خصوصية اتفاق التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية

أ.فهيمة مرزوقي
جامعة باجي مختار، عنابة

ملخص:

سنحاول من خلال هذه الدراسة البحث في مدى إمكانية تكييف المبادئ العامة التي تحكم اتفاق التحكيم مع الأسس العامة التي تقوم عليها العقود الإدارية، والتي من أهمها وجود شخص معنوي عام يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة كطرف فيها، كما سنسعى للكشف عن المزايا التي يمكن أن يستفيد منها هذا الأخير عند اختياره إبرام اتفاق التحكيم لحل منازعات عقوده الإدارية بدلا من رفع دعوى بشأنها أمام القضاء الإداري.

عنوان البحث والملخص باللغة الفرنسية:

la spécificité de la convention d'arbitrage relatif aux contrats administratifs

Résumé :

Nous allons essayer à travers cette étude, déterminer la possibilité d'adapter les principes généraux qui régissent la convention d'arbitrage avec les fondements qui caractérisent les contrats administratifs, notamment l'existence d'une personne publique qui poursuivant un but d'intérêt général, et nous allons détecter les avantages qui pourraient bénéficier ce dernier lorsqu'il choisit l'arbitrage pour régler les contentieux de ses contrats administratifs au lieu de déposer une requête devant le juge administratif.

مقدمة:

عادة ما يتأثر مفهوم التحكيم بنوعية العلاقة محل النزاع التي سيفصل فيها، حيث يكون تحكيما تجاريا مثلا إذا ما كان محل النزاع الذي أبرم اتفاق التحكيم لحله متعلق بعلاقة تجارية، ونفس الشيء بالنسبة للتحكيم المتعلق بالمنازعات الإدارية في الدول التي تجيزه، حيث يطلق عليه تحكيم إداري، رغم ما قد ترتبه هذه التسمية من آثار على اتفاق التحكيم، الذي يمثل جوهر نظام التحكيم، لاختلاف الأحكام التي تنظمه عن تلك التي تنظم العقود ذات الطابع الإداري.

حيث يخضع اتفاق التحكيم في تنظيمه كأصل عام لقواعد القانون الخاص باعتباره عقد مدني، في حين أن المنازعات الإدارية التي قد تكون محلا له تتعلق بعلاقات تحكمها قواعد القانون العام، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، وهو ما يعني أن الأثر القانوني لهذه التسمية لن يتوقف عند مجرد إعطاء وصف لنوع أو طبيعة المنازعة محل اتفاق التحكيم كما قد يرى البعض(1)، لأن هذا الوصف ستترتب عليه عدة نتائج وآثار بالنسبة لعملية التحكيم ككل ولاتفاق التحكيم بشكل خاص، لكون أحد أطرافه شخص معنوي عام يتمتع بالسيادة ويمثل سلطة عامة، فوصف أي علاقة أو نظام قانوني بأنه إداري سيجعله يخضع لأحكام وقواعد متميزة وغير مألوفة في القانون الخاص.

فقد يترتب على وصفنا لنظام التحكيم وبالتحديد لوسيلته المتمثلة في اتفاق التحكيم بأنه إداري إمكانية تأثر هذا الأخير بخصائص العقد الإداري ومميزاته من الناحيتين الشكلية والموضوعية أو على الأقل من إحداهما، وذلك على الرغم من أن معظم قوانين وتشريعات التحكيم الوطنية والدولية تقر بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كأحد أهم الآثار الإيجابية لهذا الاتفاق، وبالتالي قد يثير اختيار التحكيم كوسيلة للفصل في منازعات العقود الإدارية التساؤل حول مدى تأثير الطبيعة المتميزة لهذه الأخيرة على الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني لاتفاق التحكيم الذي يبرم لحل منازعاتها، فإلى أي مدى يمكن أن تتأثر طبيعة اتفاق التحكيم كعقد من عقود القانون الخاص بأسس وخصائص العقود الإدارية في القوانين التي تجيز إبرامه لحل منازعات هذا النوع من العقود؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنتعرض لاتفاق التحكيم وأهميته في مجال العقود الإدارية، من خلال تحديد مفهومه وتعداد المزايا والفوائد التي ستترتب للشخص المعنوي العام إذا ما اختار إبرامه، كما سنبين التكييف القانوني لاتفاق أو لعقد التحكيم عند تعلقه بعقد إداري انطلاقا من عرض

صوره ومدى إمكانية تأثرها بالطبيعة الإدارية للعقد الأصلي محل اتفاق التحكيم.

