التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا

إعداد

المحامي احمد الحمصي

دكتور في الحقوق

تدقيق

الأستاذ الدكتور المحامي زهير الحرح

رئيس قسم القانون الخاص–جامعة دمشق

التحكيم في العقود الإدارة الفرنسية

تمهيدوتقسيم

تعد فرنسا هي مهد القانون الإداري، وتعد نظريات العقود الإدارية هي أهم نظريات هذا القانون و التي تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء الفرنسي مع بعض التدخلات التشريعية لتنظيم جوانب بهذه العقود مثل عقود الأشغال العامة وعقود الالتزام وعقود التوريد فضلاً عن طرق التعاقد و إجراءاته

.المبحث الأول: تعريف التحكيم

.المبحث الثاني: حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

المبحث الثالث: الإستثناءات الواردة على هذا الحظر

المبحث الأول: تعريف التحكيم

تعاظم دور التحكيم فى الآونة الأخيرة وأصبح وسيلة معتادة ومفضلة يلجا إليها المستثمرين ل منازعاتهم العادية منها والادارية على حد سواء نظراً لمزاياه المتعددة والتى لا تتوافر فى القضاء الوطنى كالسرية والسرعة، وقد صادف التحكيم تدور حول مفهوم واحد و هو أنه أسلوب لفضالمنازعات ملزم لأطرافها، و يبنى على اختيار الحصوم !ارادقم أفراداً عادسلنن للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع . أما التحكيم في عقود البوت بانه " هو اتفاق بين الاطراف على حل المنزاعات التي تنشا بينهم بالتحكيم "انهما على جهة خاصة– بدلاً من القضاء– لتفصل بينهما في كل أو بفض منازعتهم بمقتضى حكم تحكيمي منه للخصومة بينهما

المبحث الثاني

حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية

و التحكيم في فرنسا

تبنى المشرع الفرنسي في بداية الأمر موقفاً متشدداً من مسالة التحكيم في مجال العقود الإدارية و تجلى هذا الموقف في نص المادتين **83**، **1004** من قانون المرافعات المدنية الفرنسية و الصادر في عام **1806** باعتبارهما يمثلان الأساس التشريعي لهذا الحظر. فقد تضمنت المادة **1004** النص على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون إبلاغها للنيابة العامة، و قد حددت المادة **83** /د المنازعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشانها و هي تلك التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة غير أنه و بمقتضى قانون **5** يوليه **1972** تم إلغاء المادة **1004** و حلت محلها المادة **2060** من القانون المدفي و التي بمقتضاها لا يمكن الاتفاق على التحكيم في المسائل اط لة و الأهلية و المسائل المتعلقة بالطلاق و الانفصال الجسدي و المسائل التي تمس النظام

العام

. كما نص المشرع الفرنسي **206** و إعمالاً لنص المادة **2060** الفقرة الأولى يكون المبدأ العام هو حظر كذلك في المادة على بطلان شرط التحكيم إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك اللجوء إلى التحكيم و فيما مخالفته البطلان الذي قد يصيب شرط التحكيم أو .يتعلق بالمنازعات الإدارية و أن هذا الحظر يترتب على مشارطة التحكيم و هو بطلان يتعلق بالنظام العام و على ذلك فإنه يمكن القول أن المبدأ العام هو حظر

التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أساس المبدأ

أولاً: يجد هذا المبدأ أساسه في المادتين **83**، **1004** من قانون المرافعات المدنية و التي حلت بديلاً عنهما المادة **2060/1** من القانون المدني الجديد

ذهب البعض لى القول بان مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية و منها بالطبع منازعات العقود الإدارية يعد من المبادى العامة للقانون و التي يطبقها القضاء الإداري في اعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية و التي يتعين على جهة الإدارة الالتزام

ثانياً: المبادى العامة للقانون

ذهب البعض إلى القول بان مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية و منها بالطبع منازعات العقود الإدارية يعد من المبادى العامة للقانون و التي يطبقها القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية و التي يتعين على جهة الإدارة الالتزام بها

ثالثاً: مبدأ الفصل بين السلطات

ذهب جانب من الفقه إلى القول بان حظر التحكيم في مجال المنازعات الإدارية إنما يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات خاصة بين السلطتين القضائية و التنفيذية و الذي يعد من أهم المبادى القانونية و الذي بمقتضاه يتعين أن يتولى الفصل في المنازعات الإدارية قاضى القانون العام و على ذلك !ان إباحة التحكيم في مجال المنازعات الإدارية خاصة العقود يمثل اعتداءً على اختصاص مجلس الدولة و اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات

رابعاً: فكرة النظام العام كاساس لحظر التحكيم في مجال المنازعات الإدارية.

