدنية والتجارية هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[20]، ومن ثم إذا استخدمت الإدارة هذين الحقين بالتعديل أو بالفسخ، أو حتى اذا قامت بإيقاع جزاءات عقدية، وعرض الأمر على المرجع التحكيمي، فإن هذا الأخير سيعد استخدام التعديل أو الفسخ أو إيقاع الجزاءات العقدية، من قبيل الخطأ العقدي، الموجب للمسؤولية العقدية، والتعويض، وذلك إذا كان القانون واجب التطبيق (قانون الإرادة) لا يعرف التفرقة بين العقد المدني والعقد الإداري، وبناء على

ذلك، فإن ما كان يعد حقاً بموجب نص تشريعي آمر من النظام العام، سيعد خطأ موجبا للمسؤولية العقدية وفقاً لاتفاق التحكيم، مما يعد تجاوزاً على إرادة المشرع، التي لم تتجه في تقديرنا إلى مخالفة النصوص التشريعية التي أعطت الإدارة هذه الامتيازات في معرض تنفيذها لعقودها الإدارية.

ولا يقتصر ذلك على حقوق الإدارة فقط، إنما يمتد أيضاً إلى حقوق المتعاقد أيضاً، حيث من المعلوم أن هناك حقوقاً للمتعاقد في العقد الإداري لا يتمتع بها نظيره في العقود المدنية أو التجارية، وعلى رأس هذه الحقوق، ذلك الحق الجوهري المتعلق بالتوازن المالي للعقد، وهذه الحقوق سيتم هدرها فيما لو طبق على النزاع العقدي قانون لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية.

وإضافة إلى ما تقدم، فإنه ليس من المستساغ في تقديرنا في إطار المنطق القانوني أن يكون للتصرف ذاته تكييفان في ذات الوقت، وبالتبعية لذلك، ليس من المستساغ أيضاً أن ينطبق عليه نظامان قانونيان، وذلك لأسباب لا علاقة لها بذاتية التصرف وجوهره القانوني، بل يعود ذلك لأسباب ذات طبيعة إجرائية أساساً، تتعلق بتحديد الجهة المختصة بحل النزاع، حيث إن هذه الأسباب هي التي تؤدي إلى تطبيق قانون الإرادة، والذي قد يكون نظاماً قانونياً لا يعرف الذاتية القانونية للعقود الإدارية.

ومن جهة أخرى، فإن خضوع العقد إلى نظامين قانونيين في نفس الوقت من شأنه أن ينتج عوارا دستورياً، لأن ذلك يخالف مبدأ المساواة[21]، حيث إنه يؤدي الى خرق قاعدة المساواة أمام قاعدة القانون وضمن قاعدة القانون، إذ إن مفهوم المساواة أمام قاعدة القانون يقتضي أن يكون هناك التزام يقع على كاهل كل من يطبق القاعدة القانونية يفرض عليهم أن لا يرتكبوا تمييزاً بين الخاضعين للقاعدة القانونية لا تنص عليه هذه الأخيرة، وهو ما يقتضي عدم مشروعية جميع أنماط التمييز التي تقترف من قبل القائمين على تطبيق القاعدة القانونية[22].

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا وافقت الإدارة على تطبيق قانون لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية، على منازعاتها العقدية مع طرف محدد، فإن ذلك يعني مخالفة الإدارة لمبدأ المساواة أمام قاعدة القانون، على الرغم من أنها القائمة على تنفيذ القانون، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إيجاد تمييز بين المتعاقدين مع الإدارة، بحكم أنه ستطبق عليهم قواعد قانونية مختلفة وفقا لصياغة الشرط التحكيمي.

أما بالنسبة للمساواة ضمن قاعدة القانون، فإنها تقتضي من الجهة المختصة بسن القانون، أن لا ترتكب تمييزاً أو محاباة بين المخاطبين بالقاعدة القانونية، ومن ثم فإن القانون يجب أن يعامل كل المراكز المتماثلة بطريقة متطابقة[23]. ومن ثم تطبيق قانون لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية، من الممكن أن يؤدي إلى معاملة أصحاب المراكز المتماثلة بطريقة متمايزة، فالمتعاقدون في العقود الإدارية يتمتعون بمراكز قانونية متماثلة بحكم كونهم أطرافاً في عقود تتمتع بالصفة القانونية ذاتها، إلا أن بعضهم سيخضع إلى نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني للعقود الإدارية.

وحتى لو رجعنا إلى نص الفقرة 2 من المادة 2 من قانون التحكيم القطري، فإننا نجد أن المشرع أجاز التحكيم في العقود الإدارية، وهو بتعبيره هذا، أفصح عن وجوب أن ينصب التحكيم على عقد إداري، إلا أنه إذا انصب التحكيم على عقد تم تجريده من طبيعته الإدارية بسبب القانون الذي اختاره أطراف التحكيم للتطبيق على النزاع، فإن ذلك سيؤدي إلى صيرورة العقد تجارياً، ومن ثم يصبح التحكيم بالتبعية تجارياً، مما يخالف مقاصد المشرع الذي جعل التحكيم في العلاقات القانونية التجارية مختلفاً عن التحكيم في العلاقات القانونية الإدارية، بمعنى أن المشرع القطري اتجه في هذه الحالة إلى إجازة التحكيم شريطة أن يظل العقد إدارياً.

وعلى كل حال فقد ذهب المشرع القطري مؤخرا الى جواز اللجوء الى الوسائل البديلة في حل المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، إلا أن المشرع اشترط بوضوح أن يخضع العقد لأحكام القانون القطري، ونص على بطلان كل شرط يقضي بغير ذلك[24]، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز في حال اللجوء الى التحكيم الاتفاق على تطبيق قانون آخر غير القانون القطري الذي نظم عقود الشراكة، ويطبق ذلك ولو كان العقد دوليا، نظرا لإطلاق النص، وذلك في تقديرنا إدراك من المشرع لأهمية قواعد النظام العام التي تطبق على هذا النمط من العقود الإدارية. وهو الحل الذي كان واجب الاتباع بالمسبة لكل العقود الإدارية، وليس لصنف منها، وذلك على نحو الحل المتبع في فرنسا كما سنرى.

الفرع الثاني– إمكانية الفصل بالنزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية وفقا لقواعد العدالة والانصاف:

يعني التحكيم بالصلح الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، وفي هذه الحالة يتحرر المرجع التحكيمي من أي نصوص تشريعية أياً كان مصدرها[25]، ويقوم بإجراء نوع من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهماً ما يراه محققاً للعدالة، وما يرضي ضميره[26]. ومن ثم يصل المرجع التحكيمي في هذه الحالة إلى حل ملائم للنزاع، ومن ثم فإن الحل الذي يتوصل إليه يغدو متسماً بالطبيعة الذاتية لا الموضوعية، لأنه يرتبط بذاتية النزاع الذي صدر لأجله، ومن ثم فإذا كان الحل الذي توصل إليه المرجع التحكيمي مناسباً لنزاع محدد، إلا أنه ليس بالضرورة أن يكون مناسباً لأي نزاع[27].

ويلاحظ أن التحكيم بالصلح لا يكون بمنأى عن تطبيق القواعد القانونية كليا، ففي إطار هذا النمط من التحكيم لابد من مراعاة بعض القواعد القانونية الاجرائية الأساسية مثل مبدأ الحضورية، ومن حيث الموضوع، يجب على المرجع التحكيمي أن يأخذ اعتبارات القانون أولاً، وأن يفهمها، ثم يطرح اعتبارات العدالة في معرض بناء حكمه. مع التأكيد على أن التحكيم بالقانون لا يكون بمنأى عن قواعد العدالة دائما، حيث إن المرجع التحكيمي يطرح اعتبارات العدالة دائما في حكمه[28].

ولا يعد تطبيق قواعد العدالة والانصاف على النزاع التحكيمي أصلاً في إطار التحكيم، حيث إن الأصل هو تطبيق القواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف على موضوع النزاع[29]. كما أن هذا النمط من التحكيم منتقد، بسبب غموضه، حيث لم تحدد النصوص التي تجيزه عادة المقصود منه تماماً[30].