وعليه سنقسم دراستنا إلى مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول: أهمية الاتفاق على التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية

المبحث الأول: أهمية الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية

رغم نجاح الاتجاه المعارض والرافض للجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية إلى حد كبير في فرض منطقه[2]، بالنظر للمواقف التي تبنتها مختلف الأنظمة القانونية بخصوص هذه المسألة، فحتى تلك التي عارضته وأجازت الاتفاق على التحكيم في هذا النوع من المنازعات، ضيقت من نطاق هذه الإجازة وفرضت العديد من الشروط لإعمالها، بحيث تكون استثناء عن المبدأ العام وهو حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية، رغم ما قد يمكن تحققه الإدارة أو للشخص المعنوي العام من مكاسب عند اتفاقه على اللجوء للتحكيم لحل منازعات عقوده الإدارية، بالنظر للخصائص التي تميز هذا الاتفاق والامتيازات التي يمنحها لأطرافه.

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم la convention arbitrale

يعرف اتفاق التحكيم بأنه: "ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلا أو النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكمين بدلا من عرضه على قضاء الدولة"[3].

وعرفه المشرع المصري[4] بأنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[5].

وجاء في المادة 07 من القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته اليونسترال بأن اتفاق التحكيم هو:"اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد بالعقد أو في صورة اتفاق منفصل".

وبالتالي فاتفاق التحكيم حسب رأينا هو:"تراضي أطراف العلاقة القانونية على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لحل بعض أو كل النزاعات التي قد تنشأ بينهم أو القائمة فعلا بخصوص هذه العلاقة وفقا للأحكام التي قررها القانون في هذا الإطار".

المطلب الثاني: مبررات أو مزايا الاتفاق على التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية سنخصص هذا المطلب لتوضيح ما قد يحققه الاتفاق على اللجوء إلى

التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية من نتائج وآثار إيجابية للشخص المعنوي العام، للتقليل من الإشكالات التي تعترضه عند لجوئه للقضاء الرسمي لحل منازعات عقوده، والمتمثلة خاصة في طول مدة الفصل في النزاع، وفي قلة الخبرة بالعمل الإداري وخصوصيته لدى بعض الجهات التي تتولى الفصل فيها.

الفرع الأول: حرية الإدارة في إبرام اتفاق التحكيم وتحديد نطاقه

يمكن أن تساهم الحرية التي يتمتع بها عادة أطراف اتفاق التحكيم عند إبرامهم لاتفاقهم، في تحقيق العديد من المزايا للإدارة إذا ما اختارت اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات عقودها الإدارية، يمكن أن نجملها فيما يلي:

أولا: يترك المشرع كأصل عام الحرية لأطراف العلاقة القانونية لتنظيم اتفاق التحكيم في حدود ما يسمح به القانون، تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مع إمكانية تدخله لتنظيم بعض المسائل خاصة منها المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي يمكن للشخص المعنوي العام (الإدارة) إذا ما اختار اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات عقوده الإدارية، أن يشترط ما يراه مناسبا لضمان تحقيق أهدافه من اختيار هذه الآلية، وأن يُضمن العقد كل البنود والأحكام التي تحفظ له مكانته كسلطة عامة، وتضمن له تحقيق المصلحة العامة وأن يلزم بها الطرف المتعاقد معه سواء كان وطنيا أو أجنبيا، ويبقى لهذا الأخير الاختيار بين قبول هذه الشروط أو رفضها.

وفي حالة رفض المتعاقد مع الإدارة خاصة إذا ما كان مستثمرا أجنبيا قبول هذه الشروط، يمكن للإدارة أن تتراجع بدورها عن إبرام اتفاق التحكيم، ويترتب على ذلك بالنسبة لمشارطة التحكيم اضطرار المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء الرسمي لحل هذه المنازعة باعتباره الوسيلة الأصلية لحل النزاعات، أو أن يتخلى نهائيا عن إبرام العقد الأصلي في حالة شرط التحكيم، إذا ما كان هذا الأخير من الضمانات التي يشترطها المتعاقد مع الإدارة خاصة إذا ما كان أجنبيا لإبرام العقد، وفي هذه الحالة تقوم الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية بالاختيار بين التخلي عن شروطها أو التخلي عن عقدها مع المتعامل الأجنبي.