ذهب جانب أخر من الفقه إلى القول بان حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إنما بجد أساسه في فكرة النظام العام باعتبار أن المنازعات الإدارية عموماً ومن بينها منازعات العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام و تعمل على تحقيق المصلحة العامة و بالتالط فلا يجوز التحكيم فيها موقف القضاء من مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية. اختلف موقف القضاء من مبدأ حظر اللجوء للتحكيم في مجال العقود الإدارية سواءً في ذلك القضاء العادي أم مجلس الدولة.

(أ): موقف القضاء العادي.

لم يسلم القضاء العادي الفرنسي بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية على إطلاقه، فالمؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج شرط التحكيم في تعاملاتها الدولية، فاذا كان القضاء العادي يتفق مع مجلس الدولة في عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا بناء على نص صريح يسمح بذلك أو بناء على اتفاقية دولية معمول فاذا في فرنسا بيد أن القضاء العادي يختلف مع مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصفة الدولية و التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها!اذا كان مجلس الدولة لا يجيز لها اللجوء إلى التحكيم إلا أن القضاء العادي على خلاف ذلك.

و من ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في **10** أبريل سنة **1975** من أن " تحريم التحكيم الإداري يقتصر على عقود القانون الداخلي و لا ينطبق عدى العقود ذات الطابع الدولي و أنه يستفاد من عبارات المادة **1004** من قانون المرافعات المدنية أن تحريم التحكيم بالنسبة للهيئات العامة يستند فقط على الحصا نة الخاصة التي يستفيد منها لدى القضاء الفرنسي، و أن الدولة تستطيع أن تتنازل مقدماً عن هذه الحط نة و ذلك بقبول اختصاص القضاء الأجنبي، و عديه فان التحريم المستفاد من المادة **1004** لا يتعدق بالنظام العام الدولي. وفي حكم حديث نسبياً ذهبت محكمة استئناف باريس في **24** نوفمبر **1994** إلى القول بان " يقتصر تحريم لجوء الدولة إلى اتفاق التحكيم على العقود ذات النظام الداخلي و بالتالي فلا تيعلق بالعقود ذات الطابع الدولي وأنه لصحة مشارطة التحكيم التي يتضمنها عقد فانه يكفى التدليل على وجود عقد دولي يفى باحتياجات التجارة الدولية وفقاً للشروط المتفقة مع أعراف التجارة الدولية وفى حكم أخر ذهبت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ **13** يونيو **1996** إلى القول بان " الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم و أيا كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية و لا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي (**23**) كما أكدت هذا الاتجاه أيضاً محكمة النقض في العديد من أحكامها ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر في **14** أبريل **1964** و الذي أكدت فيه أن " التحريم الناتج عن المادتين **4،83 0 0 1** من قانون المرافعات المدنية يتعدق فقط بالنظام العام الداخلي و لا يتعدق بالنظام العام الدولي. وبالتالي فان المؤسسات العامة تستطيع كاي متعاقد خاص أن يرم اتفاق تحكيم و عندها ياخذ العقد طابع العقد الدولط... ."

وهكذا اتضح موقف القضاء العادي سواء في ذلك محكمة الاستئناف أو محكمة النقض في إجازقها التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية لاعتبارات

الصالح العام ومقتضيات التجارة الدولية ونزولاً على أعراف تلك التجارة، إلا أن موقف مجلس الدولة الفرنسي كان واضحاً وصريحاً في رفضالتحكيم في مجال العقود الادارية

(ب): موقف مجلس الدولة

تبنى مجلس الدولة موقفاً متشدداً من مسالة التحكيم في مجال المنازعات

الإدارية ومنها بالطبع العقود الإدارية، وقد تجلى هذا الموقف في العديد من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة منذ بداية القرن التاسع عشر الميلادي و الذي تبنى فيه المجلس مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في

مجال المنازعات الإداريةْ واستمر هذا الموقف الرافض للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية حتى في القرن العشرين وفي حكمه الصادر في عام **1936** واظ ص بمدينةBOULLOGNE حيث قرر المجلس أن المدينة ليست لها صفة لإبرام اتفاق التحكيم وذلك استنادا إلى نص المادتين **83**، **1004** من
قانون المرافعات المدنية القديمة .