وينطوي التحكيم بالصلح على تنازل عن تطبيق القواعد الموضوعية من قبل هيئة التحكيم، وهو تنازل اتفاقي من جهة، وتنازل عن الحقوق الشخصية من جهة أخرى، ومن ثم فإنه لا يعد تنازلاً عن القانون الموضوعي، حيث إن إرادة الخاضعين لهذا الأخير لا يمكنها إلغاء هذا القانون[31]، ذلك فإن التنازل في هذه الحالة يقتصر على الحقوق الممنوحة بموجب النظام القانوني[32]. ففي إطار التحكيم بالصلح يحدث نزاع بشأن الحقوق، إلا أن هيئة التحكيم ترى أنه من العدالة استبعاد الحق المترتب عن القانون أو العقد[33].

ولا ينشأ عن التحكيم مع الصلح إلا التنازل عن ما يستطيع أطراف التحكيم التصرف به فعلاً، فمن المقرر أن فكرة المصلحة العامة تقف حائلاً أمام فكرة التنازل، ويبرر ذلك على أساس أن النظام العام يقيد الحرية التعاقدية، ويقيد مجال التنازل في هذه الحالة، فالتنازل تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم يخضع التنازل لذات القيود التي يخضع لها هذا المبدأ، ومن ثم تعد الإرادة قاصرة عندما تشكل اعتداء على النظام العام، وهو ما يعني من حيث النتيجة أنه إذا كان الحق ناشئاً عن نص يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التصرف بهذا الحق، ولا يجوز بالتبعية لذلك اللجوء إلى التحكيم بالصلح[34]. لذلك فإن عدم تطبيق قواعد القانون في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح، لا يشمل القواعد المتعلقة بالنظام العام، ويجب على هيئة التحكيم التقيد بهذه القواعد مع التفويض بالصلح[35].

وقد تبنت التشريعات المختلفة جواز التحكيم بالصلح، والفصل في النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، إلا أنها لم تجعله الأصل، بل تطلبت موافقة أطراف التحكيم صراحة على ذلك[36]. وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه المشرع القطري، حيث أشارت الفقرة الثالثة من المادة 28 من قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017 إلى ما يلي: (.. لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس قواعد العدالة والانصاف، دون التقيد بأحكام القانون، إلا إذا أجاز الأطراف ذلك صراحة..).

وبناء على هذا الترخيص التشريعي بالتحكيم بالصلح فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو ذلك المتعلق بمدى إمكانية اللجوء إلى هذا النمط من التحكيم في إطار العقود الإدارية، في ضوء هذا النص في القانون القطري[37].

في الحقيقة إذا ما عدنا إلى الفتاوى الصادرة عن إدارة الفتوى والعقود في وزارة العدل القطرية المذكورة سابقا[38]، فسنجد أن هذه الإدارة قد أفتت من زمن بعيد بأنه إذا تم اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فلابد من تطبيق القانون القطري، وهو ما يعني ضمناً أنه لا يجوز التحكيم مع التفويض بالصلح في هذا النمط من المنازعات التحكيمية، لأن هذه المحكمة لم تجز تطبيق قانون غير القانون القطري، ومن باب أولى عدم جواز الفصل في النزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، إلا أن الاتجاه الحديث للإدارة ذاتها يسير نحو الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، ومن ثم فإن ما يتفق عليه الأطراف هو الواجب التطبيق، وهو ما يعني إمكانية الفصل بالنزاع التحكيمي على أساس قواعد العدالة والانصاف، في حال الاتفاق على ذلك.

أما في ضوء النصوص الحالية لقانون التحكيم القطري، فيبدو بادئ الأمر جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم مع الصلح، في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، واستنادا إلى الفقرة الثالثة من المادة 28 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017، طالما أن جميع النصوص التي وردت في القانون 2 لسنة 2017 تقبل التطبيق في نطاق التحكيم في العقود الإدارية، ومنها نص الفقرة الثالثة من المادة 28 المذكورة، إلا أن ذلك يعد في تقديرنا ثغرة في قانون التحكيم القطري، حيث من غير المعقول أن تخضع العقود الإدارية ذات المنظومة القانونية المتعلقة بالنظام العام إلى قواعد العدالة والانصاف[39]، وهو ما يدفعنا إلى إثارة ما ورد في الفقرة 3 من المادة 33 من قانون التحكيم القطري، والتي ألزمت المحكمة المختصة في حالة الطعن ببطلان الحكم التحكيمي أن تثير البطلان من تلقاء نفسها إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام في الدولة، وذلك لأن تطبيق قواعد العدالة والانصاف على نحو ما يراه المرجع التحكيمي على منازعات العقود الإدارية، وإهمال تطبيق قواعد النظام القانوني الخاص بها، إنما يعد في تقديرنا مخالفة واضحة للنظام العام في الدولة، ولاسيما أن النظام القانوني للعقود الإدارية يتعلق بفكرة قانونية أخرى تدخل في جوهر النظام العام، وهي تلك المتعلقة بالمال العام، ومن المسلم به أنه لا يجوز صرف المال العام إلا بناء على قواعد قانونية تبرر هذا الصرف[40]، ولا يمكن أن يتم هذا الصرف بناء على حلول هي من بنات أفكار المحكمين، واستناداً إلى ما يرونه عدالة وانصافاً.

وإذا كان يجوز اللجوء الى التحكيم مع تفويض بالصلح في منازعات العقود الإدارية، وفقا لأحكام قانون التحكيم القطري، إلا أن ذلك لم يعد جائزا في إطار عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، وذلك لأن المشرع اوجب أن يطبق القانون القطري على المنازعات المتعلقة بهذه العقود، وإن تم اللجوء الى التحكيم بشأنها، مما لا يمكن القول معه بإمكانية الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح الذي يستبعد القواعد القانونية لصالح قواعد العدالة والانصاف تحت طائلة بطلان شرط التحكيم[41].

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية وفقا للقانون الفرنسي

لقد ذهبت محكمة التنازع الفرنسية حديثا مذهبا تاريخيا حيث لم تجز من حيث النتيجة التسليم بقانون الإرادة طالما تعارض مع قواعد القانون واجبة التطبيق على العقود الإدارية، والمتعلقة بالنظام العام، كما أن مجلس الدولة الفرنسي تصدى لمشكلة التحكيم مع جواز التفويض بالصلح، لم يجزها، وعلى الرغم من أن هناك أصواتاً فقهية دعت الى ذلك:

الفرع الأول : إمكانية تطبيق قانون الإرادة على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية

إن القاعدة السائدة في فرنسا حتى وقتنا الحالي هي حظر التحكيم في العقود الإدارية، وقد تعددت الحجج التي تدعم هذا الحظر، إلا أن المبرر الرئيسي لذلك تمثل في تجنب دخول الشخص الاعتباري العام في علاقة قانونية من الممكن أن تؤدي بدورها إلى تطبيق قانون مجهول[42].

وفي نفس الوقت، فقد أخذ المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية الفرنسي بمبدأ الاختيار الحر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، وذلك في المادة 1496 من القانون المذكور، والتي نصت على ما يلي: (تبت هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي اختارها الأطراف، وفي حال عدم وجودها، وفقاً لقواعد القانون التي تقدر أنها الأنسب، مع أخذ قواعد التجارة الدولية بالحسبان في كل الحالات). وهو ما رأى فيه جانب من الفقه الفرنسي مفهوماً لاستقلال القانون المطبق على المنازعات التحكيمية، والذي يتولد عنه نظام قانوني تحكيمي حقيقي Véritable ordre juridique arbitrale[43]. وتأكد ذلك من جانب محكمة النقض الفرنسية التي قررت أن هناك استقلالاً للنظام القانوني التحكيمي في مجال التحكيم الدولي[44].

لذلك فإن السؤال الذي كان يطرح في الاروقة القانونية الفرنسية هو ذلك المتعلق بإمكانية تطبيق قانون أجنبي على منازعة تتعلق بعقد إداري، بسبب خضوعها للتحكيم وذلك ضمن الاستثناءات التي يبيح فيها المشرع الفرنسي التحكيم في العقود الإدارية..