وهو ما يعني أن إبرام الشخص المعنوي العام لاتفاق التحكيم لا يختلف كثيرا عن الطريقة التي يبرم بها عادة عقوده ذات الطابع الإداري، وبالتالي فلا يوجد ما يمنع من أن يتعلق اتفاق التحكيم بعقد إداري أو أن يكون جزءا منه، لأن هذا الاتفاق لا يمثل بأي شكل من الأشكال مساسا بمكانة الإدارة ولا انتقاصا من سيادتها.

ثانيا: لم تفرض معظم قوانين التحكيم صياغة معينة لشرط التحكيم، واكتفت بالتأكيد على ضرورة أن تكون واضحة ولا مجال فيها للتأويل، وذلك لتسهيل

عمل المحكمين ولتسريع عملية التحكيم ككل، وبالتالي يستوي أن تتم صياغة شرط التحكيم من قبل أطراف العلاقة أنفسهم أو بتبنيهم لإحدى النماذج التي عادة ما تقترحها مراكز التحكيم[6] ولوائح التحكيم[7]، وهو ما يعني أن لأطراف العلاقة الحرية الكاملة في اختيار الصياغة التي يرونها مناسبة للدلالة على اختيارهم للتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لحل نزاعاتهم وفي تحديد المسائل التي يرغبون في تنظيمها ضمن هذا الاتفاق، طالما كان مضمونه غير مخالف للنظام العام[8].

وهو ما يمكن أن تستفيد منه الإدارة عند إبرامها لاتفاق التحكيم، من خلال تبني الصياغة التي تراها مناسبة لتحقيق أهدافها من اللجوء إلى التحكيم، ويمكنها من خلال هذه الصياغة أن تحدد كذلك نطاق الاتفاق على التحكيم بما يضمن لها عدم المساس بحقها في اللجوء إلى القضاء في المنازعات التي لا يشملها.

الفرع الثاني: المشاركة في تحديد المسائل المتعلقة بإجراءات الفصل في النزاع كأصل عام لا يتدخل الشخص المعنوي العام عند لجوئه إلى القضاء الرسمي لحل منازعات عقوده الإدارية في تحديد شروط وإجراءات الفصل في النزاع، بينما يختلف الأمر عند اختياره للتحكيم، لما يتمتع به أطراف اتفاق التحكيم من حرية في تنظيم الأمور التفصيلية وكل المسائل التي يعتبرونها مهمة في عملية التحكيم وضرورية لتسهيل تنفيذ اتفاق التحكيم مستقبلا، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولا: يتمتع القاضي بحرية الفصل في النزاع وفقا لما يراه مناسبا، وباختيار القانون والقواعد الواجبة التطبيق عليه، والتي قد تكون في بعض الأحيان غير ملائمة لطبيعة العقد الإداري، خاصة في ظل عدم اشتراط التخصص لدى قضاة نظام القضاء الإداري في الكثير من الدول التي تتبنى الازدواجية القضائية، بينما ستتمكن الإدارة من خلال اتفاق التحكيم من اختيار شخص (فرد أو هيئة) تثق فيه وبخبرته في المسائل الإدارية للفصل في نزاعها، كما يمكنها اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوعه وحتى على اتفاق التحكيم ذاته.

ومن هنا تظهر أهمية الخبرة l'expertise كميزة في نظام التحكيم يمكن أن تستفيد منها الإدارة، لذلك قد تشكل أداة جذب للأشخاص المعنوية العامة لتشجيعهم على اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم متى سمح القانون بذلك، خاصة بالنسبة للدول التي تبنت حديثا الازدواجية في نظامها القضائي كالجزائر مثلا لما تلاقيه من صعوبات لتكريس هذا النظام سواء بالنسبة للهياكل أو للمنظومة القانونية بما في ذلك تخصص القضاة.