وفى عام **1986** وفى **6** مارس أرادت فرنسا إنشاء مدينة ملاهي على شاكلة (ديزني لاند) الأمريكية في هذا العام تعاقدت مع شركة أمريكية لتنفذ تلك المدينة إلا أن الشركة الأمريكية أصرت على تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي يمكن أن تنشا بينهما مما أدى إلى عرض الأمر على مجلس الدولة للتاكد من مدى صحة مشارطة التحكيم في هذا العقد فاصدر مجلس الدولة في جمعيته العمومية رأيه قائلاً " أنه ووفقاً للمبادى العامة للقانون العام في فرنسا و التي أكدتها نصوص الفقرة الأولى من المادة **2060** من القانون المدني أنه– ما لم توجد استثناءات تستند إلى نصوص اتفاقية دولية يقررها ويتضمنها النظام القانوفي الداخلي – فإن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن تتحرر من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطنى بان تعهد إلى محكم حل المنازعات التي تكون طرفاً فيها وترتبط بعلاقات النظام القانوني الداخلي " ويعد هذا المبدأ مبدأً عاماَ ويتعلق بكا فة الأشخاص العامة أياً كانت المنازعات التي تكون طرفاً فيها.

وفى **3** مارس عام **1989** مد المجلس هذا الحظر إلى تلك العقود الإدارية
و التي يكون طرفاها أشخاصاً خاصة حيث طرح على مجلس الدولة عقد أشغال عامة مبرم بين شخصين خاصين ولكن ذا طبيعة إدارية وقد ورد في أحد بنوده نصاً يقتضي بإمكانية فض المنازعات التي يمكن أن تثار بينهما عن طريق التحكيم إلا أن المجلس
ذهب إلى القول بانه " بمقتضى المادة **2061** من القانون المدني " تكون مشارطة التحكيم باطلة إذا لم ينص على خلاف ذلك " كما أنه لا يوجد أي نص تشريعي يُجيز لأطراف عقد الأشغال العامة أن يدرجوا مثل هذا الشرط في هذا العقد الأمر الذي يستفاد منه أن الشروط التي تضمنتها المادة **17** من العقد المبرم من جانب الشركة صاحبة الالتزام ومجموعة شركات المقاولات تكون غير مشروعة " وبمقتضى هذا الحكم وكما ذهب إلى ذلك بعض الفقه أهمل مجلس الدولة المعيار التقليدي العضوي لتحريم التحكيم وأخذ بدلاَ منه معياراً مادياً، فقد ذهب الأستاذ +.+ !اأ.+ !د!طه س! إلى أن القضاء قد استخدم معياراً مادياً و قرر أن مشارطة التحكيم تكون ممنوعة في كافة العقود التي تدخل في اختصاص القاضي الإداري حتى لو كانت

هذه العقود مبرمة بين أشخاص خاصة ".

التحكيم في مجال المنازعات الإدارية حتى لو كان طرفا المنازعة من أشخاص القانون الخا ص طالما كان القاضي الإداري هو المختص بنظر المنازعة و إزاء هذا التشدد في موقف مجلس الدولة وكذلك الاختلاف الكبير بين موقفه وموقف القضاء العادي سواء محكمة الاستئناف أو محكمة النقض كان ذلك مدعاة للمشرع الفرنسي أن يتدخل ليضيق من نطاق تطبيق القاعدة التي يتمسك بها مجلس الدولة بشان عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ويحسم التناقض القضائي بين القضاء العادي ومجلس الدولة ويورد بعض الإستثناءات على هذا المبدأ بنصوص تشريعية واضحة وهذا ما سوف تناوله في الفرع الثاني

المبحث الثالث

الإستثناءات الواردة على مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في

إذا كانت القاعدة العامة في التشريع الفرنسي هو حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، بيد أن هذه القاعدة يرد عليها عدة استثناءات تشريعية يمكننا أن نتعرض إليها بشيء من التفصيل على النحو الأتي

أولا: التحكيم المنصوص عليه لبعض طوائف المنازعات الإدارية.

نص المشرع استثناءً من مبدأ التحريم الذي أقامه القضاء الإداري على جواز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لبعض طوائف المنازعات الإدارية على النحو الأتي:

(أ): المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد قانون **17** أبريل **1906**،.

. Pour la liquidation de leurs depense de travaux publics et de fournitures.

يعد هذا الاستثناء هو الأول و الأكثر قدما وقد تم تقريره بالمادة **69** من قانون **17** أبريل **1906** والذى أجاز التحكيم وفقاً لأحكام الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية الفرنسية لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات و التي قد تبرمها الدولةL' ETAT والمديرات les communes والمحليات les department وقد أعتبر مجلس الدولة هذا التعداد على سبيل الحصر ومن ثم استبعد من نطاق تطبيق المشروع العام.

وقد أدرج المشرع الفرنسي هذا الاستثناء بمقتضى قانون الأشغال العامة الجديد، c o dedesmarches public **4** ع **04**، في المواد **132**، **247**، **361** وقد تطلب المشرع لجواز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة ضرورة صدور مرسوم بذلك من مجلس الوزراء مصدقاً عليه من الوزير المختص ووزير المالية أما التحكيم الخاص

بعقود المديرات " Departements فيجب أن يناقش مجلس المديرات التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص أما بالنسبة لعقود البلديات فيجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة

(ب): المنازعات المتعلقة بالنقابات المشتركة والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية والمر اكز الحضرية.