في الحقيقة لا توجد في فرنسا مشكلة بالنسبة للعقود الإدارية الداخلية Les contrats d'ordre interne، وهي التي تبرم من قبل شخص اعتباري عام مع شخص قانوني آخر، وإن كان هذا الأخير أجنبياً، ولا تتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي أن مثل هذه العقود لا علاقة لها بحركة رؤوس الأموال والبضائع والأشخاص عبر الحدود، في هذه الحالة تطبق المعايير القضائية المعروفة في التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية من جهة، و العقود الإدارية من جهة أخرى، ويخضع كل نوع من هذين النوعين إلى النظام القانوني الخاص به[45].

أما بالنسبة للعقود الخارجية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، فقد كان لمحكمة التنازع الفرنسية موقف قضائي هام، حيث قضت هذه المحكمة باختصاص القضاء العادي بالنظر بالطعن ضد حكم تحكيمي صادر في فرنسا، يتعلق بنزاع ناجم عن تنفيذ عقد مبرم بين شخص اعتباري عام فرنسي وشخص أجنبي، طالما كان منفذا على الإقليم الفرنسي، ومتعلقاً بمصالح التجارة الدولية، وعلى الرغم من توافر معايير العقد الإداري فيه، وفقا لما هو مستقر عليه في القانون الداخلي الفرنسي[46]. ويعني ذلك أن مثل هذا العقد لا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، طالما كان الاختصاص منعقداً للقضاء العادي، وخاضعاً للنظام القانوني الذي تخضع له العقود الدولية، ومن المعلوم أن النظام القانوني المطبق على منازعات العقود الدولية انما يستند على قانون إرادة الأطراف[47]. لذلك يمكن القول إن محكمة التنازع الفرنسية أقرت إمكانية عدم الخضوع للقانون الوطني من خلال الشرط التحكيمي بما في ذلك قواعد القانون الإداري، وهو ما تضمن اعترافاً من قبل هذه المحكمة باستقلال النظام القانوني التحكيمي الدولي، حتى إذا كان العقد الدولي إداريا، وهو الاتجاه الذي سارت عليه محكمة النقض بالنسبة للعقود الدولية الخاصة كما رأينا[48].

إلا أن محكمة التنازع الفرنسية وضعت تحفظاً واضحا وواسعاً على المبدأ السابق، حيث قالت إن هناك عقوداً إدارية لابد أن تخضع إلى القواعد الآمرة للقانون العام الفرنسي[49]، بمعنى أن هناك أصنافاً من العقود الإدارية لا يجوز أن تخضع لنظام قانوني غير ذلك الذي يحكم العقود الإدارية، وهذه العقود هي عقود إشغال الدومين العام، وعقود الشراء العام (الصفقات العمومية)، وعقود الشراكة، وعقود تفويض المرفق العام[50].

وبذلك لطفت محكمة التنازع الفرنسية من القاعدة التي وضعتها بشأن القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية في مجال العقود الإدارية، حيث رأت أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا يمكن أن تكون بمنأى عن قواعد القانون الإداري الآمرة، المتعلقة بالعقود الإدارية المذكورة، وذلك حتى عن طريق الشرط التحكيمي، بل إن هذه الأشخاص تظل خاضعة لمثل هذه القواعد، لذلك ينعقد الاختصاص بالطعن بالأحكام التحكيمية الصادرة في منازعات هذه العقود للقضاء الإداري ليسهر على مراعاتها من قبل المراجع التحكيمية، بحسبان أنه القاضي الطبيعي لهذه المهمة القضائية، وعلى الرغم من أن الأحكام في هذه الحالة هي أحكام تحكيمية دولية[51]. لذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول إن محكمة التنازع قامت بفتح الطبيعة الآمرة الدولية للقانون الإداري، من أجل تفعيل الحماية القضائية للعقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية[52]. ومن ثم فإن هذه الطبيعة الآمرة الدولية للقانون العام الفرنسي Impérativité internationale du droit public français تشكل مبرراً لاختصاص القاضي الإداري المكلف بمراقبة تطبيق القانون الإداري من قبل الجهة التحكيمية الدولية[53].

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا كان هناك نزاع تحكيمي حول عقد دولي، ينفذ في فرنسا، أبرم من قبل شخص اعتباري عام فرنسي، فإنه لا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، وإن توافرت فيه معايير العقد الإداري المعروفة داخلياً في فرنسا، وذلك كله مالم يندرج في عداد العقود الإدارية المذكورة، بمعنى أنه إذا كان العقد دولياً، وتم تكييفه على أنه من قبيل عقود الشراء العام أو تفويض مرفق عام أو عقود الشراكة أو عقود إشغال الدومين العام، فإن هيئة التحكيم تلتزم عندئذ بتطبيق قواعد القانون العام الفرنسي على النزاع، لأنها قواعد آمرة لا يجوز الخروج عنها[54]، بمعنى أن محكمة التنازع رأت أن المراكز العقدية ذات الطابع الدولي، يجب أن لا تنقطع بشكل كامل مع قواعد القانون العام[55]، وهو ما يترتب عليه عدم إمكانية تطبيق قانون الإرادة على المنازعة العقدية، طالما كان قانون الإرادة مخالفا لهذه القواعد، لذلك سلم بعض الفقه الفرنسي، بأن النتيجة الأساسية التي يحملها هذا الاجتهاد هي التجاوز على حرية أطراف التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق[56].

بيد أن اجتهاد محكمة التنازع يتعلق بعقد مبرم بين شخص اعتباري عام فرنسي من جهة وشخص خاص أجنبي من جهة أخرى، وعلى أن يكون مكان التنفيذ في فرنسا، فأما إذا كان مكان التنفيذ خارج فرنسا، فلا تثور الطبيعة الآمرة للقانون الإداري الفرنسي، وهو ما ينجم عنه إمكانية خضوع العقد لقانون الإرادة أيا كانت طبيعته[57].

وقد ذكرت أن حكمة التنازع الفرنسية أنواعاً محددة من العقود الإدارية، وقضت بخضوعها إلى النظام القانوني للعقود الإدارية، بحسبانه نظاماً قانونياً آمرا[58]، إلا أن هذه العقود تشكل في واقع الأمر جميع العقود الإدارية تقريباً، ولا يخرج عنها إلا بعض العقود

الإدارية قليلة الأهمية، والأقل شيوعاً في الحياة العملية، مثل عقد تقديم المعونة[59]. إلا أن هذا الوضع الجديد، دفع بعض الفقه إلى استنباط تقسيم جديد للعقود الإدارية، حيث إن بعضها من شأنه أن يثير الطبيعة الآمرة للقانون الإداري (وهي العقود التي حددتها محكمة التنازع)، وبعضها الآخر هو الذي لا يثير هذه الطبيعة الآمرة، (والعقود الإدارية التي بقيت خارج تحديد محكمة التنازع)[60].

وقد أناطت محكمة التنازع الفرنسية مهمة التأكد من مراعاة الهيئة التحكيمية لقواعد النظام العام المذكورة، بالقضاء الإداري، وفي معرض الطعن بالأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في منازعات العقود الإدارية أمامه، وهو ما يعني اتساع صلاحية القاضي الإداري في إطار رقابة مراعاة قواعد النظام العام، وذلك على خلاف الدور المحدود الذي يقوم به القضاء العادي الفرنسي في إطار رقابة النظام العام[61]، حيث إنه يتأكد فقط من مطابقة الحكم التحكيمي الدولي من الناحية الموضوعية لقواعد النظام العام الدولي[62]، ومع الأخذ بالحسبان أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بمفهوم ضيق لرقابة النظام العام الدولي في إطار الرقابة على الأحكام التحكيمية الصادرة في العقود الدولية، وبحيث تقتصر هذه الرقابة على الحد الأدنى، فلا يعتد إلا بالمخالفة الواضحة والفعالة للنظام العام[63].

لذلك فقد كان من الضروري توسيع كتلة القواعد المكونة للنظام العام والتي يجب مراعاتها عند الحكم بالمنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، لتدرج فيها قواعد ذات طابع داخلي بشكل محض[64]، وهو ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي بوضوح حديثاً[65]، فميز المجلس بين قواعد النظام العام الإجرائية، وقواعد النظام العام الموضوعية[66]، بحيث يتحقق القاضي الإداري في معرض رقابته على الحكم التحكيمي من مشروعية العناصر الإجرائية للتحكيم، وذلك فيما يتعلق باحترام الهيئة التحكيمية لاختصاصها، ومهمتها، وأن يكون تشكيلها صحيحاً، واتباع مبادئ الاستقلال والنزاهة لدى القضاة، واحترام إجراءات الحضورية، وتسبيب الحكم التحكيمي[67].