فتبني الازدواجية القضائية يستلزم تكوين قضاة متخصصين في المجال الإداري يخضعون لأحكام ونظم مستقلة عن تلك التي يخضع لها قضاة القضاء العادي، الأمر الذي قد يحتاج إلى وقت طويل لتحقيقه وبالتالي يمكن أن يكون نظام التحكيم حلا بديلا ومؤقتا لبعض المنازعات الإدارية خاصة تلك المتعلقة بالعقود الإدارية، لأنها تتطلب في من يتولى الفصل فيها أن تكون له خبرة ودراية إدارية قد لا تتوفر في القضاة العاديين، وهو ما سيؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع، ويضمن صدور حكم يراعي خصوصية العقد الإداري والعمل الإداري بشكل عام.

ثانيا: يحتاج القضاء في أغلب الأحيان إلى مدة طويلة للفصل في النزاعات المعروضة عليه، الأمر الذي سيؤدي لا محالة إلى تعطيل نشاط الإدارة الذي تهدف من خلاله إلى تحقيق مصلحة عامة، بينما اختيارها للتحكيم، سيمكنها من تحديد مدة الفصل في النزاع بما يضمن لها استمرارية نشاطها وتحقيق أهدافها.

ثالثا: قد تكون المحكمة المختصة بالفصل في النزاع وفقا لقواعد الاختصاص الإقليمي بعيدة عن مقر وجود الشخص المعنوي العام، الأمر الذي سيشكل عبئا ماليا إضافيا عليه خاصة إذا ما كان مدعي وطالت مدة التقاضي، وهو ما يمكن أن تتفاداه الإدارة بإبرامها لاتفاق التحكيم، لأن هذا الأخير سيمكنها من اختيار المكان الذي تراه مناسبا لإجراء التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا[9]، بما يضمن لها توفير الوقت والجهد والمال.

رابعا: قد تؤدي علانية جلسات القضاء في منازعات العقود الإدارية إلى إلحاق أضرار بمصالح الإدارة بسبب احتمال إفشاء بعض أسرارها المهمة، وهو ما يمكنها تفاديه إذا ما اختارت التحكيم كبديل، من خلال اشتراطها لسرية الجلسات في اتفاق التحكيم، كما يمكنها اشتراط عدم نشر الحكم، وهو ما يمكن أن يتحقق لها حتى وإن لم تشترطه، لأنهما من المبادئ التي كرستها معظم قوانين التحكيم.

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية

يعتمد تحديد صور اتفاق التحكيم بالأساس على الوقت الذي أبرم فيه الاتفاق، وفي هذا الإطار نميز بين صورتين[10]، شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم، وبالتالي يتوجب على الشخص المعنوي العام عند اختياره اللجوء إلى التحكيم أن يختار إحدى هاتين الطريقتين لإبرام اتفاق التحكيم الذي يعلن من خلاله عن رغبته في اختيار نظام التحكيم كبديل عن القضاء الإداري لحل منازعات عقوده الإدارية، وسنحدد في هذا المبحث صورتي اتفاق التحكيم مع تبيين خصوصية كل منهما عند تعلقها بعقد إداري.

المطلب الأول: شرط التحكيم المتعلق بعقد إداري

لا تختلف الأحكام التي تنظم شرط التحكيم المتعلق بعقد إداري عن الأحكام العامة التي يخضع لها إبرام شرط التحكيم في العقود المدنية والتجارية أو العقود بشكل عام، لكن مع ذلك قد تؤثر فيه الطبيعة الإدارية للعقد محل النزاع في بعض النواحي.

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم La clause compromissoire

يعرف شرط التحكيم بأنه: "اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه ليفصل فيه بواسطة التحكيم، وقد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية أو في اتفاق لاحق"(11).

وبالتالي فشرط التحكيم، هو اتفاق سابق على وقوع النزاع، يتفق بموجبه أطراف العلاقة التعاقدية على حل النزاعات التي قد تنشأ بينهم مستقبلا عن طريق التحكيم، ويبقى لأطراف العلاقة الاختيار بين الاكتفاء بإدراج هذا الاتفاق في شكل شرط أو بند في العقد الأصلي أو بتنظيمه في عقد مستقل(12)، وهو ما يعني أن الميزة الأساسية لهذه الصورة من اتفاق التحكيم هي أن التوافق عليها يتم قبل قيام النزاع، سواء تم ذلك في العقد ذاته أو في عقد منفصل، وسواء تم إدراج هذا الشرط في أول العقد أو في آخره، حيث لا يهم موقعه(13) ولا كيفية إبرامه بقدر ما يهم وقت إبرامه.