Les syndicats mixtes, les établissements publics departementaux et communaux, et les districts urbains.

وسع مرسوم **25** يوليو سنة **1960** من نطاق تطبيق قانون **17** أبريل **906** أو أضاف إليه كل من النقابات المشتركة و المراكز الحضرية، و المؤسسات العامة الإقليمية و البلدية و سمح لهم باللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بعقودهم.

(ب): منازعات بعفالعقود التي تبرم مع شركات أجنبية بمقتضى القانون الصادر في **19** أغسطس **1986**

على أثر الحكم الذي أصدره مجلس الدولة في **6** مارس **1986** و السابق الإشارة إليه و snefانشاء الحكومة الفرنسية مدينة ملاهي على شاكلة (ديزني لاند) الأمريكية و انتهى فيه إلى عدم إمكانية الحكومة الفرنسية إبرام شرط تحكيمي حيث رأى المجلس أن العقد المقترح بين الدولة الفرنسية و شركة و آلت ديزني بغرض إنشاء مدينة ملاهي يتعلق بالنظام العام الداخلي و لا يدخل في إطار أي نص تشريعي يجيز التحكيم استثناءً كما أنه أيضاً لا ينطبق عليه اتفاقية واشنطن الخا صة بالاستثمار بين الدولة و رعايا دولة أخري لكل ذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي إقرار شرط التحكيم في العقد واعتبره محالفاً للنظام العام، و أمام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم تدخل المشرع و إصدار قانون **19** أغسطس **1986** م. و الذي أجاز بمقتضاه للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة قبول شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة في شركات أجنبية استثناء من أحكام المادة **2060** من القانون المدفي الفرنسي.

ثانياً: التحكيم المنصوص عليه لمنازعات بعض الأشخاص العامة:

أ- المنازعات الخاصة بطائفة المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي.

أصدر المشرع القانون رقم **9** يوليو **1975** وأجاز بمقتضى المادة السابعة منه

أن يكون " للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري اللجوء إلى التحكيم و بمقتضى مرسوم

يحدد ذلك ".

وقد صدر بالفعل حديثاً مرسوم **8** يناير **2002** م و الذي يقضى بانه يسمح بالتحكيم للمؤسسات العامة المشار إليها في المادة **146** من قانون المناجم والمادتين الثانية والثالثة من قانون **18** أبريل **1946**.

التحكيم الخاص هيئة السكك الحديدية **snef** بمقتضى نص المادة **25** من قا نون **30** ديسمبر **1982** م.

تم إنشاء الشركة القومية لحطوط السكك الحديدية **3** ع **!3** عام **1 973** في شكل شركة تجارية يكون لها مكنة اللجوء إلى التحكيم وعندما تحولت هذه الشركة إلى مؤسسة عامة صناعية وتجارية بمقتضى القانون المذكور، نصت المادة **25** منه على إمكانية لجوء هذه المؤسسة للتحكيم استثناءً من نص المادة **2060** ويشمل نطاق هذا الاستثناء كافة المنازعات التعاقدية وغير التعاقدية سواءً بالنسبة للعقود الإدارية أو العقود الأخرى التي تبرمها هذه المؤسسة بوصفها شخص عادى.

ب- المؤسسات التى تساهم في مجال التعليم العالي بمقتضى قانون رقم **587** لسنة **1999** م.

أجازت المادة الثانية من القانون المذكور والصادر في **12/7/1999** للمؤسسات التي تعمل في مجال البحث العلمي والتعليم العالط اللجوء إلى التحكيم حيث يجوز لهذه المؤسسات أن تلجا إلى الصلح المنظم في المادة **2044** من التقنين المدني وكذلك اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تنشا عن تنفيذ العقود المبرمة مع مؤسسات أجنبية

د- هيئة الاتصالات الفرنسية بمقتضى قانون **2** يوليو **1990+3**

ذات شخصية معنوية متميزة عن شخصية الدولة وتحولت إلى مؤسسة عامه وقد سمح هذا القانون بمقتضى المادة **28** منه لهذه الهيئة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشا عن العقود التي تبرمها مع الغر وتجدر الإشارة إلى تماثل صياغة قانون **1990** واظ ص بالبريد و الاتصالات مع قانون **30** ديسمبر **1982** والخاص بالسكك الحديدية **3**، **!3**. فشركة السكك الحديدية كانت تستطيع باعتبارها شركة مساهمة اللجوء إلى التحكيم ومع تحولها إلى مؤسسة عامة نص المشرع صراحة على احتفاظهابهذه الإمكانية أما بالنسبة للبريد فالوضع نحتلف فهو لا يعتبر شركات تجارية تحولت إلى مؤسسات عامة و إنما إدارات مركزية ذلت شخصية معنوية متميزه عن شخصية الدولة وتحولت إلى مؤسسة عامة