وتعد بالمقابل من قواعد النظام العام الموضوعية العيوب التقليدية التي يمكن أن تثير بطلان العقود الإدارية، كما استقر عليها القضاء الإداري، وذلك عندما يكون المحل غير مشروع، والعيوب المتعلقة بالتعبير عن الإرادة في معرض إبرام العقد، والذي يتجلى في مخالفة إجراءات إبرام العقود الإدارية التي يجب أن تلتزم بها الأشخاص الاعتبارية العامة[68]، وكذلك قاعدة حظر السخاء الإداري La libéralité [69]administrative، وعدم جواز التنازل عن الدومين العام، وقواعد النظام العام ذات المصدر الأوربي والمتعلقة بالعقود الإدارية[70]. ولعل الأهم في هذا النطاق هو عدم جواز التنازل عن الامتيازات التعاقدية التي تتمتع بها الإدارة في معرض تنفيذها للعقود الإدارية[71]، فقد عد المجلس الجزاءات العقدية مثلا من قبيل قواعد النظام العام التي لا يجوز استبعاد تطبيقها من جانب المرجع التحكيمي، وهذه النقطة بالذات عدها مجلس الدولة الفرنسي من النظام العام منذ المرحلة الأولى لتكوينه[72].

ويدل هذا الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي على اتساع تفسير قواعد النظام العام التي يجب مراعاتها في معرض المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك لأن المجلس قام بإدراج كل القواعد القابلة للتطبيق على العقود الإدارية في هذا

النطاق[73]. كما يدل على أن الإدارة لا يمكن أن تختار القانون واجب التطبيق على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، دون رقابة على القيود الموضوعية التي تفرض على إرادتها التعاقدية[74].

ومن الواضح أن محكمة التنازع استندت إلى أساس دستوري في حكمها هذا، حيث إن الحفاظ على قواعد النظام العام في هذه الحالة، إنما يجد مبرره في مسوغات دستورية[75]، تتعلق بحماية الملكية العامة، والاستخدام الجيد للأموال العامة، وهي المبادئ التي استقر عليها المجلس الدستوري الفرنسي بوضوح[76]. لذلك فقد رأى جانب من الفقه الفرنسي أن الأشخاص الاعتبارية العامة تتمتع بخصوصية في مواجهة باقي المتقاضين، لأنها لا تعد سيدة المصالح التي تدافع عنها في النزاع التحكيمي، بل إن المواطنين هم المستفيدون من الحقوق والالتزامات محل النزاع، وهو ما ينتج عنه أن اختيار القانون واجب التطبيق لا يجوز أن يترك لإرادة الأطراف، في إطار الدعوى التحكيمية التي يكون الشخص الاعتباري العام طرفاً فيه[77].

واستناداً إلى موقف محكمة التنازع المذكور، فقد استبعد جانب من الفقه الفرنسي إمكانية تطبيق قانون التجارة الدولية على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد إداري، لأنه لا يجوز استبعاد القواعد القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية، و التي تعد من النظام العام، لصالح (قانون مجهول)، وذلك مع إمكانية تطبيق قانون التجارة الدولية بالنسبة للمنازعات التحكيمية التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها وذلك فيما لو كانت هذه الأخيرة تتمتع (بمركز تجاري)، وهي الفرضية التي لا تنطبق إلا على المؤسسات العامة ذات الطبيعة الاقتصادية، والتي زال معظمها في فرنسا في وقتنا الحالي[78].

ويبدو أن هذا الاجتهاد الذي كرسته محكمة التنازع بشأن القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية، يجد أساسه فيما توجه اليه المشرع الفرنسي بشأن عقود الشراكةLes marchés des partenariat بين القطاع العام والخاص منذ سنة 2004، وذلك كقاعدة عامة، ولكنه وضع على ذلك قيداً هاماً وهو تطبيق القانون الفرنسي، وسواء أكان العقد داخلياً أم دولياً[79]، وهو ما يترجم بوضوح إرادة المشرع الفرنسي بعدم الرغبة في تطبيق القوانين الأجنبية وقوانين التجارة الدولية وأعرافها ليس في إطار هذا العقد الإداري الهام فحسب، إنما في إطار كل العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام ضمن هدف المصلحة العامة، كما أن هذا التوجه للمشرع الفرنسي يظهر اهتمام القانون الإداري الفرنسي بالحماية ضد التوسع المتنامي للقوانين الأجنبية ولقانون التجارة الدولية ضمن مجالات تثير حصرا وبشكل تقليدي تطبيق القوانين الوطنية، وبشكل مخالف لما يجري في إطار العولمة من زوال للسيادة القانونية للدول، على المسائل التي كانت تعد طبيعيا من مجال اختصاصها، وإن كل ذلك من شأنه أن يعزز فكرة الاختصاص الحصري للقانون الإداري الوطني في مواجهة القوانين الأجنبية[80].

وقد انتقد جانب من الفقه الفرنسي هذا التوجه للمشرع في نطاق التحكيم في عقود الشراكة، لأن هذا التوجه يؤدي إلى تزييف الإرادة عن طريق الاحتفاظ بعقد ضمن دائرة القانون الفرنسي بقوة القانون، مع أن عقود الشراكة ذات الطابع الدولي خصوصاً تتضمن عناصر ذات طبيعة خاصة، وهي لم توجد إلا على أرضية الآليات القانونية الخاصة بالتجارة الدولية، ومن ثم يجب أن تظل بمنأى عن توجهات القانون الداخلي، كما أن المرجع التحكيمي الذي يفصل بالعقد الدولي لا يهتم أساساً بمقتضيات

القانون الداخلي مالم يتم النص على ذلك في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[81]. وحتى لو قام المرجع التحكيمي بإهمال تطبيق القانون الاداري الفرنسي في هذه الحالة، وتطبيق القانون الذي وقع اختيار الأطراف عليه، فإن هذا الحكم سيصطدم بصعوبات تنفيذية في فرنسا، لأن جهات القضاء الداخلي ستحتج بالاختصاص الحصري للقانون الاداري الفرنسي، وهو ذات الأمر إذا تم تطبيق أعراف التجارة الدولية على النزاع التحكيمي المتعلق بعقد الشراكة[82]، لأن الاجتهاد القضائي مستقر على أن القاعدة التي تنص عليها المادة 55 من الدستور الفرنسي والمتعلقة بتفوق المعاهدات الدولية على قواعد القانون الداخلي، لا تنطبق على الأعراف الدولية، ومن ثم فلا تفوق لأعراف التجارة الدولية على قواعد القانون الإداري الداخلي، والتي تمنع تطبيق قواعد قانون أجنبي على منازعة تحكيمية تتعلق بعقد إداري[83].

وفي مجمل الأحوال، وبالنتيجة لما تقدم من موقف لمحكمة التنازع الفرنسية، وللمشرع الفرنسي في إطار عقود الشراكة، فإننا نؤيد النتيجة التي انتهى اليها بعض الفقه الفرنسي من القانون الإداري الفرنسي قد حد من تأثيرات القانون الدولي الخاص، في إطار التحكيم في منازعات العقود الإدارية[84].

وبالمقاربة بين ما جاء في اجتهاد محكمة التنازع الفرنسية سالف الذكر من عدم جواز مخالفة المحكمين لقواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية مع نصوص قانون التحكيم القطري، فإنه يمكن القول إن قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 لم يتضمن إشارة مباشرة إلى ذلك، إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 33 من القانون ذاته، يلاحظ أن هذه الفقرة فرضت على المحكمة المختصة القضاء ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها، إذا كان موضوع التحكيم مما لا يجوز الاتفاق على الفصل به عن طريق التحكيم وفقا لقانون الدولة، أو إذا كان حكم التحكيم يخالف النظام العام للدولة، وقد ورد هذا النص مطلقاً، حيث لم يميز بين تحكيم داخلي، أو تحكيم دولي.