وإلى جانب وقت إبرام شرط التحكيم تشترط أغلب تشريعات التحكيم ضرورة أن يكون الشرط واضحا، ولا يدع أي مجال للشك حول رغبة أطرافه في اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء الرسمي للفصل في نزاعهم(14)، كما قد تشترط على أطرافه التوافق صراحة على تعيين المحكمين الذين يتم اختيارهم للفصل في نزاعهم أو على الأقل تحديد طريقة تعيينهم، وذلك تحت طائلة البطلان(15)، وفيما عدا ذلك، يتمتع الأطراف بالحرية الكاملة في تنظيم ما يعتبرونه ضروريا من المسائل المتعلقة بعملية التحكيم والفصل في النزاع بما في ذلك اختيار الصياغة المناسبة لشرط التحكيم، وتحديد مكان إجراء التحكيم ومدته وغيرها من المسائل بشرط عدم مخالفتهم لأحكام النظام العام لدولة محل أو مكان إبرام الاتفاق.

الفرع الثاني: خصوصية شرط التحكيم المتعلق بعقد إداري

على عكس شرط التحكيم المتعلق بعقد مدني أو تجاري، تحظى الطريقة التي يتم بها إبرام شرط التحكيم المتعلق بعقد إداري حسب رأينا بأهمية بالغة، لأنها ستؤثر لا محالة على طبيعته القانونية، فإبرامه في صورة بند في العقد الأصلي ذو الطبيعة الإدارية، سيجعله جزءا لا يتجزأ من هذا الأخير، وسيكون من الصعب تفريقه عن بقية بنود وشروط العقد، ومن ثم سيصعب الجزم في هذه الحالة بمحافظته على الطابع المدني الذي عادة ما

يميز اتفاق التحكيم، في حين قد يكون الأمر مختلفا إذا ما تم إبرامه في شكل اتفاق منفصل عن العقد الأصلي.

المطلب الثاني: مشارطة التحكيم المتعلقة بعقد إداري

على غرار شرط التحكيم لا تختلف الأحكام القانونية التي تخضع لها مشارطة التحكيم المتعلقة بعقد إداري في تنظيمها عن تلك التي تحكمها في مختلف أنواع العقود، لكن هذا لا يمنع من تميزها ببعض الخصوصية التي يفرضها وجود شخص معنوي عام كطرف فيها وتعلق موضوعها بمنازعة ذات طابع إداري.

الفرع الأول: تعريف مشارطة التحكيم Le compromis:[16]

مشارطة التحكيم هي الصورة الثانية لاتفاق التحكيم، وهي:" اتفاق من الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم، يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المحكمين المختارين من قبلهم بدلا من عرض تلك المنازعة على المحكمة المختصة أصلا بنظرها"[17].

ومن خلال هذا التعريف يتجلى بوضوح الفرق بينها وبين شرط التحكيم، فرغم اشتراكهما في أنهما اتفاق على اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل عن القضاء لحل النزاعات، إلا أنهما يختلفان في كون المشارطة على عكس الشرط يتم إبرامها بعد قيام النزاع، حتى وإن كان هناك دعوى بشأنه أمام القضاء، طالما لم يصدر حكم نهائي في موضوعه، وهو ما يعني إمكانية إبرام مشارطة التحكيم في مرحلة المداولة، وفي مختلف درجات التقاضي بما في ذلك النقض[18].

وبمجرد إبرامها يتوقف القضاء وجوبا عن نظر النزاع وتسقط كل الأحكام غير النهائية التي صدرت بشأنه إلا إذا اتفق أطرافه على خلاف ذلك[19]، كما يمكن أن تبرم مشارطة التحكيم حتى في حالة وجود شرط تحكيم في العقد الأصلي، حيث لا يؤدي ذلك إلى إلغاء هذا الأخير إلا باتفاق أطراف النزاع[20].