مبررات التحكيم الاداري

ماهية التحكيم ومبرراته ومدى جوازه في عقود الدولة

أولا– ماهية التحكيم:

قيل بعديد من التعريفات للتحكيم، لا تتسع الدراسة لاستعراضها، ومن ثم نكتفي ايراد هذا التعريف الذي يحدد جوهر فكرة التحكيم ببساطة ووضوح فنقول إن التحكيم هو طريق اتفاقي لتسوية المنازعات يخرج بمقتضاه الزاع من ولاية قضاء الدولة، ويعهد به إلى فرد أو هيئة للفصل فيه بحكم ملزم للطرفين. فهذا التعريف يبرز، في نظرنا، العناصر الأساسية للتحكيم، من حيث كونه ينشا باتفاق الأطراف، ويهدف إلى تسوية منازعاقم، وينتهي بصدور حكم ينهي الحصومة بين الأطراف، ويلتزم هؤلاء جميعا بالنزول على مقتضاه طوعا، وإلا جاز إرغام من يمتنع منهم على ذلك جبرا. والتحكيم بمفهومه السابق ليس وليد اليوم، بل هو نظام يضرب بجذوره في أعماق التاريخ، حيث عرفته المجتمعات القديمة، وكان بمثابة الأساس الذي شيد عليه نظام القضاء بعد ظهور نظام الدولة، ثم أصبح صنوه الملازم له، أو الطريق الموازي له، في كافة النظم الحديثة، وذلك لما يرر ذلك من أسانيد عديدة نستعرضها فيما يلي.

ثانيا– مبررات وجود التحكيم في العلاقات اظ صة واستمراره صنوا للقضاء في المجتمعات المعاصرة:

قد يقول قائل إذا كان التحكيم قد ظهر فيما قبل ظهور الدولة، فقد كان لذلك ما يرره، من حيث عدم وجود سلطة مركزية تتولى تحقيق العدالة في ربوع البلاد، فلم يعد لهذا النظام من مبرر بعد ظهور الدولة وما استتبعه ذلك من احتكارها ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على إقليمها.

بيد أن هذا القول ليس دقيقا، إذ أن هناك مبررات جدية وحجج قوية بررت، ومازالت، أن يظل التحكيم في العلاقات اظ صة إلى جوار قضاء الدولة، من ذلك: أ– التحكيم ضرورة لتخفيف العبء عن المحاكم:

بات التحكيم بوصفه طريقا اتفاقيا لتسوية المنازعات يمثل نظاما لا غناء عنه في الوقت الحاضر، حيث أصبح " من الضروري تخفيف العبء عن كاهل الجهات القضائية في الدولة، في وقت ازدادت فيه مشاكل الناس، وتنوعت فيه خصوماقم، وتعقدت وتشابكت مصالحهم... خاصة إذا علمنا أن أهم ما يعوق تحقيق العدل والاستقرار، هو بطء إجراءات التقاضي، نتيجة لزيادة عدد القضايا زيادة مضطردة، يوما بعد أخر، زيادة لا تقابلها، وبنفس الحجم، زيادة في عدد القضاة وتصبح إجازة التحكيم في قطاع عريفمن المنازعات

علاجا ناجحا لهذه ا لظاهر ة "

2- مبررات تقتضيها مصالح الأطراف:

عديدة تلك هي الحجج التي تدفع أطراف العلاقات اظ صة إلى اللجوء إلى التحكيم ، بل وتفضيله على القضاء العادي، منها:

أ) التحكيم يمكن الأطراف من تسوية نزاعهم بطريقة سريعة وفعالة ويمثل اقتصادا في الوقت والجهد والمصروفات:

وبهذه الميزة يتسنى للمحتكمين تجنب عيوب قضاء الدولة وما تتسم به إجراءاته من بطء، وتعقيد، وما يميز التقاضي أمامه من شطط في الحصومة ولدد فيها، وما تستغرقه مراحل نظر الدعوى وطرق الطعن في الأحكام، وتقديم إشكالات التنفيذ، وما يستلزمه كل ذلك من وقت وجهد ومصروفات، الأمر الذي يستتبع حتما طول أمد الزاع، فيحصل صاحب الحق على حقه بعد أن يكون قد فقد قيمته، هذا إذا كان من المحظوظين، وإلا قد يكون من نصيب ورثته بعد أن يفارق الحياة كمدا على ما حاق به من أضرار نتيجة لعدم تمكنه من الحصول على حقه في وقت معقول. ويمكن أن يقدم التحكيم علاجا ناجحا للمثالب السابقة، إذ عادة ما يكون المحكم متفرغا للفصل في الزاع محل التحكيم، كما يخول التحكيم للأطراف مكنة الاتفاق مقدما على إجراءات سريعة، ووقت محدد يجب أن يصدر حكم المحكم خلاله.