وبناء على ما تقدم، فإننا نرى أنه لا يمكن تطبيق المادة 28 من قانون التحكيم القطري التي تغلب مبدأ سلطان الإرادة في إطار اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي، حيث إن الأطراف والمحكمين مقيدون بما ورد في الفقرة 3 من المادة 33 من القانون ذاته، التي تنص على ضرورة التقيد بموجبات النظام العام للدولة، وبما أن القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية تعد من العناصر الجوهرية للنظام العام في الدولة، بحكم أنها قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها[85]، ومن ثم فإنه إذا وقع اختيار الأطراف على قانون معين ليحكم نزاعاً تحكيمياً يتعلق بعقد إداري، فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تستبعد تطبيق هذا القانون، وأن تتقيد بالنظام القانوني للعقود الإدارية السائد في دولة قطر، تحت طائلة إبطال الحكم التحكيمي، وذلك كله استناداً إلى الفقرة 3 من المادة 33 من قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017 سالفة الذكر.

ثانيا–إمكانية فصل النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية وفقا لقواعد العدالة والانصاف:

لقد كان للقضاء الإداري الفرنسي موقف واضح في هذا الشأن، حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي التحكيم مع التفويض بالصلح ، بحسبان أن ذلك يتعارض مع القانون الإداري[86].

وقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي عن اتجاهه حول ذات المشكلة بشكل أوضح في تقريره الصادر سنة 1993 بشأن الوسائل البديلة في حل المنازعات الإدارية، حيث قطع برفض هذا النمط من التحكيم بسبب ما يمكن أن ينجم عنه من (انحرافات)[87].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي، فقد سار على خطى الاجتهاد القضائي، وقد كان سند الفقه في ذلك، أنه من غير المتصور أن يتم التحكيم في منازعات العقود الإدارية خارج إطار القانون، ولاسيما أن هيئة التحكيم لا تحكم فقط خارج قاعدة القانون، إنما يمكن أن تصحح الآثار التي تراها غير عادلة في قاعدة القانون[88].

في حين مال جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بجواز ذلك، ومن ثم يمكن للأطراف أن يستغنوا عن تطبيق قواعد القانون الإداري لمصلحة العدالة، على الرغم من معارضة مجلس الدولة، لأن هذه المشكلة تعد من المشاكل الأساسية في التطبيق العملي، ولاسيما أن هناك أصواتاً تتعالى بضرورة تقوية التحكيم في المجال الإداري، وتقديم وسائل أكثر مرونة لحل المنازعات الإدارية، وتتجاوب مع عالم الأعمال ضمن العلاقات القانونية الإدارية[89]. وقد تبنى جانب آخر من الفقه الفرنسي ذلك، دون أي تبرير، سوى القول إنه لا يوجد مانع في القانون الإداري يحول دون إخضاع النزاع التحكيمي في مجال العقود الإدارية لقواعد العدالة والانصاف[90].

أما بالنسبة لمشروع قانون التحكيم الخاص بالأشخاص الاعتبارية العامة، والمسمى مشروع Labtoulle (المعد من سنة 2007)، فقد ذهب إلى نفس مذهب مجلس الدولة الفرنسي، حيث لم يجز التحكيم مع التفويض بالصلح، وقد تم تبرير ذلك على أساس وجوب خضوع الأشخاص الاعتبارية العامة إلى القواعد القانونية التي تحكم نشاطها، وكذلك على أساس عدم جواز استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام تحت ذريعة العدالة[91]. وهذا هو الاتجاه الذي نؤيده لأنه يتجاوب مع ما توصلت اليه محكمة التنازع الفرنسية بشأن القواعد واجبة التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية.

الخاتمة :

في نهاية هذا البحث، يمكن القول أن مشكلة القانون واجب التطبيق على النزاع التحكيمي المتعلق بالعقود الإدارية، لا تعد مشكلة جديدة في دولة قطر، بل طرحت هذه المشكلة مبكرا، وكانت محل افتاء إدارة الفتوى والعقود في وزارة العدل منذ زمن طويل، فقد ذهبت هذه الإدارة سنة 1986 الى القول أن القانون واجب التطبيق على مثل هذا النزاع التحكيمي هو القانون القطري، إلا أن هذه الإدارة ذاتها عدلت عن رأيها بعد ذلك بسنوات، ورأت أن القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الإرادة استنادا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي تقديرنا أن الرغبة في حماية العلاقات العقدية الإدارية بحسبانها بوابة صرف المال العام، هي التي دفعت إدارة الفتوى والعقود إلى القول بتطبيق القانون القطري، ومن ثم يمكن القول أن ما ذهبت اليه هذه الإدارة ذاتها يؤدي عملا إلى المخاطرة بتطبيق نظام قانوني غير متجانس من حيث الطبيعة مع النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية في دولة قطر.

وقد ذهب قانون التحكيم القطري الجديد رقم 2 لسنة 2017 في المذهب الذي سارت عليه التشريعات التحكيمية المعاصرة، حيث أقر في الفقرة الأولى من المادة 28 منه مبدأ خضوع النزاع التحكيمي إلى قانون الإرادة، وهو الأمر الذي ينطبق مبدئياً حتى على المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، إلا أننا، وعلى الرغم من ذلك، نرى أن هذا النص مقيد بما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 33 من قانون التحكيم ذاته، من بطلان حكم التحكيم إذا كان يتضمن ما يخالف النظام العام في الدولة، ومن ثم وبحسبان أن القواعد القابلة التي تحكم العقود الإدارية تعد من النظام العام، ولا يمكن مخالفتها لا من قبل أطراف العقد الإداري محل التحكيم ولا من قبل المحكمين، فإن ذلك يعني اتجاهاً ضمنيا من قبل المشرع القطري في قانون التحكيم نحو عدم جواز تطبيق قانون الإرادة إذا كان يخالف هذه القواعد الآمرة، تحت طائلة بطلان الحكم التحكيمي.

ومن ناحية أخرى، فقد كانت محكمة التنازع الفرنسية واضحة في هذا المجال، حين أصدرت حكماً تاريخياً قررت بموجبه أن قانون الإرادة لا دور له وإن كان العقد الإداري محل التحكيم دولياً، طالما كان متعارضاً مع القواعد القانونية الآمرة التي تحكم العقود الإدارية الرئيسية (عقود الشراء العام، وعقود تفويض المرفق العام، وعقود إشغال المال العام، وعقود الشراكة)، وطالما كان العقد مبرماً مع شخص اعتباري عام فرنسي، وكان مكان تنفيذه ضمن فرنسا. وبذلك فإن محكمة التنازع أنهت جدالا كان قائما لوقت طويل في فرنسا، مستندة على أسس دستورية تبرر موقفها.

ويلاحظ أن فكرة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والتي يجب مراعاتها في هذا المجال، إنما تعد فكرة واسعة وفقاً لما توجه إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكم هام له صدر سنة 2016، حيث استند المجلس على ما جاءت به محكمة التنازع، من ضرورة مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بالنظام القانوني للعقود الإدارية الرئيسية، في معرض النزاعات التحكيمية وان تعلقت بعقود إدارية دولية، وقام في نفس الوقت بتحديد مضمون هذه القواعد التي يجب مراعاتها، وهي تتمثل في النهاية في كل قواعد ابرام العقود الادارية وتنفيذها، ولاسيما قواعد التنفيذ التي تبرز فيها امتيازات الإدارة.

أما بالنسبة لتطبيق قواعد العدالة والانصاف على النزاع التحكيمي، والتي تبرز عند تفويض المحكمين بالصلح، فيلاحظ أنه تم تبنيها بوضوح في قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017، مما يطرح السؤال عن إمكانية تطبيق ذلك في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وهو الأمر غير الممكن في رأينا على الرغم من عدم وجود نص واضح بذلك، إلا أنه يصطدم بضرورة مراعاة قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية، على نحو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 33 من قانون التحكيم رقم 2 لسنة 2017. وهو الامر الذي تداركه المشرع القطري بشأن صنف محدد من أصناف العقود الإدارية وهو عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، حيث أوجب تطبيق القانون القطري على المنازعات المتعلقة بهذه العقود، إدراكا منه لأهمية قواعد النظام العام واجبة التطبيق و التي كانت محلا للتقنين في القانون رقم 12 لسنة 2020، بتنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو الامر الذي منع بشكل غير مباشر إمكانية التحكيم مع التفويض بالصلح، إلا أن ذلك لا يعد كافيا في تقديرنا، ويجب أن يمتد هذا

الحكم ليشمل جميع العقود الإدارية، ومن بينها الصنف الهام جدا في إطار مالية الدولة وهو عقود الشراء العام بمختلف أصنافها (توريد – اشغال – خدمات).