وعلى غرار شرط التحكيم يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم بعض العناصر تحت طائلة البطلان، وهو ما اتفقت عليه مختلف قوانين التحكيم، وتتمثل أساسا في موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، كما يمكن لأطرافها أن ينظموا في اتفاقهم كل المسائل التي يعتبرونها مهمة لتنظيم عملية التحكيم.

الفرع الثاني: خصوصية مشارطة التحكيم المتعلقة بعقد إداري

ما يميز مشارطة التحكيم في العقد الإداري حسب رأينا إلى جانب كون أحد أطرافها شخص معنوي عام هو أن موضوعها يتعلق بنزاع إداري، الأمر الذي قد يؤثر على طبيعتها كاتفاق مدني وعلى الأحكام التي تنظمها،

وإمكانية اصطباغها بالصبغة الإدارية على الأقل بالنظر لأطرافها (من ناحية الشكل)، رغم أنه لا يمكننا أن نجزم بعدم إمكانية تحقق ذلك بالنظر لموضوعها، لأن محل المشارطة هو اختيار التحكيم لحل نزاع متعلق بعقد إداري، والهدف من ذلك سيكون لا محالة تحقيق مصلحة عامة، وإلا ما كان الشخص المعنوي العام ليترك القضاء الإداري وما يوفره له من ضمانات ليختار اللجوء إلى التحكيم دون أن يكون في ذلك مصلحة عامة يهدف إلى تحقيقها، كما أن مشارطة التحكيم المتعلقة بعقد إداري يمكن أن تتضمن شروطا استثنائية لمصلحة الشخص المعنوي العام طالما تم التوافق عليها مع الطرف الآخر.

وقد يصبغ اتفاق التحكيم بالصبغة الإدارية حتى دون النظر إلى أطرافه أو موضوعه، وذلك بالعودة لبعض الأحكام والمبادئ التي أقرها القضاء الإداري بالنسبة للعقود الإدارية، ومن ذلك إقرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 18 مايو 1968 بانسحاب صفة العقد الأصلي إلى العقد المكمل، بالنسبة للعقود المكملة للعقود الإدارية أو التي أبرمت لأجلها، وهذه الأخيرة تنطبق حسب رأينا على اتفاق التحكيم المتعلق بعقد إداري، حيث جاء فيه: "...ولقد قطع القضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد بأن هذا العقد المكمل تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به، وتعويله عليه وإذن فلا حاجة البتة إلى استظهار أركان العقد الإداري فيه"[(21)]، فرغم أن مضمون القرار الذي أصدرته المحكمة لا يتعلق مطلقا باتفاق التحكيم، إلا أنه لا يوجد حسب رأينا ما يمنع من تطبيق هذا المبدأ على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية لأنه يعتبر اتفاق متعلق بعقد إداري ومرتبط به.

لكن إضافة إلى الخصائص الإدارية التي يمكن أن تميز مشارطة التحكيم المتعلقة بعقد الإداري، إلا أنها مع ذلك تبقى محتفظة بخصائصها الذاتية باعتبارها عقد خاص أو مدني، خاصة فيما يتعلق بالمساواة بين أطرافها وخضوعها لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

خاتمة:

بعد استعراضنا للخصوصية التي يتميز بها اتفاق التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية، من خلال توضيحنا لما قد يحققه اللجوء إلى إبرامه لحل منازعات العقود الإدارية من نتائج وآثار إيجابية للشخص المعنوي العام للتقليل من الإشكالات التي تعترضه عند لجوئه للقضاء الرسمي (الإداري) لحل منازعات عقوده، والمتمثلة خاصة في طول مدة الفصل في النزاع، وفي قلة الخبرة بالعمل الإداري وخصوصيته، لدى بعض الجهات التي تتولى الفصل في منازعاته، وتوضيحنا لمدى تأثر صورتي اتفاق التحكيم (الشرط والمشارطة) بالطبيعة الإدارية للعقد الأصلي، يمكننا أن نستنتج الملاحظات التالية:

قد يكون التحكيم في بعض الأحيان ملائما للإدارة وخصوصية معاملاتها أكثر من القضاء الرسمي ذاته الذي لا يزال يشهد إلى يومنا هذا تنازعا في الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي في الدول التي تتبنى نظام الازدواجية القضائية على غرار الجزائر وفرنسا، الأمر الذي يجعل التحكيم الوسيلة المثالية لحل منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية متى سمح المشرع بذلك، خاصة وأن إبرام اتفاق التحكيم لن يؤثر على خصوصية هذه العقود، لأن أحكامه يمكن أن تتأقلم مع طبيعة العقد الإداري.