ب) التحكيم يحافظ على سرية معاملات الأطراف:

وفضلا عما تقدم فيستطيع الأطراف عن طريق التحكيم الحفا ظ على سرية معاملاتهم، لا سيما المعاملات التجارية، ويتمكنوا بذلك من عدم كشف أسرارهم المهنية وعدم الإفصاح عن مراكزهم المالية، حيث يجوز لهم الاتفاق على جعل جلسات التحكيم، كلها أو بعضها، سرية. وهو ما لا يتسنى لهم فعله أمام قضاء

الدولة، فيكون أمام صاحب الحق منهم خيارين كلاهما مر: إما أن يرفع دعواه إلى القضاء مع ما يترتب على ذلك من كشف أسرارهم الفنية والمهنية، وإما أن يرضى بالضيم ويعزف عن ولوج طريق قضاء الدولة مع ما يترتب على ذلك من ضياع لحقوقه وإهدار لها

ج) التحكيم يكفل عرض المنازعة على محكم متخصص في نوعية النشاط الذي

تنتمي إليه الحصومة محل التحكيم: فلقد أفرزت التطورات التقنية الهائلة العديد من المعاملات التي تنتظم كثرا من المسائل الفنية والعلمية الدقيقة، والتى يصعب على القاضي العادي، بالنظر إلى تكوينه القانوني، الإحاط تبها ا، فلا يجد معه مناصا من الاستعانة بخبير فني يستجلي منه هذه المسائل، مع ما يستتبعه ذلك من وقت وجهد ومصروفات وتاخر الفصل في القضية. وياقي التحكيم ليجنب الأطراف هذه المساوى، حيث غالبا ما يعرض نزاعهم على على محكم متمرس ومتخصص في موضوع المنازعة محل التحكيم فيكون ذلك

أدعى إلى أن يصدر فيها حكما عادلا وفعالا.

د) التحكيم يشجع التسوية الودية ويبقي على الاتصال بين الأطراف:

فالثابت أن التحكيم يساعد الأطراف " على تجاوز خلافاقم طمعا في مواصلة التعاون بينهم تحقيقا لمصالحهم المشتركة، ويرهن على ذلك أمران: الأول، قيئة الظروف أمام الطرفين لتسوية منازعاتهم وديا، بدعوقم للتفاوض حول تلك التسوية، وفي حالة تمامها تتولى هبئة التحكيم إثباقا في محاضرها وإصدار حكم !ا. والثافي حسم النزاع بوسيلة ترضي الطرفين " الأمر الذي قد يجعل حكم التحكيم مهيئا السبيل أمام الطرفين لاستمرار تواصلهم، أو معاودة هذا التواصل مما يحقق مصالحهم المشتركة.

وبعد استعراض الأسانيد السابقة يثور التساؤل الآَقي:

مدى جواز التحكيم في عقود الدولة:

نظرا لقوة الأسانيد السابقة ومنطقيتها، فقد قل أن يوجد من يماري فيها، أو يشكك في جدواها وواجهتها، طالما تعلق الأمر بالتحكيم في العلاقات اظ صة، داخلية كانت أم دولية

بيد أنه إذا تعلق الأمر بعلاقة قانونية تكون الدولة، أو أحد أجهزقا العامة، طرفا فيها بوصفها صاحبة سيادة وسلطان، فقد اشتد الحلاف، وصخب الجدل، وحمي وطيس مقارعة الحجج ببعضها، حيث تفرق الرأي بصددها إلى اتجاهات ثلالة: أولها يرى جواز التحكيم في علاقات القانون العام واظ ص على السواء، وثانيها بين الرأيين السابقين، وذلك على النحو التالى:

الاتجاه الأول– جواز التحكيم في علاقات القانون العام والخا ص على السواء: ردد هذا الاتجاه الحجج التى سيقت لتبرير التحكيم بصفة عامة، والسابق بيان أهمها، وذلك استنادا إلى أن الحجج السابقة تبرر أيضا القول بجواز التحكيم في عقود الدولة، وزاد عليها بعض الحجج التى أهمها الحجة التالية:

أ– القول بجواز التحكيم في عقود الدولة تقتضية سياسة تشجيع الاستثمار وضرورات التنمية الاقتصادية:

حيث استند هذا الاتجاه إلى أن الواقع العملي يشهد بان كافة الدول تتبارى فيما بينها على جذب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية إليها؟ وذلك نزولا على ضرورات التنمية الاقتصادية. وحتى تدرك الدول هذه الغاية وتنجح في هذه السياسة كان يتعين عليها أن تسمح بتسوية منازعات الاستثمار، والتنمية الاقتصادية بصفة عامة، عن طريق التحكيم؟ وذلك لأن المستمرين عادة ما يتخوفون من عرض منازعاتهم على القضاء الوطنى في الدولة المضيفة خشية تحيزه لدولته؟ لافتقاده– من وجهة نظرهم– إلى الاستقلال في مواجهة

السلطة التنفيذية في الدولة، ويفضلون عادة تسوية منازعاقم عن طريق التحكيم لما فيه من ضمانة هامة تدعوهم إلى الاطمئنان وتبث في نفوسهم الثقة. بل لقد وصل البعض إلى حد أن يقرر أن التحكيم " قد أصبح واقعا يفرض نفسه كشرط حتمي لبقاء الدولة في المنظومة الاقتصادية الدولية ". وهو ما يعنى أنه إذا ما تلكمات دولة ما في قبول هذا الشرط الحتمي فسيترتب على ذلك الإلقاء بها خارج ما دعاه هذا البعض بالمنظومة الاقتصادية الدولية.

وقد كرست اتفاقية واشنطن التي أنشات المركز الدولط لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى هذا الاتجاه وكان عمادها في ذلك الحجة التي نحن بصددها.

ويبدو لنا أن الحجة السابقة ليست سليمة على إطلاقها، وذلك لأن المنفعة من الاستثمار هي منفعة متبادلة بين الدولة والشركات الاستثمارية ولا تصب في صالح أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر، بمعنى أنه إذا كانت الاستثمارات الأجنبية ضرورية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول المضيفة، لا سيما الدول النامية، فان ذلك يقابله حاجة رؤوس الأموال الأجنبية إلى العمل في تلك الدول وفتح أسواق وآفاق جديدة لاستثماراقا. بما يعنى أنه إذا ما أصرت الدولة على أن تضمن عقود الاستثمار مع الشركات الأجنبية شروطا تحافظ على مصالحها وتحفظ مصالح رعاياها، ولا تغفل المصالح المشروعة للشركات الاستثمارية فلن تمانع هذه الشركات في الاستثمار لديها كما يشهد بذلك الواقع العملي.

الاتجاه الثاني- حصر جواز التحكيم في مجال علاقات القانون الخاص:

على عكس الاتجاه السابق يرى الاتجاه الماثل أن الحجج التي سيقت لتبرير التحكيم قد تصدق إذا ما انصب التحكيم على علاقات القانون اظ ص، أما إذا كانت الدولة، أو أحد أجهزتهاا العامة، طرفا في العلاقة فلا يجوز التحكيم، وذلك استنادا إلى ما يلي:

أ- التحكيم آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي:

يتضح من مطالعة أحكام التحكيم الصادرة في منازعات عقود الدولة أن كثرا منها قد انحاز انحيازا سافرا إلى الشركات الاستثمارية المهيمنة على التجارة العالمية على حساب الدول المستقبلة للاستثمار على نحو ما سنفصل لاحقا. واستنادا إلى ذلك فقد قرر جانب من الفقه أن التحكيم الدولط يهدف إلى فرض إرادة الشركات الاستثمارية على الدول النامية؟ حيث إنه، في جوهره، وسيلة تمكن وحدات النظام الرأسمالي العالمي، وهي الشركات العابرة للقارات، من الإفلات من التقاضي أمام القضاء الوطنى

2- التحكيم يتنافى مع طبيعة منازعات عقود الدولة:

كما يرى البعض أن عقود الدولة بما لها من طبيعة خاصة وخصائص ذاتية، وأحكام متميزة خارقة للشريعة

العامة، !افا تحكم بموجب قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها هي قواعد القانون الإداري، وهي في معظمها قواعد قضائية؟ لكونها من خلق القضاء الإداري، الأمر الذي يصعب التسليم معه بخضوع المنازعات الناشئة عنها

للتحكيم.

ومن ناحية أخرىفإن عقود الدولة، والعقود الإدارية بصفة عامة، قدف إلى تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاضة ؟ وذلك استنادا إلى أن الدولة هي القوامة على المرافق والمصالح العامة، والقول بجواز التحكيم في منازعات هذه العقود من شانه التسوية بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة، بل قد يكون من شانه تغليب الأخيرة على الأولى، وهو ما يمثل إخلالا بالنظام العام في الدولة

3- التحكيم في عقود الدولة من شانه الإفضاء إلى الإفلات من الحضوع لسلطان القانون الوطنى للدولة المضيفة للاستثمار:

كما يرى البض فأن النظرة المشوبة بالحذر والتردد من جانب الدول النامية للتحكيم في منازعات عقود الدولة لا تنبع من فراغ، بل من واقع العلاقات الاقتصادية يخر المتكافئة مع الشركات المهيمنة على التجارة العالمية، والتي تؤكد أن التحكيم في هذا المجال ليس إلا وسيلة تكفل لهذه الشركات الهروب من أحكام القوانين الوطنية للدول المضيفة- بعد أن يتحقق لها الإفلات من الحضوع لولاية محاكمها- وتضمن لهم خضوع عقود الدولة لنظم قانونية تحمي مصالح تلك الشركات، دونما اعتبار لأحكام القوانين الداخلية للدول، ولا الظروف الاقتصادية وأولويات التنمية فيها. واستنادا إلى الحجج السابقة، وغيرها، يرى هذا الاتجاه أن مصالح الدول النامية، وواقع العلاقات الاقتصادية الدولية، والسوابق التحكيمية في مجال عقود الدولة تقتضي القول بان تظل عقود الدولة حبيسة الاختصاصين القضائي والتشريعي للدولة المضيفة للاستثمار.

الاتجاه الثالث- جواز التحكيم في عقود الدولة بقيود تحقق مصالح الدول المضيفة للاستثمار:

على الرغم من وجاهة الأسانيد التي استند إليها الاتجاه الرافض للتحكيم في عقود الدولة، إلا أنه لم يلق آذانا صاغية بالدرجة المامولة من أطراف هذه العقود، حيث يؤكد الواقع العملي أن التحكيم هو الوسيلة الأكثر ذيوعا لتسوية منازعات هذه العقود.

وذلك من خلال إحاطة التحكيم في عقود الدولة بالضمانات التى تكفل حماية مصالح الدول المضيفة للاستثمار في مواجهة الشركات المهيمنة على التجارة العالمية. من ذلك أن ينص قانون الدولة على بعفأنواع من العقود الإدارية يجوز بصددها التحكيم دون باقي هذه العقود، على غرار ما فعل القانون

الفرنسي. أو حتى أن يجعل الأصل العام هو جواز التحكيم في هذه العقود إلا ما استثني منه بنصوص خاصة. أو أن يتطلب لجواز التحكيم في هذا المجال الحصول على موافقات واستيفاء شروط خاصة، على

غرار ما فعل قانون التحكيم المصري الذي اشترط لجواز التحكيم في العقود الإدارية موافقة الوزير المختص (م 1). وفضلا عن هذه الضمانات التشريعية فكثرا ما تشترط الدول، في سبيل ضمان مصالحها، شروطا تعاقدية تدرجها في العقد ولا تعتمد على ما يرد في العقود النموذجية التي كثرا ما يتم صياغتها بطريقة تحقق مآرب المستثمرين، ولعل أهم هذه الشروط هو أن يكون قانوفا الوطنى هو الواجب التطبيق على النزاع. وأن يتم اختيار المحكمين بحرية من قبل الطرفين لا أن يفرضوا عليها من قبل مراكز ومؤسسات التحكيم الدولي، وأن يتم التحكيم من قبل أحد مراكز التحكيم المشهود لها بالحيدة والزاهة والموضوعية... أو يخر ذلك من الشروط التعاقدية.وإذا كان جواز التحكيم في عقود الدولة– أضحى، بعد ولادته العسرة، واقعا لا يستطيع أحد إنكاره،

المراجع

: :

(A) Ouvrages généraux :

- **Auby (J.M) et Drago (G),trait , Traité de contentiaux administratif, T.1, 3 ed , LGDJ , Paris , 1984 no 20**
- **HERAUD(A),MAURIM (A),La justice editionssirey 1996..**
- **DE Laubadere (A-), Traite theorique et pratique des contrats administratife , , tome I, L.G.D.J , 1956.**
- **Pouyaud (D) , la nullité des contrats administratifs , L.G.D.J. paris**
- **Richer (L), Manuel, droit des contrats administratifs, L.G.D.J. 1995. et 1999.**

(B) Ouvrages spéciaux : **ᵉ**

- **FOUSSARD (D), l'arbitrage en droit administratf , Rev, arb, 1990**
- **PATRIKOS, Larbitrage en matiére administrative L.G.D.J , 1997**
- **LAMBIE (O.) et LONCLE (J.) , L' arbitrage dans les Grands projets en concession de service public, RDAI /IBLJ No 1 , 2003.**
- **Mottawa(A.) " l'arbitrage en matiére de transport maritime de marchandises " Etude de droit frençais et le droit egyptien , thése , université de Paris 1 , 2003 , tome 1**

(C) Thèses et Articles :

Youssef (C) ,

- **Le contrat de concession de service public ou B.O.T. endroits Francaiset égyptien , é lu de comparéede l'evo lution contempor**