أما في فرنسا فيلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي لم يبح مثل هذا النمط من التحكيم، على الرغم من وجود بعض الأصوات الفقهية التي تطالب بتطبيقه في إطار منازعات العقود الإدارية التحكيمية كما هو الحال في إطار منازعات القانون الخاص التحكيمية، بيد أن هذه الأصوات افتقدت للحجة الجدية التي تبرر ذلك.

إن ما تقدم ذكره، يدفعنا لاقتراح تعديل قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017 في سبيل تبني فكرتين هامتين جدا في تقديرنا، من أجل حماية المال العام، وحماية سير المرافق العامة باطراد، بحسبان أن العقود الإدارية هي عقود تتعلق بالمال العام، وبالمرافق العامة، وتتمثل الفكرتان المذكورتان بما يلي:

1- أن يتم النص بوضوح على حكم خاص بالمنازعات التحكيمية المتعلقة بالعقود الإدارية، وبحيث يكون تطبيق قانون الإرادة على النزاع التحكيمي هو المبدأ، مالم يتعارض مع قواعد النظام العام التي تحكم العقود الإدارية والنافذة في دولة قطر إبراما وتنفيذاً، وسواء أكانت العقود محل النزاع داخلية أم دولية، وطالما كان العقد سيتم تنفيذه ضمن إقليم الدولة.

2- أن يتم النص بوضوح على حكم خاص في قانون التحكيم القطري، **من شأنه** أن يمنع التحكيم مع التفويض بالصلح في إطار المنازعات التحكيمية المتعلقة بجميع العقود الادارية، لتعارض ذلك بشكل واضح مع مقتضيات النظام العام التي تتسم بها القواعد القانونية التي يجب أن تطبق على العقود الإدارية.

مراجع البحث:

أولا– باللغة العربية:

–جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، ابريل 2002، ص98،

–السيد فتوح محمد هنداوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص524.

–عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008.

–علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، 2016، المجلد الأول، ص803.

–علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

–علي عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، 2012، ص246.

–فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

–فهيمة أحمد علي القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص75.

-مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والخاصة، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998

-مهند نوح، مبدأ المساواة، الموسوعة القانونية العربية المتخصصة، المجلد السادس، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، 2012..

-نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1998.

-وفاء فلحوط، النظام القانوني واجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008.

ثانيا– باللغة الفرنسية:

-Braconnier.S, Arbitrage et contrats publics d'affaires, vers consécration d'un principe d'arbitrabilité, Mélanges du professeur Michel Guibal, Université Montpellier I , Montpellier, 2013, p335.

-Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI 2010 p.551

-Bresse, Les limites à la liberté contractuelle, AJDA 2006 p.1041. Delaunay. B, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif, Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, RFDA 2017 p.116

-Delvolvé.P, Le contentieux des sentences arbitrales national de la recherche médicale, R.F.D.A, 2010, P972.

-Guettier.Ch, Droit des contrats administratifs, P.U.F, Paris, 2011, P519.

-Guyomar.M, Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative, Conclusions sur T. confl., 17 mai 2010, n° C. 3754, Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Sausgstad, R.F.D.A, 2010, p962.

-Hoepffner.H. Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2016. Lauzouzi.M, L'impérativité international des contrats administratifs des contrats administratifs et conflits des lois, R.C.D.I.P, 2010, p653.

-Lombard. F, Arbitrage et droit administratif, R.T.D.C, 2017, p55.

-Loquin.E, De la dualité de l'arbitrage commercial et l'arbitrage administratif, R.T.D.C, 2010, P525.

–Lumaire.S, Arbitrage international, D, 2010, P2634.

-Odinet.G, La jurisprudence INSERM, embrasse l'exéquatur, AJDA, 2017, p981.

-Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2014.

- Rouault.D, Arbitrage et contrats publics internationaux, Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles Univrsity Arbitration Journal n° 1, Octobre 2014, 3.

-Yolka .PH, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2013, p131.

-Yolka.PH, Traité de droit administratif, Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz, Paris, 2011, T2, P623.

الهوامش :

[1]- أ.د. عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008، ص583، د. وفاء فلحوط، النظام القانوني واجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث من الأبحاث المقدمة إلى المؤتمر العلمي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية، التحكيم التجاري الدولي، 2008، ص551.

[2]– أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والخاصة، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998، ص210 وما بعدها.

[3]– د. وفاء فلحوط، المرجع نفسه، ص553، وص563.

[4]– د. علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص699.

[5]– د. علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، 2016، المجلد الأول، ص803.

[6]–د. فهيمة أحمد علي القماري، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص75.

د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص705.

[7]– أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص266. وكذلك راجع: د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص821 وما بعدها.

[8]– Seragliui.Ch – Ortscheidt.J, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, Paris, 2013, P799.

[9]– أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص586، د. وفاء فلحوط، المرجع السابق، ص563. د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص711.

ومن الملاحظ أن هناك اختلافاً في أروقة الفقه حول حقيقة القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية، فقد أنكر بعض الفقه صفة القواعد القانونية عليها، على أساس أنها ليست إلا مجموعة من العادات والممارسات التجارية لا تتمتع في حد ذاتها بقوة الالزام. في حين أن جانبا آخر من الفقه يرى أن هذه القواعد هي قواعد قانونية بالمعنى الدقيق، ومن ثم ينظر اليها على أنها نظام قانوني مستقل وقائم بذاته في مجال المعاملات التجارية الدولية. راجع تفاصيل ذلك:

أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص255 وما بعدها.

[10]– أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص590، ويلاحظ أن قواعد التجارة الدولية هي تلك القواعد المعمول بها في أوساط التجارة الدولية، وكذلك مجموعة الأعراف التي يتواتر سلوك الجهات التجارية على اتباعها في ميدان العلاقات الدولية، وهي لا تنتمي إلى نظام قانوني معين، وكما يرى بعض الفقه بحق، فإن هذه القواعد تحتاج إلى ضبط لتحديدها، حتى لا يخضع تحديدها إلى المزاج القانوني للمحكم، وحتى لا تتحول وسيلة لفرض قانون القوي على الضعيف. راجع: أ.د. عكاشة عبد العال، المرجع نفسه، ص591.

[11] –Seragliui.Ch – Ortscheidt.J, op.cit., P799.

[12]– وعلى الرغم من ذلك فإن هناك كثيرا من الحالات تحايل فيها المحكمون على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، تحت ستار أسباب شتى ومنها تخلف القانون واجب التطبيق، أو عدم احتوائه على قواعد تحكم النزاع، أو تعارضه مع قواعد القانون الدولي؟ راجع في ذلك: د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص731. وما بعدها، وفي تقديرنا، فإن ذلك يعود إلى رغبة هيئة التحكيم إلى جذب النزاع نحو نظام قانوني من الممكن أن يحقق مصلحة أحد الأفراد، مما يعكس فساداً في التحكيم، وتجردا عن إحدى أهم القيم القضائية، وهي تلك المتعلقة بالحياد والمساواة بين الخصوم.

[13]–أسست هذه اللجنة بمقتضى القرار الأميري رقم 42 لسنة 2007، وأعطيت الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، وتعد بذلك أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.

[14]– إدارة الفتوى والعقود، *الرقم:* ف.ع 11/3– 10871*السنة:* 2008*تاريخ الجلسة:* 2008/11/30، www.almeezan.qa. تاريخ الزيارة 2017/12/1.

[15]– ادارة الفتوى والعقود الرقم: ش.ق 50/8– 395السنة: 1986تاريخ الجلسة: 1986/03/19www.almeezan.qa . تاريخ الزيارة 2017/12/1.

[16]– الفقرة الأولى من المادة 28 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017.