قد يشكل لجوء الإدارة أو الشخص المعنوي العام إلى إبرام اتفاق تحكيم، دعما لهذا الأخير في سعيه الدائم لتحقيق المصلحة العامة، إذا ما أحسن استغلال الامتيازات التي سيحصل عليها عند إبرامه لاتفاقيات التحكيم بخصوص منازعات العقود الإدارية.

_ أن اتفاق التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية سواء كان شرط أو مشارطة يشكل نوع متميز من العقود (صورة ثالثة)، تجمع بين خصائص عقود القانون العام وعقود القانون الخاص، لأنه يخضع لقواعد القانون العام ولقواعد القانون الخاص في نفس الوقت، ولكنه يتبع في تكييفه القانوني حسب رأينا العقد الأصلي الذي أبرم لأجله، خاصة وأن المشرع في تنظيمه لاتفاق التحكيم لم ينص على أنه عقد مدني، كما لم يشترط أن يكون كذلك، إضافة إلى أنه لم ينظم أحكامه مع بقية العقود المدنية المسماة التي تضمنها القانون المدني.

_ أن اتفاق التحكيم المتعلق بعقد إداري يمكن أن يصبغ بالصبغة الإدارية، باعتباره عقد مكمل للعقد الأصلي إذا ما طبقنا ما توصل إليه اجتهاد القضاء الإداري في مسألة العقود المكملة للعقد الإداري أو المتعلقة به، طالما أن

هذا الأمر لن يؤثر حسب رأينا على مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، التي تعد من أهم الآثار الايجابية لاتفاق التحكيم.

- وبالتالي فالاتفاق على التحكيم في العقد الإداري قد يوفر على الإدارة في بعض الأحيان الوقت والجهد والمال، لما يمنحه لها من امتيازات تتمثل خاصة في تمكينها بكل حرية من اختيار جهة لها خبرة في المسائل الإدارية للفصل في منازعات عقودها، وكذا في اختيار القواعد القانونية التي تتناسب مع موضوع النزاع ولا تمس بسيادة الدولة في ذات الوقت حتى وإن كانت قواعد أجنبية، إضافة إلى إمكانية تحديد مدة الفصل في النزاع ومكانه بما يضمن لها استمرارية نشاطها وعدم تعطيل مصالحها.

وبالتالي كان يتوجب على أنصار الاتجاه الرافض والمعادي للجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية، أن يحاولوا أولا البحث عن ما يمكن أن تحققه الإدارة من مكاسب إذا ما اختارت هذا النظام وما قد تخسره إذا لم تستغل ما يقدمه من مزايا لأطرافه لأنهم في هذه الحالة فقط يمكنهم حظر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية بدلا من القضاء الإداري، وسيكون رفضهم لها النظام مبررا ومقنعا.

الهوامش:

[1]- من بينهم،

_ د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992_1993، ص 21.

_ د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1999، ص 25.

_ د. نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003_2004 ص 21.

[2]_ حيث يحظر أغلب الفقهاء خاصة في فرنسا اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الإدارية بصفة عامة ومنازعات العقود الإدارية بصفة خاصة، ومن أهمهم الفقيه لافريير Laferrière، وذلك تماشيا مع موقف المشرع الفرنسي في هذه المسألة الذي تضمنته صراحة المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة 1972، ويرجع هذا المنع بالأساس إلى ما قد يشكله حسب رأيهم اختيار الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم كوسيلة لحل منازعاتها من مساس بسيادة الدولة.

_ Voir, L'article 2060/1 de La loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 portant le code civil français, Journal officiel du 9 juillet 1972.

_ وللتفصيل حول الحجج التي ساقها الاتجاه الرافض للجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم لحل منازعاتها الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية، راجع خاصة،

_ Edouard LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2e éd, Tome 2, Paris, 1896, p 146 et s.