[17]– تنص الفقرة 3 من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 7 لسنة 2007 على اختصاص الدائرة الإدارية الابتدائية بمنازعات العقود الإدارية، وهو اعتراف ضمني من المشرع بتميز هذه العقود عن نظيرتها المدنية و التجارية، وخضوعها لنظام قانوني متميز، وقد حددت محكمة التمييز القطرية ماهية العقد الإداري وتمييزه عن العقود المدنية: (..إن العقد يعد إدارياً، إذا كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، ومتعلقاً بسير مرفق عام، ومتضمناً شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وإذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، كان العقد من عقود القانون الخاص)، راجع حكمها رقم 118 لسنة 2008، تاريخ2009/1/27، غير منشور، وحكمها رقم 49 لسنة 2008، تاريخ 2008/6/17،غير منشور.

[18]– د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، ابريل 2002، ص98، د. السيد فتوح محمد هنداوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص524.

[19]– لقد أخذ المشرع القطري بإمكانية تعديل العقود الإدارية انفراديا، وذلك في المادة 19 من القانون 24 لسنة 2015 المتعلق بالمناقصات والمزايدات، والتي نصت على ما يلي: (للرئيس بناءً على توصية اللجنة، ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، تعديل كميات أو حجم العقود المبرمة وفقاً لأحكام هذا القانون واللائحة بالزيادة أو النقصان بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع الجهة الحكومية الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، وفقاً للضوابط وفي الحدود التي تبينها اللائحة.).

كما تبنى المشرع القطري في القانون ذاته إمكانية أن تقوم الإدارة بفسخ العقد انفراديا، حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات على ما يلي: (...للجهة الحكومية الحق في إنهاء العقد.. إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وبموجب قرار مسبب من الرئيس، بناءً على توصية اللجنة...).

[20]– تنص المادة 171 من القانون المدني القطري على ما يلي: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.).

[21]–تنص المادة 35 من الدستور القطري على أن: (الناس متساوون أمام القانون. لا تمييز بينهم في ذلك، بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين).

[22]- Pellisier.G, Le principe d'égalité en droit public, L.G.D.J, Paris, 1996, P25.

وباللغة العربية: د. مهند نوح، مبدأ المساواة، الموسوعة القانونية العربية المتخصصة، المجلد السادس، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، 2012، ص484.

[23] - Pellisier.G, op.cit., p153.

وباللغة العربية: د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 484 وما بعدها.

[24]– المادة 28 من القانون رقم 12 لسنة 2020 بتنظيم الشراكة بين القطاع العام والخاص، منشور في الجريدة الرسمية، العدد العاشر، 2020/6/11، ص3.

[25]–أ. د. نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1998، ص60. وكذلك راجع د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 767.

[26]– يرى بعض الفقه أن المعيار الذي تقوم عليه فكرة العدالة والانصاف في هذه الحالة إنما هو معيار شخصي ولكن هذا المعيار الشخصي غير كاف في حد ذاته، بل يكمله معيار موضوعي، وهو أن يفصل المرجع التحكيمي في النزاع وفقا لما يراه عدالة وانصافاً، ويراه الغير كذلك، لذلك يمكن لأحد الأطراف أن يطعن بالحكم التحكيمي الصادر بناء على قواعد العدالة والانصاف، لعدم تطبيق هذه القواعد. راجع: د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 817.

[27]– أ.د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص62.

[28] - Seragliui.Ch – Ortscheidt.J, op.cit, P799.

[29]– د. علي عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، 2012، ص246. أ.د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص38. وراجع أيضاً: د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص769. د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص817.

[30]– د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص60.

[31]– د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص288.

[32]– أ.د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص60.

[33]– د. علي عبد الحميد تركي، المرجع نفسه، ص289.

[34]– د. علي عبد الحميد تركي، المرجع نفسه، ص291

[35]– د. علي عبد الحميد تركي، المرجع نفسه، ص256. وراجع: د. علي سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص772.

[36]– وهو ما تم تبنيه مثلا في المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 38 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008، والمادة 1474 من قانون المرافعات الفرنسي.

[37]– لقد تطرق بعض الفقه العربي في مصر لهذه المشكلة حيث ذهب البعض إلى القول بأن ذلك جائز وفقاً لقانون التحكيم المصري وذلك من خلال الربط بين الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون التحكيم المصري، والفقرة الرابعة من المادة 39 منه، حيث إن هذه المادة الأخيرة حين أجازت لأطراف التحكيم الاتفاق على تفويض هيئة التحكيم الفصل في النزاع مع التفويض في الصلح، فإنها لم تضع قيداً على ممثل الشخص الاعتباري سوى عدم التفويض. راجع: د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص344.

[38]– راجع الهامشين 9 و10.

[39]– هناك جانب من الفقه ينادي بضرورة تقيد المحكم بالصلح النظام العام بشكل شامل، في حين يرى البعض الآخر أنه في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية يستطيع المرجع التحكيمي تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، ولا يقف أمامه سوى ما يخالف النظام العام الدولي، راجع: أ. د. نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص61.

[40]– تنص المادة 7 من قانون ديوان المحاسبة القطري رقم 11 لسنة 2016 على ما يلي: (يتولى الديوان في مجال الرقابة المالية ورقابة الالتزام، فحص وتدقيق ومراجعة الحسابات والأعمال المالية للجهات الخاضعة لرقابته، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بما يلي:

الإيرادات، والنفقات، وأعمال الشراء والتوريد والبيع وتكاليفها، والمصروفات، وأعمال الاستثمار، والإقراض والاقتراض والسلف والتأمينات وحسابات هذه البنود، وما يتعلق بها من عقود واتفاقيات وسجلات وقيود ومستندات، والتحقق من **أنها تمت في جميع مراحلها بصورة صحيحة، ووفقاً للقوانين واللوائح والأنظمة** والموازنات المعتمدة لها والقرارات الصادرة بهذا الشأن والقواعد المالية والمحاسبية التي تنظمها.)

[41]– المادة 28 من القانون رقم 12 لسنة 2020 بتنظيم الشراكة بين القطاع العام والخاص، منشور في الجريدة الرسمية، العدد العاشر، 2020/6/11، ص3.

[42] - Delvolvé.P, Le contentieux des sentences arbitrales national de la recherche médicale, R.F.D.A, 2010, P972.

[43] - Guyomar.M, Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative, Conclusions sur T. confl., 17 mai 2010, n° C. 3754, Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Sausgstad, R.F.D.A, 2010, p962.

[44]- Cass.civ,1, 29—6- 2007, N° 05-18053**,** www.legifrance.gouv.fr.

[45] - Guyomar.M, op.cit, p961.

-Delvolvé.P, op.cit., p973.

[46] - Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2014, p292.

- Delvolvé.P, op.cit, p975.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, RDI 2010 p.551, p553.

[47] - Guettier.Ch, Droit des contrats administratifs, P.U.F, Paris, 2011, P519.

- Yolka .PH, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2013, p131.

- Richer.L, Droit des contrats administratifs, op.cit., p292.

- Delvolvé.P, op.cit, p975.

[48] - Odinet.G, La jurisprudence INSERM, embrasse l'exéquatur, AJDA, 2017, p981.

[49] -Lombard. F, Arbitrage et droit administratif, R.T.D.C, 2017, p55.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p553.

[50] - T. c., 17 -5- 2010, n° C. 3754, Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Sausgstad, Rec. 580, AJDA 2010. P.1047.

وتتجلى وقائع الدعوى في أن مؤسسة INSERM هي شخص من أشخاص القانون العام في فرنسا، كانت أبرمت عقداً مع مؤسسة Latten وهي مؤسسة نروجية، وفي سبيل بناء وتمويل مركز أبحاث في فرنسا، واحتوى هذا العقد على شرط تحكيمي، ثم حدثت مشاكل أثناء تنفيذه، مما دفع مؤسسة INSERM إلى انهاء العقد المبرم مع مؤسسة Latten على أساس إخلال هذه الأخيرة بالتزاماتها، ولم تكتف مؤسسة INSERM بذلك بل تتبعت مؤسسة Latten أمام محكمة الدرجة الكبرى بباريس، من أجل دفع تعويض مقداره 3506326 يورو، إلا أن مؤسسة Latten استأنفت الحكم الصادر بهذا الخصوص أمام محكمة استئناف باريس، والتي قضت بإحالة الأطراف إلى هيئة التحكيم لرفع الدعوى أمامها، بناء على شرط التحكيم المدرج في العقد، وانتهى الحكم التحكيمي إلى رفض طلبات مؤسسة INSERM والحكم لصالح مؤسسة Latten بتعويض مقداره 30487803 يورو.

قامت بعد ذلك مؤسسة INSERM برفع دعوى إبطال الحكم التحكيمي الصادر أمام محكمة استئناف باريس، واستندت إلى مبدأ حظر لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم، مما يسبب بطلان الحكم التحكيمي المدرج في العقد، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

إلا أنه تم رد هذه الدعوى، على أساس أن الحظر المفروض على الأشخاص الاعتبارية العامة بعدم اللجوء الى التحكيم لا يسري إلا على العقود الداخلية.

وأمام هذه المعطيات، قامت مؤسسة INSERM بطرق باب القضاء الإداري، وذلك تحت صيغة دعوى استئنافية ضد الحكم التحكيمي، وطالبت ببطلان الحكم التحكيمي، وإلزام مؤسسة Latten بتنفيذ التزاماتها المالية، وذلك استناداً إلى الطبيعة الإدارية للعقد محل النزاع، مما ينجم عنه أن القضاء الإداري هو فقط المختص بالحكم التحكيمي الصادر في هذه المنازعة. في حين دفعت شركة Latten بأن هذا العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ولا يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية، ولا لاختصاص القضاء الإداري، ومن ثم فإن القضاء المدني هو المختص بالطعن ببطلان الحكم التحكيمي مثار النزاع. وعند بلوغ النزاع بين الطرفين هذه المرحلة، تدخلت محكمة التنازع، وانتهت الى النتيجة المذكورة أعلاه. راجع:

–Guettier.CH op.cit, p 519.

-Loquin.E, De la dualité de l'arbitrage commercial et l'arbitrage administratif, R.T.D.C, 2010, P525.

[51] - Odinet.G, op.cit, p981.

[52] - Lauzouzi.M, L'impérativité international des contrats administratifs des contrats administratifs et conflits des lois, R.C.D.I.P, 2010, p653.

[53] - Lauzouzi.M, ibid. p661.

[54]- Rouault.D, Arbitrage et contrats publics internationaux, Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles Univrsity Arbitration Journal n° 1, Octobre 2014, 3.

[55] -Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p553.

[56] - Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, Ibid, p553.

[57] - Lauzouzi.M, ibid. p655.

[58] - Lauzouzi.M, ibid. p653.

[59] - Delvolvé.P, op.cit, P976.

-Guyomar.M, op.cit, p963.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p553.

[60] - Lauzouzi.M, ibid. p662.

[61] - Lombard. F, op.cit, p55

[62] - المادة 1520 من قانون المرافعات الفرنسي.

[63] - Cass.civ,.1, 21-3-2000, Rev. Arbitrage, 2001, 805, note. Derains.Y.

[64] - Lombard. F, op.cit, p55.

[65] - C.E, Ass, 9-11-2016, Société Fosmax.LNG, N°388806, A.J.D.A, 2016, 2133, D, 2016, 2343, obs, Pastor.J-M.

[66] - Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p554.

[67]- يلاحظ أن أولى مسائل النظام العام التي يتأكد القاضي الإداري من مراعاتها في الحكم التحكيمي المطعون به، هي المتعلقة بقابلية النزاع للتحكيم، L'arbitralité، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة، راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Société des autoroutes de la région Rhône – Alpes، المجموعة، ص 69، داللوز، 1999، ص67.

ورقابة القابلية للتحكيم التي يمارسها القاضي الإداري في فرنسا هي التي يتفرد بها من زمن بعيد في مواجهة الرقابة التي يمارسها القاضي العادي على أحكام التحكيم. لأن القابلية للتحكيم هي المبدأ بالنسبة للقضاء العادي، وهو الأمر المعاكس في القانون العام، حيث إن المبدأ هو عدم القابلية للتحكيم. راجع:

-Delaunay. B, Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif, Note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, RFDA 2017 p.116

[68] - Lombard. F, op.cit., p57.

[69]- يلاحظ أن مبدأ عدم جواز السخاء من المبادئ المترسخة في القانون الإداري الفرنسي، وهو يعني حظر إدانة الأشخاص الاعتبارية العامة بدفع مبالغ لا تتوجب عليها، راجع:

-Delaunay, op.cit, p.117.

- Bresse, Les limites à la liberté contractuelle, AJDA 2006 p.1041.

[70]- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p554.

[71] - وقد جاء في الفقرة الحكمية الخامسة من حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Société Fosmax.LNG ما يلي:

Considérant que lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des

conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ; que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence ; **que** s'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne,

[72] - Lombard. F, op.cit., p55,

وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي من زمن طويل أيضاً بالنسبة للفسخ الانفرادي، حيث لم يجز المجلس أن يقوم الشخص الاعتباري بتقييد حريته في فسخ العقد لأسباب المصلحة العامة، راجع حكمه الصادر بتاريخ 1971/4/2، في قضية Marchand، المجموعة، ص 141, وراجع في الفقه:

- Bresse.P, op.cit., p.1044.

[73] - Lombard. F, ibid, p55.

[74] - Lombard. F, ibid, p57.

[75] -Delaunay. B, op.cit p.117.

- Braconnier.S, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux, op.cit., p554.

[76] - C.C. n° 2003, DC.26-6-2003, Rec.P382, A.J.D.A, 2003, P1404.

-C.C. n°2008- 567, D.C, 24-7-2008, Rec. C.C, P341. A.J.D.A, 2008, P1516.

[77] - Lombard. F, op.cit, p55.

[78] - Delvolvé.P, op.cit, P975.

[79]– لقد تم تقنين ذلك للمرة الأولى بموجب قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي رقم 2004 -59 تاريخ 2004/6/17، وحين صدر تقنين عقود الشراء العام الجديد، وعد عقود الشراكة من قبيل عقود الشراء العام، بموجب أمر 23 /2015/7، أعاد تقنين ذلك، وأباح التحكيم في عقود الشراكة على أن يطبق القانون الفرنسي، وذلك في المادة 90 منه، راجع:

- Hoepffner.H. Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2016. P491

وقد تم الغاء تقنين 2015 وصدر بدلا عنه تقنين الطلب العام code de la commande publique بموجب الامر رقم 1074 تاريخ 11/26/ 2018 والذي اشترط تطبيق الفانون الفرنسي عند اللجوء الى التحكيم في منازعات عقود الشراكة، وذلك بموجب المادة L.2236-1 منه.

[80] - Braconnier.S, Arbitrage et contrats publics d'affaires, vers consécration d'un principe d'arbitrabilité, Mélanges du professeur Michel Guibal, Université Montpellier I, Montpellier, 2013, p335.

[81]- Braconnier.S, Ibid, p336.

[82] - Braconniers, Ibid., p336.

[83] -C.E, Ass. 6-6-1997, Aquarone, R.P206, A.J.D.A, 1997, 1997, P630.

[84] - Braconniers, op.cit., p337.

[85]- وقد عبر جانب من الفقه الفرنسي عن هذه الفكرة بشكل شامل، وذلك فيما يتعلق بعلاقة قواعد النظام العام بالتحكيم، وعلى أساس أن قواعد القانون العام تتكون في مجملها من أحكام تتعلق بالنظام العام، والتي لا تدخل عند التطبيق ضمن المجال الطبيعي للتحكيم.

-Lumaire.S, Arbitrage international, D, 2010, P2634.

[86] - C.E, 3-3-1989, Sté ARFA, Rec.p69, Concl. Guillaume, R.F.D. A, 1989, 619, Note.Pacteau.

[87] - Conseil d'Etat. Régler autrement les conflits, Les études du conseil d'Etat, 1993, P98.

[88] - Yolka.PH, Traité de droit administratif, Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz, Paris, 2011, T2, P623.

- Richer.L, Droit des contrats op.cit, p291.

[89] - Braconnier.S, op.cit., p336.

[90] - Hoepffner.H. op.cit., p499.

[91]- Yolka.PH, Traité de droit administratif, op.cit, p623.