_ Apostolos PATRIKIOS, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J, Paris, 1997, p 30 et s.

_ Jean RIVERO, Personnes morales de droit public et arbitrage, Revue de l'arbitrage 1973, p 268.

[3]- د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990، ص 93.

[4]- في حين اكتفى المشرع الجزائري بتعريف صور اتفاق التحكيم دون وضع تعريف له.

_ أنظر المادتين 1007 و1011 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد رقم 21، المؤرخة في 23 ابريل 2008.

[5]- أنظر المادة 1/10 من القانون رقم 1994/27 المؤرخ في 18 أبريل 1994 المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري، الجريدة الرسمية العدد 16 الصادرة في 21 أبريل 1994.

[6]- ومثال ذلك صياغة شرط التحكيم التي يقترحها مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة CACI التي جاءت على الشكل التالي:"جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة بواسطة محكم واحد أو ثلاثة محكمين معينين طبقا لنظام هذا المركز".

_ أنظر، الموقع الإلكتروني:

www.caci.dz

_ وكذا النموذج الذي اقترحته غرفة التجارة الدولية بباريس، الذي جاء فيه: "جميع المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به يتم الفصل فيها نهائيا وفقا لقواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية من خلال محكم أو أكثر يتم تعيينهم طبقا للقواعد المذكورة".

_ أنظر، قواعد التحكيم وقواعد الوساطة لغرفة التجارة الدولية، النافذة اعتبارا من 1 يناير 2012 بالنسبة للتحكيم ومن 1 يناير 2014 بالنسبة للوساطة منشورات غرفة التجارة الدولية، 2015، ص 70.

[7]- كالصياغة التي تقترحها قواعد الأونسيترال للتحكيم، والتي جاء فيها:" كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو بفسخه أو بطلانه تسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول جانبا".

_ أنظر، قواعد الأونسيترال للتحكيم، الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في صيغتها المنقحة عام 2010، بناءا على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22/65 بتاريخ 06 ديسمبر 2010، منشورات الأمم المتحدة نيويورك، أبريل 2011.

[8]- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 112.

[9]_ وهو ما أجازته المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

_ كما نصت عليه المادة 1/47 من قواعد التحكيم لمركز المصالحة والوساطة والتحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، وفقا لنظامه الجديد المصادق عليه في 7 يناير 2014، التي جاء فيها:" تحدد اتفاقية التحكيم مكان التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك أو تركوا حرية الاختيار للمحكمة".

[10]- وهناك صورة ثالثة لاتفاق التحكيم تتمثل في "التحكيم بالإحالة"، لكنها ليست محل إجماع بين المشرعين عكس الصورتين التقليديتين، والتحكيم بالإحالة عبارة عن شرط يتضمنه العقد الأصلي لا يشترط صراحة التحكيم، وإنما يحيل إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، وعادة ما تتم الإحالة إلى عقد نموذجي في مجال التجارة الدولية.

_للتفصيل حول هذه الصورة لاتفاق التحكيم وشروطها، راجع خاصة،

- د. ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الرابعة والأربعون، يناير 2002 ص 413 وما بعدها.

_ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 97 وما بعدها.

[11]- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 934.

_ وعرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

[12]- أنظر في هذا المعنى، د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2011، ص 63.

[13]- د. محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2001، ص 69.

[14]- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 93.

[15]- وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[16]- ويطلق عليها المشرع الجزائري اصطلاح "اتفاق التحكيم"، وقد نظم بعض أحكامه بشكل منفصل ومستقل عن شرط التحكيم، وذلك في المواد من 1011 إلى 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[17]- د. عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص 124.

_ وعرفها المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنها:" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم".

[18]- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 1996، ص 210.

_ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 94، 103.

_ وهو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث سمح لأطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم لحل نزاعهم حتى في حالة وجود دعوى مرفوعة بشأنه أمام القضاء وجاري الفصل فيها، ما دام لم يصدر حكم نهائي في موضوعها.

[19]- أنظر في هذا المعنى، د. عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص 126.

[20]- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 103.

[21]- أشار إليه، د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 98.